

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° Spécial
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° Spécial
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. **L'ORDRE PUBLIC CONSTITUTIONNEL**1
OUANDAOGO Abdul Aziz Wendkuni, Enseignant-chercheur, Maître-Assistant de Droit public, Université de Ouahigouya (Burkina Faso).
2. **« LES DROITS DU CONSTITUANT EN CAS DE CONCOURS DU CAUTIONNEMENT ET DU NANTISSEMENT DE COMPTE BANCAIRE »**.....37
Dr. Amina BALLA KALTO LOUTOU.
3. **LE DROIT AFRICAIN DE LA FILIATION A L'EPREUVE DE LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE**71
MAYOUGOUNG BUGUE Arlette, Docteur Ph.D en Droit Privé, Enseignant-chercheur, Chargée de cours, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Ngaoundéré (Cameroun)
4. **L'AUTEUR EN DROIT D'AUTEUR IVOIRIEN**.....113
Adongon Sylvain LAUBOUE, Docteur en Droit privé, Assistant à l'UFR des Sciences Juridiques, Université Jean Lorougnon GUEDE de DALOA (CÔTE D'IVOIRE)
5. **LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LA CEMAC ET SES ETATS MEMBRES**148
Dr ALLAMAYE GOLBEY Levi, Enseignant-Chercheur, Faculté des Sciences Juridiques et Politique, Université de N'Djamena, Enseignant Associé à l'Université Privée La Francophonie de N'Djamena.
6. **« LA REVISION CONSTITUTIONNELLE TOGOLAISE DU 15 MAI 2019, UNE DEMOCRATIE INACHEVEE ? »**.....198
Élysée Kodjo Hator, doctorant en droit public, ATER, Université Paris-Saclay, CRLD
7. **LA PART DE LA COMMUNE, LA PART DE LA RÉGION DANS LE TRANSFERT DE COMPÉTENCES EN DROIT DE LA DÉCENTRALISATION AU CAMEROUN**232
Michel NTSAMA, Docteur Ph.D en Droit Public, Chargé de cours à la FSJP, Université de Yaoundé II (Cameroun).
8. **LA SAISINE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES : ETUDE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCE DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE**268
Maria - Nadège SAMBA-VOUKA, Assistante à la Faculté de Droit, Université Marien NGOUABI (Congo - Brazzaville).
9. **DROIT D'ASILE ET GESTION DES FLUX MIGRATOIRES AU NIGER : LE PROBLEME DE GESTION DE FLUX MIGRATOIRE PEUT-IL ETRE SOLUBLE DANS LE DROIT D'ASILE AU NIGER ?**299
SANI Abdoulkarim, Docteur en Droit public, Enseignant chercheur à la Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion, Université Djibo Hamani de Tahoua (Niger)
10. **LES ÉLECTIONS SAISIES PAR LE DROIT PENAL**336
Yaya BODIAN, Agrégé des Facultés de droit, Maître de Conférences, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta DIOP, Dakar – SÉNÉGAL
11. **LE STATUT DES PÊCHERIES DANS LA BAIE DU LÉVRIER EN AFRIQUE OCCIDENTALE FRANÇAISE (A.O.F)**368
Mouhamadou BA, Docteur en droit, Enseignant -chercheur, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta DIOP, Dakar – SÉNÉGAL
12. **LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES**.....395
MILLOGO Kibessoun Pierre Claver, Docteur en Droit public, Chercheur au Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique (C.N.R.S.T.), Institut des Sciences des Sociétés (IN.S.S.).
13. **L'EXCEPTION D'INCOMPETENCE EN DROIT OHADA**.....421
Arlette AFOUBA TANGA, Docteur en Droit Privé, Chargée de cours à la FSJP, Université de Yaoundé II (Cameroun).
14. **LE MEDECIN CONGOLAIS ET LE RISQUE PENAL**457
Miguel BIMBOU, Docteur en droit privé, Enseignant chercheur, Université Marien Gouabi (Congo)
15. **LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, GARANT DE L'EXPRESSION DE LA VOLONTE POPULAIRE**.....490
Babaly SALL, Enseignant UFR Sciences Juridiques et Politique de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis, Directeur du Carrefour d'Études et de Recherche-Action pour la Démocratie et le Développement (CERADD) de l'UGB.

L'ORDRE PUBLIC CONSTITUTIONNEL

OUANDAOGO Abdul Aziz Wendkuni

Enseignant-chercheur

Maître-Assistant de Droit public

Université de Ouahigouya (Burkina Faso).

RÉSUMÉ : Tout système constitutionnel a à son sein des normes d'une importance particulière qui en constituent le fondement. Ces normes sont telles qu'il est impossible de les modifier sans changer le système dans son ensemble. Partant, elles sont en général indérogeables et jouissent d'une protection renforcée. Or, l'indérogeabilité est la caractéristique la plus communément admise des règles d'ordre public. C'est pourquoi la doctrine juridique, considérant également la nature constitutionnelle de ces normes, a créé la notion d'« ordre public constitutionnel » pour les désigner. Dans la présente étude, c'est l'importance ou la fundamentalité d'une norme pour la survie du système constitutionnel qui constitue le critère d'appartenance au champ de l'ordre public constitutionnel. Par suite, l'étude s'attache d'abord, à déterminer les fondements de l'importance particulière d'une disposition constitutionnelle afin de soutenir l'existence des règles d'ordre public constitutionnel, ensuite, à démontrer que ces règles sont d'une utilité constitutionnelle indéniable dans la mesure où elles assument une fonction de conservation du système constitutionnel.

Mots-clés : Constitution – ordre public – hiérarchie des normes – supraconstitutionnalité – limites matérielles au pouvoir de révision constitutionnelle.

INTRODUCTION

« [...] à l'intérieur du droit constitutionnel, rien n'empêche que certaines dispositions ou certains « principes » soient considérés comme plus importants que d'autres »¹. Ces propos du doyen Favoreu laissent entrevoir l'idée d'une priorité possible entre les normes constitutionnelles². Cette idée, selon certains auteurs, « [...] constitue le problème fondamental de la science juridique »³, tant il est vrai qu'elle apparaît consubstantielle au droit dans l'inconscient juridique collectif⁴. Rapportée à la science du droit constitutionnel, l'idée de priorité conduit à reconnaître l'existence de dispositions constitutionnelles d'une valeur impérative primant les autres règles constitutionnelles⁵. Partant, ces règles ont été

rapprochées de la notion d'ordre public qui, dans son acception la plus large, est « l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger »⁶. Considérant par ailleurs que, « fondamentalement, la Constitution apparaît comme une règle, par nature, d'ordre public »⁷, la doctrine juridique a créé la notion d'« ordre public constitutionnel »⁸ née de la rencontre entre la notion d'ordre public et celle de Constitution.

Il est peu de concepts plus riches et plus complexes que celui d'ordre public⁹. En effet, en dépit d'études remarquables, la notion reste inépuisable, car entourée de difficultés conceptuelles constantes¹⁰. Jossierand affirmait à cet égard que « les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales »¹¹. Il rejoint en ce sens Malaurie qui disait à propos de l'ordre public

¹ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 125.

² En général sur la question, v. C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français. Essai d'analyse systémique*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Cergy-Pontoise, 4 décembre 2008, 437 p. ; B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie entre les normes constitutionnelles des États africains ? », *Afrilex*, février 2019, 32 p. ; P. SOGLOHOUN, « La hiérarchie entre les normes de constitutionnalité au Bénin », *Vénégré : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, mai 2021, 36 p.

³ D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 4.

⁴ *Ibid.*

⁵ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2014, p. 407.

⁶ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », *Archives de philosophie du droit*, vol. 58, n°1, 2015, p. 200.

⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1994, 202 p. ; N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, Thèse de doctorat en Droit, Aix-Marseille 3, 2000, 433 p. ; A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », in M. THALER, M. VERPEAUX (dir.), *La recherche en droit constitutionnel comparé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 26 ; C. VIMBERT, *L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RDP, 1994, pp. 693-745.

⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001, p. 8.

¹⁰ J. VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges Roubier*, Paris, Dalloz Sirey, 1961, p. 303.

¹¹ E. L. JOSSERAND, cité par P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, p. 3.

que « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert »¹². Ainsi, comme Saint Augustin qui, à la question de qu'est-ce que le temps, répondait que « si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus »¹³, l'ordre public serait selon Roland Drago « une notion qu'on ressent, plus qu'on ne peut l'expliquer »¹⁴. De toute évidence, la notion d'ordre public ne se laisse pas enfermer dans une géométrie simple et sa définition est malaisée¹⁵. Il apparaît, de prime abord, comme une notion juridique à la fois fondamentale et transdisciplinaire¹⁶. Les civilistes l'appréhendent au regard de l'article 6 du Code civil français qui interdit qu'il soit dérogé « par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Les publicistes

le conçoivent comme l'« horizon de l'État légal »¹⁷, c'est-à-dire la ligne de démarcation entre ce qui est permis et ce qui est interdit. En effet, s'il apparaît au citoyen non averti comme « une idée repoussant la liberté »¹⁸, ce dernier devrait se raviser, car l'ordre qui limite est aussi celui qui protège, celui sans lequel aucune liberté ne serait assurée¹⁹. C'est en droit administratif que la notion d'ordre public a acquis sa vigueur scientifique²⁰ caractérisée par le triptyque traditionnel sécurité, tranquillité et salubrité publiques²¹, auquel des auteurs comme Frydman ajoute la moralité publique²². La notion s'est par la suite invitée dans des disciplines où elle était traditionnellement absente comme le droit constitutionnel. La sauvegarde de l'ordre public y a été qualifiée d'objectif de valeur constitutionnelle²³ s'imposant au législateur et susceptible de

¹² P. MALAURIE cité par Monsieur GAUTIER dans « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 317.

¹³ Saint Augustin, *Les Confessions*, trad. J. Trabucco, Paris, Garnier-Flammarion, Tome II, Livre XI, chapitre XIV, 1964, p. 195.

¹⁴ R. DRAGO, « Les atteintes à l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1995, p. 47.

¹⁵ B. LOUVEL, « Plus que jamais, le juge doit assurer l'équilibre juste », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 22, 18 mars 2017, p. 2.

¹⁶ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public...*, op. cit., p. 12.

¹⁷ G. DRAGO, cité par J.-C. MARIN, « L'ordre public offre des potentialités illimitées », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 22, 18 mars 2017, p. 6.

¹⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Ed. Rousseau, 1911, p. 146.

¹⁹ J.-P. DUBOIS, in M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public...*, op. cit., p. 8.

²⁰ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Thèse de Doctorat en droit, Montpellier, 1959, 429 p. ; J. GOGNETTI, *La notion d'ordre public. Étude limitée au droit administratif*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, 1998, 297 p.

²¹ v. l'article 260 (Burkina Faso) et l'article L.2212-2 (France) du Code général des Collectivités territoriales. Le Conseil d'État français a également introduit parmi les composantes de l'ordre public, le respect de la dignité de la personne humaine, v. CE, 13 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Ville d'Aix-en-Provence, R.F.D.A. 1995, p. 1204 ; CE, ord. 9 janv. 2014, *Ministre de l'Intérieur c. Société les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, Rec. 1.

²² M. LONG et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 1148.

²³ Conseil constitutionnel français, Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

restreindre l'exercice de certaines libertés²⁴. Ainsi défini, l'ordre public serait « un discours que seul est habilité à tenir l'appareil d'État et qui se présente comme conforme au consensus social »²⁵. Par ailleurs, il dépasse l'entité étatique *stricto sensu*²⁶ et telle une pieuvre, il déploie ses tentacules pour saisir l'ordre juridique international – universel²⁷ comme régional²⁸ – et même supranational²⁹. Manifestement, l'ordre public évolue dans une pluralité d'environnements normatifs au point que certains estiment qu'il est devenu une notion « fourre-tout » que l'on ne peut plus distinguer de l'intérêt général³⁰. Nonobstant toutes les variations terminologiques de la notion, seules les définitions mettant l'accent sur « l'impérativité plus forte de la règle »³¹

d'ordre public seront retenues dans la suite de cette réflexion. Ainsi, nous concevons l'ordre public comme formé par les normes indérogables et bénéficiant d'une protection absolue. Autrement dit, l'ordre public constitue « l'expression plus directe de l'autorité dans la règle de droit »³². C'est lui qui fonde la suprématie de la norme qu'il caractérise et qui justifie son rapprochement avec la notion de Constitution.

La Constitution est amplement définie en droit constitutionnel au point qu'il est impossible de reprendre ici l'ensemble des réflexions et définitions doctrinales et jurisprudentielles de la notion³³. Habituellement, elle est définie au sens formel et au sens matériel. La Constitution formelle est « l'ensemble des règles, quel que

²⁴ P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse de Doctorat en Droit, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 5 décembre 2013, 663 p. ; O. OUEDRAOGO, « La limitation des droits fondamentaux par l'ordre public en droit constitutionnel béninois et burkinabè », *Afrilex*, janv. 2018, 26 p.

²⁵ V. BLET-PFISTER, « L'ordre public. Fragments pour une étude sur l'appareil d'État », in *Mélanges Teneur*, 1977, p. 63.

²⁶ J.-C. MARIN, « L'ordre public offre des potentialités illimitées », *op. cit.*, p. 4.

²⁷ D. CAREAU, « Jus Cogens », *Répertoire international*, Paris, Dalloz, 2007, p. 2.

²⁸ v. Commission européenne des droits de l'homme, *Autriche c. Italie*, Requête n°788/60, 11 janv. 1961, Ann. C.E.D.H., vol. 4, pp. 139 et s. ; Cour européenne des droits de l'homme, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Arrêt rendu par une grande chambre, Strasbourg, 30 janvier 1998, § 45.

²⁹ Cour de justice de l'UEMOA, *Dame Mondoukpè Sidonie SODABI et M. Léon KOUGBENOU c/ La Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) Agence Principale de Cotonou*, Arrêt N°02/2012, Ouagadougou, 19 décembre 2012, p. 12.

³⁰ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public...*, *op. cit.*, p. 18.

³¹ M. J. REDOR, *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 13.

³² P. DEUMIER, Th. REVET, V° « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1120.

³³ M. A. GLÈLÈ, « Constitution ou Loi fondamentale », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Tome 1 l'État et le droit*, Abidjan, N.E.A., 1982, p. 45 ; A. LOADA, L. M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, pp. 94-98 ; A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel général. Tome I : Théorie Générale du Droit Constitutionnel*, Ouagadougou, LIBES, 2022, pp. 228-233 ; F. D. MELEDJÉ, *Droit constitutionnel*, Tome I, Abidjan, Edition ABC, 2019, p. 36. ; I. D. SALAMI, O. D. GANDONOU, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Cotonou, Éditions CeDAT, 2014, 492 p. ; M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1-Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, 816 p.

soit leur objet, qui sont énoncées dans la forme constitutionnelle »³⁴. La Constitution matérielle est « l'ensemble des règles se rapportant au pouvoir politique, à l'organisation et au fonctionnement de l'État »³⁵. Pour cette étude, la notion de Constitution devra être entendue *lato sensu*, comme comprenant tout le bloc de constitutionnalité³⁶, au sens de Favoreu³⁷. Cette notion est présentée usuellement comme « l'ensemble des principes et des règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif »³⁸. Certains auteurs soutiennent son inexistence et lui préfèrent l'expression « ordre constitutionnel » entendue comme étant « l'ensemble de ce qui doit être respecté en vertu de la Constitution »³⁹. Pour d'autres encore, l'ordre constitutionnel suppose, d'une part, une Constitution conçue comme « ordre » et « norme », et d'autre part, son respect par les gouvernants et les citoyens⁴⁰. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer pour une expression ou pour une autre, nous

nous intéressons à toutes les normes ayant valeur constitutionnelle indépendamment du type de document dans lequel elles sont exprimées ou de leurs modalités de consécration en tant que telles. Ce sont ces normes en question dont la rencontre avec la notion d'ordre public permet de former la notion d'ordre public constitutionnel.

L'ordre public constitutionnel ne comporte pas intrinsèquement une substance définitionnelle originale ou consacrée⁴¹. Il s'agit d'une thèse doctrinale selon laquelle les deux notions d'ordre public et de Constitution auraient en commun de garantir un ordre supérieur⁴². La notion aurait pour effet « de révéler l'existence de dispositions constitutionnelles d'une valeur impérative supérieure aux autres règles constitutionnelles »⁴³. Certains le considèrent comme constitué uniquement de « l'ensemble des principes et règles constitutionnels qui énoncent ou protègent indirectement des droits fondamentaux et

³⁴ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 37^e édition, Paris, LGDJ, 2016-2017, p. 53.

³⁵ A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel général...*, *op. cit.*, p. 229.

³⁶ Le Conseil constitutionnel français lui préfère les expressions « normes de référence » ou « normes de constitutionnalité », v. Décision 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. v. aussi A. HAQUET, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2017, p. 200 ; H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Afrilex*, septembre 2016, p. 7.

³⁷ L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », in O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1992, p. 87.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », Xavier Robert. *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 235.

⁴⁰ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *Mélanges dédiés au doyen Francis V. WODIE*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 399-400.

⁴¹ N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, *op. cit.*, p. 69.

⁴² A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 406.

⁴³ *Ibid.*, p. 407.

sont étroitement liés à l'État de droit »⁴⁴. Ainsi définie, la notion permettrait seulement une certaine lecture des droits fondamentaux constitutionnels⁴⁵. Pour d'autres, au contraire, « tout le bloc de constitutionnalité est d'ordre public »⁴⁶ et l'ordre public constitutionnel se confondrait ainsi avec l'ordre constitutionnel. Il engloberait la totalité des normes de référence comme règles d'ordre public⁴⁷ et la notion n'aurait pas d'autre existence que celle consubstantielle à la notion de Constitution. Toutes ces définitions ont en commun d'aborder l'importance normative de la notion. Cependant, l'ordre public constitutionnel peut également avoir une dimension procédurale laquelle constitue une réelle approche contentieuse des questions soulevées d'office par le juge constitutionnel⁴⁸. Thierry Di Manno propose, en effet, d'intégrer dans l'ordre public constitutionnel les moyens et les conclusions soulevés d'office par le juge constitutionnel considérés comme des questions d'ordre public⁴⁹. À notre sens, l'ordre public constitutionnel se rencontrerait dans

certaines normes constitutionnelles plus que dans d'autres⁵⁰. L'idée de considérer la totalité des valeurs constitutionnelles comme fondant la notion la viderait de tout intérêt et ne sera donc pas retenue. C'est la même considération de pertinence qui amène à ne pas restreindre l'ordre public constitutionnel aux seuls droits fondamentaux constitutionnels, car il existe également parmi les normes à objet institutionnel certaines qui ont indubitablement un caractère fondamental pour la survie du système institué⁵¹. Finalement, et sans nous opposer à la dimension procédurale de la notion, nous concevons l'ordre public constitutionnel comme comprenant les dispositions inaltérables dans tout système constitutionnel, qui en constituent le fondement et dont la modification entraînerait la rupture de l'ordre constitutionnel existant et donc la naissance d'un nouvel ordre dans un État⁵². En d'autres termes, l'ordre public constitutionnel comprend les valeurs qui « constituent les piliers sans lesquels l'édifice constitutionnel se disloque et cède la place à un amas de lois

⁴⁴ (N.) JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁵ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ G. VEDEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989, Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989, p. 63 ; A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 29 ; G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », *op. cit.*, p. 200.

⁴⁷ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, pp.154 et s.

⁵⁰ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 32.

⁵¹ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 18.

⁵² Cour Constitutionnelle du Bénin, DCC 14-199 du 20 novembre 2014, Emmanuel HOUENOU et Paulin AHOUANOGBO.

constitutionnelles aussi disparates qu'incohérentes »⁵³. Il est le produit d'une identification matérielle de normes constitutionnelles impératives qui obligent le juge et le constituant⁵⁴.

Ainsi, seules des normes ayant les caractéristiques susmentionnées dans le constitutionnalisme contemporain sont susceptibles, de notre point de vue, d'intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel qui est l'objet de la présente contribution.

Il y a toutefois lieu de relever que l'ordre public constitutionnel n'a pas d'existence normative ou contentieuse, sous cette appellation, en droit constitutionnel formel⁵⁵. Partant, sa juridicité et même son existence sont remises en cause par l'écrasante majorité de la doctrine⁵⁶. En effet, nous n'avons pas connaissance de texte constitutionnel ou de jurisprudence⁵⁷ qui mentionnent expressément les vocables

« ordre public constitutionnel ». La réalité juridique de la notion peut pourtant se découvrir à travers les dispositions supraconstitutionnelles contenues dans les Constitutions de certains États⁵⁸, les normes constitutionnelles qui relaient les valeurs fondamentales de la démocratie et de l'État de droit⁵⁹ mais aussi à travers l'œuvre prétorienne du juge constitutionnel qui définit des « principes matriciels », à partir des textes constitutionnels, qui rétroagissent sur l'ensemble du bloc de constitutionnalité⁶⁰.

Philosophiquement, la notion d'ordre public constitutionnel est le produit d'une conception « idéale » du droit constitutionnel⁶¹. Elle conduit à accepter l'idée d'une hiérarchie entre normes constitutionnelles. Le principe hiérarchique introduit une conception asymétrique de la Constitution. Cette conclusion est encore plus

⁵³ K. HOUNAKE, « Les nouvelles figures d'expression de l'œuvre constituante », *Vénégré : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, décembre 2022, p. 9 ; v. aussi M. KAMARA, « Supraconstitutionnalité et exercice du pouvoir constituant dérivé », *RRJ-Droit prospectif*, n°3, 2008, p. 1434.

⁵⁴ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 28.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁶ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-96 ; A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 27 et s.

⁵⁷ v. G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°2*, mai 1997, p. 59.

⁵⁸ Article 71(2) de la Constitution sud-africaine du 22 décembre 1993 ; Article 288 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976, article 144(1) de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014.

⁵⁹ Art. 1 et 20 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne de 1949 ; v. D. F. MELEDJE, « L'État de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 587-606.

⁶⁰ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de principes matriciels, en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, Chron. 211 ; J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, pp. 233-335 ; E. TONI, Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin, *Afrilex*, mars 2020, 30 p.

⁶¹ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 26.

valable dans les États qui ne reconnaissent pas de valeurs supraconstitutionnelles. Dans ce cas de figure, le caractère justifiant l'intégration d'une norme dans le champ de l'ordre public constitutionnel devra être recherché dans un fondement différent de la valeur normative de la norme considérée. La notion fait donc appel dans ce cas à une méta-conceptualisation⁶² afin de hiérarchiser matériellement ce qui est formellement égal⁶³. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'elle divise irrémédiablement et donc agace puisqu'elle semble relever « de l'anormalité juridique [...] qui perturbe la bonne conscience et la quiétude scientifiques du technicien du droit, positiviste par excellence, spécialiste de l'exégèse de l'existant et qui tient le formalisme pour seule bouée de sauvetage »⁶⁴.

Historiquement, l'ordre public constitutionnel a vu le jour dans la doctrine constitutionnelle française dans un passé relativement récent. Thierry Di Manno fut l'un des premiers à en donner les linéaments dans son mémoire de DEA soutenu en 1990 et publié en 1994⁶⁵. Il y esquissa une théorie des questions d'ordre public de manière à conforter une logique des questions

soulevées d'office par le juge constitutionnel. Nathalie Jacquinot⁶⁶ et Anne-Charlène Bezzina⁶⁷ poursuivirent la réflexion dans leurs thèses respectives où elles tentèrent de donner un contenu à la notion.

Le traitement scientifique de l'ordre public constitutionnel pourrait ainsi être abordé sous l'angle de son contenu afin d'en déterminer l'étendue. Il serait également possible de disserter plus longuement sur ses fondements philosophiques, son processus de consécration historique ou sa conceptualisation par la doctrine. Enfin, s'agissant d'une notion dont l'existence, la juridicité et l'intérêt sont contestés, il est alors tout à fait possible d'envisager une recherche scientifique, dans le but de démontrer ses fondements et son utilité juridiques.

On infère du charme de ce dernier axe de réflexion, qui est celui qui sera retenu dans le cadre de cette analyse, la nécessité de sonder l'existence d'un ordre public constitutionnel. Aussi, est-il encore possible de dénier l'existence de règles d'ordre public constitutionnel, au sens de la présente étude, dans le constitutionnalisme contemporain ? Cette question centrale peut être scindée en deux sous-questions afin de mieux l'étayer.

⁶² A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 407.

⁶³ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 3.

⁶⁴ M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et J. DU BOIS DE

GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 178.

⁶⁵ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, p.154 et s.

⁶⁶ N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, *op. cit.*

⁶⁷ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*

Subséquent et plus précisément, l'existence de règles d'ordre public constitutionnel n'est-elle pas constitutionnellement vérifiable ? Mieux encore, l'existence de telles règles ne serait-elle pas constitutionnellement profitable ?

À l'état actuel du droit, l'ordre public constitutionnel est avant tout un concept théorique⁶⁸. Sa consécration pourrait cependant présenter un double intérêt. Juridiquement d'abord, la reconnaissance d'une telle catégorie de normes aura pour conséquence leur intangibilité et leur immutabilité notamment vis-à-vis de l'autorité ayant le pouvoir de révision et, par suite, leur primauté sur les normes constitutionnelles qui n'ont pas cette qualité⁶⁹. Politiquement ensuite, l'ordre constitutionnel de certains États est parfois menacé⁷⁰, soit par les autorités politiques qui

manipulent sans gêne les dispositions constitutionnelles relatives à l'alternance démocratique⁷¹, soit par le juge constitutionnel lui-même qui, lorsqu'il est inféodé aux tenants du pouvoir, se transforme en véritable « fossoyeur » de la constitution⁷². Dans cette hypothèse, l'ordre public constitutionnel pourrait être un rempart contre de telles dérives parce qu'il induit une stabilité de la Constitution et des institutions, ainsi que des mécanismes de dévolution et de gestion du pouvoir politique d'État⁷³.

L'on comprend donc pourquoi la question est d'une actualité permanente et lancinante. En effet, partout à travers le monde, on voit s'élever des critiques dès lors que certaines dispositions constitutionnelles sont menacées de révision⁷⁴. Ainsi, consciemment ou inconsciemment, les

⁶⁸ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ v. M. TROPER, « La supraconstitutionnalité », *15^e journées juridiques franco-italiennes*, Rennes, 7-10 octobre 1993, *JSLC*, vol. 15, 1993, p. 343 et s.

⁷⁰ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 412.

⁷¹ v. Y. P. MANDJEM, « Les parlements africains contre les peuples. Hypothèses théoriques et empiriques sur la confiscation de l'alternance au pouvoir en Afrique », in A. SOMA (dir.), *Alternances politiques en Afrique : défis démocratiques et enjeux constitutionnels. Actes du colloque international de la SBDC*, Ouagadougou, Éditions Rônier-Tikanson, Presses Académiques Burkinabè, 2017, pp. 129-164 ; A. SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES/SJP*, vol. 1, N° 1, 2015, 14 p. ; S. M. OUEDRAOGO, D. OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : Du contexte au texte de la Charte de la transition », *Afrilex*, février 2015, 28 p.

⁷² v. les Décisions suivantes du Conseil constitutionnel burkinabè : n°2022-003/CC portant constatation de la vacance de la Présidence du Faso, n°2022-004/CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso du 08/02/2022 et n°2022-025/CC sur la vacance de la présidence de la Transition, la désignation... du Président de la Transition... et son investiture du 19/10/2022 ; v. aussi M. W.'O. KOSO, « Le juge constitutionnel africain : acteur ou obstacle à l'alternance démocratique au pouvoir ? Étude de quelques cas liés au contentieux de l'élection présidentielle », in A. SOMA (dir.), *Alternances politiques en Afrique...*, *op. cit.*, pp. 255-264.

⁷³ v. É. NGANGO YOUNBI, « La supraconstitutionnalité. – vue d'Afrique », in M. KAMTO, S. DOUMBE-BILLE, B. M. METOU (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique. Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph-Marie Bipoun Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 136.

⁷⁴ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 4.

auteurs de ces critiques souhaitent que ces normes, dont la modification provoque des remous dans la société, acquièrent la qualité de règle d'ordre public constitutionnel.

La thèse défendue est qu'il est possible d'isoler dans tout système constitutionnel des règles d'une importance fondamentale qui sont susceptibles d'intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel tel qu'ici défini. L'objet de la présente contribution est de démontrer l'existence et la portée de telles normes dans le droit constitutionnel formel des États.

Pour procéder à la démonstration de cette thèse, il est nécessaire de déterminer aussi bien les fondements que l'utilité constitutionnels des normes d'ordre public constitutionnel.

Par conséquent, à propos de l'ordre public constitutionnel, nous montrerons d'abord qu'il a une existence constitutionnelle vérifiable (I). Nous montrerons ensuite qu'il est d'une utilité constitutionnelle véritable (II).

I°) UNE EXISTENCE CONSTITUTIONNELLE VÉRIFIABLE

Qu'est-ce qui permet de soutenir qu'une règle constitutionnelle est plus importante qu'une autre ? Une construction logique du concept d'ordre public constitutionnel passe par une détermination des fondements de l'importance particulière d'une disposition constitutionnelle. À notre sens, il est possible d'identifier ces fondements aussi bien dans le texte constitutionnel (A) que dans la jurisprudence constitutionnelle (B).

A) L'identification dans le texte constitutionnel

Même les pourfendeurs de l'idée d'une hiérarchie entre normes constitutionnelles admettent « [...] que toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique »⁷⁵. C'est donc premièrement dans les textes constitutionnels eux-mêmes qu'il est possible de percevoir les prémisses d'une hiérarchie. Dans certains cas, la fundamentalité de la règle est d'une

⁷⁵ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 84.

existence formelle (1) ; dans d'autres, elle est d'une existence matérielle (2).

1- Une existence formelle

La hiérarchie entre les normes qui composent le système constitutionnel est une réalité, même dans la pure théorie positiviste, dès lors qu'on appréhende le rapport hiérarchique comme un rapport de production. L'examen des textes montre que certaines normes posent explicitement les conditions de validité d'autres normes du même corpus constitutionnel. Il montre également l'existence de dispositions intangibles, lesquelles constituent des limites matérielles au pouvoir de révision, expressément prévues dans la Constitution.

Pour les tenants d'une approche formelle et strictement unitaire de la Constitution, les normes constitutionnelles prescrivent la validité des autres normes générales et abstraites du système juridique

étatique⁷⁶. De ce point de vue, il est difficile de concevoir que certaines normes constitutionnelles posent à leur tour la condition de validité d'autres normes de même valeur constitutionnelle⁷⁷. De telles normes, lorsqu'elles existent, établissent une différence de degré entre les normes constitutionnelles, de sorte que les normes qui n'ont pas cette qualité ne sont pas valables en cas de contrariété avec elles. Il s'agit là d'une hiérarchie juridique, au sens de Kelsen⁷⁸, car elle établit une relation de validité entre les dispositions de rang constitutionnel. En Afrique du Sud, par exemple, la Constitution du 11 octobre 1996 actuellement en vigueur, qui a consacré la nouvelle Afrique du Sud multiraciale post *apartheid*, a été adoptée conformément à 34 principes constitutionnels⁷⁹ posés dans la Constitution « intérimaire » du 22 décembre 1993. Cette exigence procédait de l'article 71 de cette Constitution transitoire qui a confié à la Cour constitutionnelle la responsabilité de « certifier »⁸⁰, à l'aune de ces principes, le

⁷⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 84 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^e éd. de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1977, p. 299 et s.

⁷⁷ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 2 ; B. MATHIEU, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, n° 29, 8 mars 1995, p. 12.

⁷⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 355-356.

⁷⁹ Ces principes, qualifiés de « pacte solennel » par le § 2 du Préambule de la Constitution sud-africaine du 22 décembre 1993, comprennent entre autres la séparation des pouvoirs, le fédéralisme, le refus de la

discrimination raciale et sexiste, la dignité humaine, la mise en œuvre du principe d'égalité, etc. v. N. LENOIR, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, décembre 1996, p. 4.

⁸⁰ Suivant les termes mêmes de l'article 71(2) de la Constitution intérimaire : « le nouveau texte constitutionnel adopté par l'Assemblée constituante ou toute disposition qui en découle sont dépourvus d'opposabilité et d'effet tant que la Cour constitutionnelle n'a pas certifié que toutes les dispositions de ce texte sont conformes aux principes constitutionnels mentionnés dans le sous-paragraphe (1)(a) ».

texte final adopté par l'Assemblée constituante⁸¹. Au Portugal, l'article 288 de la Constitution du 2 avril 1976 conditionne expressément la validité des lois de révision constitutionnelle⁸² au respect d'un ensemble de principes⁸³, règles⁸⁴ et droits⁸⁵ constitutionnellement garantis. Dans le même sens, en Tunisie, l'article 144 de la Constitution du 27 janvier 2014 fonde implicitement la validité des initiatives de révision de la Constitution à leur non-contrariété avec « ce qui, d'après les termes de la [...] Constitution, ne peut faire l'objet de révision ». Partant, tout projet de révision constitutionnelle devait être soumis à la Cour constitutionnelle à cette fin⁸⁶. À la lumière de ces dispositions, il est possible de soutenir le

caractère fondamental voire la normativité supérieure des normes prescriptives de la validité d'autres normes constitutionnelles.

De même, le champ couvert par les normes non révisables expressément prévues dans certaines Constitutions introduit indéniablement l'idée de hiérarchie. En effet, la protection renforcée dont bénéficient ces normes, les place nécessairement « au-dessus » des autres⁸⁷. Qu'on les désigne par limites matérielles⁸⁸, limites de fond⁸⁹, limites relatives à l'objet de la révision⁹⁰, clauses d'éternité⁹¹, clauses irréformables⁹², clauses d'intangibilité⁹³ ou encore normes itératives⁹⁴, ce sont des principes ou valeurs consacrés comme insusceptibles d'être altérés par le pouvoir constituant dérivé⁹⁵. Ils

⁸¹ X. PHILIPPE, « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 22 ; D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDP*, n°6, 2015, pp. 1583-1617.

⁸² Article 288(1) de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 : « Les lois de révision constitutionnelle doivent respecter [...] ».

⁸³ L'indépendance nationale et l'unité de l'État ; La séparation des Églises et de l'État ; l'indépendance des tribunaux ; l'autonomie des collectivités locales ; etc.

⁸⁴ Le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique ; l'existence de plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ; le contrôle de constitutionnalité par action ou par omission de normes juridiques ; etc.

⁸⁵ Les droits, les libertés et les garanties dont jouissent tous les citoyens ; les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations syndicales ; etc.

⁸⁶ Article 144(1) de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : « Toute initiative de révision de la Constitution est soumise, par le Président de l'Assemblée des représentants du peuple, à la Cour constitutionnelle, pour dire que la révision ne concerne pas ce qui, d'après les termes de la présente Constitution, ne peut faire l'objet de révision ».

⁸⁷ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, n°83, 2010/3, p. 469.

⁸⁸ M. F. RIGAUX, « La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante », *RIDC*, vol. 39, n°1, janvier-mars 1987, pp. 309-310.

⁸⁹ F. HOURQUEBIE, « Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites », in *Réimaginer les frontières du droit constitutionnel*, VIIème Congrès mondial de l'Association Internationale du Droit Constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007, pp. 3-4.

⁹⁰ K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes, p. 118.

⁹¹ C'est le cas en Allemagne. v. M. FROMONT, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP*, n°1, 2007, p. 89.

⁹² K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 118.

⁹³ M. TROPER, « La supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 343 et s.

⁹⁴ N. BOBBIO, « Essais de théorie du droit », *RIDC*, vol. 51, n°4, 1999, pp. 1154-1157.

⁹⁵ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RSPJA*, n°5, 2011, p. 637.

forment, de ce fait, « l'ordre constitutionnel fondamental », aux termes de Favoreu, entendu comme étant l'ensemble des normes les plus difficiles à modifier⁹⁶. Contrairement aux limites temporelles qui renvoient à des « périodes stérilisées »⁹⁷ où la révision de la Constitution est interdite, les limites matérielles « se rapprochent des interdictions absolues de réviser »⁹⁸. Ces interdictions portent essentiellement sur 5 domaines⁹⁹ à savoir la nature politique du régime¹⁰⁰, les structures politiques de l'État¹⁰¹, les fondements idéologiques de l'État¹⁰², la protection des droits de l'homme¹⁰³, l'intégrité¹⁰⁴ et l'unité¹⁰⁵ du territoire national. Il ne serait pas techniquement excessif de conclure, à la lecture de ces dispositions, qu'il existe des normes formant

un « noyau dur » intangible¹⁰⁶ ou une sorte « de dorsale normative intemporelle »¹⁰⁷ des Constitutions.

De toute évidence, une certaine « différenciation hiérarchique » existe, ne fût-ce que d'un point de vue théorique, au profit des normes qui règlent la production des normes constitutionnelles nouvelles. Ces normes sont donc susceptibles d'intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel parce qu'elles assument une fonction de conservation du système constitutionnel¹⁰⁸. Leur fondamentalité est moins sujette à débat parce qu'étant expressément postulée dans la Constitution. Cependant, en considérant le contenu des normes, il est également possible de soutenir que l'ordre public constitutionnel a une existence matérielle.

⁹⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 637.

⁹⁸ F. HOURQUEBIE, « Pouvoir constituant dérivé... », *op. cit.*, p. 4.

⁹⁹ v. K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 118-120 ; B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ Qu'elle soit républicaine (art. 89(5) Constitution française de 1958 ; art. 288(1)(b) Constitution portugaise de 1976 ; art. 165(1) Constitution burkinabè de 1991 ; art. 64 Constitution camerounaise de 1996 ; art. 156 Constitution béninoise de 1990 ; art. 4 Constitution turque de 1982) ou monarchique (art. 175 Constitution marocaine de 2011 ; art. 175 Constitution koweïtienne de 1962). v. également V. E. SOMA/KABORÉ, « La forme républicaine de l'État comme clause d'éternité constitutionnelle », *Revue burkinabè de droit*, n°58, 2019, pp. 73-100.

¹⁰¹ Par exemples le caractère multipartite (art. 165(1) Burkina ; art. 117 Constitution gabonaise de 1991 ; art. 227 Constitution tchadienne de 2018 ; art. 288(1)(i) Portugal) ; le caractère fédéral de l'État (art. 20(1) en vertu de l'art. 79(3) de la Loi fondamentale allemande de 1949 ; art. 60 Constitution brésilienne de 1988) ou

les modalités d'expression du suffrage (art. 228(1)(h) au Portugal).

¹⁰² Il peut s'agir du caractère laïc (art. 156 Bénin ; art. 227 Tchad ; art. 175 Constitution nigérienne du 31 oct. 2010 ; art. 4 Turquie) ou du caractère théocratique de l'État (art.1 Tunisie ; art. 175 Maroc ; art. 223(4) de la Constitution algérienne révisée de 1996.

¹⁰³ Art. 153 Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 ; Art. 1 en vertu de l'art. 79(3) Allemagne ; art. 288(1)(d) Portugal ; art. 227 Tchad ; art. 175 Maroc ; art. 223(7) Algérie.

¹⁰⁴ Art. 165(1) Burkina ; art. 227 Tchad ; art. 223(8) Algérie. Pour plus de précisions v. B. V. W. OUEDRAOGO, « Le principe de l'intégrité territoriale dans le droit constitutionnel des États d'Afrique noire francophone », *Revue burkinabè de droit*, n°61, 2020, pp. 231-258.

¹⁰⁵ Art. 4 Turquie ; art. 288(1)(a) Portugal ; art. 64 Cameroun.

¹⁰⁶ L. FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 73 ; C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 7 et s.

¹⁰⁷ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁸ C. BRAMI, *La hiérarchie des normes...*, *op. cit.*, p. 214.

2- Une existence matérielle

Le caractère d'ordre public constitutionnel de certaines dispositions peut être dégagé du texte ou de l'esprit de la Constitution. Ces normes, jugées essentielles en fonction de leur contenu, sont supérieures aux autres. Il peut s'agir de normes bénéficiant d'une immutabilité de fait ou de dispositions qui permettent d'appréhender la substantifique moelle d'une Constitution.

Le doyen Vedel, quoiqu'il réfute l'idée d'une hiérarchie juridique entre les normes constitutionnelles, a cependant admis qu'« il y a dans la Constitution des principes tellement fondamentaux qu'ils sont même à l'abri d'un futur pouvoir constituant »¹⁰⁹. Suivant cette assertion, l'ensemble des normes que le pouvoir constituant originaire a soustrait tacitement ou expressément à toute révision peut être regardé comme fondamental¹¹⁰. Ainsi, même les limites implicites au pouvoir de révision, qui peuvent être dégagées des textes constitutionnels, jouissent d'une légitimité supérieure. Dans

certains cas, l'immutabilité de fait peut se déduire directement des termes mêmes de la disposition. C'est le cas de l'article 2 de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (ci-après DDHC) qui érige la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression au statut de « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »¹¹¹. C'est aussi le cas, au Japon, des articles 9 – pacifisme – et 11 – garantie des droits fondamentaux de la personne humaine – de la Constitution de 1946¹¹². Aux termes de ces dispositions, lues respectivement, le peuple japonais « renonce à jamais » à la guerre et au recours à la force, et les droits fondamentaux sont garantis au peuple japonais « de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre de droits éternels et inviolables »¹¹³. Dans d'autres cas, l'immutabilité se déduit de l'esprit de la Constitution. À titre d'exemples, pourrait-on imaginer un seul instant que les libertés physiques de la personne humaine – droit à la vie¹¹⁴, interdictions de l'esclavage¹¹⁵ ou de la servitude¹¹⁶, etc. – ou les libertés de l'esprit –

¹⁰⁹ G. Vedel, « Introduction », in *La Constitution et l'Europe. Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 30.

¹¹⁰ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 89.

¹¹¹ v. G. VEDEL, « La place de la Déclaration des droits de l'Homme dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 35 et s.

¹¹² On pourrait également ajouter l'article 97 de cette Constitution.

¹¹³ v. N. OFUJI, « Tradition constitutionnelle et supraconstitutionnalité : y a-t-il une limite à la révision

constitutionnelle ? L'exemple de la Constitution japonaise », *RFDC*, n°59, 2004/3, pp. 619-631.

¹¹⁴ v. textes constitutionnels suivants : art. 2(1) Burkina ; art. 3(1) Constitution ivoirienne modifiée du 8 nov. 2016 ; art. 15 Bénin ; art. 8(1) Constitution congolaise de 2015 ; art. 20 Maroc ; art. 15 Constitution espagnole de 1978.

¹¹⁵ Art. 2(2) Burkina ; art. 5(1) Côte d'Ivoire ; art. 33(2) Congo ; amendement à l'art. XIII (section 1) Constitution des États Unis d'Amérique.

¹¹⁶ Art. 19(2) Constitution malienne de 1992 ; art. 5(1) Côte d'Ivoire, art. 33(1) Congo.

liberté de pensée¹¹⁷, liberté de conscience¹¹⁸, etc. – ou encore les droits de la défense – principe *nullem crimen sine praevia lege penale*¹¹⁹, principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère¹²⁰, etc. – puissent être retirés des Constitutions des États de droit, même lorsqu'ils ne sont pas l'objet de clauses d'éternité constitutionnelle ? Si la réponse à cette question est évidemment non, alors il faudra bien reconnaître que ces normes jouissent d'une intangibilité de fait parce qu'elles expriment une sorte de « légitimité supérieure à la Constitution »¹²¹.

En outre, il y a un niveau d'idées, de conceptions constitutionnelles qui déterminent ce qu'est en réalité une Constitution et qui peut à juste titre être considéré comme supérieur¹²². Cela se matérialise par l'identification de règles ou principes considérés comme inhérents à l'identité constitutionnelle des États¹²³. Les normes en cause sont « consubstantielles à l'ordre constitutionnel et donc inséparables

de celui-ci »¹²⁴. L'article 16 de la DDHC constitue l'exemple le plus proéminent de cette catégorie de normes¹²⁵. En effet, en disposant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », il sacralise la garantie des droits et le principe de la séparation des pouvoirs comme deux paradigmes indispensables de l'ordre constitutionnel de tout État¹²⁶. Ces exigences sont élevées au rang « de méta-principes qui commandent tout le système »¹²⁷. Dans la même veine, les dispositions constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale¹²⁸ sont rangées par certains auteurs dans cette catégorie de normes¹²⁹. Olivier Beaud soutient ainsi qu'« il existe une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution en vertu de laquelle le principe de souveraineté prévaut sur toute autre disposition constitutionnelle qui y porte

¹¹⁷ Art. 7 Burkina ; art. 23(1) Bénin ; art. 19(1) Côte d'Ivoire ; art. 30(1) Niger ; art. 2 Gabon ; art. 25 Maroc ; art. 25(1) Turquie ; art. 11 DDHC ; art. 37(1) Portugal.

¹¹⁸ art. 7 Burkina ; art. 23(1) Bénin ; art. 19(1) Côte d'Ivoire ; art. 2 Gabon ; art. 28 Tchad ; art. 41(1) Portugal.

¹¹⁹ v. art. 5 Burkina ; art. 18 Niger ; art. 16 Bénin ; art. 7(1) Côte d'Ivoire ; art. 24 Tchad ; art. 43 Algérie ; art. 23(1) Maroc ; art. 7 DDHC ; art. 29(1) Portugal ; art. 19(2) Turquie.

¹²⁰ Art. 8 DDHC ; art. 19 Niger ; art. 28 Tunisie ; art. 29(4) Portugal.

¹²¹ M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 7^e éd., Sirey, 2009, pp. 327-328.

¹²² *15es Journées franco-italiennes (Rennes, 7-10 octobre 1993)*, *op. cit.*, p. 254.

¹²³ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*

¹²⁴ *Ibid.*, p. 473.

¹²⁵ M. BOUAZIZ, *Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Contribution à l'histoire de la notion de constitution*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, 950 p.

¹²⁶ A. SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *Afrilex*, janv. 2018, p. 1.

¹²⁷ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 237.

¹²⁸ Art. 3 DDHC, art. 3 Constitution française de 1958.

¹²⁹ v. L. HAMON, in *La Constitution et l'Europe...*, *op. cit.*, p. 222 ; N. CATALA, in *La Constitution et l'Europe...*, *op. cit.*, p. 218.

atteinte »¹³⁰. Cette primauté peut être perçue également en droit constitutionnel japonais où le préambule de la Constitution prescrit que la souveraineté du peuple est « la loi universelle à la base de la présente Constitution ». Partant, sont rejetés et déclarés nuls et non avenus « toutes autres constitutions, lois, ordonnances et rescrits impériaux [...] » qui contreviennent à ce principe¹³¹. Enfin, en Norvège l'article 112 de la Constitution de 1814 prohibe la modification des dispositions qui changent l'esprit de ladite Constitution¹³². Même si la Constitution demeure silencieuse sur la nature, le contenu ou l'étendue de ces dispositions, leur existence ne peut être niée. On peut considérer l'esprit d'une Constitution comme formé par les normes qui en constituent l'âme, l'essence, le cœur du système, en somme, l'identité constitutionnelle profonde¹³³.

Tout compte fait, il n'y a pas d'égalité de valeur entre les différentes dispositions de chacune des normes qui composent le bloc de constitutionnalité. Des éléments de « supraconstitutionnalité » ou de

« superconstitutionnalité » latentes sont en effet décelables dans la norme constitutionnelle. Cette « supraconstitutionnalité cachée », aux termes de Vedel¹³⁴, est par ailleurs confirmée dans la jurisprudence constitutionnelle.

B) L'identification dans la jurisprudence constitutionnelle

Selon Pierre Pactet, « l'œuvre constituante n'est pas épuisée par le texte initial de la Constitution, ses compléments et ses révisions, car il faut aussi tenir le plus grand compte de certaines décisions du Conseil constitutionnel »¹³⁵. En effet, en sa qualité de gardienne de la Constitution¹³⁶, il est de la responsabilité de la justice constitutionnelle « de déterminer ce que la Constitution signifie, de déterminer ses conséquences et d'en développer la

¹³⁰ O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1068.

¹³¹ N. OFUJI, « Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 621.

¹³² J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 36^e éd., Paris, LGDJ, 2022-2023, p. 257.

¹³³ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 460. Pour aller loin v. S. PIERRE-CAPS, « L'esprit des constitutions », in *Mélanges en*

l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Paris, Dalloz, 2003, p. 375 et s.

¹³⁴ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 86.

¹³⁵ P. PACTET, « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1374.

¹³⁶ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

protection »¹³⁷. À travers cet office, le juge constitutionnel est quelquefois conduit à créer ou consacrer des normes d'ordre public constitutionnel. Il peut s'agir d'une consécration explicite (1) ou d'une consécration implicite (2).

1- Une consécration explicite

Si en France, le Conseil constitutionnel s'est refusé à être le gardien d'un ordre métaconstitutionnel¹³⁸, d'autres juridictions constitutionnelles ont cependant « franchi le Rubicon » pour reconnaître expressément l'existence de valeurs supraconstitutionnelles. Cette reconnaissance procède de la consécration, d'une part, de principes transcendant la Constitution et, d'autre part, de principes immanents à la matière constitutionnelle.

Dans une première acception, la supraconstitutionnalité désigne le transcendant¹³⁹, c'est-à-dire, des normes

juridiques ayant une origine extraconstitutionnelle et une valeur supérieure à la Constitution¹⁴⁰. Il s'agit d'un « droit constitutionnel naturel », aux termes de Beaud¹⁴¹, constitué de normes issues du droit naturel et qui s'imposeraient à la Constitution. Leur existence ne peut être évoquée sans rappeler le sempiternel conflit qui existe entre les différentes conceptions du droit, comme le jusnaturalisme et le juspositivisme¹⁴². Pour les uns, non seulement de telles normes existent et mieux, elles auraient une valeur juridique¹⁴³. Pour les autres, « l'existence de règles supraconstitutionnelles en droit interne est une impossibilité “quasi ontologique” »¹⁴⁴. Une troisième catégorie d'auteurs opte pour une position intermédiaire en soutenant qu'« il n'y a aucun inconvénient à nommer supraconstitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un credo politique »¹⁴⁵. La position du juge constitutionnel était donc attendue car, faut-il le rappeler, « la Constitution est ce que les juges disent qu'elle est »¹⁴⁶. C'est

¹³⁷ E. SPITZ, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine », cité par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 8.

¹³⁸ (G.) VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*, p. 59.

¹³⁹ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 457.

¹⁴⁰ K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁴¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 263.

¹⁴² v. H. KELSEN, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 492.

¹⁴³ S. ARNÉ, « Existe-t-il des normes supraconstitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *RDP*, 1993, p. 474 ; S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 65.

¹⁴⁴ B. MATHIEU, « La supra-constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁵ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁶ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de la*

ainsi que certaines Cours constitutionnelles se sont prononcées en faveur de l'existence de normes fondamentales « suprapositives ». À titre d'exemple, la Cour constitutionnelle allemande a soutenu en 1951 qu'« il y a des principes constitutionnels qui sont tellement fondamentaux et sont tellement l'expression d'un droit préexistant à la Constitution qu'ils lient le constituant lui-même et que les autres dispositions constitutionnelles auxquelles ce rang ne revient pas peuvent être nulles parce qu'elles lui portent atteinte »¹⁴⁷. Elle « enfonça le clou » deux années plus tard en reconnaissant, dans sa décision du 18 décembre 1953, l'assujettissement du pouvoir constituant originaire aux principes « suprapositifs »¹⁴⁸. Ainsi, dans l'esprit du juge constitutionnel allemand, ces principes ne sauraient supporter aucune dérogation ni aucune limite¹⁴⁹. Pour ce faire, ces derniers sont qualifiés pour intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel tel que nous le concevons.

Dans une seconde acception, la supraconstitutionnalité désigne des principes immanents à la matière constitutionnelle et à la vie de l'État¹⁵⁰. Il s'agit, pour reprendre les

termes de la Cour constitutionnelle béninoise, de principes dont la modification « peut détruire l'ordre constitutionnel existant et lui substituer un nouvel ordre constitutionnel »¹⁵¹. Ces principes se distinguent des précédents par leur existence matérielle. Cela signifie que leur existence peut être établie, soit parce qu'ils sont formulés dans le corpus constitutionnel, soit parce qu'ils en découlent de façon directe ou dérivée¹⁵². Dans le dernier cas, ils sont « découverts » ou « créés » par le juge via un travail d'induction visant à rechercher la cohérence du système constitutionnel¹⁵³. Par ailleurs, le juge n'hésite pas parfois à reconnaître explicitement le rang supérieur des normes « secrétées ». La Cour constitutionnelle italienne a ainsi clairement jugé que « les principes suprêmes de l'ordonnement constitutionnel ont une valeur supérieure par rapport aux autres normes ou lois de valeur constitutionnelle »¹⁵⁴. Ces principes sont supérieurs en ce qu'ils « appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne »¹⁵⁵. De même, le tribunal constitutionnel allemand a

constitutionnalité des lois (1921), Paris, Dalloz, 2005, p. 313.

¹⁴⁷ *Bundesverfassungsgericht*, décision du 23 octobre 1951.

¹⁴⁸ v. É. NGANGO YOUNBI, « La supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p. 150.

¹⁴⁹ S. ARNÉ, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles... », *op. cit.*, p. 474.

¹⁵⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵¹ Cour Constitutionnelle du Bénin, DCC 14-199 du 20 novembre 2014, *op. cit.*

¹⁵² K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵³ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 230.

¹⁵⁴ Arrêt du 15 décembre 1988, n° 1146/1988, point 2.1. v. É. BESSON, « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique ? », *AJIC*, vol. XXI, 2005, pp. 11-38.

¹⁵⁵ Arrêt du 15 décembre 1988, n° 1146/1988.

reconnu l'existence « de principes essentiels de la Loi fondamentale »¹⁵⁶ constitués par le « noyau dur constitutionnel »¹⁵⁷ établi par l'article 79-3 et par les « principes de l'État de droit, d'égalité et de l'État social »¹⁵⁸ prévus par les articles 1 et 20 de la Constitution allemande. Il a, par conséquent, assujéti les lois de révision constitutionnelle à ces principes¹⁵⁹. Le juge constitutionnel italien reconnaît, en outre, l'existence de droits inviolables « qui ne peuvent pas être objet de révision, quand ils représentent des valeurs fondamentales de la personne et les fondements de l'ordre démocratique républicain »¹⁶⁰. Suivant le même raisonnement, le tribunal constitutionnel espagnol reconnaît l'existence d'un noyau absolu de droits fondamentaux dans la Constitution¹⁶¹. Concernant toujours les droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a affirmé que « la dignité humaine et le droit à la vie sont les principes les plus importants et sont

la source de tous les autres droits de la personne humaine »¹⁶². Enfin, au Bénin, la Cour constitutionnelle a étendu d'autorité le bloc de l'intangibilité constitutionnelle en consacrant de nouvelles normes qui complètent les « options fondamentales de la Conférence Nationale de février 1990 » pour lesquelles aucune procédure de révision n'est possible même par voie référendaire¹⁶³. Ainsi, parce qu'elles sont de nature à neutraliser la volonté du peuple souverain et *a fortiori* celle du législateur constituant, les « options fondamentales de la Conférence nationale souveraine » sont hissées à un niveau supraconstitutionnel par la Cour¹⁶⁴.

Ce faisant, l'effectivité de règles constitutionnelles que le juge constitutionnel considère comme plus importantes et auxquelles il garantit une protection renforcée ne peut être niée. Sur ce terreau des normes constitutionnelles supérieures, certaines juridictions constitutionnelles sont

¹⁵⁶ Décision du 18 décembre 1953.

¹⁵⁷ Décisions du 15 décembre 1970 ; du 29 mai 1974, *Solange I* ; du 22 octobre 1986, *Solange II* ; du 23 avril 1991 et du 12 octobre 1993. v. M. FROMONT, « La révision de la Constitution... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Décision du 18 décembre 1953.

¹⁶⁰ Arrêt n° 366 du 23 juillet 1991.

¹⁶¹ Arrêt n°91 de l'an 2000, *Pavilaniti et autres*.

¹⁶² *Others, Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others, Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, CCT 35/99, 06/07/00 cités par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶³ Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 : « Ne peuvent faire l'objet de questions à soumettre au référendum, les options fondamentales de la

Conférence nationale de février 1990, à savoir : [...] ; - le mandat présidentiel de cinq ans renouvelable une seule fois ; la limite d'âge de 40 ans au moins et 70 ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielle ; - le type présidentiel du régime politique au Bénin » ; v. également décision DCC 14-156 du 19 août 2014.

¹⁶⁴ Cette décision a suscité une controverse doctrinale, v. D. KOKOROKO et A. KPODAR, « Controverse doctrinale : La Cour constitutionnelle du Bénin peut-elle soumettre, aux « Options fondamentales de la Conférence nationale », le peuple dans l'exercice de son pouvoir de révision ? Commentaire croisé de la Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 de la Cour constitutionnelle du Bénin », *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, pp. 699-728.

plus prudentes, en ce sens qu'elles en opèrent une consécration implicite.

2- Une consécration implicite

L'empire de la Constitution s'étend au-delà des normes strictement constitutionnelles par le fait du juge constitutionnel. Ce dernier, grâce à ses larges pouvoirs d'interprétation de la Constitution, devient de fait l'associé de ceux qui l'ont rédigée¹⁶⁵. Cette situation lui permet de consacrer subrepticement un corps de principes constitutionnels fondamentaux ou encore la supériorité de certaines normes constitutionnelles.

S'agissant d'abord des principes constitutionnels fondamentaux, figurent en bonne place les principes qui commandent la

cohésion du système constitutionnel¹⁶⁶. Le juge, en effet, à travers la mise en œuvre de ses attributions constitutionnelles¹⁶⁷, est amené à déterminer les règles essentielles du contrôle de constitutionnalité. C'est le cas, par exemple, pour le Conseil constitutionnel français qui a défini progressivement la séparation des pouvoirs¹⁶⁸ et la garantie des droits¹⁶⁹ comme étant les principes matriciels « qui commandent sa fonction comme son action »¹⁷⁰. Mieux encore, il a reconnu, par la suite, l'existence de règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France¹⁷¹ laissant entrevoir « l'existence de normes particulières sur lesquelles repose l'ensemble du système juridique français »¹⁷². Dans la même logique, au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel a évoqué « les principes qui constituent le

¹⁶⁵ Aharon BARACK, ancien Président de la Cour suprême d'Israël, cité par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁶ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, pp. 230 et s. ; K. HOUNAKE, « Les nouvelles figures d'expression... », *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁷ Son rôle ne se limite plus au contrôle de constitutionnalité. Il a également en charge la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux de la personne humaine, le contentieux des élections nationales et des consultations populaires et la régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. v. Constitutions : art. 114 Bénin ; art. 152 Burkina ; art. 92 Sénégal ; art. 83 Gabon ; art. 175 et s. Congo.

¹⁶⁸ En soutenant, dans sa Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, que le législateur « n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre [...] », le Conseil place de fait le principe de la séparation des pouvoirs au-dessus de la Constitution qui en est la

mise en œuvre. v. J.-M. Blanquer, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 231.

¹⁶⁹ Le Conseil s'est érigé, par-delà les normes constitutionnelles elles-mêmes, en défenseur des droits et libertés en consacrant pour la première fois un principe fondamental reconnu par les lois de la République. v. CC, n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

¹⁷⁰ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 231.

¹⁷¹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, considérant 19 : « Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». v. aussi la Décision n°2021-940 QPC du 15 oct. 2021, *Société Air France*, considérants 9 et 15.

¹⁷² É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 454.

fondement de la Constitution »¹⁷³ pour apprécier la constitutionnalité matérielle d'une loi de révision. Même s'il n'a pas pris le soin de les préciser, la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de révision sur leur fondement montre bien leur existence, mieux leur garantie par le Conseil¹⁷⁴. Pareillement, au Bénin, la Cour constitutionnelle a invalidé des dispositions d'une loi de révision constitutionnelle¹⁷⁵, pourtant adoptée conformément à la Constitution, en se fondant sur les « idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution [...] », plus précisément le « consensus national », qu'elle a élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle¹⁷⁶. Nonobstant une décision récente dans laquelle la Cour a opéré un revirement en affirmant « qu'elle n'est pas compétente pour contrôler le contenu de la volonté du constituant »¹⁷⁷, il est possible de considérer les idéaux sus-évoqués comme

constituant les principes directeurs qui définissent la mission du juge constitutionnel béninois.

S'agissant ensuite de la consécration de la supériorité de certaines normes, on peut en trouver témoignages éloquentes et concordants dans de nombreuses décisions. Il peut s'agir, en premier lieu, de normes se rapportant aux droits fondamentaux. En France, par exemple, la libre communication des pensées et des opinions a été qualifiée de « liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »¹⁷⁸. De même, la garantie des droits a été précisée par un autre principe matriciel qui l'accompagne et qui lui imprime un sens nouveau, à savoir la dignité de la personne humaine¹⁷⁹. Au Bénin, la Cour constitutionnelle a posé la primauté de la garantie des droits, notamment sur les dispositions constitutionnelles relatives à la

¹⁷³ Décision n° 2012-008/CC du 26 avril 2012, dernier considérant ; v. M. KAMARA, « Supraconstitutionnalité et exercice... », *op. cit.*, p. 1434.

¹⁷⁴ *Ibid.* : « [...] qu'elle a de ce fait, dérogé aux principes généraux de droit sur la nature juridique de la Constitution, que les principes qui constituent le fondement de la Constitution ont été de ce fait méconnus ; qu'il s'ensuit que la loi susvisée n'est pas conforme à la Constitution ». Pour le commentaire de cette décision v. B. G. KAMBOU, « Le contrôle juridictionnel des lois de révision constitutionnelle au Burkina Faso : à propos de la décision inédite 2012-008 du conseil constitutionnel du 26 avril 2012 », *Revue Burkinabè de Droit*, n°50, 2015, p. 254 et s.

¹⁷⁵ La loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale du Bénin le 23 juin 2006.

¹⁷⁶ DCC 06-074 du 8 juillet 2006. Pour des commentaires de cette décision v. L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle*

africaine : Droit constitutionnel Jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 311-337 ; N. MÉDÉ, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2020, pp. 490-494 ; A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des normes supra législatives : Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, Loi constitutionnelle de prorogation du mandat des députés », *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel, op. cit.*, pp. 99-126 ; v. aussi B. D. COULIBALEY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision n° DC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin) », *RDP*, n°5, 01/09/2009, pp. 1493-1511.

¹⁷⁷ Décision DCC 21-010 du 07 janvier 2021, p. 3.

¹⁷⁸ CC, 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *entreprises de presse*, considérant 37.

¹⁷⁹ Décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique*.

Cour suprême en acceptant de connaître des arrêts de cette Cour, pourtant insusceptibles de recours aux termes de l'article 131-3 de la Constitution¹⁸⁰. Enfin, en Afrique du Sud, le juge constitutionnel a élevé la doctrine *Ubuntu*¹⁸¹ en norme à valeur constitutionnelle et a prononcé sur son fondement l'inconstitutionnalité de la peine de mort et la légalité de la loi d'amnistie¹⁸². Il peut s'agir, en second lieu, de normes à objet institutionnel. C'est le cas en République Démocratique du Congo, où le juge constitutionnel a fait prévaloir le principe de la continuité et de la régularité des services publics¹⁸³, sur les dispositions de la Constitution de transition de 2003 se rapportant à l'Administration électorale, afin de maintenir et de prolonger la durée de fonctionnement de cette institution¹⁸⁴. Dans le même registre, il a invoqué le principe de la continuité de l'État pour prolonger les mandats constitutionnels du Président de la République et des parlementaires¹⁸⁵. Dans d'autres cas, le caractère supérieur de la norme se déduit de la consécration ou du

renforcement jurisprudentiels de son intangibilité. À ce propos, le Conseil constitutionnel sénégalais a estimé que la durée des mandats politiques en cours ne peut, « [...] quel que soit au demeurant l'objectif recherché, être réduite ou prolongée »¹⁸⁶. Ce faisant, il consacre *de facto* la durée des mandats politiques comme une limite matérielle à la révision de la Constitution sénégalaise aux côtés de la forme républicaine de l'État¹⁸⁷. Au Niger, la Cour constitutionnelle a scellé l'intangibilité de la disposition relative au mandat présidentiel en jugeant que « les questions de nature constitutionnelle telles que la durée du mandat du Président de la République ne peuvent [...] être [...] soumises à Référendum »¹⁸⁸.

De ce qui précède, on est conduit à reconnaître la valeur d'ordre public constitutionnel des normes que le juge constitutionnel a, d'une certaine façon, posé comme essentielles et qui jouissent d'une protection renforcée. Ces normes visent à « préserver la société contre des

¹⁸⁰ La Cour soumet au contrôle de constitutionnalité les décisions de justice lorsqu'elles sont réputées violer les droits fondamentaux de la personne humaine. v. DCC 03-166 du 11 novembre 2003, *Maître FELIHO V. Florentin* ; DCC 06-076 du 27 juillet 2006 ; DCC 09-087 du 13 août 2009, *Alphonse MENONKPINZON ATOYO et consorts*.

¹⁸¹ *Ubuntu* est un concept *xhosa* et *zoulou*, qui exprime une norme de comportement sociale. Elle renvoie à « l'ensemble des valeurs humanistes africaines », v. O. CAYLA, Ph. SALAZAR, *Le genre humain, Vérité, Réconciliation, Réparation*, Paris, Seuil, 2004, 384 p.

¹⁸² Arrêts du 6 juin 1995, *S v. Mackwanyane and Another* et 25 juillet 1996 *Azapo and others v.*

President of Republic of South Africa and Others, cités par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸³ CSJ, décision du 27 août 2007.

¹⁸⁴ v. S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *RFDC*, n°110, 2017/2, p. 304.

¹⁸⁵ Arrêt R.CONT. 262 du 11 mai 2016.

¹⁸⁶ Décision n°1/C/2016.

¹⁸⁷ S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions... », *op. cit.*, p. 307.

¹⁸⁸ Avis n°02/CC du 25 mai 2009.

bouleversements qu'elle ne saurait maîtriser à défaut d'elles »¹⁸⁹. De ce point de vue, elles seraient d'une utilité constitutionnelle véritable.

II°) UNE UTILITÉ CONSTITUTIONNELLE VÉRITABLE

Une fois qu'on a démontré l'existence des normes d'ordre public constitutionnel, il convient de s'interroger sur leur véritable utilité. Une telle question n'est pas superfétatoire dans la mesure où l'utilité paraît constituer un critère normatif du droit¹⁹⁰. Toute considération faite, la reconnaissance d'un ordre public constitutionnel cristallise une volonté théorique de perfectibilité du système constitutionnel parce qu'elle engendre une « constitutionnalité renforcée »¹⁹¹ des normes (A) et est susceptible d'entraîner un accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel (B).

A) Une « constitutionnalité renforcée » des normes

La dimension matérielle de l'ordre public constitutionnel permet d'aborder l'importance normative de la notion. À cet égard, l'ordre public constitutionnel peut être en premier lieu des normes à objet institutionnel qui ne peuvent être remises en cause sans mettre à bas tout l'édifice. Il peut s'agir en second lieu de normes conférant des droits substantiels qui jouissent d'une garantie renforcée. Dans le premier cas, il induit une garantie de la stabilité institutionnelle (1) ; dans le second, il permet une lecture éclairée des droits fondamentaux constitutionnels (2).

1- Une garantie de la stabilité institutionnelle

L'ordre public constitutionnel ne doit pas rester uniquement de l'ordre de la pure spéculation intellectuelle. L'intangibilité – de droit ou de fait – des normes qui le composent vise à protéger les bases fondamentales du système étatique. Dans cette dimension, il assure la pérennité du régime politique et

¹⁸⁹ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 241-242.

¹⁹⁰ A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *Revue RRC*, n°016 / Décembre 2021, pp. 1-12.

¹⁹¹ R. DÉCHAUX, *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherche sur la production du droit constitutionnel formel*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 2011, 957 p.

consolide le fonctionnement démocratique de l'État.

Sur le premier point, le domaine de l'intangibilité constitutionnelle concerne principalement les normes que les Constitutions jugent essentielles pour la survie du régime juridico-politique qu'elles ont établi¹⁹². En effet, il serait fâcheux si les pouvoirs constitués pouvaient porter atteinte à certaines valeurs fondamentales¹⁹³. La fondamentalité de ces normes apparaît dans la période qui précède l'adoption d'une nouvelle Constitution. Il peut s'agir de règles se rapportant à l'idée de l'État que se font les « pères fondateurs » qui établissent une Constitution là où il n'y en avait pas. Il peut s'agir également des principes ou de la philosophie du droit auxquels se réclament un gouvernement de fait¹⁹⁴ ou des révolutionnaires qui parviennent à renverser l'ordre établi. Il peut s'agir enfin de normes contenues dans des accords de paix conclus entre les acteurs politiques d'un État antérieurement en crise¹⁹⁵. Dans tous ces cas, il y a émission de normes considérées comme

appartenant au pacte fondateur de l'idéal étatique et qui se placent comme supérieures aux autres règles constitutionnelles. Ces normes fondent l'adhésion dans son ensemble au système constitutionnel national¹⁹⁶. Elles ont trait, pour l'essentiel, à la forme du gouvernement. En France, par exemple, l'impossibilité de réviser la forme républicaine du gouvernement¹⁹⁷ vise à empêcher le retour à la monarchie¹⁹⁸. De même, la Cour constitutionnelle italienne a jugé, en substance, que la forme républicaine constitue « l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne » et ne peut, de ce fait, être remise en cause¹⁹⁹. Au Bénin, enfin, la Cour constitutionnelle a conforté la nature présidentielle du régime politique²⁰⁰ afin d'éviter que le régime ne dérive ni vers un présidentielisme, ni vers un régime d'Assemblée, encore moins vers un « gouvernement des juges »²⁰¹. Les normes considérées peuvent également porter sur l'organisation des pouvoirs publics. À ce propos, la séparation des pouvoirs, en France,

¹⁹² K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁹³ *15^e journées juridiques franco-italiennes*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁹⁴ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, pp. 73-100.

¹⁹⁵ J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RRJ*, 2008, pp.1723-1746 ; P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les États africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit de McGill*, vol. 57, n°4, juin 2012, pp. 921-952.

¹⁹⁶ v. B. MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, p. 142.

¹⁹⁷ Art. 89 alinéa 5 de la Constitution de 1958.

¹⁹⁸ v. E. SOMA/KABORÉ, « La forme républicaine... », *op. cit.*

¹⁹⁹ Arrêt du 15 décembre 1988, n° 1146/1988.

²⁰⁰ Décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, *AYIKPE Louis*.

²⁰¹ É. NGANGO YOUNBI, « La supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p. 144 ; v. aussi F. J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, p. 156 ;

a été érigée au rang de « méta-principe » aussi bien par les révolutionnaires de 1789²⁰² que par le juge constitutionnel²⁰³ en réaction à l'absolutisme royal, caractérisé par une confusion des fonctions²⁰⁴. La garantie de la séparation des pouvoirs²⁰⁵ a conduit à consacrer la primauté de ce principe sur des dispositions d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies en Côte d'Ivoire²⁰⁶ et sur l'article 105-2 de la Constitution au Bénin²⁰⁷. Suivant cette philosophie des choses, les normes sus-évoquées, en raison de leur légitimité supérieure, assurent la conservation du système politique.

Sur le second point, le bloc de l'intangibilité constitutionnelle comprend aussi des normes relatives au fonctionnement démocratique de l'État. La démocratie constitue de nos jours l'élément fondamental de l'ordre public international et l'unique modèle politique envisagé et compatible avec certains systèmes juridiques²⁰⁸. Son

importance est telle, que certains suggèrent de considérer comme supraconstitutionnel, le corpus de normes qu'il est possible de dégager « dans la convergence incontestablement réelle et fréquente des Constitutions démocratiques et des jurisprudences nationales correspondantes »²⁰⁹. Dans le même sens, d'autres considèrent l'ordre public constitutionnel comme formé uniquement des dispositions constitutionnelles qui relaient « les valeurs fondamentales de la démocratie et qui [disposent] d'une valeur impérative supérieure aux autres règles constitutionnelles »²¹⁰. En tout état de cause, l'intégration dans le champ de l'ordre public constitutionnel des dispositions constitutionnelles qui promeuvent la démocratie permet leur « sacralisation »²¹¹. La preuve en est qu'en Allemagne, les rédacteurs de la Loi fondamentale de 1949 ont fait en sorte que la démocratie libérale ne

²⁰² Art. 16 de la DDHC.

²⁰³ Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*.

²⁰⁴ J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 167.

²⁰⁵ v. A. A. W. OUANDAOGO, « La garantie juridictionnelle de la séparation des pouvoirs en Afrique noire francophone », *Revue burkinabè de droit*, n°61, 2020, pp. 259-286.

²⁰⁶ v. A. GADJI, « L'ONU et la crise ivoirienne », in D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *op. cit.*, pp. 195-229 ; G. P. TCHIVOUNDA, « Le conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire et l'internationalisation de l'élection présidentielle des 31 octobre et 28 novembre 2010. Variations autour d'un plaidoyer », in D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *op. cit.*, pp. 431-447.

²⁰⁷ La Cour constitutionnelle juge contraire à la séparation des pouvoirs l'obligation pour le

Gouvernement, prévue à l'art. 105-2 de la Constitution, de requérir l'avis motivé de la Cour Suprême avant de délibérer les projets de loi. v. Décision du 27 juillet 2011.

²⁰⁸ CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*. v. également 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.

²⁰⁹ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 88.

²¹⁰ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 28.

²¹¹ P. L. NIKIEMA, « Les clauses d'éternité constitutionnelle dans la construction démocratique au Burkina Faso », *Afrilex*, février 2021, p. 11 et s.

puisse jamais être remise en cause comme cela avait été le cas en 1933²¹². À l'instar de l'Allemagne, des États ont, par exemple, inclus les dispositions relatives à l'alternance démocratique parmi les normes irréfornables²¹³. Dans la même perspective, certaines juridictions constitutionnelles ont considérablement élargi la supraconstitutionnalité afin de préserver les acquis démocratiques²¹⁴. C'est le cas en Centrafrique où la Cour constitutionnelle a garanti la limitation de la durée du mandat présidentiel en soutenant « [...] que le Peuple a clairement manifesté sa volonté d'instituer un **verrou constitutionnel**²¹⁵ en ce qui concerne le mandat du Président de la République, verrou que nul ne peut, pas même ses Représentants, les députés, [...], ni supprimer ni modifier »²¹⁶. Au Sénégal, le juge constitutionnel s'est fondé sur la sécurité juridique et la stabilité des institutions pour élever la durée des mandats politiques au rang de norme intangible²¹⁷. De même au Bénin, la Cour constitutionnelle a élevé certaines spécificités au-dessus de la Constitution conduisant à verrouiller de

façon radicale la durée et le nombre des mandats parlementaires²¹⁸ et présidentiels²¹⁹.

En somme, la reconnaissance du caractère d'ordre public constitutionnel d'une norme à objet institutionnel garantit son inaltérabilité et « sanctuarise » du même coup les structures politiques de l'État. Par ailleurs, si l'on en croit les auteurs qui conçoivent l'ordre public constitutionnel suivant l'angle des droits de l'homme, la notion permettrait également une lecture éclairée des droits fondamentaux constitutionnels.

2- Une lecture éclairée des droits fondamentaux constitutionnels

Les droits et libertés constitutionnels constituent également une composante essentielle de l'ordre public constitutionnel. Cependant, tous les droits ne font pas forcément partie de ce champ normatif. L'appartenance d'un droit donné à cette catégorie de normes devra conduire, d'une part, à considérer qu'il est plus fondamental

²¹² Art. 79-3 de la Loi fondamentale de 1949. v. M. FROMONT, « La révision de la Constitution... », *op. cit.*, p. 1 et s.

²¹³ Art. 165-1 Burkina Faso ; art. 175-2 Niger ; art. 153 Centrafrique ; art. 75-8 Constitution tunisienne de 2014 ; v. S. M. OUEDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat en droit, Université MONTESQUIEU – Bordeaux IV, 16 mai 2011, 449 p.

²¹⁴ S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions... », *op. cit.*, p. 305 et s.

²¹⁵ C'est la Cour qui souligne.

²¹⁶ Avis n°015/CC/20 du 05 juin 2020, considérant 25. Dans le même sens v. Avis n°02/CC du 25 mai 2009 (Niger). Pour aller plus loin v. A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, juin 2003, pp. 139-174.

²¹⁷ Décision n°1/C/2016.

²¹⁸ DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

²¹⁹ DCC 11-067 du 20 octobre 2011.

que les autres et, d'autre part, à lui assurer une garantie renforcée.

Une partie de la doctrine, à laquelle nous sommes sensible et acquis, estime que « certains droits sont plus « fondamentaux » que d'autres »²²⁰. On retrouve cette idée on ne peut plus clairement dans l'affirmation de Robert Badinter²²¹ selon laquelle « il y a, dans nos systèmes constitutionnels, des libertés intangibles que le constituant ne pourrait supprimer. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartiennent pas à ce noyau sacré »²²². Cette idée est partagée par les révolutionnaires de 1789 qui ont érigé certains droits au rang de « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » dont la conservation reste « le but de toute association politique »²²³ et d'autres au rang de « droits les plus précieux de l'Homme »²²⁴. La différenciation hiérarchique entre droits fondamentaux constitutionnels peut également être perçue en droit constitutionnel sud-africain où il est possible de considérer les droits figurant parmi les 34 principes qui ont servi à la « certification » de la Constitution actuelle comme étant nécessairement plus

importants²²⁵. Par-delà les textes, on note l'existence d'une pertinente et concordante jurisprudence qui s'inscrit dans le sens de cette hiérarchie. À titre d'exemples, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu l'existence de droits qui « [...] représentent des valeurs fondamentales de la personne et les fondements de l'ordre démocratique républicain »²²⁶. Le juge constitutionnel espagnol a également admis l'existence d'un noyau absolu de droits fondamentaux dans la Constitution²²⁷. La Cour constitutionnelle sud-africaine, pour sa part, a nommé certains droits comme étant plus importants et comme étant la source de tous les autres droits de la personne humaine²²⁸. Par ailleurs, la doctrine a établi une pluralité d'éléments qui fondent la hiérarchie entre droits fondamentaux. Il peut s'agir de l'absence de régime d'autorisation préalable pour l'exercice du droit considéré, du rôle du législateur dans sa mise en œuvre effective et de son application uniforme sur tout le

²²⁰ Cette formulation est de Henry Roussillon, cité par K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 320.

²²¹ Professeur de droit, Ancien Garde des Sceaux (juin 1981 – février 1986) et ancien Président du Conseil constitutionnel français (mars 1986 – mars 1995).

²²² Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 33.

²²³ v. art. 2 de la DDHC.

²²⁴ v. art. 11 de la DDHC.

²²⁵ Comme droits figurant parmi ces principes, on peut citer : le refus de la discrimination raciale et sexiste, la dignité humaine, la mise en œuvre du principe d'égalité, etc. v. § 2 du Préambule de la Constitution sud-africaine du 22 décembre 1993.

²²⁶ Arrêt n° 366 du 23 juillet 1991.

²²⁷ Arrêt n°91 de l'an 2000, *Paviliani et autres*.

²²⁸ *Others, Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others, Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, op. cit.

territoire²²⁹. Sont également susceptibles d'être pris en compte, le degré de précision du principe considéré, l'existence ou non d'exception ou de tempérament, le degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard ou encore, sa garantie juridictionnelle²³⁰. Ces éléments permettent de mettre en lumière, parmi les droits constitutionnels, des droits plus sensibles que d'autres, lesquels sont considérés comme d'ordre public constitutionnel, au sens de cette étude.

Les droits ainsi identifiés jouissent nécessairement d'une garantie renforcée. Cette garantie est à la fois un critère et une conséquence de leur qualité d'ordre public constitutionnel. D'abord, elle est un critère parce qu'il est possible de déduire la « constitutionnalité renforcée » d'un droit ou d'une liberté à partir de son degré élevé de protection. Favoreu proposait, en effet, d'opérer une distinction « entre les libertés de premier et de second rang »²³¹ en fonction de la protection qui leur est assurée par le juge constitutionnel. Allant plus loin, Delmas-Marty soutient l'existence de « droits à protection absolue », de « droits à protection

“quasi-absolue” » et de « droits à protection relative »²³². Ainsi, on pourrait par exemple considérer que relèvent des deux premières catégories, les droits « sacrés » par une clause d'éternité expressément prévue dans la Constitution. C'est le cas en Allemagne de la dignité de l'être humain²³³ et du droit de résistance des citoyens face à toute velléité de renversement de l'ordre constitutionnel²³⁴ qui sont intangibles en vertu de l'article 79-3 de la Loi fondamentale. Il y a aussi le cas du Portugal où « les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations » sont nommément cités parmi les limites matérielles de révision de la Constitution²³⁵. Ensuite, dire que la garantie renforcée est une conséquence du caractère d'ordre public constitutionnel signifie que c'est la reconnaissance de la valeur supérieure des droits qui conduit à leur assurer une meilleure protection. Nous en voulons pour preuve qu'en France la libre communication des pensées et des opinions jouit d'une meilleure garantie juridictionnelle parce que le juge l'a qualifiée de « liberté fondamentale d'autant plus précieuse... »²³⁶. Il en est de même de la liberté individuelle²³⁷ en ce qu'il « rejoint

²²⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2011, pp. 199-200.

²³⁰ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., note 320.

²³¹ L. FAVOREU, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Actes du Colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989*, Paris, Éditions STH, 1990, p. 37.

²³² M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : Tome 1, Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

²³³ Art. 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale.

²³⁴ *Ibid.*, Art. 20, alinéa 4.

²³⁵ Art. 288(1)(d) de la Constitution.

²³⁶ CC, 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *entreprises de presse*, considérant 37.

²³⁷ CC, 76-75 DC, 12 janvier 1977, considérant 1.

l'un des droits naturels et imprescriptibles consacrés à l'article 2 de la DDHC »²³⁸. Dans le même temps, le juge constitutionnel italien a reconnu le caractère inviolable des droits qui appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes de la démocratie italienne²³⁹. Le tribunal constitutionnel allemand a lui aussi considéré que « la substance des droits fondamentaux et plus particulièrement leur contenu essentiel reçoit la protection constitutionnelle »²⁴⁰. En Afrique du Sud enfin, la dignité humaine est mieux protégée parce qu'elle est d'une « importance fondamentale pour la société et [...], surtout parce que dans le passé, elle a été cruellement méconnue »²⁴¹.

En fin de compte, il est possible d'admettre une différence de degré ou à tout le moins une hiérarchie matérielle entre droits fondamentaux²⁴². Cette hiérarchie fonde le recours à la notion d'ordre public constitutionnel pour intégrer les droits jugés plus importants et faciliter leur identification. L'utilité normative de la notion se confirme donc, et cela augure des implications sur le plan juridictionnel avec un possible accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel.

²³⁸ M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET et autres, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, PUF, 2017, p. 562.

²³⁹ É. BESSON, « Les principes suprêmes... », *op. cit.*, p. 14 et s.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 15 ; v. Décision du 12 octobre 1993 à propos du Traité de Maastricht de 1993.

²⁴¹ *Dawood and Another v. Minister of Home Affairs and Others, Shalabi and Another v. Minister of Home*

B) Un accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel

L'ordre public constitutionnel pourrait aussi être examiné suivant une réelle approche contentieuse. Sous cet angle, il pourrait s'avérer utile aussi bien sur le plan procédural que sur le plan de l'étendue des actes soumis au contrôle du juge. En effet, la hiérarchie qu'induit la notion pourrait permettre d'établir une « théorie » des moyens d'ordre public constitutionnels avec pour conséquence une rationalisation du pouvoir d'office du juge constitutionnel (1). Cette hiérarchie commande également un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle (2).

1- Une rationalisation du pouvoir d'office du juge constitutionnel

La reconnaissance d'un ordre public constitutionnel emporte des implications sur le plan procédural. En cas de litige, les règles formant ce champ normatif devront

Affairs and Others, Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others, op. cit.

²⁴² De nombreux auteurs soutiennent cependant l'indivisibilité des droits de l'homme et réfutent, par suite, l'idée de hiérarchie entre droits fondamentaux, v. M.-C. PONTHEAUX, « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, pp. 928-936 ; M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des droits de l'homme », *CRDF*, 7 | 2009, pp. 75-86.

constituer les griefs constitutionnels les plus « fondamentaux » au point d'être invocables par quiconque, y compris le juge. On infère que ces règles sont susceptibles de constituer des moyens d'ordre public, dont une systématisation permet de dessiner les contours d'un ordre public constitutionnel procédural.

Les moyens sont des « éléments de droit par lesquels les requérants s'efforcent de convaincre le juge [...] du bien-fondé de leurs prétentions »²⁴³. Ils sont dits d'ordre public lorsqu'ils conduisent à « faire respecter certaines règles de technique juridique que la tradition conduit à considérer comme particulièrement importantes parce qu'elles ne sont pas établies pour la protection des intérêts particuliers mais bien dans l'intérêt général »²⁴⁴. Cette définition fonde le caractère d'ordre public sur la fondamentalité de la norme qui elle-même se déduit de sa fonction, à savoir, la préservation de l'intérêt général. Elle coïncide, à quelques différences près, avec la définition de l'ordre public constitutionnel retenue dans cette réflexion. Pour rappel, les règles d'ordre public constitutionnel constituent l'essence des valeurs suprêmes de tout ordre juridique.

Elles correspondent à ce qui dans un système juridique « ne peut être changé sans changer le système dans son ensemble »²⁴⁵. À ce titre, elles constituent des valeurs fondamentales devant être respectées à tout prix. Cela explique pourquoi il est possible de les rapprocher des moyens d'ordre public, car, à l'instar de ceux-ci, elles présentent le caractère de normes aptes à servir une cause sociale d'intérêt général²⁴⁶. De surcroît, à l'image des moyens d'ordre public, elles sont de nature à induire des particularités procédurales. C'est eu égard à ces particularités que Odent a défini le moyen d'ordre public comme un « moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision rendue n'en tenait pas compte »²⁴⁷. Autrement dit, il s'agit d'un moyen que le juge est tenu de soulever même si les parties l'ont omis ou y ont clairement renoncé²⁴⁸. Transposées au contentieux constitutionnel, ces définitions conduisent à ériger les règles d'ordre public constitutionnel en moyens d'ordre public dignes des moyens d'ordre public du droit administratif²⁴⁹. Par conséquent, et pour paraphraser Guillaume

²⁴³ O. DUHAMEL, Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1992, p. 647.

²⁴⁴ B. KORNPORST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959, p. 358.

²⁴⁵ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 457.

²⁴⁶ A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁷ R. ODENT, *Contentieux administratif, tome 1*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 957-964.

²⁴⁸ CE, 31 décembre 1919, *Moine c/ Commune de Decize*, *Lebon* 973.

²⁴⁹ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 408.

Drago²⁵⁰, le juge constitutionnel aurait le devoir de soulever tous les cas de violation d'une règle d'ordre public constitutionnel concernant le texte soumis à son examen en allant au-delà si nécessaire des conclusions ou des moyens énoncés dans la saisine. Dans cette logique, les règles d'ordre public constitutionnel pourraient constituer des griefs de constitutionnalité qui conduisent à des cas d'ouverture systématique de la jurisprudence constitutionnelle.

Inversement, il serait possible de déduire le caractère d'ordre public constitutionnel d'une règle à sa faculté à être soulevée d'office par le juge constitutionnel. C'est d'ailleurs ce raisonnement qui a prévalu à la création de la notion d'ordre public constitutionnel²⁵¹. Thierry Di Manno, le précurseur de la notion, a proposé en effet de considérer « les moyens et les conclusions soulevés d'office comme des questions d'ordre public susceptibles de s'intégrer dans le champ plus vaste de l'ordre public constitutionnel »²⁵². La notion a donc été créée de manière à conforter une logique des questions soulevées d'office. Le pouvoir d'office conduit le juge constitutionnel à considérer qu'il est saisi de l'ensemble du

texte soumis à son contrôle et qu'il peut soulever de lui-même des questions de constitutionnalité²⁵³. Lorsque ces questions portent sur des dispositions du texte non contestées par les saisissants²⁵⁴, on parle de conclusions soulevées d'office. Cependant, lorsque le juge s'éloigne de la saisine motivée en modifiant la référence constitutionnelle choisie par les requérants²⁵⁵, on parlera de moyens soulevés d'office. En considérant que la technique juridictionnelle du « soulevé d'office » n'est mise en œuvre qu'en cas de grief porté à une norme d'importance fondamentale, il est alors tout à fait possible de dégager des moyens d'ordre public constitutionnel à partir de l'analyse des questions soulevées d'office. Cette théorie est connue dans la doctrine sous l'appellation d'ordre public constitutionnel procédural²⁵⁶. L'examen de la jurisprudence tend à confirmer cette théorie, car les moyens que le juge soulève d'office l'ont été pour des griefs se rapportant à des normes tenues pour fondamentales. Le Conseil constitutionnel français a par exemple soulevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article 11 de la DDHC relatif à la libre communication des pensées et des opinions pour invalider des

²⁵⁰ Ce dernier parle « du devoir qui... revient [au juge constitutionnel] de soulever toutes les questions de constitutionnalité concernant la loi soumise à son examen en allant au-delà si nécessaire des moyens énoncés dans la saisine », v. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5^e éd., Paris, PUF, 2020, 888 p.

²⁵¹ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pp.154 et s.

²⁵² *Ibid.* ; A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, op. cit., p. 35.

²⁵³ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », op. cit., p. 209.

²⁵⁴ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., p. 11.

²⁵⁵ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, op. cit., p. XVIII.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 406.

dispositions législatives²⁵⁷. Dans une décision ultérieure, il s'est fondé sur le moyen tiré de la violation de la protection de la liberté individuelle pour invalider une disposition législative non contestée par les requérants²⁵⁸. Plus récemment, il a soulevé d'office la violation du principe d'impartialité, qu'il rattache à l'article 16 de la DDHC, pour abroger une disposition législative²⁵⁹. Est-il nécessaire de relever que dans ces trois cas, les droits en cause sont considérés comme étant plus importants ? En Afrique, c'est le juge constitutionnel béninois qui s'est le plus illustré en matière du « soulevé d'office ». Il a par exemple relevé d'office un moyen tiré de la violation du droit à l'*habeas corpus* pour juger contraire à la Constitution la détention sans titre d'un individu durant dix-huit mois à la prison civile de Porto-Novo²⁶⁰. En règle générale, le juge constitutionnel béninois est prompt à se saisir d'office, ce qui le conduit nécessairement à faire usage de la technique du « soulevé d'office », en cas de litiges subodorant une violation des droits fondamentaux²⁶¹. Cela amène à soutenir que les droits fondamentaux constituent des moyens d'ordre public en contentieux constitutionnel béninois.

Il s'ensuit que l'ordre public constitutionnel peut servir à clarifier l'exercice du pouvoir d'office du juge constitutionnel. Seule une atteinte portée à une règle de cette catégorie normative devrait conduire le juge à relever d'office afin de protéger les fondements de l'ordre constitutionnel. Cet impératif de protection commande également d'instituer un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle.

2- Un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle

Il ne sied pas de parler de révision lorsque celle-ci porte atteinte aux normes qui constituent l'essence de la Constitution. Ainsi, une norme issue d'une révision de la Constitution ne saurait acquérir valeur constitutionnelle que si elle n'est pas de nature à provoquer la rupture de l'ordre constitutionnel existant. Pour ce faire, le juge constitutionnel devrait être compétent pour connaître des lois de révision constitutionnelle pour des raisons tenant à la fois à la cohérence normative du système et

²⁵⁷ Décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984.

²⁵⁸ Décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986.

²⁵⁹ CC 2011-147 QPC, 8 juillet 2011.

²⁶⁰ Décision DCC 15-103 du 19 mai 2015.

²⁶¹ v. N. MÉDÉ, *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, pp. 415-416 ; F. J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la

garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *Afrilex*, mai 2016, 31 p. ; P. SOGLOHOUN, « La hiérarchie... », *op. cit.*, p. 30 et s.

aux impératifs du constitutionnalisme contemporain.

Dans tout système constitutionnel, la cohérence normative « n'est pas une donnée, mais le produit d'une manipulation »²⁶² du juge constitutionnel. Ce dernier, à travers le contrôle de constitutionnalité, garantit la suprématie de la Constitution²⁶³. Celle-ci devra être respectée par toutes les autres règles de droit produites par les organes de l'État²⁶⁴. Partant, la loi votée « ne sera l'expression raisonnable et authentique de la volonté générale qu'autant qu'elle sera conforme à la norme fondamentale »²⁶⁵. Ceci explique la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois dans divers ordres juridiques. Ce caractère général du contrôle ne concerne pas cependant toutes les catégories de lois. La loi de révision constitutionnelle par exemple n'est pas soumise au contrôle de constitutionnalité dans la majorité des systèmes juridiques. Cette loi est une norme à valeur formellement

constitutionnelle édictée par le pouvoir constituant dérivé suivant une procédure particulière prévue par la Constitution²⁶⁶. Certains auteurs se fondent sur sa nature – constitutionnelle – et son autorité – plus grande, car la même que les autres dispositions de la Constitution – pour s'opposer au contrôle de constitutionnalité de celle-ci²⁶⁷. Cependant, si par révision, on entend la possibilité « de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'un ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur »²⁶⁸, alors on pourrait tout à fait admettre que la loi de révision soit soumise au juge constitutionnel pour s'assurer qu'elle n'opère pas une rupture par rapport au corpus constitutionnel existant²⁶⁹. Or, les normes dont la modification est susceptible de « détruire l'ordre constitutionnel existant et lui substituer un nouvel ordre constitutionnel »²⁷⁰ s'entendent ici des règles d'ordre public constitutionnel. Par

²⁶² M. TROPER, « Le pouvoir constituant et le droit international », cité par S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation... », *op. cit.*, p. 314.

²⁶³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », *op. cit.*, pp. 197-257.

²⁶⁴ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes » », *RFDC*, n°31, 1997, pp. 481-509.

²⁶⁵ T. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 103 ; Conseil constitutionnel français, Décision 85-197 du 23 août 1985.

²⁶⁶ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 620 ; v. aussi X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n°59, 2004/3, pp. 595-617.

²⁶⁷ M. BLÉOU, « Sur la justiciabilité de la loi de révision constitutionnelle », in F. J. AÍVO et autres (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 213-219.

²⁶⁸ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 113 ; v. aussi F. D. MELEDJE, « La révision des constitutions africaines dans les États africains francophones. Esquisse de bilan », *RDP*, n° 1, 1992, p. 113

²⁶⁹ v. F. J. AÍVO, « La crise de normativité... », *op. cit.*, p. 156 ; M. A. NAMOUNTOUGOU, « Le changement de République en droit constitutionnel contemporain », *RFDC*, n° 114, 2018/2, pp. 395-418, p. 403.

²⁷⁰ Cour Constitutionnelle du Bénin, DCC 14-199 du 20 novembre 2014, *op. cit.*

conséquent, la garantie de ces normes devrait logiquement conduire à instituer un contrôle de constitutionnalité des lois qui révisent la Constitution. Cette conclusion est d'autant plus valable si l'on admet la « constitutionnalité supérieure »²⁷¹ des règles d'ordre public constitutionnel. Dans ce cas, le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle se présentera comme une modalité du contrôle de validité ou de régularité juridique consistant à apprécier leur conformité par rapport à l'ordre public constitutionnel.

En outre, les exigences du constitutionnalisme contemporain militent pour la fin de l'« immunité d'inconstitutionnalité »²⁷² des lois de révision. Dans son essence profonde, le constitutionnalisme exprime philosophiquement l'idée « du droit comme promoteur de l'ordre légitime universel, et la

Constitution comme limite à l'arbitraire du pouvoir »²⁷³. Cette limitation du pouvoir est également valable pour le pouvoir constituant dérivé²⁷⁴ nonobstant sa souveraineté affirmée²⁷⁵ et même pour le peuple lorsqu'il ne « paraît pas en Majesté » mais en tant que pouvoir institué²⁷⁶. C'est suivant cette logique que le constituant originaire a prévu des limites matérielles au pouvoir de révision afin de s'assurer que les lois de révision, par leur intervention, n'opèrent pas de révolution, au sens de Kelsen²⁷⁷. Ces limites ont trait généralement aux principes traditionnels du constitutionnalisme, à savoir la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux, la consécration de l'État de droit. Le contrôle de constitutionnalité des lois de révision s'avère donc nécessaire, ne fût-ce que pour s'assurer de leur conformité matérielle à ces principes²⁷⁸. Cela explique pourquoi de plus

²⁷¹ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 133.

²⁷² Terminologie utilisée par le Pr SOMA pour qualifier l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle. v. A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », op. cit., p. 621.

²⁷³ A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *Mélanges Glélé*, op. cit., p. 90.

²⁷⁴ La Cour constitutionnelle centrafricaine a soutenu que « [...] le pouvoir de révision est fondamentalement considéré comme étant par nature limité [...] », in Décision n°009/CC/22 du 23 sept. 2022, p. 15.

²⁷⁵ France : CC, n°92-312 DC, 2 sept. 1992, *Traité sur l'Union européenne* (« Maastricht II »), considérant 19 ; Sénégal : déc. du 18 janv. 2006, considérant 3 ; Bénin : déc. DCC 21-010 du 07 janv. 2021, considérant 4. v. A. SOMA, « La souveraineté du

pouvoir constituant et le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », *Annales de l'Université de Ouagadougou*, Série B, vol. 004, 2012, pp. 425-473.

²⁷⁶ Carl Schmitt propose de distinguer l'intervention du peuple en tant que pouvoir constituant ou en tant que pouvoir institué, v. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 236.

²⁷⁷ Kelsen définit la révolution comme « toute modification de la Constitution, ou tout changement ou substitution de la Constitution... qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur », v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 209.

²⁷⁸ Cour constitutionnelle centrafricaine, Décision n°009/CC/22, 23 sept. 2022, p. 17 : « Une loi constitutionnelle de révision de la Constitution adoptée par le Parlement ne peut à elle seule, contrevenir aux dispositions intangibles contenues dans [...] la Constitution ».

en plus d'États ont amorcé ce contrôle, soit en le consacrant explicitement dans leur Constitution²⁷⁹ soit par le fait du juge constitutionnel qui opère une interprétation progressiste de ses compétences d'attribution²⁸⁰. L'effectivité du contrôle des lois de révision n'est pas sans apport pour l'ordre constitutionnel, car il le met à l'abri de « révisions régressives »²⁸¹ ou « inopportunes »²⁸². À titre d'exemples, des révisions remettant en cause la limitation des mandats politiques²⁸³, les libertés publiques²⁸⁴, les droits politiques²⁸⁵ ou l'État de droit²⁸⁶ ont été censurées grâce au contrôle de constitutionnalité des lois de révision²⁸⁷. Il convient de relever que les principes, susmentionnés, qui ont fondé la déclaration d'inconstitutionnalité des lois de révision sont d'ordre public constitutionnel au sens de cette étude. On infère que la garantie des principes suprêmes de l'ordre constitutionnel commande de généraliser le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle.

En dernier ressort, le contrôle des lois de révision constitutionnelle semble devoir s'imposer eu égard à la nécessité de protéger le « noyau sacré » de règles qui assure la survie de tout système constitutionnel.

²⁷⁹ Afrique du Sud : Section 167 alinéa 4 b de la Constitution du 11 octobre 1996 ; Côte d'Ivoire : art. 134(1) ; Centrafrique : art. 105 ; Tunisie : art. 144(1) de la Constitution de 2014 ; Turquie : art.117.

²⁸⁰ Cour suprême des États-Unis, arrêt *Marbury vs. Madison* de 1803 ; Cour constitutionnelle d'Italie, arrêt n°6 du 22 janvier 1970 ; Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001 ; Cour constitutionnelle du Niger, arrêt n°2003-002/CC du 7 janvier 2003 ; Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

²⁸¹ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 631 et s.

²⁸² B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 5-26.

²⁸³ Centrafrique : Décision n°009/CC/22 du 23 sept. 2022 et Avis n°015/CC/20 du 05 juin 2020 ; Sénégal : Décision n°1/C/2016 ; Burkina : Décision n° 2012-008/CC du 26 avril 2012 ; Niger : Avis n°02/CC du 25 mai 2009 et arrêt n°4/CC/ME du 12 juin 2009 ; Bénin : DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

²⁸⁴ Mali : arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001.

²⁸⁵ Turquie : arrêt n°31 du 16 juin, *restitution des droits politiques*.

²⁸⁶ Allemagne : arrêt du 15 décembre 1970 ; Autriche : arrêt du 29 septembre 1988.

²⁸⁷ Pour aller loin, v. I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal : Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2011, 218 p.

CONCLUSION

En définitive, l'ordre public constitutionnel est un concept novateur de la doctrine juridique qu'il est possible d'appréhender en définissant des critères et conditions d'appartenance à ce champ normatif. On pourrait ainsi considérer comme d'ordre public constitutionnel les normes qui, pour une raison ou pour une autre, sont regardées comme plus importantes et indérogeables au sein du bloc de constitutionnalité. Ainsi définie, l'existence et l'utilité constitutionnelles de la notion paraissent manifestes.

Son existence peut être perçue dans la norme et la jurisprudence constitutionnelles. En effet, certaines normes sont importantes en ce qu'elles posent les conditions de validité d'autres normes constitutionnelles, jouissent d'une immutabilité de droit ou de fait ou qu'elles constituent l'essence de la Constitution. D'autres le sont parce que leur fondamentalité a été expressément ou tacitement reconnue par le juge constitutionnel.

De surcroît, la reconnaissance d'un ordre public constitutionnel renferme des avantages au double plan normatif et contentieux. L'intangibilité qui caractérise cette catégorie de normes est de nature à

induire une stabilité des institutions étatiques et une consolidation de la démocratie. Dans le même sens, la hiérarchie qu'elle suppose permet d'identifier les droits les plus substantiels parmi les droits constitutionnels et de garantir leur inviolabilité. Mieux encore, eu égard à leur caractère indérogeable, les règles d'ordre public constitutionnel pourraient constituer des moyens d'ordre public à l'image de ceux qui existent en droit administratif. Elles pourraient justifier également un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle afin de prévenir des « coups d'État » constitutionnels.

Par conséquent, il est possible de conclure avec Marie-Françoise Rigaux qu'« on ne peut plus dénier de façon aussi péremptoire toute forme d'effectivité à des règles constitutionnelles [...] »²⁸⁸ présentant les caractéristiques des règles d'ordre public constitutionnel telles que nous le concevons. Il s'ensuit que le concept d'ordre public constitutionnel mériterait de s'affranchir de sa dimension théorique pour s'affirmer pleinement dans le droit constitutionnel formel des États. L'autorité politique ou le juge constitutionnel est donc invité à œuvrer pour sa « positivation ».

²⁸⁸ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles...*, op. cit., pp. 241-242.

« LA PROTECTION DU CONSTITUANT EN CAS DE CONCOURS DU CAUTIONNEMENT ET DU NANTISSEMENT DE COMPTE BANCAIRE »

Dr. Amina BALLA KALTO LOUTOU

*Maître-assistante en droit privé,
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université
Abdou Moumouni de Niamey*

Mots clés : *Constituant de la sûreté portant sur le compte bancaire, concours de sûretés, droit à l'information et à la mise en garde du constituant, indivisibilité et exigibilité du compte courant, proportionnalité des droits et obligations, équilibre des intérêts des parties, réduction des engagements excessifs, opposition à la saisine du compte bancaire, inopposabilité du solde provisoire et inopposabilité des actes frauduleux en période suspecte.*

Keyword :

Bank account collateral component, collateralization, right to information and notice of the grantor, indivisibility and chargeability of the current account, proportionality of rights and obligations, balance of interests of the parties, reduction of excessive liabilities, opposition to referral to the bank account, unenforceability of the provisional balance and unenforceability of fraudulent acts in suspicious times.

RESUME :

Le constituant d'une garantie qui porte sur un élément important de son patrimoine « qu'est le compte bancaire » accordant à la fois un cautionnement et un nantissement sur le compte courant mérite d'être protégé de la même manière que ceux qui lui consentent le crédit, en particulier des professionnels de crédits. Cette protection du constituant, au même titre que celle du débiteur est un gage de l'efficacité des sûretés devant assurer aux créanciers, la sécurité juridique et judiciaire. Elle repose sur la consécration des principes légaux de la règle de proportionnalité et de l'équilibre des droits et obligations des parties aux contrats de sûretés. Pour que les sûretés consenties à leurs bénéficiaires, professionnels de crédit, soient efficaces, ceux-ci doivent également tenir compte des intérêts du constituant, personne physique, pour lui éviter un engagement excessif susceptible de conduire à l'insolvabilité et à sa faillite. C'est pour parer au déséquilibre des engagements des parties que l'évolution du droit comparé, en l'occurrence le droit positif français inspirant le législateur OHADA, tend à imposer au bénéficiaire, le respect des droits du constituant en cas de concours du

cautionnement et du nantissement de compte bancaire, qu'ils soient consentis à un seul bénéficiaire ou à plusieurs bénéficiaires.

Si dans l'hypothèse où les deux types de sûretés sont consentis à un seul créancier, tout risque de conflit de paiement est écarté par le fait que le bénéficiaire réunit les deux types de garanties entre ses mains et qu'à la clôture du compte, le bénéficiaire reçoit le paiement de sa créance sur le montant du solde créditeur du compte courant, il en va autrement lorsque ces sûretés sont accordées à plusieurs bénéficiaires. Dans le premier cas, la loi accorde au constituant des droits (information et mise en garde) qui lui permettent de s'engager en toute connaissance de cause afin d'éviter tout engagement disproportionné ou excessif. Dans la seconde hypothèse, son exposition à la multiplicité de procédures nées des actions en paiement engagées par les créanciers chirographaires et du concours des bénéficiaires pour la réalisation de leurs sûretés, entame la capacité de remboursement du constituant des sûretés portant sur le compte bancaire. C'est pour le protéger contre la faillite que la loi lui reconnaît le droit de s'opposer à la saisine de son compte bancaire ou encore inopposabilité des actes frauduleux accomplis par le bénéficiaire en période d'ouverture des procédures collectives.

Abstract :

The grantor of a guarantee which relates to an important element of his assets "which is the bank account" granting both a guarantee and a pledge on the current account deserves to be protected in the same way as those who grant him credit, in particular when they are credit professionals. This protection of the grantor, in the same way as that of the debtor, is a guarantee of the effectiveness of the securities which must ensure legal and judicial security for creditors. It is based on the legal principles of the rule of proportionality and the balance of the rights and obligations of the parties to security contracts. In order for the securities granted to their beneficiaries, credit professionals, to be effective, they must also take account of the interests of the grantor, a natural person, to avoid excessive commitment that could lead to insolvency and bankruptcy. It is to counter the imbalance of the parties' commitments that the development of comparative law, in this case French positive law, which inspires the OHADA legislator, tends to impose on the beneficiary the respect of the rights of the grantor in the case of a guarantee and pledge of a bank account, whether they are granted to a single beneficiary or to several beneficiaries.

While in the case where both types of security are granted to a single creditor, any risk of conflict of payment is avoided by the fact that the beneficiary combines both types of security in his hands and that at the closing of the account the beneficiary receives payment of his claim on the amount of the credit balance of the current account, the situation is different

when these securities are granted to several beneficiaries. In the first case, the law grants the grantor rights (information and warning) which allow him to make a commitment in full knowledge of the facts in order to avoid any disproportionate or excessive commitment. In the second case, its exposure to the multiplicity of proceedings arising from payment actions brought by unsecured creditors and the assistance of beneficiaries in the realisation of their security interests undermines the capacity of the grantor of security interests in the bank account to repay. It is to protect him against bankruptcy that the law recognises his right to oppose the seizure of his bank account or the unenforceability of fraudulent acts carried out by the beneficiary during the period when collective proceedings are opened.

INTRODUCTION

La protection du constituant ⁽¹⁾ en cas de concours du cautionnement et du nantissement de compte bancaire constitue une source de préoccupation majeure pour le législateur au même titre que l'efficacité des sûretés. En effet, la sûreté qui désigne « *la garantie conférée au créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur* » ⁽²⁾, est définie par l'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés comme « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* » ⁽³⁾. Au profit des créanciers, le législateur OHADA a adopté des dispositifs juridiques qui permettent aux investisseurs de

¹ En droit des sûretés, le terme "constituant" désigne la personne qui constitue une sûreté réelle mobilière pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne, Cf. Guide Législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : Terminologie et recommandations, Vienne, 2010, page 4/127.

² Ph. SIMLET et Ph. DELEBECQUE, Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière, éd. Dalloz, Paris, 2004, n°2, p. 5

³ Article 1^{er} de l'Acte uniforme révisé du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, adopté à Lomé (TOGO) le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel de l'OHADA n° 22 du 15 février 2011

recouvrer leur créance. Mieux encore, pour les sécuriser, il renforce cette protection par l'institution des mécanismes de garanties qui leur offre la possibilité en cas de non paiement à l'échéance fixée, de réaliser leurs sûretés. Ainsi, l'efficacité de la sûreté vise à permettre au créancier d'obtenir le paiement de sa créance par le constituant à l'exigibilité de la dette. Si le législateur assure la protection des créanciers, il semble occulter la dimension de la prise en compte des intérêts du constituant, qu'il a vite corrigé dans la réforme du 10 décembre 2010 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Pour protéger les constituants, notamment personnes physiques qui consentent des sûretés portant sur le compte courant aux professionnels de crédits, le législateur leur accorde des droits et leur reconnaît certaines prérogatives. Il est vrai que les professionnels de crédits (en l'occurrence des banquiers prêteurs) qui accordent des crédits aux emprunteurs, exigent souvent une garantie sur le solde (débitéur ou créditeur) de leur compte courant ou leur imposent l'obligation de trouver un tiers avaliseur (personne physique ou personne morale) pour cautionner leurs dettes. C'est pour garantir le paiement de leurs créances, qu'ils recourent aux différentes sûretés mises à leur disposition par l'Acte uniforme en optant soit pour les sûretés

personnelles, soit pour les sûretés réelles telles qu'établies par la nomenclature légale. Qu'elle soit personnelle ou qu'elle soit réelle, la sûreté est considérée comme une garantie ⁽⁴⁾ consentie par le constituant pour assurer l'exécution de son obligation ⁽⁵⁾, à côté de celle accordée par la loi ou par le juge. Le rôle des sûretés personnelles ou réelles est d'offrir une protection supplémentaire au créancier qui se préserve contre son propre débiteur et contre les autres créanciers de son débiteur. Cette protection est d'autant plus nécessaire, lorsqu'il se trouve en concurrence avec d'autres créanciers, notamment des créanciers chirographaires. Le concours est plus marqué en cas de coexistence entre deux sûretés, dont l'une porte sur le cautionnement de compte courant et l'autre sur le nantissement de compte bancaire, accordées à des bénéficiaires différents. Il est réglé par l'accord d'un droit exclusif au créancier nanti par le constituant, même si lui-même il semble être menacé par le caractère indivisible du compte courant.

⁴ Pour Philippe THERY, Sûretés et Publicité foncière, PUF, Paris 1998, pp. 12-13, « La sûreté est une garantie mais toute garantie n'est pas une sûreté. La sûreté est un sous-ensemble des garanties. D'autres mécanismes de garanties ressortent du droit des obligations ou de voies d'exécution (saisie-conservatoire, saisie-attribution).

⁵ Cf. P. CROCQ, Propriété et garantie, LGDJ, Paris, 1995, n° 287, p. 238.

L'indivisibilité signifie que jusqu'à sa clôture, le compte courant forme un ensemble indivisible dont on ne peut détacher aucune créance et tout créancier chirographaire muni d'un titre exécutoire peut saisir les sommes détenues par le banquier pour obtenir le paiement de sa créance en application de l'article 28 de l'AUPSRVE. Tous les créanciers, qu'ils soient nantis ou garantis peuvent, pour le paiement de leur créance, se heurter entre eux ou bien même entrer en concurrence avec des créanciers chirographaires. Mais, certains peuvent se prévaloir d'un droit exclusif ou d'un droit de préférence sur cet élément important du patrimoine du constituant qu'est le compte bancaire. Pourtant, les deux sûretés sont des institutions d'apparence contradictoire qui font appel à des mécanismes différents mais poursuivent un but commun : « *la garantie de paiement* ». En raison de leur caractère accessoire, ces deux sûretés ambivalentes servent de garantie sur un compte bancaire : l'une garantissant le solde débiteur et l'autre le solde créditeur du compte courant du constituant ⁽⁶⁾.

Le cautionnement consiste en l'adjonction au rapport d'obligation principal existant d'un rapport d'obligation accessoire qui

confère au créancier un droit de gage général sur le patrimoine du garant en cas de défaillance du débiteur initial. Parce que le cautionnement du compte courant s'apparente à un acte de disposition posé par la caution qui s'engage à payer le solde débiteur du compte courant du débiteur principal au cas où il ne s'exécute pas, qu'il importe de la protéger. Le cautionnement du compte courant se présente comme une garantie accordée par une tierce personne (appelée caution) peut être plus solvable qui s'engage personnellement à garantir le solde débiteur du compte courant d'un débiteur principal si celui-ci n'y satisfait pas. Il peut être accordé par le constituant par l'affectation d'un bien en garantie du solde débiteur du compte courant du débiteur par le mécanisme du cautionnement réel au sens de l'article 22 de l'AUS révisé ⁽⁷⁾.

Le cautionnement de compte courant est un cautionnement de dettes futures du débiteur principal, organisé à l'article 19 de l'Acte uniforme révisé dont l'étendue dépend de l'engagement de la caution. Toute personne, physique ou morale qui dispose de la capacité juridique requise, peut ainsi se porter caution, lorsqu'elle constitue un cautionnement. La

⁶ Cf. Thierry BONNEAU, Droit bancaire, « *Collection Domat-Droit privé* », 8^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2009, n° 383, page 296.

⁷ BROU Kouakou Mathurin, « *Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire* », Revue Penant, 2006, n° 856, p 275.

caution peut garantir un crédit aux particuliers (à la consommation ou immobilier), elle peut être un dirigeant social ou un associé majoritaire qui accepte de cautionner les dettes de sa société pour lui permettre d'obtenir un crédit ⁽⁸⁾ ; il peut s'agir d'une « société-mère qui garantit les dettes de sa filiale » ⁽⁹⁾. La caution peut être une banque qui garantit une opération de financement de son client ou un établissement bancaire qui cautionne les activités d'une entreprise ou d'une personne physique ⁽¹⁰⁾, elle peut être une personne physique qui garantit la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel, ou enfin, un « opérateur économique qui se porte caution d'une société ou d'un commerçant, personne physique » ⁽¹¹⁾.

⁸ Cf. Jean-Claude NGNINTEDEM, « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/du droit civil au droit des affaires », [https://www.academia.edu/32739759/Les mutations du cautionnement en Droit : du Droit civil au Droit des Affaires](https://www.academia.edu/32739759/Les_mutations_du_cautionnement_en_Droit:_du_Droit_civil_au_Droit_des_Affaires). Affiché le 16 août 2022, consulté le 20/08/2022.

⁹ Cf. Manuela BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noël JAOBARD-BACHELIER, *Droit des Sûretés*, 3^{ème} édition Dalloz, 2007-2012, n° 124, page 49.

¹⁰ Article 7 des textes d'application de la loi portant réglementation bancaire de la BCEAO, <https://www.bceao.int/sites/default/files/2018-03/textes-application-de-la-loi-portant-reglementation-bancaire.pdf...>, Edition de décembre, Dakar (Sénégal), 2011, page 16

¹¹ Roger MULAMBA KATAMBA, « Les sûretés OHADA : Le cautionnement reçu par la banque en garantie des prêts consentis - Prévenir les risques liés à sa réalisation », <http://www.rmksocietes.org/UniFichiers/Public/Pdf>

Le nantissement de compte bancaire vise à assurer au créancier un remboursement des sommes qui lui sont dues en lui accordant une sûreté sur les sommes indisponibles sur le compte bancaire de son débiteur. Largement utilisé dans la pratique des financements bancaires, elle est introduite dans l'espace OHADA par le législateur dans sa réforme de 2010 aux articles 136 à 139 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés sans qu'aucune réglementation spécifique ne lui soit consacrée auparavant ⁽¹²⁾. C'est aussi une garantie par laquelle, l'établissement teneur de compte, créancier au titre d'un contrat de prêt exige de son débiteur, une garantie portant sur le solde créditeur du compte bancaire, ou que le débiteur en consente à un autre créancier sur le solde créditeur de son compte. Par exemple, un constituant du nantissement de compte bancaire pour garantir un prêt souscrit pour payer la scolarité des enfants ou un débiteur qui accepte de verser des fonds à un compte bancaire bloqué jusqu'à paiement de la dette garantie. Lorsque la créance n'est pas échue, le créancier nanti

[/hemnZpq620210402160207.pdf](#), consulté le 14/04/2022 à 00 heure 10 minutes.

¹² Lionel BLACK YONDO, Michel BRIZOUA-BI, Olivier FILLE LAMBIE, Louis-Jérôme LAISNEY, Ariane ARCEAU-COTTE, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, ss. Dir. P. CROCQ « Collection Lamy Axe Droit », Edition Lamy, Paris, 2012, n° 336, page 238.

doit conserver les sommes à titre de garantie sur un compte spécialement affecté et ouvert à cet effet. Si la dette n'est pas remboursée dans les délais impartis, le créancier peut se faire rembourser sur les sommes disponibles sur ce compte, en les faisant saisir. Le constituant s'engage envers un créancier bénéficiaire à garantir le solde débiteur ou créditeur du compte courant : il peut s'agir d'une banque ou d'un établissement de crédit, d'une entreprise titulaire ou susceptible d'être titulaire de créances commerciales sur une autre (fournisseur, concédant), il peut aussi s'agir d'un vendeur de fonds de commerce ou parfois une personne publique ou parapublique (Trésor, Caisse d'assurance maladie), etc.

Il s'agit généralement d'un professionnel de crédit qui dispose de prérogatives très importantes que n'a pas le constituant, qui l'ont d'ailleurs motivé à accepter telle garantie, plutôt que telle autre. En plus de cette compétence, il est aussi protégé par différents mécanismes juridiques de recouvrement de créance auxquels s'ajoute la constitution de garanties qui renforcent l'efficacité de sa créance, remédiant ainsi à l'insolvabilité du débiteur. Mais cette efficacité manquerait à son but si les droits du constituant ne sont pas protégés, s'il est livré à la merci d'un professionnel qui détermine librement le contenu du contrat

et dispose de toutes les informations relatives à la garantie. C'est donc pour limiter ces prérogatives exorbitantes qu'il s'avère nécessaire de protéger les droits du constituant, qu'il soit débiteur ou caution, notamment en matière de cautionnement de compte courant ou de nantissement de compte bancaire.

Comment le législateur communautaire organise-t-il cette protection des droits du constituant du cautionnement du compte courant et du nantissement de compte bancaire ? L'a-t-il fait ex nihilo ou s'est-il appuyé sur d'autres apports juridiques ? Largement influencé par le droit français, le droit des sûretés OHADA s'est enrichi également de l'apport du droit comparé puisant dans les dispositions du droit communautaire puis des normes internationales assurant la protection des droits du consommateur dans le domaine financier ⁽¹³⁾. Quoiqu'il en soit, le droit des sûretés en Afrique reste largement dépendant du droit civil français, auquel il a emprunté les concepts, les règles et les techniques et du fait qu'il s'adapte à son

¹³ Directive n° 02/2015/CM/UEMOA relative à la lutte contre le blanchissement de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine, la n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et enfin les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur de 2016, <https://uncitral.un.org/fr/>, page 3, consulté pour la dernière fois le 27/08/2022 à 20 heures 51 minutes.

évolution ⁽¹⁴⁾. Pour garantir des droits au constituant desdites sûretés, le législateur OHADA s'est inspiré des théories de la proportionnalité et de l'exécution loyale du contrat développées par la jurisprudence et la doctrine en droit français. En effet, sur le fondement des articles 1134 et suivants de l'ancien Code civil, le juge s'inspirant de la théorie du solidarisme contractuel ⁽¹⁵⁾, s'est basé sur l'équité pour corriger le déséquilibre entre les droits et obligations des parties contractantes ⁽¹⁶⁾. La recherche de l'équilibre contractuel s'est soldée par la prise en compte des intérêts de chacun des cocontractants en droit privé, elle a été étendue au droit des sûretés, et plus particulièrement, en matière de cautionnement, lorsque l'engagement de la caution est disproportionné par rapport à ses capacités financières, avant d'irriguer d'autres sûretés. Ainsi, le constituant qui s'engage parfois sans contrepartie envers un professionnel de crédit, détenteur à la fois de capitaux et de certaines

informations risque d'être lésé, notamment lorsqu'il se trouve en présence d'un créancier déterminé à frauder ses droits.

L'engagement du constituant envers un seul ou même parfois plusieurs bénéficiaires a conduit la loi et la jurisprudence à renforcer la protection de cette partie faible contre le plus fort lors de la conclusion du contrat. C'est à ce titre qu'ils ont imposé au professionnel des obligations d'information et de mise en garde portant notamment sur les éléments et risques essentiels du contrat. Cette protection des droits du constituant est nécessaire même lorsqu'il accorde les deux types de sûretés à un seul créancier bénéficiaire qui les réunira entre ses mains : il en est ainsi, lorsqu'une banque exige de son client à qui elle fait crédit, le nantissement du solde créditeur de son compte bancaire alors qu'il s'est déjà engagé auprès de cette même banque à cautionner le solde débiteur du compte courant d'une entreprise par exemple. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire ne sera en concours qu'avec les autres créanciers (notamment du constituant), face auxquels il sera prioritaire.

En cours d'exécution du contrat, il doit aussi s'acquitter desdites obligations tout en respectant d'autres obligations telles que les obligations professionnelles de diligence et de vigilance dans le but

¹⁴ Patrice Samuel A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », *Revue de l'Ersuma*, n° 6, 2016.

¹⁵ J.-P. CHAZAL, « *Les nouveaux devoirs contractuels : est-on allé trop loin ?* », <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/516uh8ogmqildh09h82bni63j>, page 3, consulté pour la dernière fois le 27/08/2022 à 20 heures 49 minutes.

¹⁶ Bruno Marcellin KEM CHEKEM, « *L'effectivité du principe de la proportionnalité et la protection du débiteur saisi en droit OHADA* », *Mélanges en l'honneur du Professeur François ANOUKAHA*, Etudes africaines, Série Droit, Edition l'Harmattan, Paris, 2021, page 1267.

d'alerter le constituant contre une accumulation de ses engagements pouvant le conduire à la faillite ou à un endettement excessif. Le risque est encore plus grave, lorsque le constituant (débiteur ou caution) a consenti les deux types de sûretés à plusieurs bénéficiaires (créanciers) dès lors que chacun voudra réaliser sa sûreté en premier sans se préoccuper de la santé financière du constituant. Le concours entre le cautionnement du compte courant et le nantissement de compte bancaire profitera au créancier nanti qui dispose d'un droit exclusif au paiement tout en reléguant les créanciers garantis au rang des créanciers chirographaires. Etant considérés comme des créanciers chirographaires, ils ne disposent que d'un droit de gage général sur le patrimoine de leurs débiteurs et ne seront désintéressés, qu'après paiement des créanciers nantis. Si en principe le concours entre les bénéficiaires des deux sûretés est réglé par l'existence d'un « *droit exclusif* » au paiement au profit des créanciers nantis, entre ces derniers, il est réglé par la « *date d'accomplissement de la publicité* », puis entre les créanciers chirographaires par « *le prix de la course* », le constituant n'échappera pas à la rigueur de toutes les poursuites engagées par tous ces créanciers contre lui. C'est ce qui explique que dans ses rapports avec plusieurs bénéficiaires, la multiplication des offres de crédit a rendu

le constituant (particulier ou même l'entreprise) plus vulnérable, fragilisé encore davantage par le concours des sûretés qui entame sa capacité financière nécessaire au remboursement de ses créances. Pour le mettre à l'abri des engagements multiples et excessifs, le législateur a dû concilier l'intérêt du débiteur ou de la caution et ceux des créanciers.

Ainsi donc, lorsque le constituant se trouve en présence d'un seul bénéficiaire, le législateur lui accorde des droits qui le protègent contre des engagements disproportionnés ou excessifs (I^{ère} Partie) tout comme lorsqu'il se trouve en présence de plusieurs bénéficiaires, il le protège contre un surendettement ou des actes frauduleux susceptibles de provoquer sa faillite (II^{ème} Partie).

I – La protection du constituant en présence d'un seul bénéficiaire.

Lorsque le constituant est en présence d'un seul bénéficiaire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les deux types de sûretés sont consentis à un seul créancier, tout risque de conflit de paiement est écarté. Le créancier qui bénéficie de la pluralité de sûretés peut choisir un moyen le plus adéquat lui permettant d'obtenir le paiement de sa créance, d'autant plus qu'il demeure libre de choisir les moyens

d'exécution de sa créance et d'opter pour tel (s) et/ou tel (s) types de garanties et que « *sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance* »⁽¹⁷⁾. Il peut à la clôture du compte, opter pour le paiement de sa créance sur le montant du solde créditeur du compte courant du constituant, à la condition qu'il couvre largement ces deux garanties. En cas d'insuffisance des deniers, il pourra lui demander de lui fournir une autre caution ou une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens en application des articles 16 et 22 de l'AUS révisé. La seule contrainte qui pèse sur le constituant, découle du cumul des deux sûretés à sa charge au profit d'un seul bénéficiaire, cumul qui peut entraver l'exécution de son obligation. En effet, le fait d'avoir consenti les deux types de sûretés à un seul bénéficiaire peut constituer un risque d'engagements disproportionnés ou excessifs susceptibles de conduire à son insolvabilité voire à sa faillite. Or, si l'insolvabilité du constituant l'empêche d'exécuter ses engagements, l'efficacité de la sûreté aurait manqué à son but. C'est pour garantir l'effectivité de la sécurité juridique de la créance portant sur le compte bancaire que le législateur a reconnu des droits au constituant.

¹⁷ Cass. Com., 2 juin 2004 Bulletin, 2004 IV N° 106 p. 111.

Cette protection des droits du constituant par le législateur OHADA s'est faite par emprunt au droit français des crédits avant qu'elle ne s'étende à une composante importante du droit civil, qu'est le droit des sûretés. La prise en charge légale des droits du constituant a été faite sur la base de la loi portant protection des consommateurs à partir de laquelle s'est dégagée une règle de proportionnalité qui a permis à la jurisprudence sur la base de l'équité, de découvrir en application des dispositions du Code civil ancien, une règle plus générale qui fut ensuite consacrée par le législateur⁽¹⁸⁾. C'est en application de cette règle, que le juge a contraint le bénéficiaire de la sûreté à adopter une attitude vigilante en tant que professionnel du crédit en tenant compte de la disproportion de l'engagement du constituant.

¹⁸ Cf. Loi du 10 janvier 1978 (article 313-10) relative à la protection des consommateurs modifiée par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. Pour M.-H. DE LAENDER, le but recherché par l'adoption légale de ce principe de proportionnalité était de prévenir l'endettement excessif des particuliers, in « *L'exigence de proportionnalité* », Rev. Droit. Banc., 2003, p. 259 et s.

Ensuite, c'est sur la base de la théorie de bonne foi, que le juge, influencé par la doctrine solidariste, s'est penché pour corriger le déséquilibre contractuel en matière de sûretés ⁽¹⁹⁾.

C'est pour sécuriser toutes les parties au contrat qu'il a tenté de rétablir l'équilibre des intérêts des parties en reconnaissant au constituant, l'existence d'un droit à l'information (A) et en lui accordant le bénéfice d'un droit de mise en garde (B) pour lui éviter des engagements disproportionnés ou excessifs.

A – L'existence d'un droit à l'information du constituant.

La reconnaissance de l'existence d'un droit à l'information au profit du constituant vise à informer le débiteur ou la caution de la nature et de la portée de son engagement afin qu'il s'assure d'avoir donné un consentement éclairé. L'information est fondée sur la proportionnalité qui implique que chaque partie au contrat doit des informations à l'autre en vue de lutter contre des engagements disproportionnés. La proportionnalité n'a pas fait l'objet d'une définition légale mais semble converger vers la sanction du manquement

¹⁹ Marie BONDEL, « *La bonne foi en droit des sûretés* », <https://www.actu-juridique.fr/civil/suretes-garanties/la-bonne-foi-en-droit-des-suretes/>, consulté pour la dernière fois, le 19/08/2022 à 13 h 12 minutes.

« au devoir de contracter de bonne foi et à l'éthique contractuelle » ⁽²⁰⁾. En effet, pour compenser l'inégalité économique entre les parties au contrat de sûretés, le juge s'est inspiré du solidarisme pour imposer dans certaines circonstances, l'obligation de bonne foi au créancier qui se trouve dans une position dominante ⁽²¹⁾, le contraignant ainsi à s'enquérir des intérêts du constituant de la sûreté. Résultant d'une obligation de transparence, l'obligation d'information compense un déséquilibre contractuel entre les parties dont l'une a des informations que l'autre n'a pas ou auxquelles elle n'a pas accès ⁽²²⁾. Cette obligation d'information s'érige en un devoir de coopération entre les contractants par lequel, la partie supposée la plus compétente ou la mieux informée est tenue de communiquer à l'autre des informations qu'elle détient relativement à l'objet du contrat ⁽²³⁾. Ainsi, le constituant qui est en position de faiblesse vis-à-vis du bénéficiaire de la garantie, a besoin d'une

²⁰ Dominique LEGEAIS, « *Proportionnalité et cautionnement ou l'histoire de deux parallèles qui se croisent* », Droit bancaire et financier, in Mélanges AEDBF, France, 2013, page 349 (349-361).

²¹ CA Paris, 24 oct. 2000 : D. 2001, Somm., p. 3236, obs. D. MAZEAUD.

²² Nicolas MOLFESSIS, « *De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant* », in Mélanges en l'honneur de J. HAUSER, Dalloz-Lexisnexis, p. 928.

²³ Cf. M. FABRE-MAGNAN, « *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme* », JCP G, 20 juin 2016, 25, p. 706.

protection particulière qui se traduit par la reconnaissance d'un droit à l'information (précontractuelle et contractuelle).

Cette information est d'autant plus nécessaire que la caution s'engage pour rendre un service à un ami ou à un parent alors même qu'elle ignore les conséquences de son engagement et que de surcroît, elle peut garantir les obligations d'un débiteur insolvable ou malhonnête, qui pour se soustraire au paiement de sa dette organise son insolvabilité. Il est vrai que la caution peut garantir en toute connaissance de cause, les engagements d'un débiteur insolvable (article 17 in fine de l'AUS). Pour éviter tout engagement erroné, pris en méconnaissance de la situation du débiteur, l'établissement de crédit doit fournir des informations fiables dans la mesure où, la caution peut ne pas avoir les moyens de mener les investigations dans le patrimoine ou la gestion du débiteur principal. Il manquerait à son obligation contractuelle de bonne foi, s'il omet d'informer la caution sur la situation financière et les difficultés rencontrées par le débiteur ⁽²⁴⁾. Cette obligation d'information s'impose aussi au banquier normalement prudent et diligent dans ses rapports avec tout débiteur qui constitue un nantissement sa faveur ou au

²⁴ Cass. com., 31 mai 1994, n° 90-13717, **RTD civ.** 1995, p. 105, obs. J. MESTRE.

profit d'un créancier nanti. Dans tous les cas, l'information doit être fournie au constituant, surtout lorsqu'il est profane, c'est-à-dire « un ne-sachant-pas » ⁽²⁵⁾ et en particulier une personne physique, qui s'engage envers un professionnel de crédit déterminant unilatéralement le contenu du contrat et le soumet à son adhésion ⁽²⁶⁾. Puis, c'est au tour du législateur OHADA de codifier cette obligation d'information au profit du constituant.

Le droit à l'information bénéficie au constituant de la sûreté, qu'il s'engage comme caution garantissant le solde débiteur de compte courant du débiteur principal (1) ou comme constituant du nantissement de solde créditeur de son compte bancaire (2).

1°) - L'information de la caution.

Le droit à l'information impose à l'établissement de crédit, l'obligation de prendre toutes les mesures permettant à la caution de connaître le contenu pour saisir l'objet et la portée de son engagement. L'information a pour but de protéger la

²⁵ Marie RAKOTOVAHINY, « L'information des contractants », <https://www.actu-juridique.fr/civil/linformation-des-contractants/>, consulté pour la dernière fois, le 20/08/2022 à 14h 09 minutes.

²⁶ Notamment, lorsque les Banques utilisent des modèles pré-imprimés des contrats soumis à l'adhésion du constituant. Cf. Prosper NKOUMVONDO, « L'information de la caution dans le nouveau droit des Sûretés des Etats africains », Ohadata, D-06-33, page 4.

caution contre un engagement disproportionné qu'elle aurait accordé au professionnel de crédit alors qu'elle s'engage à titre accessoire pour garantir la dette du débiteur principal. Par le droit à l'information, le législateur OHADA entend aussi assurer la protection du constituant considéré comme la partie faible, de l'opportunité de la garantie qu'elle accorde, ainsi que des avantages et inconvénients de son engagement au moment de la conclusion du contrat et après la conclusion du contrat. A la formation du contrat, le législateur OHADA impose un droit à l'information de la caution avant tout engagement qui apparaît à travers le formalisme informatif institué à l'article 14 de l'AUS révisé. En effet, l'alinéa 1^{er} de ce texte déclare que le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie et plus spécifiquement précise l'alinéa 2, il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres. On comprend dès lors, que le formalisme informatif ou « formalisme de la mention » tend à imposer aux parties, l'obligation de rédiger clairement le contenu du contrat pour

permettre à chaque cocontractant de comprendre la portée de son engagement en mesurant les risques et les avantages à tirer d'une telle opération. Institué dans le but d'informer les parties, et surtout la partie faible, du contenu exact du contrat qu'elles concluent, le formalisme informatif vise à rétablir l'équilibre entre les deux contractants.

Mais au-delà de la détermination de la portée de l'engagement de la caution, le banquier a l'obligation d'informer la caution sur la solvabilité actuelle et future du débiteur principal. Le droit à l'information prend un aspect particulier lorsqu'il s'agit de protéger la caution analphabète car l'aliéna 2 de cet article 14 renforce cette protection en affirmant que *« la caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés... »*.

A l'exécution du contrat, la caution personne physique qui s'engage envers un professionnel a besoin d'information *« pour gérer son risque, et assurer une meilleure protection de ses intérêts »* même si, contrairement au droit français, l'Acte uniforme ne distingue pas entre caution *« personne physique »* et caution *« personne morale »*. Le formalisme

informatif est également valable pour le cautionnement général des dettes du débiteur principal, qui doit être conclu, sous peine de nullité, pour une somme maximale librement déterminée entre les parties, incluant le principal, les intérêts et autres accessoires Il peut être renouvelé par écrit et révoqué à tout moment, avant que la somme maximale garantie ait été atteinte (article 19 de l'AUS révisé). Après une mise en demeure de payer du débiteur principal restée sans effet, l'article 23 de l'AUS révisé impose au créancier l'obligation d'informer la caution de la défaillance du débiteur. Le non respect de cette information sur l'incident de paiement, portant sur le montant restant du, en capital, intérêts et autres accessoires est sanctionné par la déchéance du créancier des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de l'incident de paiement et la date à laquelle elle en a été informée. En dehors de tout incident de paiement, l'article 25 de l'AUS fait obligation au créancier d'informer périodiquement la caution sur l'évolution de la dette. Cette obligation doit, dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du contrat de cautionnement, de communiquer à la caution un état des dettes du débiteur principal précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, et autres accessoires restants dus à

la fin du semestre écoulé, en lui rappelant la faculté de révocation le contrat. Le non respect de cette obligation est sanctionné par la déchéance du créancier des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information, sans préjudice des dispositions de l'article 29 du présent Acte uniforme.

Tout comme la caution, le constituant du nantissement de compte bancaire bénéficie du droit à l'information à la charge du bénéficiaire.

2°) - L'information du constituant du nantissement de compte bancaire.

Le constituant du nantissement du compte bancaire a également un droit à l'information fondé sur l'exigence d'une obligation générale d'information mise à la charge du professionnel du crédit. L'information que doit fournir le banquier doit être une information objective portant sur l'objet ou le contenu du contrat. Tout comme en matière de cautionnement, le droit à l'information qui s'identifie à un devoir d'information contraint chaque partie à obtenir des renseignements, au moment de la formation et lors de l'exécution du contrat. Au moment de la formation du contrat, le débiteur qui constitue le nantissement sur son compte bancaire, a intérêt à connaître la portée de

son engagement. Il doit à cet effet, obtenir des renseignements sur la nature de la garantie accordée, si elle porte sur le blocage des sommes au profit du créancier ou s'il est convenu qu'il utilisera les sommes disponibles dans le compte bancaire jusqu'à l'exigibilité de sa dette. Le nantissement de compte bancaire étant un nantissement de créance, l'article 136 indique que les règles qui régissent le nantissement de créance lui sont applicables. L'article 127 de l'AUS soumet la formation du contrat de nantissement à un formalisme informatif, lorsqu'il dispose « *A peine de nullité, le nantissement de créance doit être constaté dans un écrit contenant la désignation des créances garanties et des créances nanties ou, si elles sont futures, les éléments de nature à permettre leur individualisation, tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance* ». Ce formalisme informatif exigé « *ad validitatem* » est renforcé par les articles 128 et 129 de l'AUS révisé qui déterminent la portée et l'étendue de l'engagement du constituant. Lorsque la créance nantie n'est pas encore constituée, le nantissement a pour objet une créance future et en pareille situation, l'acte de nantissement de compte bancaire doit mentionner des informations qui

permettent d'individualiser le compte nanti.

Pour ce qui est de l'exécution du contrat de nantissement, l'information a trait à l'opposabilité du contrat au débiteur de la créance nantie, tiers intéressé par le nantissement. La sûreté doit lui être notifiée par écrit ou il doit intervenir à l'acte conformément à l'article 132 de l'AUS révisé. Cette notification vise à l'informer sur le compte bancaire concerné, sur les sommes concernées et, le cas échéant, de savoir que le compte bancaire concerné est bloqué, donc qu'il ne peut plus disposer des sommes présentes sur ce compte. Lorsque le nantissement lui a été notifié, son originalité réside dans le droit exclusif au paiement appartenant au créancier nanti qui bénéficiera d'une priorité de paiement. A défaut de notification ou de participation du débiteur à l'acte de nantissement, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance, à charge d'en verser le montant au créancier nanti.

Outre le droit à l'information, le constituant des sûretés portant sur le compte bancaire a droit à la mise en garde de la part du bénéficiaire.

B – Le bénéfice d’un droit de mise en garde au profit du constituant.

Le droit de mise en garde est une prérogative initialement reconnue à l’emprunteur dont le bénéfice a été étendu à la caution avant d’être étendue au constituant de la sûreté à l’occasion de la constitution d’une garantie. Ce droit est considéré comme un privilège tendant à alerter le constituant sur le risque d’un engagement disproportionné à sa capacité financière ou sur le risque de l’inadéquation de l’obligation du débiteur au regard de ses facultés contributives. Le droit de mise en garde étendu à la caution vise à le prémunir contre tout engagement excessif. Toutefois, si le banquier reste tenu du devoir de mise en garde, il est libéré de son devoir de conseil en application d’un autre principe, celui de non-ingérence qui lui interdisant de s’immiscer « *dans la gestion des affaires de son client* ». Le devoir de mise en garde est une obligation de moyens qui impose au banquier, l’obligation d’informer son client sur les dangers de l’opération projetée...⁽²⁷⁾.

Le droit de mise en garde étant d’abord reconnu à l’emprunteur non averti dit « profane » par « *l’arrêt Buon* » à la

²⁷Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », Recueil Dalloz, 2009 p. 1179.

charge du banquier⁽²⁸⁾, a été réaffirmé à maintes reprises par la Cour de cassation sur le fondement du respect du principe de loyauté contractuelle au profit des emprunteurs non avertis. Mais, les emprunteurs avertis ne sont pas aussi laissés sans protection, car ils peuvent engager la responsabilité des banquiers qui leur consentent un crédit tout en connaissant leur situation de fragilité financière⁽²⁹⁾. Cette distinction classique entre caution avertie et caution non avertie a finalement été abandonnée au profit de la mise en garde au bénéfice de la caution personne physique qui s’engage envers un créancier professionnel⁽³⁰⁾.

Le droit de mise en garde du constituant consiste en une alerte sur le risque d’un engagement disproportionné à sa capacité financière (1) ou sur le risque de l’inadéquation de l’obligation du débiteur au regard de ses facultés contributives (2).

²⁸ Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18.005, « Arrêt Buon ». Bull. civ. IV, n° 327.

²⁹ Arrêts *Epoux Jauleski, Guigan et Seydou*, Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 327 ; Com. 3 mai 2006, D. 2006., obs. X. Delpech ; Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104 et 06-1167, Bull. ch. mixte, nos 7 et 8.

³⁰ Par la disposition de l’article 2299 du nouveau Code civil français. Cf. Laetitia BOUGEROL, « *Le devoir de mise en garde, incertitudes et perspectives* », Revue de droit d’Assas, déc. 2019, p. 130.

**1°) – La mise en garde du constituant
contre le risque d’un engagement
disproportionné.**

Le droit de mise en garde impose au professionnel de crédit l’obligation de prévenir le constituant sur le risque d’un endettement excessif provoqué par son engagement disproportionné. L’institution de ce devoir est nécessaire dans la mesure où, l’engagement de la caution revêt un caractère subsidiaire, car celle-ci ne peut être poursuivie qu’en cas de défaillance avérée du débiteur principal. Cette protection du constituant par l’institution du devoir de mise en garde se fait par l’application de la règle de proportionnalité qui, sans être explicite n’est pas absente en droit OHADA. La mise en garde contre un risque d’endettement excessif tiré du droit comparé, oblige le professionnel à alerter le constituant lors de la souscription du contrat de la portée de son engagement et de la situation financière de l’emprunteur. Ainsi, l’emprunteur tout comme la caution (créanciers de l’obligation de mise en garde), peuvent invoquer la faute du banquier qui a manqué à ce devoir en accordant un crédit excessif et obtenir sa condamnation à des dommages et intérêts. Pour éviter cette condamnation, il doit alerter son client sur les charges et dangers de l’opération projetée et vérifier la disproportion de l’engagement de la

caution ou du débiteur au regard de son risque de surendettement et de ses capacités financières personnelles.

Toutefois, même étant débiteur de l’obligation, le banquier « *n’a pas le devoir d’alerter l’emprunteur ou la caution sur l’opportunité ou la viabilité de l’opération financée par le prêt accordé ; ce qui reviendrait à s’immiscer dans les choix économiques et financiers de ces clients* »⁽³¹⁾. Si le droit à la mise en garde profite au constituant non avertie, la caution avertie (tel un dirigeant social), n’est pas créancière de ce devoir, sauf si elle démontre que la banque disposait d’informations qu’elle même ignorait, notamment sur la situation financière et les capacités de remboursement du débiteur principal. La disproportion ne serait que la prolongation du devoir de mise en garde qui incombe au créancier professionnel au profit d’un constituant, personne physique dont l’engagement était, lors de la conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de celui-ci, au moment où il est mis en cause, ne lui permette de faire face à son obligation. La disproportion doit être manifeste, c’est-à-dire flagrante ou évidente pour un professionnel

³¹ Cass. com. 23-9-2014 n° 13-22.475, BRDA 21/14 inf. 17 et Cass. com., 20 avril 2017, 15-16.316, Inédit.

raisonnablement diligent et le juge est fondé à apprécier objectivement cette disproportion, et à l'évaluer en fonction de tous les éléments du patrimoine. N'étant pas une violation d'une condition de formation du contrat, le non respect du devoir de mise en garde n'entraîne pas la nullité du cautionnement, mais plutôt une sanction compensatoire de la disproportion qui oblige le prêteur à verser à la caution des dommages et intérêts.

Outre la protection du constituant contre son engagement disproportionné, il doit aussi être protégé contre un engagement inadéquat du débiteur au regard de ses facultés contributives.

2°) – La mise en garde du constituant contre un engagement inadéquat du débiteur.

Le droit de mise en garde du constituant est un corollaire du devoir de mise en charge imposé au professionnel du crédit qui vise à le protéger contre le risque de l'inadéquation de l'obligation du débiteur au regard de ses facultés contributives. Ce devoir est recommandé par la Directive de l'UEMOA n° 02/2015 précitée aux établissements de crédit qui doivent l'exercer constamment dans toutes leurs relations d'affaires et opération de crédit. La banque n'est tenue d'un devoir de mise en garde que si la vérification des capacités

de remboursement du candidat emprunteur laissait apparaître un risque d'endettement excessif. Cette obligation de mise en garde du créancier figure de manière implicite dans les dispositions de l'Acte uniforme OHADA portant sûretés consacrant le caractère accessoire des sûretés. D'une manière générale, la caution n'est tenue de payer qu'en cas de défaillance du débiteur principal et qu'une fois que la dette est devenue exigible et en raison des conséquences graves de l'acte de cautionnement, l'article 17, alinéa 3 de l'AUS, interdit même au débiteur principal d'aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement et le professionnel de crédit doit alerter la caution sur la violation de cette disposition par le débiteur.

Dans le but de la protéger contre l'aggravation de sa situation financière, le banquier doit notifier à la caution, toute prorogation du terme et de manière spécifique mettre en garde la caution lorsque la somme maximale d'un cautionnement général des dettes du débiteur principal est atteinte pour qu'elle puisse librement exercer son droit de révocation (article 19 de l'AUS révisé). En matière de nantissement de compte bancaire, le droit de mise en garde s'exerce aisément lorsque le constituant est autorisé à utiliser les sommes disponibles sur le

compte nanti. Le professionnel doit rappeler au débiteur son devoir de régulariser le compte à la date d'exigibilité du solde créditeur, et lui notifier clairement les sommes disponibles restant dues ainsi que la date d'exigibilité de la créance nantie.

Si l'efficacité des sûretés impose la prise en compte des droits du constituant en présence d'un seul bénéficiaire, elle favorise aussi la protection de ses droits lorsqu'il se trouve en présence de plusieurs bénéficiaires.

II – La protection des droits du constituant en présence de plusieurs bénéficiaires.

Le constituant qui accorde des sûretés à un ou deux bénéficiaires du cautionnement du compte courant et à un ou deux bénéficiaires du nantissement de compte bancaire doit, sauf stipulation de solidarité entre eux, désintéresser chacun d'entre eux à l'exigibilité de sa créance⁽³²⁾. Dans cette hypothèse, la nécessité de la prise en compte des intérêts de toutes les parties impose au constituant de payer tout créancier muni d'un titre juridique et cela même au risque de se heurter à des difficultés financières. Il est tenu de

désintéresser chacun des créanciers en fonction des accords conclus avec le constituant dans l'ordre de leur classement, sans que son patrimoine ne s'appauvrisse. Cependant, la pluralité de bénéficiaires impose la détermination des règles de la priorité des sûretés pour résoudre tout conflit entre différents types de créanciers. Les créanciers nantis qui ont un droit contre un bien, échappent en principe à la loi du concours et priment sur tout autre créancier. Ils ont un privilège qui détermine la supériorité de leur rang et leur confère un droit de préférence et éventuellement un droit de suite. Toutefois, même ayant un droit exclusif au paiement, le créancier nanti ne sera payé que sur le solde créditeur définitif du compte courant après avoir satisfait à toutes les formalités prescrites⁽³³⁾, il ne pourra pas être payé sur le solde provisoire en raison de l'indivisibilité du compte courant qui lui interdit de prétendre au paiement de sa créance avant toute clôture du compte courant. Quant aux bénéficiaires du cautionnement, ils n'ont qu'un droit personnel portant sur le montant du solde débiteur qui leur permet de contraindre la caution à payer en cas de défaillance du débiteur principal. Ce droit personnel leur confère alors un droit de gage général sur

³² Parce qu'il est tenu envers ces créanciers des obligations conjointes qui se divisent de plein droit entre eux au sens de l'article 2092 du Code civil ancien.

³³ CCJA, 2e Ch., no 278/2020 du 30 Juillet 2020, <https://legiafrica.com> › actualite › 42564-pas-de-faute-p...

le patrimoine de la caution et les relègue au rang des créanciers chirographaires.

Traitant avec plusieurs bénéficiaires, qui en plus d'être des détenteurs de capitaux, sont des experts de crédit qui détiennent les informations sur les contrats de garanties sur le compte bancaire, le constituant s'expose à des contraintes qu'aggrave tout soutien abusif de crédit. Toutefois, malgré ces contraintes, s'il a les moyens, il peut supporter l'exécution de ses obligations dans son patrimoine. Mais, subjugué par le poids de contraintes multiples, le constituant peut être confronté à une insolvabilité, source d'insécurité juridique pour lui et les autres cocontractants. Pour protéger le constituant contre cette insécurité, le législateur impose le respect de ses droits à tout bénéficiaire par l'obligation qui lui est faite de tenir compte de son niveau d'endettement. Chaque bénéficiaire doit éviter le surendettement du constituant en s'opposant à la constitution de la garantie accordée ou acceptant de réduire les engagements du constituant proportionnellement au montant de la créance. Au-delà de la réduction, le constituant bénéficie de certaines prérogatives comme par exemple, le droit de s'opposer à la saisine de son compte bancaire lorsqu'il est confronté à des difficultés engendrant l'ouverture de procédures collectives à son encontre. Il

peut également contester tous les actes accomplis par un bénéficiaire en fraude de ses droits.

Ainsi, pour protéger le constituant contre l'insolvabilité, le législateur OHADA lui reconnaît le droit de solliciter la réduction de ses engagements disproportionnés (A) ou même de s'opposer à la saisine de son compte bancaire en période de procédures collectives (B).

A – Le droit du constituant à la réduction de l'engagement disproportionné.

L'insolvabilité évoque la situation dans laquelle une personne, quelle que soit sa qualité, a un patrimoine déficitaire engendré des difficultés de paiement qui s'applique tant à la situation d'endettement excessif d'un particulier que la cessation des paiements des professionnels. La protection du constituant, personne physique « *in boni* » est assurée par le législateur en vue de prévenir son endettement ou sa faillite notamment lorsqu'il s'engage envers plusieurs bénéficiaires dans la mesure où, il peut éprouver des difficultés pour honorer tous les engagements souscrits. Etant préjudiciable aux parties contractantes, l'insolvabilité du constituant les astreint à la modération pour que chacune partie tienne compte des intérêts de l'autre. C'est

dans cet objectif, que l'article 15, alinéa 2 de l'AUS révisé impose à la caution, l'obligation de présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine pour permettre au bénéficiaire d'apprécier l'opportunité d'accepter la garantie. Puis, l'article 139 du même Acte ordonne la prise en compte des droits du bénéficiaire jusqu'à son entière satisfaction : « *le nantissement de compte bancaire subsiste tant que le compte n'a pas été clôturé et que la créance garantie n'a pas été intégralement payée* ».

Les établissements de crédits étant à la recherche des emprunteurs et de leurs cautions, et conscients de leur vulnérabilité, recourent souvent à la solidarité entre cautions pour se prémunir contre leur insolvabilité, présumée dans les engagements commerciaux ⁽³⁴⁾. A défaut, ils se contentent des stipulations de solidarité entre la caution et le débiteur principal pour exclure le bénéfice de division au sens de l'article 20 de l'AUS. Si les créanciers ne peuvent pas obtenir cette solidarité, ils peuvent consentir la réduction de leurs sûretés pour proportionner les engagements du constituant à ses capacités financières. Au-

delà de ce réajustement, ils peuvent aussi se voir imposer la nullité des sûretés excessives.

Pour sauvegarder les intérêts du constituant, des mesures allégeant partiellement l'engagement disproportionné ou anéantissant la sûreté excessive, ont été adoptées.

1°) - La réduction partielle de la sûreté disproportionnée.

La protection du constituant contre l'endettement a contraint le législateur à se pencher sur la protection de ses droits lorsqu'il consent des sûretés disproportionnées à ses capacités financières, à un professionnel de crédit, à une entreprise quelconque ou à un commerçant. Le législateur OHADA, accorde cette protection aussi bien au constituant personne physique qu'au constituant personne morale qui s'engage envers un professionnel, dès lors que cet engagement est disproportionné à ses biens et revenus. Pour éviter un enrichissement injustifié des professionnels, le juge sanctionne les sûretés manifestement disproportionnées par rapport au patrimoine du constituant en s'appuyant sur la règle de la proportionnalité pour réduire les engagements disproportionnés du constituant des sûretés à hauteur du montant sur lequel il pouvait s'engager au

³⁴ Cf. Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, Traité de droit commercial, Tome 1, 14^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1994, n° 350.

regard de son patrimoine et de ses revenus (au lieu d'une décharge totale).

En matière de cautionnement, le droit OHADA assure la protection de la caution dont l'engagement excède la dette principale ou accordé sous des conditions plus onéreuses par la réduction du cautionnement à hauteur de l'obligation principale. L'équilibre des droits et obligations des parties impose aux bénéficiaires de tenir compte des intérêts de la caution lorsque l'article 17, alinéas 3 de l'AUS révisé dispose que :

« L'engagement de la caution ne peut être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, sous peine de réduction à concurrence de celle-ci, ni excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites ».

Toujours dans le souci de l'exigence de la proportionnalité, l'aliéna 4 du même texte ajoute que le débiteur ne doit pas aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement et l'article 19 de l'AUS oblige les parties à mentionner la somme maximale librement déterminée entre les parties, incluant le principal, les intérêts et autres accessoires ⁽³⁵⁾.

³⁵ Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « *L'étendue de la caution en droit OHADA* », in *Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Editions Harmattan Cameroun, 2015, page 355.

De même, en raison du caractère accessoire du cautionnement, la caution peut opposer au créancier l'une des exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal, celle qui tend à la réduire en application de l'article 29 de l'AUS. La sanction de la disproportion de l'engagement de la caution s'appliquera même dans le cas où celle-ci s'est engagée envers plusieurs bénéficiaires ⁽³⁶⁾. Quant au constituant du nantissement, l'article 134 de l'AUS lui reconnaît le droit de payer la créance dans la limite du montant nominal initialement convenu : la totalité de la créance ou une fraction de créance, sauf si elle est indivisible. Il s'étend aux accessoires de la créance nantie, à moins que les parties n'en conviennent autrement (article 130 de l'AUS révisé). Si le bénéficiaire est payé à une somme supérieure à la dette garantie, il répond du surplus perçu en qualité de mandataire du constituant et sa responsabilité sera retenue pour soutien abusif de crédit ⁽³⁷⁾.

S'il peut solliciter la réduction de son engagement disproportionné, le constituant qui accorde des garanties excessives peut en demander l'annulation.

³⁶ Cass. civ., 1re ch., 5 janvier 2022, n° 20-17325 B.

³⁷ Cass. com., 18 juin 1996, RTD com. 1996, p.701, obs. M. Cabrillac.

2°) – L’anéantissement de la sûreté excessive.

Le risque d’insolvabilité impose la protection des intérêts de la partie faible qui s’engage envers les professionnels de crédit, contre l’octroi d’un soutien abusif ou l’accord des garanties excessives. Pour assurer cette protection, le législateur OHADA impose la transparence des garanties par l’exigence des mesures de publicité qui visent à prévenir les conflits entre titulaires de sûretés réelles et à informer les tiers sur l’existence d’autres garanties portant sur le compte courant au cas où ils veulent pratiquer une saisie. En cas de pluralité de bénéficiaires, l’ordre de préférence est déterminé par la règle de concours entre les titulaires de cautionnement de compte courant et ceux du nantissement de compte bancaire. En matière de réalisation des sûretés, les créanciers nantis qui bénéficient d’un droit d’exclusivité sur le solde créditeur définitif sont en principe épargnés du concours des autres sûretés. S’il y a concours entre les créanciers nantis, ils seront départagés par la date chronologique d’inscription de leurs sûretés au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) en application de l’article 131 de l’AUS révisé. En cas de concurrence entre les autres créanciers qui sont des créanciers chirographaires, ceux-ci n’interviendront à égalité qu’après le

désintéressement total des créanciers privilégiés, pour concourir à la distribution du reliquat des deniers provenant de la réalisation des sûretés. En cas d’insuffisance de deniers pour les désintéresser, ils concourent à la distribution dans la proportion de leurs créances totales « *au marc le franc* », conformément aux dispositions de l’article 226, 7°) de l’AUS révisé. Cependant, le rang prioritaire des créanciers bénéficiant de garanties serait menacé, lorsque la sûreté porte sur un solde provisoire, débiteur (article 19 de l’AUS révisé) ou créditeur (article 137 de l’AUS révisé). En raison de l’indivisibilité du compte courant, il n’y a ni dettes ni créances, les créanciers chirographaires munis d’un titre exécutoire peuvent opérer une saisie conservatoire (articles 54 et suivants de l’AUPSRVE) ou une saisie attribution (articles 153 et suivants de l’AUPSRVE) sur le montant du solde provisoire.

Le concours des sûretés est de nature à impacter sur les obligations du constituant qui aura à supporter le poids des dettes et des procédures de mise en œuvre des mesures d’exécution pour le recouvrement des créances ainsi que de la réalisation des sûretés. L’efficacité des sûretés qui exige la mise en œuvre effective des droits des créanciers tout en préservant les intérêts et la protection légitime du débiteur impose

alors aux bénéficiaires, l'obligation de tenir compte de la multiplicité des engagements du constituant et du niveau de son endettement pour éviter l'annulation de leurs sûretés. C'est pour protéger la caution contre un engagement excessif que le législateur déclare, nul tout cautionnement général conclu sans limitation de montant (article 19 de l'AUS révisé). Aussi, comme l'excès de sûreté tue la sûreté, toute sûreté qui grève la valeur d'un bien dans des proportions manifestement excessives par rapport au montant de l'obligation garantie peut être annulée par le juge.

Si le législateur protège le constituant « in boni » contre un endettement excessif, il consacre la protection des droits du constituant en situation de difficulté par la faculté qui lui est offerte de s'opposer à toute saisine du compte bancaire en période de procédures collectives.

B – L'opposition à la saisine du compte bancaire par le constituant.

La prise en compte des intérêts du constituant, personne physique en situation d'insolvabilité ou de cessation de paiement est organisée dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) ⁽³⁸⁾. Elle

³⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avril 1998, révisé le 10 septembre 2015, JO OHADA spécial du 25 septembre 2015.

traduit la volonté du législateur OHADA de mettre en place un dispositif juridique par l'institution des règles d'ordre public affirmant la supériorité de la survie des entreprises défaillantes au détriment du paiement de leurs créanciers. Le traitement de la défaillance du particulier tout comme celle de l'entreprise impose l'ouverture des procédures collectives en vue d'un règlement préventif ⁽³⁹⁾, d'un redressement judiciaire des entreprises en difficulté ou de la liquidation judiciaire de l'entreprise ⁽⁴⁰⁾. Par l'élaboration de telles règles, le législateur a jugé nécessaire de veiller à la défense de l'intérêt collectif, en adoptant des mesures de sauvetage de l'entreprise, en garantissant l'équilibre des intérêts de toutes les parties (créanciers et débiteurs)

³⁹ SAWADOGO FILIGA Michel, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, Bruxelles, Bruylant, 2002, page 2.

⁴⁰ Les différentes procédures sont définies à l'article 2, alinéas 2, 3, 4 de l'AUPACP.

- Le règlement préventif est une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ;
- Le redressement judiciaire est une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement ;
- La liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif.

en présence et surtout en se penchant sur la préservation des droits des salariés.

En présence d'une pluralité de créanciers, la règle de concours qui fonde le rang privilégié de certains créanciers du débiteur in boni s'applique également en matière de procédures collectives. Ainsi, lorsque l'entreprise ou le particulier est mis en procédures collectives, les salariés bénéficient de la protection de leur créance de salaire par l'institution des privilèges qui leur permettent d'être payés par préférence aux autres créanciers. En application des Actes uniformes portant droits des sûretés, de procédures collectives et apurement du passif et procédures simplifiées et de recouvrement de créance, les salariés bénéficient des privilèges généraux et spéciaux renforcés d'un super privilège lors de la distribution du prix sur saisies des biens du débiteur⁽⁴¹⁾. La suspension des poursuites individuelles vise à assurer l'égalité entre les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture qui s'organisent en créanciers de la masse à l'ouverture des procédures collectives y compris les créanciers chirographaires qui bénéficient d'un traitement égalitaire après désintéressement des créanciers privilégiés par le syndic. La protection du débiteur est

assurée par les articles 9 et 75 de l'AUPACP dont les dispositions qui suspendent ou interdisent les poursuites individuelles, sont étendues aux personnes physiques codébitrices ou constituantes de sûreté personnelle ou réelle.

En application de cette règle, le constituant ne peut se voir opposer, ni le solde provisoire du compte courant, ni des actes frauduleux accomplis par les bénéficiaires desdites sûretés.

1°) – L'inopposabilité du solde provisoire au constituant.

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles s'impose à tous les créanciers, chirographaires, garantis comme privilégiés, qui ne peuvent à l'ouverture des procédures collectives, obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision pour une durée maximale de trois mois. Prévue par l'article 1-1 de l'AUPACP, elle est applicable à toute personne physique ou morale de droit privé ainsi qu'aux entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé. Cette règle s'étend au constituant, personne physique en vertu des articles 9, alinéa 5 et 75-1 de l'AUPACP. Néanmoins, cette règle est paralysée par le principe de l'indivisibilité du compte courant qui protège le constituant contre toute action du créancier

⁴¹ Articles 180, 3°, 187 et 225, 3° de l'AUS ; 95, 166, 3° et 167, 4° de l'AUPACP.

antérieur visant à le contraindre à exécuter son obligation de paiement. L'indivisibilité du compte courant interdit au créancier de poursuivre la caution ou le débiteur principal avant que le compte ne soit clôturé, c'est-dire lorsque le solde est provisoire. Le solde provisoire d'un compte courant porte sur un compte qui fonctionne à vue et continue d'enregistrer les opérations en cours, lorsque ce solde provisoire est débiteur, il y a une dette qui existe, mais son exécution ne peut être réclamée avant la clôture du compte ; s'il est créditeur, il y a une créance certaine mais non exigible. L'établissement de crédit ne peut pas contraindre la caution ou le débiteur à payer lorsque la dette ou la créance n'est pas encore exigible ⁽⁴²⁾, il ne peut percevoir que les intérêts sur le crédit qu'il a accordé.

En matière de cautionnement du compte courant qui est un cautionnement de dettes futures ou un cautionnement à durée indéterminée, la caution n'est tenue que d'une obligation de couverture (et non d'une obligation de règlement). La règle de la suspension des poursuites contre la caution « *n'a pas à s'appliquer dans ces conditions dans la mesure où le principe de l'indivisibilité interdit au créancier de*

⁴² LEGEAIS Dominique, Droit des Sûretés et garanties du crédit, Lextenso éditions LGDJ, Paris, 2016, n° 232, page 182.

poursuivre la caution avant que le compte ne soit clôturé » ⁽⁴³⁾. La caution poursuivie avant cette date est donc en droit d'opposer au créancier l'exception de non clôture de compte qui n'est qu'une des exceptions inhérentes à la dette que vise l'article 29 de l'AUS révisé. Quant au débiteur de la créance nantie, il peut être autorisé par le créancier, sous réserve de régularisation, à disposer des sommes inscrites sur le solde provisoire (art. 138 AUS révisé). Il n'est tenu au paiement du montant de la créance qu'à la clôture du solde créditeur du compte courant.

Tout comme en matière de solde provisoire, le constituant peut s'opposer aux actes frauduleux accomplis par le ou les bénéficiaires en période suspecte.

2°) - L'inopposabilité des actes frauduleux au constituant.

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution applicable tant au règlement préventif qu'au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens s'applique également à la période suspecte. La période suspecte est au sens de l'article 67, la période à

⁴³ ALAIN AKUE Mickala, « *La situation de la caution en droit des procédures collectives au regard de la règle de l'accessoire : Etude comparative droit français/droit OHADA* », <https://tel.archives-ouvertes.fr/document>, n° 398, page 170, consulté pour la dernière fois le 30/09/2022 à 23 heures 04 minutes.

compter de la date de la cessation des paiements qui prend fin à la date de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Cette règle s'impose à tous les créanciers composant la masse et protège le débiteur car elle permet d'éviter l'alourdissement de son passif et de compromettre irrémédiablement sa situation surtout lorsque la créance attribuée est très importante. Pour garantir l'égalité des créanciers, le débiteur ne doit pas procéder au paiement de l'un d'entre eux, au détriment des autres créanciers de la masse. Il ne doit pas non plus tenter de dissimuler l'actif pour organiser son insolvabilité par le biais de libéralités ou d'actes à titre gratuit afin de soustraire ces éléments des rigueurs de la procédure collective.

Par la recherche de l'équilibre des intérêts, le législateur assure la protection du constituant, personne physique, en lui étendant cette règle aux articles 9, alinéa 5 et 75-1 de l'AUPACP. S'agissant du cautionnement, le caractère accessoire de l'engagement de la caution interdit au créancier de la poursuivre avant toute défaillance du débiteur principal, c'est-à-dire avant l'exigibilité de sa dette. Si cette exigibilité de la dette principale suggère les recours du créancier contre la caution, elle ne peut être poursuivie que si son

obligation est exigible. Le créancier doit attendre l'arrivée du ou des termes convenus initialement entre lui et cette caution pour exiger le paiement de sa créance ⁽⁴⁴⁾. Cependant, l'article 76 de l'AUPC exclut l'exigibilité des créances à termes à l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens. N'étant pas d'ordre public, les parties peuvent déroger à cette règle par convention contraire en prévoyant une date d'exigibilité de l'engagement de caution différente de celle de l'obligation principale.

Le plus souvent, pour contourner la règle de l'égalité entre créanciers en période d'ouverture de procédures collectives, un créancier peut trouver les moyens de renforcer l'efficacité de sa créance en proposant des aménagements conventionnels au débiteur ou à la caution, dans le but d'introduire dans le cautionnement certaines clauses de style, telles que les clauses de déchéance ou de prorogation de terme. Si la prorogation du terme consentie par le banquier au débiteur principal peut profiter à la caution qui peut l'accepter ou la refuser au sens de l'article 23, al. 3 de l'AUS, il en va autrement pour la déchéance du terme qui est une contrainte pour la caution qui aura à subir

⁴⁴ Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt du 06/02/2009, n° 03, OUEDRAOGO Tiga Tasséré c/ SOBCA, Ohadata J-12-167.

les conséquences de la sanction de la faute du débiteur. Cette déchéance du terme ne s'étend pas automatiquement à la caution qui ne peut être requise de payer qu'à l'échéance fixée à l'époque où la caution a été fournie (alinéa 4). Toutefois, en raison du principe de la liberté contractuelle, les parties au contrat de cautionnement ou du nantissement de compte bancaire peuvent insérer dans leur contrat une clause de déchéance du terme au profit de l'établissement de crédit avant l'ouverture des procédures collectives. Le principe de l'égalité des créanciers ne s'oppose à la validité d'une clause convenue entre un créancier et un débiteur antérieurement à l'ouverture de la procédure collective du débiteur tant qu'elle n'aggrave pas ses difficultés financières ⁽⁴⁵⁾.

En guise de conclusion, la protection des droits du constituant en matière de concours entre le cautionnement et le nantissement de compte courant est devenue une préoccupation majeure du législateur OHADA qui s'est inspiré des normes du droit comparé. Poursuivant un objectif économique (pour promouvoir l'investissement dans l'espace de ses pays membres), le législateur s'est soucié de l'efficacité de la créance en mettant à la disposition de ceux qui ont fait confiance à

leurs clients pour leur avoir accordé des crédits, des outils juridiques modernes et adaptés à l'environnement des affaires dans les pays membres de son espace. Mais, il s'est rendu compte que l'efficacité recherchée par le renforcement de la sécurité juridique et judiciaire des investisseurs (qui ont à leur portée des Actes uniformes), garantie par une interprétation uniforme des textes par les juridictions internes sous le contrôle de la Cour commune de justice d'arbitrage (CCJA), n'est pas effective. Ainsi, pour aboutir à l'effectivité de la protection des créanciers, notamment des établissements de crédit dans l'espace OHADA, il fallait aussi assurer la protection des droits du constituant, personne physique ou morale. Cette protection de la constitution, qu'il soit en présence d'un seul ou de plusieurs bénéficiaires est désormais garantie par le législateur dans ses nombreuses réformes. En présence d'un seul bénéficiaire qui réunit toutes les sûretés entre ses mains, il ne peut y avoir de concours de sûretés sauf cas de concurrence des créanciers chirographaires ; celui-ci doit éviter au constituant des engagements disproportionnés ou excessifs. Certes, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent librement aménager leur convention tout en se conformant à l'ordre public, mais les inégalités qui marquent la différence de situation entre un

⁴⁵ Cass. Com., 11 mai 1993, 91-11.379, Bulletin, 1993 IV, n° 181, page 128.

professionnel qui accorde un crédit à un constituant en position de faiblesse ou qui exige de lui une garantie, l'oblige à agir loyalement, en particulier lorsqu'il traite avec un débiteur non averti ou une caution profane. C'est pour ces motifs que les juges de fonds, en application des dispositions du Code civil et de la loi assurant la protection du consommateur, largement influencés par la doctrine française du solidarisme contractuel et en application des dispositions des articles 1134 et suivants, lors de l'exercice de leur pouvoir souverain d'interprétation des contrats sous le contrôle de la Cour de cassation, ont créé des obligations à la charge du professionnel du crédit (obligations d'information, de mise en garde, etc.). Le législateur a repris cette exigence en consacrant la règle de proportionnalité longtemps admise en droit du crédit aux engagements des parties au contrat des sûretés. Si le législateur OHADA n'a pas expressément formulé cette règle, il a inséré dans ses dispositifs des règles qui assurent la protection du débiteur et de la caution contre des engagements disproportionnés. Pour prévenir le déséquilibre de tels contrats conclus entre les professionnels de crédit et le constituant, il a mis à la charge des premiers, certaines obligations telles que les obligations d'information et de mise en garde au profit du dernier. Lorsque qu'un

tel déséquilibre survient, il impose la réduction des sûretés disproportionnées aux capacités financières du constituant ou l'annulation des sûretés considérées excessives. Dans sa réforme de 2010, il s'est également penché sur la protection de l'engagement de la caution analphabète, celle qui ne sait ni lire, ni écrire.

Lorsqu'il consent ces sûretés à plusieurs bénéficiaires, le conflit entre les sûretés personnelles et sûretés réelles surgira pour opposer les bénéficiaires du cautionnement du compte courant à ceux du nantissement de compte bancaire. Ce conflit n'est réglé que par l'affectation exclusive du montant du solde créancier définitif au créancier nanti, ce qui lui permet de primer sur le créancier garanti, qui n'a qu'un droit personnel lui permettant de contraindre la caution à payer en cas de défaillance du débiteur principal. Ces créanciers garantis ont un droit de gage général sur le patrimoine de la caution, ce qui les relègue au rang des créanciers chirographaires. Qu'ils soient nantis ou garantis, ces créanciers ne peuvent se prévaloir d'un droit de paiement sur le solde provisoire (créancier ou débiteur) pour être désintéressés en premier lieu. En raison de l'indivisibilité du compte courant, ils seront concurrencés par tout créancier chirographaire muni d'un titre exécutoire qui pourra opérer des saisies (conservatoire

ou exécutoire) sur le montant du solde provisoire. Dans cette hypothèse, le constituant exposé à la règle de concours sera subjugué, du fait du conflit entre créanciers, par le poids des procédures de recouvrement de créances et de réalisation des sûretés. Et, s'il est en situation d'insolvabilité, le législateur le protège en lui accordant des prérogatives visant à s'opposer à la saisine du compte bancaire en période de procédures collectives. Cette période couvre le débiteur ou la caution, personne physique contre l'opposabilité du solde provisoire et des actes frauduleux commis par les professionnels de crédit.
.../.

BIBLIOGRAPHIE :

I – Ouvrages et Manuels

- Lionel BLACK YONDO, Michel BRIZOUA-BI, Olivier FILLE LAMBIE, Louis-Jérôme LAISNEY, Ariane MARCEAU-COTTE, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA, sous la direction de P. CROCQ « *Collection Lamy Axe Droit* », Edition Lamy, Paris, 2012, 389 pages.
- P. CROCQ, Propriété et garantie, LGDJ, Paris, 1995, n° 287, p. 238.
- Thierry BONNEAU, Droit bancaire, « *Collection Domat-Droit privé* », 8^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2009, 663 pages.
- Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noël JAOBARD-BACHELIER, Droit des Sûretés, 3^{ème} édition Dalloz, 2007-2012, n° 180, 707 pages.
- Philippe DELEBECQUE et Miche GERMAIN, Traité de droit commercial, Tome 2, 14^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1994, 1317 pages.
- Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit Bancaire, Mémentos-Dalloz, Paris, 1999, 185 pages.
- Christian GALVADA et Jean STOUFFLET, Droit bancaire, 5^{ème} édition, Litec, Paris, 2002, 595 pages.
- François T' KINT, Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers, Quatrième édition LARCIER, Bruxelles, 2004, 458 pages.
- Dominique LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, 11^{ème} édition LGDJ, Lextenso, Paris 2016, 521 pages.
- Barthélemy MERCADAL, Mémento pratique. Droit commercial, 23^{ème} édition Francis Lefèvre, 2015, 1557 pages.
- Cf. Philippe NEAU-LEDUC, Droit bancaire, 4^{ème} édition Dalloz, Paris, 2010, n° 357, 291 pages.
- Appollinaire A. de SABA, La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales. Droit de l'OHADA et pratiques européennes, « *Collection : Pratiques judiciaires et législatives* », 2^{ème} édition Global Finances Securities, 2011, 406 pages.
- Filiga Michel SAWADOGO, OHADA. Droit des entreprises en difficulté, « *Collection Droit uniforme africain* », édition Bruylant, Bruxelles, 2002, 419 pages.
- Delphine THARAUD, Les indispensables des procédures civiles d'exécution, Ellipses, Paris, 2016, 223 pages.
- Philippe THERY, Sûretés et Publicité foncière, PUF, Paris, 1998, 439 pages.

II – Etudes et Mélanges

- Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, Editions L'Harmattan Cameroun, 2015
- Mélanges en l'honneur du Professeur Yves GUYON : Aspects actuels du Droit des affaires,

Edition Dalloz, Paris, 2003, pages 666.

- Mélanges en l'honneur du Professeur François ANOUKAHA, Etudes africaines, Série Droit, Edition L'Harmattan, Paris, 2021
- Mélange F. Geny, Tome II, Sirey, Paris, 1934.

III – Articles :

- Marie BLONDEL :
 - « *L'évolution limitée de la règle de proportionnalité du cautionnement* », <https://www.actu-juridique.fr/civil/obligations-contrats/levolution-limitee-de-la-regle-de-proportionnalite-du-cautionnement/>. Publié le 16/03/2022 - mis à jour le 16/03/2022 à 11h16, consulté le 03/04/2022,
 - * « *La bonne foi en droit des sûretés* », <https://www.actu-juridique.fr> > Droit civil, Publié le 04/04/2022 - mis à jour le 04/04/2022 à 9H39, consulté le 22/06/2022 à 22heures 49 minutes.
- Laetitia BOUGEROL, « *Le devoir de mise en garde, incertitudes et perspectives* », Revue de droit d'Assas, déc. 2019, p. 130.
- Nicole BOURDALLE et Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier* », <https://www.yumpu.com/fr/document/view/28353088/cahier-de-recherche-na5-esc-pau>, page 5-12, consulté le 01/05/2022 à 23 heures 44 minutes.
- Kouakou Mathurin BROU, « *Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire* », Revue Penant 2006, n° 856, p 275.
- Charles GIJSBERS, « *Le nantissement de compte bancaire à l'épreuve de la procédure collective du constituant (ou comment le créancier se trouve exproprié de sa sûreté...* », Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2020, page164.
- L. JOSSERAND, « *L'essor moderne du concept contractuel* », in Mélange F. Geny, Tome II, Sirey, Paris, 1934, p. 340.
- Yvette Rachel KALIEU ELONGO :
 - « *Cautionnement* », in Encyclopédie du Droit OHADA, Editions Lamy, 2011, n° 25 page 502.
 - « *L'étendue de la caution en droit OHADA* », in Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, Editions Harmattan Cameroun, 2015, page 354.
- D. LEGEAIS, « *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie* », LPA 1998, n° 117, p. 38.
- Pierre MEYER, « *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA* », Ohadata, D-06-50.
- Nelly Géraldine NYIA ENGON, « *La proportionnalité du cautionnement : étude de droit comparé entre le droit OHADA, le droit français et le droit allemand* », https://biblio.ohada.org/pmb/opac/css/index.php?lvl=notice_display&id=805, consulté le 26/04/2022 à 22 heures 49 minutes.
- Roger MULAMBA KATAMBA, « *Les sûretés OHADA : Le cautionnement reçu par la banque en garantie des prêts consentis - Prévenir les risques liés à sa*

réalisation »,

<http://www.rmkaassociés.org/Unificiers/Public/Pdf/hemnZpq62021040210207.pdf>, page 2, consulté le 14/04/2022 à 00 heure 10 minutes.

- S. PESENTI, « *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés* », LPA 11 mars 2004, n°51, p. 12 et s.
- S. PIEDELIEVRE, « *Le cautionnement excessif* », Defrénois 1998, article 36836, p. 849 et s.

III – Les Revues, Recueils et Rapports.

- CNUDCI Guide Législatif sur les opérations garanties : Terminologie et recommandations, Vienne, 2010, page 4/127.
- Ministère de la Justice, RECUEIL THEMATIQUE DE TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES A destination des acteurs de la justice Edition 2008.
- BCEAO, Recueil des Textes légaux et réglementaires régissant l'activité bancaire et financière dans l'Union Monétaire Ouest Africaine, VOLUME I (CHAPITRES I - III) EDITION 2018

IV – Les Textes de lois et règlements.

- Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution adopté à Libreville au Gabon le 10/04/1998 ; publié au Journal Officiel de l'OHADA n° 6 du 01/06/1998.
- Acte uniforme révisé du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, adopté à Lomé (TOGO) le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel de

l'OHADA n° 22 du 15 février 2011.

- Acte uniforme 2015 révisé OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10/09/2015 ; publié au Journal Officiel de l'OHADA n° spécial 25/09/2015.
- Directive n° 02/2015/CM/UEMOA relative à la lutte contre le blanchissement de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine.
- Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit, Juris-Classeur périodique. 1978, éd. CI, I, 7245.
- Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce, J.O.R.F. du 31 janvier 2003
- Loi n° 2008-33 du 3 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Niger, Journal Officiel de la République du Niger, n° 21 du 1er novembre 2008.
- Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation dite loi LAGARDE, Journal officiel de la République française n° 151 du 02/07/2010
- Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 Journal officiel de la République française du 24 mars 2006
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée au Journal officiel de la République française du 11 février 2016.

Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre de 2021, Journal officiel de la République française du 15 février 2022 n° 0216 du 16 septembre 2021.

Loi n° 2022-172 du 14 février 2022, Journal officiel de la République française du 15 février 2022.

V – Site internet

- <https://www.actu-juridique.fr>
- <https://www.ohada.org>
- <https://www.juricaf.org>.

LE DROIT AFRICAIN DE LA FILIATION A L'EPREUVE DE LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

(Réflexions à partir de la législation camerounaise¹)

MAYOUGOUNG BUGUE Arlette

*Docteur Ph.D en Droit Privé
Enseignant-chercheur, Chargée de cours
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Ngaoundéré (Cameroun)*

RÉSUMÉ :

Les progrès des sciences biomédicales ont rendu possible la mise en œuvre des techniques de Procréation Médicalement Assistée, permettant la conception d'un enfant en dehors des voies naturelles. Ces nouvelles techniques reposent sur les éléments de la dignité de la personne humaine, valeur fondamentale sacrée et protégée par le Droit. Elles sont à l'origine d'un certain nombre de transformations du Droit de la filiation, qui en réalité relèvent de l'adaptation et non d'une révolution de celui-ci. En effet, l'orientation majeure choisie par le législateur camerounais en la matière a été de limiter la portée de ces procédés. Cette adaptation est passée principalement par un raffermissement des règles classiques. L'option du retour aux sources, aux valeurs et coutumes africaines a été prise afin de

préserver la conception africaine de la famille. On relève alors dans le nouveau Droit de la filiation l'exigence des conditions satisfaisantes pour la mise en œuvre de la Procréation Médicalement Assistée mais surtout, l'uniformisation des règles afin d'asseoir définitivement l'égalité entre les filiations légitimes et les filiations naturelles. Mais de manière accessoire, la nature des procédés utilisés a imposé des solutions inédites en Droit de filiation. Le caractère irréversible de celles-ci témoigne de l'entrée du Droit de la filiation sur une voie de non-retour. La filiation repose de moins en moins sur des liens de sang car l'intervention d'un tiers donneur est parfois nécessaire. La filiation consécutive est incontestable et repose sur des fictions encouragées et consolidées par le Droit. Le Droit de la

¹ Il s'agira en l'occurrence de la Loi n°2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la Procréation Médicalement Assistée au Cameroun (LPMA) et de la loi n°2022/008 du 27 avril 2022 relative à la recherche médicale impliquant la personne humaine au Cameroun(LRM) disponibles en ligne sur prc.cm.

filiation africain semble de plus en plus intéressé par d'autres valeurs dites modernes.

Mots clés : Procréation médicalement assistée
– Filiation

Valeur de référence² et en même temps socle des valeurs parfois contradictoires, la famille est un ensemble de personnes unies entre elles par des liens de filiation ou d'alliance³. En Afrique, elle comprend traditionnellement les parents, les enfants, les grands-parents, les oncles et tantes, les frères et sœurs, tous pouvant avoir leurs propres enfants et d'autres personnes à charge. La famille est encouragée et protégée en tant que base naturelle de la société humaine. Ce « *mini-Etat* » ne peut facilement mener à bien ses objectifs que s'il y a une « *population* »

matérialisée par les enfants. D'ailleurs, la philosophie qui a gouverné le Droit du mariage et qui est toujours très perceptible en Droit africain soutient que le but du mariage est avant tout, la procréation. En effet, depuis l'Antiquité⁴ jusqu'aujourd'hui dans les sociétés africaines⁵, la valeur de l'enfant est fondamentale. L'enfant est perçu comme une bénédiction⁶, un signe de réalisation et de prospérité, une garantie de la continuité du lignage⁷. Ne pas pouvoir faire des enfants surtout après le mariage est considéré comme une calamité, une cause d'exclusion, de disgrâce, une malédiction. La stérilité est considérée non pas comme une maladie ou une fatalité mais comme une faute qui doit être sanctionnée surtout quand elle émane de la femme⁸. Par conséquent, l'impossibilité de faire des enfants constitue une cause de

²E. GONDARD, « Approche socio-anthropologique de la famille », in *Evolution de la famille et travail social : recomposition, coéducation, handi-parentalité. Quels accompagnements ?* 2021, en ligne sur caim.info.fr, consulté le 15/08/2022.

³ Le lien d'alliance qui s'oppose au lien de parenté est celui issu d'un mariage. Ce mariage fait naître non seulement un lien d'alliance entre les époux mais également un lien d'alliance entre chacun des époux et la parenté de l'autre. Sur ces questions voir, A. BENABENT, *Droit de la famille*, éd. Montchrestien, 2012, pp. 6 et s.

⁴ R. DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, 3^e éd., coll. Cursus, 2014.

⁵ Dans la mentalité traditionnelle, la polygamie et la descendance nombreuse qui en découle garantissent la main d'œuvre gratuite pour le travail des champs. Elles servent aussi à se faire respecter dans la communauté.

⁶ Si on s'en tient par exemple aux écrits bibliques, nous remarquons que le fait d'avoir des enfants est une bénédiction de Dieu, bénédiction qu'il accorde quand il veut à ceux qu'il veut récompenser. C'est ainsi que la foi d'Abraham lui a valu d'être béni et sa femme stérile Sara a miraculeusement eu un fils, Isaac, à plus de 90 ans. Cf. livre de la Genèse, chapitre 17 et s.

⁷ D'aucuns ont pensé que c'est à travers l'enfant qu'on pense être devenu immortel. Cf. M. TIMTCHUENG, *Le Droit camerounais de la famille entre son passé et son avenir*, Thèse de doctorat, Université de Yaoundé II, 2000, n°192.

⁸ En Afrique, l'infertilité de la femme l'expose très souvent à l'opprobre. Elle fragilise l'équilibre de sa vie conjugale puisqu'elle encoure le risque de se faire « *seconder* » par une deuxième femme ou au pire des cas le divorce ou la répudiation. Elle est donc source de chagrin, de frustration, de culpabilisation, de stigmatisation, de violences conjugales, d'accusations de sorcellerie et d'ostracisme.

divorce⁹, un motif de stigmatisation sociale car en Afrique, le mariage n'atteint vraiment son but que s'il y a des enfants¹⁰. C'est cette conception qui justifie l'impératif irrévocable de la différence de sexe comme condition péremptoire du mariage¹¹ pour assurer la recherche d'une progéniture.

Des solutions avaient déjà été trouvées pour surmonter les obstacles à la procréation dans le couple. La stérilité de la femme n'empêche pas le mari d'avoir des enfants tout en conservant sa femme. La possibilité lui est ouverte de prendre une seconde épouse ou d'avoir un enfant d'une autre femme dans la mesure où il peut désormais reconnaître ses enfants naturels adultérins dans les conditions prévues par la loi¹². Parfois, c'est la femme mariée stérile qui cherche une jeune femme féconde pour faire des enfants à son mari¹³. En cas de stérilité du mari, l'épouse parvient

souvent à être mère en recourant à un autre, à l'insu du mari. C'est un adultère, mais il permet au foyer de vivre en harmonie. Dans certains cas, c'est le mari lui-même qui peut obtenir de son épouse d'avoir des enfants par un tiers qu'il désignera¹⁴. Cette infidélité consensuelle permet au foyer d'éviter la dislocation, le déshonneur et en même temps de surmonter la stérilité. La solution de l'adoption est également possible. En effet, le Droit accorde la possibilité à une personne ou à un couple d'établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant dont on en n'est pas géniteur. Mais, ces procédés ont l'inconvénient de ne pas toujours permettre d'établir la filiation à l'égard des deux parents. Lorsqu'elle était établie, elle repose généralement sur un mensonge car l'enfant n'est pas biologiquement celui des deux époux ou du moins, de l'un d'eux. Par ailleurs,

⁹ D'après le Droit coutumier, l'impuissance de l'homme, tout comme la stérilité du conjoint sont des causes de divorce. En Droit anglais applicable au Cameroun anglophone, la non-consommation du mariage est cause de nullité. Dans l'affaire D.E c/A.G (1845) Rob Eccl. 279, le Dr LUSHINGTON définit la consommation comme l'entretien d'un rapport sexuel ordinaire et complet, excluant l'utilisation de tout artifice, tel l'interruption du coït ou l'utilisation d'un préservatif.

¹⁰ M. TIMTCHUENG, *Le Droit camerounais de la famille entre son passé et son avenir, op.cit.*, n°189.

¹¹ Art.52 de l'ordonnance n°81-02 du 2 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes au Cameroun.

¹² La reconnaissance d'un enfant naturel adultérin, autrefois interdite par l'article 335 du Code civil est

désormais possible conformément aux articles 43 à 45 de l'ordonnance de 1981.

¹³ Un exemple nous est donné dans les textes bibliques avec Sara la femme d'Abraham, qui avait demandé à sa servante Agar de faire un enfant avec son mari. Cf. livre de la Genèse, Chapitre 16.

¹⁴ Dans les chefferies de l'Ouest-Cameroun, on connaît bien l'institution du « *dakkue* » (le chercheur de bois), qui est soit un ami du mari, soit un notable du village, avec lequel la femme mariée dans un foyer polygamique a plusieurs coépouses et incapable de pouvoir compter sur la disponibilité de son mari, entretient régulièrement des relations sexuelles et fait même des enfants. Ceux-ci sont reconnus par le mari qui se contente de se constituer ainsi une descendance nombreuse. Voir E.N. NGWAFOR, «Family law in Anglophone Cameroon», *The University of Regina press*, Canada, 1993, P. 130.

certaines procédés reposent sur des procédures lourdes¹⁵ et ne restaurent pas l'honneur des époux particulièrement celui de la femme¹⁶. D'autres ne permettent pas à un époux d'avoir un enfant de son sang.

Aujourd'hui, grâce aux éblouissants progrès des Sciences biomédicales, les couples qui ont des difficultés pour procréer peuvent recourir aux techniques de Procréation Médicalement Assistée (PMA). Cette dernière peut être définie comme un ensemble de pratiques techniques et biologiques permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro*, le transfert de gamètes et d'embryons, la conservation des gamètes des tissus germinaux et des embryons¹⁷. Encore appelées Assistance Médicale à la Procréation (AMC), ces techniques sont justifiées par des

objectifs tels que l'accroissement des connaissances sur la vie humaine, l'aide aux couples sans enfants, la mise au point de traitements pour les fœtus et embryons présentant des malformations. Elles permettent la naissance d'enfants qui n'ont pas été conçus naturellement au cours de relations sexuelles¹⁸. L'insémination artificielle avec le sperme du conjoint ou du concubin, dite IAC, est la première forme de PMA à être apparue. Ensuite, les inséminations avec du sperme d'un tiers donneur, dite IAD, se sont développées. Ont également émergé les techniques de conception de « bébé éprouvette ». Il s'agit d'enfant conçu par fécondation *in vitro*, dite FIV. Ici, la rencontre de l'ovule et du spermatozoïde donnant naissance à un embryon se déroule en laboratoire et l'embryon est ensuite transféré dans l'utérus de la mère. Enfin, le procédé de congélation des embryons ainsi obtenus s'est développé,

¹⁵ C'est le cas de l'adoption qui obéit à un régime très contraignant prévu aux articles 343 et suivants du Code civil. Dans la pratique, la mise en œuvre de cette procédure est relativement lourde et longue. Toutes choses qui rendent cette solution décourageante. Sur les critiques de l'adoption, voir D. BONNET, « Adopter un enfant dans le contexte de la Procréation médicalement assistée en Afrique subsaharienne », *Cahiers d'études africaines*, 2014, pp. 769-786, disponible en ligne sur <https://doi.org/10.4000/etudesafricaines.17834>, consulté le 30/08/2022. Il s'agit en l'occurrence des arguments de de la difficulté des procédures, du discrédit familial de l'adoption et celui de la méconnaissance des origines de l'enfant.

¹⁶ En effet, tant qu'on n'a pas vu la femme enceinte et accoucher de son enfant, l'idée selon laquelle elle est stérile ou indigne de son mari ne disparaît pas dans

l'esprit des membres du groupe social particulièrement dans les sociétés africaines. Ainsi, elle continue à être marginalisée et peut même dans certains cas perdre sa dignité en tant qu'épouse du mari au profit de celle qui a fait des enfants à son mari. Or, pour l'homme, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes sur le plan social car à partir du moment où la femme d'un homme marié est enceinte, on suppose que c'est le mari le père même s'il a fait recours à un tiers pour enceinter sa femme.

¹⁷ Art. 2 al.2 LPMA.

¹⁸ MESSA (F), « Comment faire des bébés sans rapports sexuels », *Le messager*, n° 724, du 04 février 1998, P.5.

permettant de tenter plusieurs FIV lorsque la précédente a échoué¹⁹.

En Europe, l'introduction de ces techniques a suscité beaucoup de craintes au départ. On a pensé que l'enfant serait traumatisé quand il découvrirait qu'il est enfant d'éprouvette et non d'alcôve²⁰. Certains se sont demandés au nom de quel droit l'homme pouvait produire l'homme²¹. Toujours est-il que la chose a fini par s'imposer, si bien qu'on évalue aujourd'hui entre 3 à 4 mille enfants qui naîtraient chaque année par insémination artificielle²². En Afrique, la PMA est encore un sujet tabou²³. Introduites en Afrique subsaharienne dans les années 1980-1990 et généralement sans aucun cadre légal dans le domaine, ces techniques de reproduction y sont encore largement méconnues. Au Cameroun par exemple, c'est

seulement depuis 1996 qu'un groupe de 6 médecins Camerounais²⁴ travaillaient pour développer la fécondation *in vitro* dans le pays²⁵. En mi-1998, le premier bébé éprouvette voyait le jour. Au cours de la même période, un hôpital de gynécologie - obstétrique est inauguré en vue de développer la PMA.

Les couples inféconds africains se tournent de plus en plus, très souvent à l'insu de la famille et de l'entourage, vers les techniques de procréation assistée au sein de cliniques privées des métropoles africaines ou à l'étranger, sur recommandation médicale ou par souci de confidentialité. A priori, aucune considération coutumière n'interdirait le recours aux techniques de PMA, puisque la considération de l'enfant est telle que tous les moyens devraient être utilisés pour en avoir.

¹⁹ La matière pourrait encore évoluer puisque d'autres procédés existent d'ores et déjà, mais sont jusqu'à présent interdits. C'est le cas tout d'abord des mères porteuses (art.48 LPMA), mais c'est aussi peut-être le cas du clonage (art. 42 LPMA). Le clonage humain est aujourd'hui interdit, mais certains prétendent avoir la certitude de pouvoir le réaliser, quand ils ne prétendent pas tout simplement l'avoir déjà réalisé. D'autres procédés pourraient à l'avenir voir le jour, comme par exemple l'utérus artificiel qui permettrait le développement de l'embryon en dehors du corps d'une femme.

²⁰ KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.*, 1987, Ch. 189.

²¹ LABRUSSE RIOU (C), « Produire l'homme : de quel droit ? », *D.*, 1987, cité par J. CARBONNIER, *Droit Civil*, collection quadrige, 2^e éd. 2017, p. 374.

²² En France en 2018, on avait un taux de 3.4% soit un enfant sur 30 ; en 2019 le taux a augmenté à 3.7, en 2020 nous avons un enfant sur 27 conçu par PMA. Au

Cameroun, nous avons déjà plus de 800 bébés nés grâce à la procréation médicalement assistée.

²³ Une étude a récemment menée par une équipe de chercheurs sous la direction de deux anthropologues membres du CEPED (Centre Population et Développement) a récemment été consacrée au rapport des couples africains aux techniques de reproduction médicalement assistée. Il en ressort que malgré les avancées de la médecine moderne, certaines personnes préfèrent consulter et se faire soigner chez les guérisseurs traditionnels. Au Sénégal, ces deux formes de médecine cohabitent et se font concurrence. Cf. D. BONNET, V. DUCHESNE, *Procréation médicale et mondialisation - Expériences africaines*, Paris, L'Harmattan, 2016.

²⁴ Il s'agit des Docteurs ONOMO Monique, BOLLO Berthe, Ernestine GWET-BELL, SANDJON Guy, Christian PANY et Nicole AKOUNG.

²⁵ Sources : Le messenger n° 724. p.5.

Mais, il faut cependant relativiser l'accueil de ces techniques car la société africaine et les religions ont un double impact sur le recours des couples à l'assistance médicale à la procréation. Premièrement, parce que l'idée de stérilité demeure jusqu'à nos jours un tabou au sein des familles et en second lieu parce que dans une certaine mesure l'Islam²⁶ et surtout le Christianisme²⁷ interdisent toute intervention sur le processus de fécondation. Mais, bien que la société traditionnelle continue d'opposer une certaine résistance, la PMA brise déjà les normes sociologiques africaines. Elle est alors emblématique d'un contexte africain urbain contemporain en forte évolution.

Ces progrès enregistrés dans les Sciences biomédicales sont à l'origine des profondes controverses que la Science juridique connaît aujourd'hui. Le développement des techniques en matière de

procréation artificielle opère des modifications en marge des principes juridiques établis dans la structure familiale et sociale. Ils transforment la représentation classique de la valeur accordée à la personne et à sa « *corporéité* » ; ils changent le sens de la procréation et de la famille initialement fondée sur les liens du sang. Ces évolutions constituent un véritable défi pour le Droit et obligent à un renouvellement ou du moins à une adaptation des concepts et institutions juridiques bien établis, d'autant plus que les questions relatives à la dignité humaine sont fondamentales : l'être humain représente l'absolu du Droit²⁸. La PMA doit donc faire appel à une éthique, la bioéthique²⁹. En effet, la Biologie étant consacrée à l'étude de l'infiniment petit dans son fonctionnement propre, il n'est guère surprenant que les chercheurs en Sciences biologiques et médicales perdent de vue la « *personne* »³⁰, la

²⁶ L'Islam est plus tolérant sur cette question. Il considère alors la PMA comme une forme de traitement et n'accepte la PMA que si elle est faite avec les gamètes d'un couple marié. C'est la raison pour laquelle il s'oppose strictement aux PMA avec donneurs. Voir dans ce sens la loi n° 47-14 régissant la PMA au Maroc du 4 avril 2019.

²⁷ Au Cameroun par exemple, les évêques catholiques ont après la promulgation de la loi sur la procréation médicalement assistée publié une déclaration dans laquelle ils s'insurgent contre les techniques de procréation assistée avalisées par l'Etat camerounais dans la loi qu'ils qualifient de contraire au dessein divin sur la procréation. Cf. Déclaration des évêques sur la PMA du 8 août 2022 disponible en ligne sur le site de la conférence épiscopale nationale du Cameroun, cenc.cm.

²⁸ PUIGELIER(C.), « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2003, Chron., p. 2781.

²⁹ La bioéthique ou éthique médicale peut être définie comme l'étude des problèmes éthiques (problèmes moraux) posés par les avancées de la recherche en matière de biologie et de médecine. Sur la définition de la bioéthique ; Cf. J. SAINT-ARNAUD, « Qu'est-ce que la bioéthique ? Définitions et perspectives d'enseignement, in *Bioéthique : Méthodes et fondements*, sous la direction de M.-H. PARIZEAU, *Les Cahiers scientifiques de l'Acfas*, n°66, 1989, pp.183-189.

³⁰ Nous entendons la personne ici au sens juridique du terme, c'est-à-dire l'entité juridique détentrice de la personnalité juridique qui lui donne la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations. Plus précisément, nous parlons ici de la personne physique qui en plus est

réduisant à sa plus simple dimension à un « objet » qu'on écartèle entre la thérapie génique³¹ et la manipulation eugénique³². La PMA, technique qui permet de manipuler les cellules souches humaines dans les laboratoires à des fins de reproduction³³ doit alors être rigoureusement encadrée. Seuls quelques législateurs d'Afrique francophone ont pris à cœur cette délicate question³⁴ et généralement de manière subsidiaire³⁵. C'est la raison pour laquelle nous focaliserons notre étude sur la législation camerounaise en la matière qui admet des solutions inédites en

Droit africain dans la réglementation de la PMA³⁶. Ces solutions ont été consacrées dans deux lois récentes³⁷ qu'on peut qualifier de lois bioéthiques³⁸ : la loi n°2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée au Cameroun et la loi n°2022/008 du 27 avril 2022 relative à la recherche médicale impliquant la personne humaine au Cameroun. Il nous appartient alors de revenir sur les « aspects juridiques des nouvelles techniques de reproduction humaine »³⁹ et particulièrement les aspects relatifs au Droit de la filiation⁴⁰.

empreinte de dignité. Sur la dignité de la personne physique cf. Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

³¹ La thérapie génique consiste à introduire du matériel génétique pour soigner une maladie.

³² Elle consiste à l'ensemble des méthodes et pratiques visant à sélectionner le patrimoine génétique d'un enfant en vue d'éviter ou de prévenir certaines malformations, maladies ou affections.

³³ R.S. KEUGONG WATCHO, « L'accès à la personnalité juridique en droit camerounais : entre affirmations juridiques et vérités scientifiques », *RTSJ*, n°2, p. 56.

³⁴ C'est le cas du Maroc qui a adopté le 4 avril 2019 la Loi n°47-14 régissant la procréation médicalement assistée et du Mali avec la Loi n° 2016-066 du 30 décembre 2016 portant assistance médicale à la procréation.

³⁵ C'est le cas par exemple du Tchad (Loi n° 006/PR/2002 du 15 avril 2002 portant promotion de la santé de la reproduction), du Sénégal (Loi de n°2005-18 du 5 août 2005 relative à la santé de la reproduction du Sénégal), du Togo (Loi n°2007-005 du 10 janvier 2007 sur la santé de la reproduction) qui abordent ces questions de manière incidente dans le cadre de la réglementation de la santé de la reproduction.

³⁶ En effet, le Cameroun est l'un des rares pays africains à autoriser les PMA avec donneur.

³⁷ Il convient de signaler que bien avant les lois de 2022, la PMA était déjà une réalité camerounaise sous au moins deux aspects : la protection de l'embryon et des

gamètes et la licéité des nouvelles techniques de reproduction. Parlant premièrement de la protection de l'embryon, celle-ci pouvait se déduire de la protection de la personne humaine dès les premiers instants de sa vie et de la pénalisation de l'avortement. Ainsi, au vue de la reconnaissance purement civile de l'embryon comme « *sujet de droit* », des sanctions pénales visant à éviter des atteintes à son intégrité ont été prévues.

³⁸ Le Droit de la bioéthique est ce droit qui vise à l'affirmation des principes généraux de la protection de la personne humaine notamment dans le Code civil, les règles d'organisation des secteurs d'activités médicales en plein développement tels que ceux de la procréation médicalement assistée. En droit français, les lois relatives à ces questions sont appelées les lois bioéthiques. A titre d'illustration, la loi française n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (JORF n°175 du 30 juillet 1994) a été qualifiée de loi bioéthique. Sur le droit de la bioéthique, cf. J.R. BINET, *Droit de la bioéthique*, 1^{ère} éd. LGDJ, Paris, 2017.

³⁹ G. BENEZRA, « La reproduction humaine : Rapports entre les normes éthiques et les règles juridiques », *Revue générale de droit*, 1993, n°24, p.556.

⁴⁰ TAORMINA, *Le droit de la famille à l'épreuve des progrès scientifiques*, D. 2006.7071, A. BENABENT, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2012, pp. 387 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-

En effet, le Droit de la filiation s'entend de l'ensemble des règles qui encadrent le lien juridique entre les parents et leurs enfants. Ce lien est un élément fondamental de l'état des personnes⁴¹ et produit des effets importants et multiples, de l'attribution du nom à la vocation successorale, en passant par de nombreux devoirs, interdictions ou empêchements. Il constitue l'un des deux axes composant les liens de famille : l'axe vertical, lien familial issu de la parenté. Ce lien prend le plus souvent pour support le lien biologique encore appelé lien de sang. Ainsi, c'est parce qu'ils ont engendré l'enfant que son père et sa mère sont juridiquement ses parents. Exceptionnellement, la filiation peut aller au-delà et traduire des liens affectifs. L'adoption bien que créatrice d'une filiation purement élective est considérée comme porteuse de la même plénitude juridique et répond à cet autre aspect de la filiation⁴².

Le Droit de la filiation a subi d'importantes modifications liées au

développement de la PMA. En passant le Droit de la filiation à l'épreuve de la PMA, il ressort que les composantes ne correspondent plus aux règles applicables jusqu'à lors. La question centrale sera celle de savoir si la PMA a-t-elle entraîné un bouleversement du Droit de la filiation africain ? En d'autres termes, la PMA a-t-elle induit une simple adaptation des règles en matière de filiation ou alors une révolution totale du Droit de la filiation africain ? Cette question va nécessairement mettre en évidence l'orientation actuelle du Droit de la filiation africain et particulièrement camerounais. En effet, le Droit actuel de la filiation est relativement déphasé par rapport à l'état de la société camerounaise. Mais, le Droit ne doit pas se limiter à être la résultante des données sociales ou économiques, mais plutôt être un moyen de stimuler ces données. Il va de soi que le Droit de la filiation doit suivre cette finalité et « être modernisé dans l'optique du développement⁴³ » et spécifiquement de la procréation qui participe de cet objectif. Mais, la modernisation de notre Droit de la filiation⁴⁴ n'est pas constitutive en

TERNEYRE, *Droit Civil, introduction, biens, personnes, famille*, 19^e éd., 2015 ; pp.819 et s.

⁴¹ Au sens de l'état civil.

⁴² Sur les effets de l'adoption, cf. articles 30 et s. Code civil.

⁴³ MELONE (S), *La parenté et la terre dans la stratégie du développement*, Thèse, éd. Klincksieck, 1972, P.66.

⁴⁴ Sur la modernisation du Droit de la famille, cf. Cf. M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays

d'Afrique noire francophone », *R.I.D.C.*, 2005/2 p. 345-397, spéc., p. 391. Adde. J. HILAIRE, « Variations sur le mariage. A propos de la codification en Afrique noire », *Penant*, 1968, pp. 147-193 ; D. ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du Droit », *Penant*, n° 842, p. 88-105, spéc., p. 105 ; E. SCHAEFFER, « Aliénation, réception, authenticité. Réflexions sur le droit du développement », *Penant*, n° 745, 1974, p. 311-332 ; G. A. KOUASSIGNAN, *Quelle*

soi d'une véritable révolution juridique. Elle se présente davantage comme une adaptation renouvelée. C'est la raison pour laquelle on relève d'une part, un affermissement des règles classiques et même des règles qui avaient été plus ou moins abandonnées. Ces dernières sont principalement des règles coutumières qui reposent sur l'anthropologie et la morale des sociétés africaines (I). Mais, d'autre part, les progrès des Sciences biomédicales semblent avoir justifié l'adoption des règles inédites qui dénaturent quelque peu le Droit classique de la filiation. Celles-ci sont à l'origine d'un affaiblissement de certaines règles classiques justifié par l'adoption par le Législateur africain d'autres valeurs (II).

I- UN RAFFERMISSEMENT CERTAIN DES REGLES CLASSIQUES DE LA FILIATION POUR LE RESPECT DES VALEURS AFRICAINES

est ma loi ? : Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire Francophone, Paris, Pedone 1974, 311p. spéc., pp. 271-275 ; L. KOFFI-AMEGA, « Dix ans de droit en Afrique noire », *Penant*, n° 736, 1972, p. 285-300 ; R. DENGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome premier, L'Etat et le droit, Nouvelles Editions Africaines*, 1982, p. 453-477 ; S. MELONE, « La technique de la codification en Afrique : pratique camerounaise », *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, 1986, p. 308-325.

Le développement de la PMA a été à l'origine des modifications du Droit de la filiation africain. Mais ces modifications s'inscrivent dans la continuité et l'adaptation des règles classiques de la filiation. Elles traduisent un véritable retour aux sources de la filiation, à l'anthropologie africaine de la famille. En effet, le Droit de la filiation tel qu'il existait jusqu'à lors était largement inspiré de la société française et britannique, puisqu'en grande partie « importé ». Les fondements essentiels de ce Droit ne correspondaient pas toujours avec les valeurs déterminantes de la conception africaine de la famille, de la relation entre le couple et celle entre parents et enfants⁴⁵. Pour pallier cet état des choses, le législateur avait adopté une « sage prudence »⁴⁶ en abandonnant à la jurisprudence le soin d'élaborer patiemment la matière en combinant le Droit coutumier et le Droit écrit, c'est-à-dire la tradition et le modernisme⁴⁷. Mais, ce Droit de la filiation aux sources multiples avait néanmoins refusé

⁴⁵ M. TIMTCHUENG, *Le Droit camerounais de la famille entre son passé et son avenir, op.cit.*, n°181.

⁴⁶ S. MELONE, « La technique de la codification en Afrique : pratique camerounaise », *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, 1986, p. 308-325

⁴⁷ Monsieur THIOYE a bien présenté cette philosophie de la codification. Il relève qu'« en définitive, toutes les voies extrêmes se sont, en pratique, révélées être de banales impasses dont le caractère décevant a rendu d'autant plus alléchante la recherche de solutions de compromis... Il en est résulté davantage une transaction

la part belle à certaines sources qui étaient pourtant le socle des valeurs africaines. Le développement de la PMA a justifié la reconsidération des règles coutumières en vue de moraliser le Droit de la filiation. La filiation est désormais conditionnée au respect d'un certain nombre d'exigences relativement satisfaisantes(A) et l'égalité longtemps refusée entre l'enfant naturel et l'enfant légitime a été mieux rétablie (B).

A- Le conditionnement satisfaisant de la filiation

Les débats sur les conditions pour être parent ou sur les qualités qui définissent un « *bon parent* » ont été remis à l'ordre du jour en raison des multiples dérives constatées⁴⁸. Des personnes trop jeunes, trop vieilles, inaptées physiquement ou financièrement se retrouvent souvent à avoir une progéniture alors qu'elles

sont incapables de donner le minimum nécessaire pour ces enfants⁴⁹. D'ailleurs, certains réclament le droit d'avoir un enfant « *seuls* » ou du moins que soit définitivement écarté le second parent. La filiation repose de moins en moins sur des valeurs sociales longtemps établies telles que la création d'une famille. C'est la raison pour laquelle en matière de PMA, le Législateur est venu rappeler les conditions de la filiation afin que celle-ci demeure conforme aux valeurs africaines protégées. En premier lieu, le recours à la PMA doit toujours être justifié pour des raisons de santé⁵⁰. En second lieu, certaines filiations dites atypiques sont interdites (1). Enfin, le consentement à la filiation par PMA doit être clairement exprimé (2).

1- L'interdiction appréciable des filiations « atypiques » ou « modernes »

certaine, plus ou moins équilibrée, entre la tradition et la modernité qu'un retour radical à celle-là ou une orientation vers celle-ci ». Cf. M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *R.I.D.C.*, 2005/2 p. 345-397, spéc., p. 391.

⁴⁸ Nous pensons notamment aux phénomènes des parents irresponsables, des parents inconscients, des parents « *involontaires* », des parents violents, qui se développent avec acuité.

⁴⁹ Les raisons d'être parents relèvent pour certains d'un caprice, pour d'autres d'un moyen de retenir un homme, une expérience médicale, un désir égoïste ou

orgueilleux, au point où le but principal de la parenté à savoir la création d'une famille est de plus en plus jeté aux oubliettes.

⁵⁰ En effet, l'article 2 alinéa 2 de la LPMA précise que la PMA est destinée uniquement aux couples dont la difficulté ou l'incapacité de concevoir présente un caractère pathologique médicalement diagnostiqué ; aux couples souffrants d'une maladie congénitale susceptible d'être transmise à l'enfant ; à toute personne désireuse de faire recueillir et conserver ses gamètes ou tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure d'une PMA, soit volontairement, soit en raison d'une prise en charge médicale susceptible d'altérer sa fertilité.

Ces dernières années se multiplient les théories relativement libérales fondées sur l'admission des filiations inhabituelles et naturellement impossibles⁵¹ au nom de la modernité et de la PMA. Avec l'émergence des mouvements féministes et homosexuels fondés sur des principes fondamentaux de liberté, l'idée de maternité libre prend de plus en plus de l'ampleur. C'est ainsi qu'est apparu la théorie de la responsabilité parentale, laissant l'homme et la femme libres de coopérer ou non au sein de la famille, de définir par eux-mêmes et pour eux-mêmes des rôles, pour peu que les enfants soient élevés selon les exigences minimales normalisées par l'Etat. Dans certains pays étrangers, le droit au mariage et à la filiation sont déjà reconnus pour tous⁵². Le Droit camerounais s'inscrit en faux relativement à ces positions. Il prône le retour aux normes coutumières africaines selon lesquelles l'enfant est le fruit d'un homme et d'une femme et qu'il est celui de ses deux parents. Ainsi, la PMA est interdite aux parents seuls ou homosexuels (a) et après la mort (b).

a- Le rejet justifié de la mono et de l'homoparenté

Les PMA ne sont autorisées qu'aux personnes légalement mariées ou dont la situation de couple est notoirement confirmée. Elles sont également interdites aux couples homosexuels.

En effet, la PMA ne saurait être effectuée sur une personne seule c'est-à-dire qui n'est pas en couple. La mono parenté telle que défendue dans certains pays occidentaux prend alors en Droit camerounais un coup fatal. De plus, elle cadre avec ces positions, certes classiques mais toujours pertinentes, selon laquelle l'enfant consolide la famille et pour ce faire, les parents doivent être mariés. Pendant longtemps en Afrique, les termes « *mariage* » et « *parenté* » étaient extrêmement liés. La loi pose cet idéal du mariage des parents en principe⁵³ mais

⁵¹ Nous pensons spécialement à la monoparentalité et à l'homoparentalité.

⁵² En ce qui concerne particulièrement la filiation pour tous, la loi française du 2 août 2021 relative à la bioéthique *JORF*, 27 août 2022 ouvre désormais la procréation médicalement assistée aux personnes seules et aux homosexuels.

⁵³ Cela est visible dans la facilitation de la procédure d'établissement de la filiation légitime et de la

protection de celle-ci contre les contestations extérieures. C'est certainement la recherche de cet idéal qui a justifié pendant longtemps la cloison entre les enfants légitimes et les enfants naturels avec une protection accentuée pour les enfants légitimes qui devaient bénéficier du statut privilégié de leurs parents. Soumettre les enfants naturels à des règles moins avantageuses participait dans une certaine mesure à décourager ce type de filiation.

tempère cette position⁵⁴ en admettant le recours à la PMA à un couple notoirement stable. C'est dans ce sens que l'article 11 alinéa 3 de la LPMA précise que si les personnes ne sont pas mariées, leur communauté de vie doit être attestée par un rapport d'enquête sociale.

L'exigence de la situation de couple pour avoir le droit à une PMA traduit la moralisation certaine du Droit de la filiation. D'ailleurs, il n'est plus à démontrer que l'équilibre de l'enfant et de son épanouissement social sont largement tributaires de la présence de ses deux parents. Comme le dit un proverbe africain, « *un bras seul ne peut attacher un fagot* ». S'il est avéré que la conception d'un enfant ne peut se faire par une seule des parties, il doit également être admis que l'éducation et l'entretien de l'enfant soit assurée par les deux parents. Généralement, cela est mieux fait lorsqu'ils sont en couple. La solidité du lien du mariage est une très bonne garantie. On peut également penser que la notoriété du couple non marié participe de cet objectif. Cette notoriété

suppose que la stabilité du couple s'inscrive dans la durée⁵⁵. Ainsi, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie constatée dans un rapport d'enquête sociale et notifié par l'un des auteurs du projet parental au centre de PMA constitue un obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons⁵⁶. De plus, donner la possibilité aux femmes d'avoir des enfants sans la participation d'un partenaire masculin aura pour conséquence la dépréciation du rôle des hommes comme parents et surtout la privation des enfants de leur père avec toutes les conséquences néfastes que cela peut conduire. Cette position cadre avec les valeurs africaines, tout comme le rejet de l'homo parenté.

L'homosexualité quant à elle fait partie des pratiques contraires aux valeurs et traditions africaines. C'est la raison pour laquelle il est constitutif d'un délit puni par le Code pénal⁵⁷. Ainsi, le mariage entre les personnes de même sexe est strictement interdit et constitue un cas de nullité absolue⁵⁸. Il va de soi que l'utilisation des techniques de

⁵⁴ Il convient cependant de relever que ce tempérament du législateur camerounais n'est pas partagé dans d'autres législations africaines. En effet, la loi marocaine (loi n° 47-14 du 4 avril 2019 précitée) en la matière et la loi malienne (art. 4 loi du 30 décembre 2016 précitée) n'autorisent la PMA qu'aux couples légalement mariés.

⁵⁵ En Droit français les délais sont plus clairs. Le couple doit avoir fait au moins deux ans ensemble pour pouvoir avoir droit à une PMA. Art.2141-2 Code de la santé publique.

⁵⁶ Art 12 LPMA.

⁵⁷ Dans la plupart des pays africains, l'homosexualité est réprimée. Pour le Cameroun, cf. Art. 347-1 Code Pénal.

⁵⁸ Art. 52 al. 3 de l'Ordonnance de 1981

procréation médicalement assistée par un couple homosexuel ne saurait être tolérée. L'article 11 alinéa 1 de la LPMA est bien clair puisqu'il précise « *L'homme et la femme demandeurs d'une procréation médicalement assistée...* ». Cette précision est fondamentale car elle ne laisse aucun doute sur les sexes des parties constituant le couple porteur du projet parental. Ainsi, l'homo parenté n'est pas admise en Droit camerounais et le lien de filiation d'un enfant ne saurait en aucune façon être établi à l'égard d'un couple homosexuel ou créé à partir des gamètes d'une personne décédée.

b- Le rejet nécessaire la parenté *post-mortem*

La filiation *post-mortem* est cette filiation qui pourrait être créée à partir des gamètes d'une personne décédée⁵⁹. Elle strictement interdite⁶⁰. En effet, dans les normes naturelles des choses un mort ne peut

pas concevoir un enfant. En effet, il est dans l'impossibilité physique et juridique de cohabiter. Or, à la faveur des procédés de PMA, se sont développées des techniques de conservations des gamètes et embryons humains qui peuvent survivre à leurs géniteurs. D'aucuns ont pensé qu'on pouvait les utiliser même si le géniteur n'était plus. Solution peut-être justifiable au gré des circonstances⁶¹, mais position qui ne cadre pas avec les exigences normales et naturelles en la matière⁶². Le législateur et la jurisprudence⁶³ ont tranché sur cette question. L'article 11 alinéa 1 de la loi sur les PMA est très claire : « *l'homme et la femme demandeurs d'une procréation médicalement assistée doivent être vivants* ». L'article 12 de la même loi renchérit en précisant que le décès de l'un des membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Cette solution traduit le respect des exigences

⁵⁹ Sur cette question voir W. C. PINLAP MBOM, « L'établissement de la filiation post-mortem en droit camerounais », *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, ISSN: 2528-9810, Vol. 6 Issue 9, Septembre – 2021, pp. 4106 et s.

⁶⁰ Sur cette question en Droit comparé, voir M. KRÜGER, « The prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in Germany and European Convention on human rights », *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2011/1Vol. 82, p. 41-64.

⁶¹ Dans une jurisprudence récente, un jeune homme décède le 13 janvier 2017 à l'âge de 23 ans de suite de cancer. Il avait procédé au dépôt de ses gamètes auprès d'un centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humain (CECOS) de l'hôpital, établissement

relevant de l'assistance publique des hôpitaux de Paris (AP-HP). Sa mère avait alors saisi la juridiction administrative pour obtenir l'exportation des gamètes vers un établissement de santé situé en Israël afin d'utiliser ces gamètes et les faire inséminer car son fils n'avait pas eu de descendance. Cf. Civ. 1^{ère}, 15 juin 2022, FS-B, n° 21-17.654.

⁶² Sur cette question, lire A. MIRKOVIC, « Le transfert d'embryons post mortem : comment sortir de l'impasse », *Dr.fam*, 2009, étude 23.

⁶³ Civ. 1^{ère}, 15 juin 2022, FS-B, n° 21-17.654, voir aussi, TGI Toulouse, 26 mars 1991, *LPA*, n°50 ; 26 avril 1991, note BERGOUNIOU. Dans le même sens, voir Civ. 1^{ère}, 9 janv. 1996, *Bull. Civ. I*, n°21, *RTD Civ.*, 1996 ; 359 ; obs. J. Hausser.

naturelles en matière de procréation⁶⁴. Elle participe de la protection de l'intérêt de l'enfant qui devrait autant que faire se peut grandir avec ses deux parents. On note ainsi un raffermissement des règles classiques en matière de filiation. Celles-ci reposent également sur le consentement à la filiation.

2- Le refus louable de la filiation « inconsciente »

Dans l'anthropologie africaine, l'enfant est une bénédiction et ne saurait être considéré comme « erreur ». Mais aujourd'hui, avec l'« évolution des mœurs » et au nom de la liberté, c'est tout le monde qui s'engage dans le projet parental et parfois même ceux qui n'ont ni la capacité juridique ni la capacité matérielle de s'occuper d'un enfant. Avec la législation sur la PMA, l'adaptation des règles classiques est passée par une moralisation accrue du Droit de la filiation. Cette dernière s'est traduite par la recherche de la maturité et de certaines aptitudes chez les futurs parents. C'est ainsi que seules les personnes d'un âge

déterminé (a) et qui ont manifesté une volonté réelle et consciente (b) peuvent avoir droit à la PMA.

a- L'exigence d'une certaine capacité

La filiation est un lien qui s'accompagne d'un ensemble de droits et d'obligations. Or, en règle générale, ces obligations s'avèrent lourdes voir intenable pour les personnes qui n'ont pas des dispositions sur les triples plans matériel, moral et juridique⁶⁵. C'est certainement la recherche de ces capacités qui justifie l'imposition par la loi sur la PMA d'un âge déterminé pour jouir du droit à la PMA. Ainsi, les demandeurs à la PMA doivent être âgés de 21 ans au moins et pour la femme de 55 ans au plus⁶⁶.

L'exigence de la majorité⁶⁷ au moins pour le couple porteur du projet parental semble reposer sur la maturité attendue des parties non seulement sur le plan physique⁶⁸ mais également psychologique. En Afrique, on dit généralement que « *L'enfant ne*

⁶⁴ Dans le même sens, E. SUPIOT, « Pas d'héritiers pour les gamètes conservés », *Civil/famille-personne*, 4 juillet 2022.

⁶⁵ L'absence de cette triple capacité peut conduire à des dérives tels que les abandons d'enfant, les infanticides, les avortements.

⁶⁶ Art. 11 LPMA.

⁶⁷ Il convient de préciser ici qu'en droit camerounais la majorité civile est acquise à 21 ans. Cf.art.4 de la Loi n°

1968-LF-3 du 11 juin 1968 portant code de la nationalité camerounaise.

⁶⁸ En effet, une grossesse précoce peut présenter des dommages physiques énormes pour la jeune fille et même pour l'enfant. En ce qui concerne la jeune fille, elle peut avoir des infections, des déchirures, les risques de fausse couche, pré-éclampsie et même la mort. L'enfant quant à lui court le risque de prématurité, de faible poids à la naissance et aussi la mort.

fait pas l'enfant ». Est généralement considéré comme un enfant celui qui n'a pas encore les moyens de se prendre en charge. A plus de 21 ans, on suppose que la personne est suffisamment âgée pour être consciente des conséquences de ses actes et de les assumer. Ce sont certainement des raisons de santé qui justifient la limitation de l'âge de la femme à 55 ans pour pouvoir procréer. En effet, au-delà d'un certain âge, la grossesse présente des risques pour la survie de la femme et même de l'enfant. De plus, lorsqu'on sait que la femme est à titre principal chargée de l'éducation des enfants⁶⁹, elle ne doit pas être trop âgée à la naissance de son enfant au risque de manquer de vitalité ou de mourir avant d'avoir pu finir d'accomplir cette lourde tâche. Ainsi, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui justifie le refus de la PMA aux couples dont la femme est âgée de plus de 55 ans.

Ainsi, l'âge, la situation matrimoniale ou même le revenu familial⁷⁰ sont des éléments importants à prendre en considération avant de mettre en œuvre un projet parental. En ce qui concerne particulièrement le revenu familial, la loi n'est pas revenue sur cette question qui

paraît pourtant primordiale. Le vieil adage de LOYSEL « *qui fait l'enfant doit le nourrir* » aurait, à notre sens, dû être revivifié dans ce contexte, mais dans une nouvelle configuration qui interviendrait au préalable, en s'assurant que celui qui fait un enfant soit en situation de l'élever et de l'assumer. Ce silence de la loi est peut-être dû au fait que le coût des PMA n'est accessible qu'aux personnes d'un certain revenu. En réalité, il faut assez de moyens pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation⁷¹. Ainsi, les personnes qui ont les moyens de se payer une PMA ont certainement des moyens pour élever un enfant. Quoiqu'il en soit ces personnes doivent exprimer un consentement réel, sérieux et formel à la PMA.

b- L'exigence d'un consentement certain

Le consentement une exigence essentielle⁷² de la mise en œuvre de l'Assistance médicale à la Procréation. Cette condition apporte une solution aux filiations « *involontaires* » souvent invoquées par des parents irresponsables. Aux termes de l'article 6 de la LPMA, la PMA est subordonnée au

⁶⁹ Art. 213 al.2 Code civil.

⁷⁰ On se demande par exemple s'il serait acceptable d'obliger un médecin à offrir des services de reproduction assistée à un couple qui serait sous l'assistance publique.

⁷¹ Au Cameroun les prix de la PMA sont relativement élevés. Leur coût est toujours supérieur à un million de francs CFA et peut aller largement au-delà.

⁷² L'article 5 de la LRM érige le consentement libre et éclairé du participant à la recherche médicale matérialisé dans un écrit au rang de principe directeur qui régit la recherche.

consentement libre, éclairé, préalable et écrit du couple concerné. La loi sur la recherche médicale impliquant la personne humaine est plus précise puisqu'elle dispose que « *Ne peut être enrôlé dans un projet de recherche que le participant qui a été informé, qui a compris l'information, et qui a librement, sans pression, coercition ou induction consenti par écrit à y participer* »⁷³. La liberté du consentement est présumée par la capacité juridique des parties au projet parental. Elle suppose l'absence de vices du consentement⁷⁴. Les parties doivent avoir consenti à la PMA sans contrainte ni dol. De plus, leur consentement ne doit pas résulter d'une erreur ou constituer une erreur. C'est certainement dans ce sens que le législateur a imposé aux professionnels de la PMA un ensemble d'obligations d'informations afin que le consentement donné par le couple soit suffisamment éclairé⁷⁵. Ainsi, le Centre de PMA doit organiser les entretiens particuliers

des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du Centre en vue de permettre aux porteurs du projet parental de disposer d'informations pertinentes et d'interagir avec le personnel médical⁷⁶. L'information du couple doit être « *très complète* »⁷⁷ et doit nécessairement porter sur le diagnostic préimplantatoire, sur la pratique médicale employée, ses chances de réussite, les effets secondaires, ses risques à court ou long terme, ainsi que la pénibilité et les contraintes que l'exercice peut engendrer⁷⁸.

En outre, le consentement doit être matérialisé. En effet, le formalisme du consentement à la PMA est exigé et doit reposer sur une convention signée avant toute intervention médicale entre le couple porteur du projet parental et le Centre d'assistance médicale à la procréation. Elle doit comporter des mentions obligatoires⁷⁹, être signée et faite en trois exemplaires, un remis à chacun des

⁷³ Art. 11 al.2 LRM.

⁷⁴ Sur la notion de vices du consentement, voir Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TRNEYRE, *Droit civil introduction biens personnes famille, op.cit.*, n° 138 et s. ; voir aussi, F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil, les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n°205 et s.

⁷⁵ Art. 5 LPMA.

⁷⁶ Art. 18 LPMA.

⁷⁷ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TRNEYRE, *Droit civil introduction bien personnes famille, op.cit.*, n° 1827.

⁷⁸ Art. 20 LPMA. Sur ces informations voir aussi l'article 11 de la Loi sur la recherche médicale impliquant la personne humaine.

⁷⁹ Il s'agit en premier lieu des informations relatives à l'âge, l'identité, et l'adresse des porteurs du projet parental ainsi que les coordonnées du centre consulté. En second lieu, elle précise l'affectation des embryons surnuméraires cryoconservés en cas de séparation, divorce, d'incapacité permanente de décision d'un des porteurs d'un projet parental ou de divergence d'opinion entre lesdits porteurs du projet parental, l'affectation des embryons surnuméraires en cas de décès d'un des porteurs du projet parental, l'affectation des embryons surnuméraires à l'échéance de leur délai de conservation tel que prévu par la loi. Art. 21 LPMA.

porteurs du projet parental et l'autre conservé par le centre de PMA. Cette solution est louable quand on sait que le formalisme est source de sécurité⁸⁰ et que la preuve littérale est une preuve parfaite. La conception d'un enfant repose désormais sur un acte juridique formel préalable à la PMA.

Malheureusement, le Législateur camerounais n'a pas statué sur la durée de validité du consentement ou du moins, sur le moment de l'expression des consentements. S'il est certain que le consentement est préalable à la procréation médicalement assistée, il était cependant nécessaire d'exiger que celui-ci soit réitéré concomitamment à la PMA. En effet, un couple peut consentir au projet parental et le mettre en exécution plusieurs années après. Est-ce que le consentement exprimé restera valable ? Si la réponse à cette question est positive, ce sera la porte d'entrée à la fraude car rien ne prouve qu'au moment de la mise en œuvre de la PMA le couple sera encore stable. Les femmes pourront donc utiliser cette convention signée

au préalable pour réaliser des PMA à l'insu de leurs partenaires puisqu'on ne peut pas être certain que les hommes seront toujours diligents pour notifier la rupture de la relation au Centre de PMA⁸¹. Il aurait fallu prévoir des règles qui participent du maintien ou de l'expression du consentement jusqu'au bout du processus. En droit français par exemple, le consentement est révocable tant que le processus n'est pas achevé, tant que l'implantation n'a pas été faite⁸². Pour vérifier ce consentement, « *les deux membres du couple dont les embryons sont conservés, sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental* »⁸³. C'est ainsi que la Cour Européenne des Droits de l'homme a fait prévaloir le droit du père à ne plus avoir d'enfants après sa séparation avec la mère sur le droit de cette dernière à donner naissance à des enfants⁸⁴. Il est donc important que le législateur camerounais corrige cette omission car l'enfant qui naît d'une PMA est d'office considéré comme celui des porteurs du projet

⁸⁰ En effet, le formalisme en matière d'actes juridiques poursuit généralement trois principaux objectifs qualifiés de « *trilogie* » : soit il vise à protéger le consentement d'une des parties au contrat, soit il ambitionne de faciliter la preuve de l'existence d'un contrat ou des droits qui en découlent, soit enfin il a pour but de permettre l'opposabilité aux tiers des droits qui en découlent. Cf. COUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 15 août 2000 n° 15-16, p. 880, voir aussi GOLBERT (D.), MONTERO (E.), « Les contrats conclus par voie

électronique », *Cahiers du CRID*, n°19, 25 juin 2001, p. 211, n° 394.

⁸¹ Il convient de rappeler que le divorce, la séparation du couple et le décès constituent des obstacles à la réalisation d'une PMA. Cf. art. 12 LPMA.

⁸² Art. 311-20 al.3 Code civil.

⁸³ Art.L.2141-3, al. 2 et 3 Code de la santé publique français.

⁸⁴ CEDH, Arrêt *Evans c/ Royaume Uni*, 10 avr. 2007, gr.ch., 71-72, *RDDS*, 810, note Roman.

parental qu'ils soient mariés ou non. Cet état des choses uniformise les règles d'établissement de la filiation rompant ainsi les cloisons entre les filiations légitimes et les filiations naturelles.

B- L'égalisation encourageante des filiations naturelle et légitime

En Droit camerounais, le recul de la distinction entre les filiations caractérisant les enfants conçus et nés en dehors du mariage de leurs parents et celles découlant des enfants nés dans le mariage était déjà bien amorcé⁸⁵. En effet, l'une des nouvelles valeurs fondamentales du Droit de la filiation de ces dernières décennies est l'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes consacrée par les textes internationaux⁸⁶. Désormais, tous les enfants ont les mêmes droits quelle que soit les circonstances de leur naissance. Mais, il n'est pas suffisant que les effets de la filiation soient identiques pour tous les enfants ; pour que ceux-ci soient parfaitement égaux, il fallait aussi abandonner les disparités existant au niveau des règles d'établissement et de preuve de la filiation.

⁸⁵ En effet, en vertu des Conventions internationales, les statuts patrimoniaux de ces deux filiations ont aujourd'hui identiques. Cf. Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux Droits de l'Enfant et la Charte Africaine des Droits et du Bien-être de l'Enfant de juillet 1990, toutes deux déjà ratifiées par

C'est certainement dans cette optique que s'inscrit la loi sur la PMA qui vise à parfaire l'assimilation entre les filiations naturelle et légitime, rejoignant ainsi la conception de la filiation telle que consacrée dans les coutumes ancestrales africaines. Dorénavant, la filiation est établie d'office à l'égard du couple porteur du projet parental que le couple soit marié ou non (1). De ce fait, les règles d'établissement des filiations légitime et naturelle telles que consacrées connaîtront certainement un recul (2).

1- L'unicité expressive du mode d'attribution de la filiation

L'une des innovations les plus remarquables de la législation sur la PMA est certainement relative à l'établissement de la filiation. En effet, aux termes de l'article 37 de la LPMA, « *La filiation est établie d'office à l'égard de chaque membre du couple porteur du projet parental, que ceux-ci soient mariés ou non* ». Ainsi, la distinction entre les filiations légitime et naturelle, qui reposait principalement sur les modes d'établissement et de contestation de la filiation est totalement

le Cameroun respectivement le 11 janvier 1993 et le 5 septembre 1997.

⁸⁶ Nous pensons spécialement aux conventions précitées.

anéantie au profit d'un mode unique, d'une filiation d'office c'est-à-dire automatique. Tout porte à croire que le consentement à la PMA suffit à lui seul pour l'attribution de la filiation (a) et que cette attribution est établie d'office sans autres formalités (b).

a- Le consentement à la PMA comme unique mode d'établissement de la filiation

L'article 37 de la LPMA attribue d'office la filiation à l'égard chaque membre du couple porteur du projet parental, que ceux-ci soient mariés ou non. Cette disposition ne peut prendre appui que sur le consentement préalable des parties consigné et contresigné dans la convention de PMA. Ce consentement a alors des conséquences déterminantes car il entraîne attribution d'office de la filiation. La justification de cette position pourrait être retrouvée dans l'idée selon laquelle le recours à de tels procédés ne peut être fait que par un couple qui a réellement la volonté d'avoir des enfants avec toutes les conséquences que cela implique. La question des liens de sang entre le couple et l'enfant ne se pose plus. Le seul

fait d'avoir consenti au projet parental établit la filiation que l'enfant soit ou non génétiquement celui des parties au projet parental, qu'il y ait eu erreur ou non. Ainsi, la vérité biologique n'a plus sa place et seul importe le consentement au projet parental qui doit être réel, sérieux et formel. Le Droit français est plus clair sur cette question puisque l'article 311-20 du Code civil introduit par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain⁸⁷ précise que « *Le consentement donné à une PMA interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement a été privé d'effet* ».

Cette solution est contraire aux pratiques anciennes où une personne pouvait bien consentir à la conception d'un enfant et refuser d'établir par la suite sa filiation à l'égard de ce dernier⁸⁸. Cette posture législative participe de la moralisation du Droit de la filiation par la responsabilisation des parents. La conception d'un enfant relève désormais d'un acte juridique et non plus du

⁸⁷ Disponible sur legifrance.gouv.fr.

⁸⁸ C'est le cas des enfants naturels non reconnus par leur père, des enfants abandonnés par leur mère, etc. Il y a même des situations où le géniteur se charge effectivement de l'entretien de sa progéniture mais refuse d'établir des liens de filiation juridique avec ceux-ci. C'est très souvent le cas des enfants adultérins.

Mais, on doit toutefois préciser que dans ces cas, la mère ou l'enfant ayant atteint l'âge de la majorité peuvent contraindre ce dernier par voie judiciaire d'établir sa filiation avec l'enfant par le biais de l'action en recherche de paternité naturelle. Cf. art.46 de l'ordonnance de 1981.

simple fait juridique. C'est une convention créatrice d'un lien juridique indélébile et incontestable : la filiation. Ainsi, toute personne qui s'engage à concevoir un enfant s'engage automatiquement à répondre de la filiation subséquente. Pour les couples mariés, le consentement à la PMA active automatiquement la présomption *pater is est* ; pour les couples non mariés, il vaut reconnaissance. Le recul des règles classiques d'établissement des filiations légitimes et surtout naturelles est certain. Mais, il convient s'intéresser au principe de l'attribution d'office de la filiation.

b- L'attribution d'office de la filiation à l'égard des deux parents

La filiation d'office telle que consacrée par la législation camerounaise permet de donner de la substance à un procédé aussi délicat que celui de la PMA. En effet, ce serait illogique de donner la chance à un couple ayant des difficultés de procréation d'avoir un enfant et de lui refuser par la suite le droit d'établir sa filiation à l'égard cet enfant. Compliciter les procédures d'établissement de la filiation dans ces circonstances aura pour

effet de dépouiller ce droit de sa substance et surtout d'exposer un procédé qui doit pourtant rester confidentiel pour l'équilibre moral des protagonistes. La particularité ici est que la filiation qu'elle soit légitime ou naturelle n'est plus divisible. L'enfant sera toujours celui des parties au projet parental que celles-ci soient dans des situations compatibles⁸⁹ ou non à l'établissement de cette filiation. Malheureusement, la mise en œuvre de ce droit à la filiation d'office n'a pas été explicitée. Aucune disposition ne précise la procédure à adopter pour formaliser une filiation établie d'office. Ces précisions sont pourtant importantes afin d'anticiper les problèmes futurs, notamment ceux posés par une personne refuserait que sa filiation soit établie à l'égard de l'enfant alors qu'il a effectivement signé la convention à la PMA. De plus, aucune précision n'a été donné sur le type de filiation établie d'office et encore moins sur la nécessité ou non du recours aux modes classiques d'établissement de la filiation⁹⁰.

En Droit français, des solutions peuvent être retrouvées relativement à ces préoccupations. L'attribution d'office emporte obligation de reconnaissance de l'enfant issu

⁸⁹ Nous pouvons à titre d'illustration prendre le cas d'une femme mariée séparée de son mari et vivant notoirement en couple avec un autre. Au cas où elle mènerait à bon terme son projet parental avec son

amant, l'enfant sera celui de son amant renversant ainsi la présomption *pater is est* alors qu'il n'y a pas (encore) eu désaveu de son mari.

⁹⁰ Nous pensons par exemple à la procédure de reconnaissance de l'enfant naturel.

de la PMA par les porteurs du projet parental sous peine de sanctions. L'article 310-20 du Code civil précise alors que si le père ne reconnaît pas l'enfant issu de la PMA, il engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant, et devra leur verser des dommages et intérêts. De plus, dans cette situation, sa paternité sera judiciairement déclarée, comme dans le cadre d'une action en recherche de paternité, mais sur le fondement du consentement donné à la PMA. La nature de la filiation établie d'office n'est pas prévue puisque le Droit français a définitivement aboli la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle⁹¹.

A notre sens, la simple production de la convention à la PMA et de la déclaration de naissance devraient suffire à établir l'acte de naissance et à porter les noms des parties au projet parental comme père et mère de l'enfant sans toute autre forme de procédure et sans contestation possible. L'enfant sera légitime si les porteurs du projet sont mariés et naturel s'ils ne le sont pas. La reconnaissance ne sera plus nécessaire puisque la convention à la PMA mentionne clairement le nom du père et établit d'office sa filiation avec l'enfant. Nous pensons alors que si la filiation est établie

d'office, les modes classiques n'ont plus leur place car la convention de la PMA est un acte juridique qui devrait servir de preuve parfaite de la filiation. La filiation ainsi établie obligera les parents. En cas de violation de leurs obligations, ils pourront être poursuivis en exécution de celles-ci soit par l'autre parent, soit par l'enfant lorsqu'il sera majeur, soit même par un représentant désigné par le juge en cas d'indignité des deux parents. Des sanctions doivent également être prévues afin de renforcer la force obligatoire de ces obligations, de dissuader les parents irresponsables et de garantir la protection de l'intérêt de l'enfant. Quoiqu'il en soit, l'attribution de la filiation d'office participe de l'effacement des règles classiques d'établissement de la filiation.

2- Le recul significatif des règles classiques d'établissement des filiations légitime et naturelle

Si à l'heure actuelle les effets des filiations naturelle et légitime sont pratiquement identiques sur le plan patrimonial, il demeure que leurs modes d'établissement obéissent des procédures bien distinctes. Alors que l'établissement de la filiation légitime repose sur la présomption de

⁹¹ La notion de filiation légitime n'existe plus en France depuis la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation disponible sur www.legifrance.gouv.fr

paternité du mari, l'établissement de la filiation naturelle n'est possible qu'après la reconnaissance ou une action en recherche de filiation naturelle. Avec la législation sur la PMA, on peut vraiment douter de l'application de ces procédures lorsqu'on sait que désormais la filiation est attribuée d'office aux porteurs du projet parental. La présomption *pater is est* semble perdre sa consistance (a) tout comme les procédés classiques d'établissement de la filiation naturelle (b).

a- La relativité de la présomption *pater is est*

Posée par l'article 312 du Code civil, la présomption *pater is est* consiste à déclarer, sans autres formalités, le mari d'une femme mariée comme père de l'enfant qu'elle conçoit ou met au monde pendant le mariage. D'ailleurs, la présence du mari n'est pas nécessaire lors de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. Il suffit simplement que

la femme se présente à cet effet devant l'officier d'état civil avec son acte de mariage. Cette présomption de paternité du mari ne peut être contestée que par une procédure strictement encadrée ouverte exclusivement au mari : le désaveu. Le fait que l'enfant soit issu d'une PMA ne modifie pas en principe les règles d'établissement et de contestation de la filiation. Par exemple, si un enfant naît après insémination artificielle d'une femme mariée, son père est le mari de la mère en application de la présomption *pater is est*. Il est donc un enfant légitime même si les parties ont fait appel à un tiers donneur. En effet, l'action en désaveu du mari doit logiquement être fermée lorsque ce dernier a donné son consentement à une PMA avec tiers donneur⁹². Cette solution est compréhensible et va en droite ligne avec les solutions classiques admises en Droit traditionnel camerounais. En effet, sur le plan coutumier, les enfants adultérins *a matre* dont le mari stérile⁹³ a consenti à l'adultère de la mère sont couverts par la présomption *pater is*

⁹² C'est la solution qui est désormais consacrée par la jurisprudence française. Si au départ elle a fait droit à l'action en désaveu du mari qui avait pu apporter la preuve biologique de sa non-paternité (TGI Nice, 30 juin 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, I., 48, note, E. Paillet ; TGI Paris, 19 fev. 1985, *D.*, 1986, II, 223), aujourd'hui, elle rejette toute demande en désaveu du mari qui interviendrait après qu'il ait exprimé son consentement à la PMA. Cf. TGI Bobigny, 18 janv. 1990, *D.* 1990, 322, note Saujot, *LPA* n° 120, 5 oct. 1990, p.13 note C. Neirinck.

⁹³ La stérilité du mari n'est cependant pas la seule hypothèse où ce dernier peut consentir à l'adultère de sa

femme dans le but d'avoir une descendance. Un auteur cite à ce propos la pratique du « *dakkue* » (chercheur de bois), bien connue dans les chefferies de l'Ouest-Cameroun. Ce dernier est soit un ami du mari, soit un notable du village avec lequel la femme, mariée dans un foyer polygamique à plusieurs épouses et incapable de pouvoir compter sur la disponibilité de son mari, entretient régulièrement des relations sexuelles et fait même des enfants. La légitimité de ces enfants ne fait aucun doute et personne n'a le droit de la contester. V. M. TIMTCHUENG, *op. cit.*, note 76, n° 215, note 572

est et leur légitimité ne peut être contestée ni par le mari ni par le père biologique. Ainsi, le consentement donné à une PMA doit effectivement constituer une fin de non-recevoir à toute action aux fins d'établissement de la véritable filiation⁹⁴ de l'enfant ou de contestation de la paternité du mari sur l'enfant né ou à naître. C'est la même solution qui est consacrée en Droit français⁹⁵.

Mais, des problèmes peuvent se poser en cas de fraude. La fraude peut recouvrir plusieurs aspects dont deux méritent notre attention : il peut s'agir d'une part du cas où le consentement du mari n'a pas été donné à la PMA ou a été donné au début et révoqué par la suite à l'insu du Centre d'assistance à la PMA⁹⁶. D'autre part, il peut avoir fraude lorsque la femme mariée réalise le projet parental avec un autre homme que son mari⁹⁷.

Dans la première hypothèse, en vertu de l'attribution d'office de la filiation, il faudra distinguer selon qu'il y a eu séparation légale entre les époux ou non. S'il n'y a pas eu séparation légale entre les époux, l'enfant sera

l'enfant du mari et cette solution rejoint celle consacrée par la présomption *pater is est*. Cette solution sera injuste car seul le consentement à la PMA permet d'établir la filiation des parties au projet parental or ici, le consentement a été surpris par dol. De surcroît, la contestation de la filiation par PMA n'est pas ouverte⁹⁸ et l'action en désaveu non plus⁹⁹ car la révocation du consentement du mari à la PMA ne saurait être considérée comme un cas d'ouverture de la procédure en désaveu. D'ailleurs, la grossesse d'une femme mariée alors qu'elle n'a pas eu des relations sexuelles avec son mari ne sera plus forcément une preuve d'adultère. S'il y a eu séparation légale entre les parties, que cette séparation n'a pas été notifiée au Centre d'assistance à la PMA et que la femme a réussi à se faire inséminer pendant cette période de séparation légale, il s'agit là en principe d'un cas d'ouverture de la procédure de désaveu. Mais comment ce désaveu pourra-t-il prospérer lorsqu'on sait que la filiation établie d'office par la PMA n'est pas contestable d'autant plus que l'enfant serait biologiquement celui du mari ? Notre

⁹⁴ L'article 39 de la LPMA ne donne pas la possibilité au donneur d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant.

⁹⁵ Cf. art. 311-20 al. 2 C. civ.

⁹⁶ Cela peut par exemple être le cas lorsqu'après la signature de la convention il y a eu séparation entre les époux et que la séparation n'a pas été notifiée au Centre de PMA. Cette fraude est d'autant plus possible que la loi ne précise pas la durée de validité, le moment de l'expression des consentements à la PMA et n'envisage

pas la possibilité de révocation du consentement par l'une des parties.

⁹⁷ Une femme séparée de fait peut notoirement vivre en couple avec un homme et omettre de mentionner son statut de femme mariée lors de la signature de la convention de PMA et se présenter devant le Centre de PMA avec son amant comme un couple non marié.

⁹⁸ Art. 38 LPMA.

⁹⁹ Les cas d'ouverture de l'action en désaveu sont limitativement énumérés aux art. 314 et s. Code civil.

Droit de la filiation n'apporte pas encore des éléments de solution.

La deuxième hypothèse est tout autant complexe. Si par fraude une femme conduit à terme un projet parental avec un autre homme que son mari, l'attribution de la paternité pourra se faire au profit de cet homme en vertu du fait que le consentement à la PMA emporte établissement de la filiation d'office à l'égard du couple porteur du projet parental. Or, la femme est mariée et il n'y a pas eu désaveu du mari. Cette hypothèse sera une véritable aberration en Droit camerounais. Avec ces nouvelles situations créées par l'utilisation des procédés PMA, la présomption de légitimité va forcément perdre en consistance et risque à la longue de devenir un frein à l'établissement de la filiation des enfants nés des PMA. Les modes classiques d'établissement de la filiation légitime connaissent un certain dépérissement et il en est de même de ceux de la filiation naturelle.

b- L'effacement des actions en reconnaissance et en

recherche de filiation naturelle

En règle générale, l'établissement de la filiation de l'enfant naturel se fait soit par la reconnaissance du père, soit par une action en recherche de paternité naturelle¹⁰⁰ intentée par la mère ou par l'enfant¹⁰¹. Ainsi, l'établissement de la filiation naturelle à l'égard des deux parents repose toujours sur une démarche individuelle ou bilatérale, volontaire ou forcée qui intervient après la naissance de l'enfant. C'est la raison pour laquelle très souvent, la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent. Avec LPMA, cette règle semble s'effacer. En effet, même lorsque les parents ne sont pas mariés, la filiation est établie d'office à l'égard de chaque membre du couple porteur du projet parental. Dire qu'une filiation est établie d'office traduit l'automaticité de la filiation et semble exclure toute autre procédure.

D'ailleurs sur le plan formel, aucune disposition n'a été prévue quant à la procédure d'établissement d'office de la filiation par PMA. Cette situation semble conforter notre position et induire qu'aucune autre procédure n'est nécessaire lorsqu'un enfant est issu d'une PMA. Ainsi, toute porte à croire que si cette

¹⁰⁰ La loi camerounaise n'a pas prévu une action en recherche de maternité naturelle car l'accouchement

vaut reconnaissance pour la mère. Cf. art.41 al.1 ord de 1981.

¹⁰¹ Art. 46 ord. de 1981.

filiation s'établit d'office, les autres modes d'établissement des filiations naturelles n'ont plus leur place puisque la filiation sera déjà établie à l'égard des deux parents. Ainsi, le recours à la PMA semble ne plus rendre nécessaire le recours à la reconnaissance d'enfant naturel ou à l'action en recherche de paternité. L'enfant qui naît d'une PMA est déjà juridiquement celui de ses parents, les porteurs du projet parental. Ainsi, avec la PMA les filiations naturelles et légitimes deviennent indivisibles. L'enfant issu de la PMA aura toujours deux parents.

Ainsi, la législation sur la PMA est la résultante d'une reconsidération de certaines valeurs classiques marginalisées ou abandonnées dans le Droit de la filiation camerounais. Le conditionnement de la filiation au respect d'un certain nombre d'exigences et surtout l'uniformisation des modes d'établissement de la filiation légitime et naturelle participent d'une moralisation certaine de ce droit. Cependant, d'autres solutions révolutionnaires et inédites ont été prévues. L'ampleur de la réforme est telle que le Droit la filiation emprunte désormais une

voie irréversible ou un chemin de non-retour qui le déprave complètement.

II- UN AFFAIBLISSEMENT DE CERTAINES REGLES CLASSIQUES SUIVANT DE NOUVELLES VALEURS

Avec le développement de la PMA, la question éthique et même juridique connaît une révolution qui peut rendre sceptique quant à la valeur encore dévolue à la personne humaine, ses organes et ses produits, mais également quant à la consistance de la notion même de filiation. En effet, la parenté¹⁰², et par ricochet la filiation¹⁰³, a été fondée sur des concepts issus de la nature : « *une communauté génétique, une communauté de chair et de sang* »¹⁰⁴. Tel a toujours été le principe en Droit. Exceptionnellement, la filiation pouvait être admise en dehors des liens de sang par le biais de l'adoption. Or, avec la législation sur la PMA, la filiation repose régulièrement sur une fiction. Elle est admise normalement même lorsqu'il n'y a pas des liens de sang entre les porteurs du projet parental et l'enfant. La filiation est donc dans une certaine mesure dénaturée et dénaturalisée

¹⁰² J. CARBONIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, 2^e éd., pp.107-119.

¹⁰³ En effet, la filiation est la parenté en ligne directe c'est-à-dire le « *Lien qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (ex. parenté en ligne directe entre fils et père, petit-fils et grand-père, etc.), et auquel la loi attache des effets de droit* », V^o

« parenté » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e éd., 2018.

¹⁰⁴ M. DOURIS « Entre vérité biologique et vérité parentale : quelle logique faut-il adopter en droit de la filiation ? », [http : www.openedition.org/6540](http://www.openedition.org/6540), Presses universitaires de Paris Nanterre, pp.455-469.

(A). Pis encore, la matière pourrait encore évoluer puisque d'autres procédés existent d'ores et déjà, mais sont jusqu'à présent interdits. C'est le cas de la gestation pour autrui¹⁰⁵ et du clonage¹⁰⁶. La filiation s'en trouve relativement dépravée d'autant plus que la contestation de celle-ci est impossible, rendant ainsi le lien de filiation par PMA irréversible (B).

A- La dénaturation et la dénaturalisation avérées de la filiation

La famille telle que nous la connaissons depuis toujours, c'est-à-dire fondée sur les liens du sang et créée de façon naturelle ou spontanée, ne semble plus être le modèle prisé du législateur. Avec la législation sur la PMA, la filiation est en premier lieu relativement dénaturée. Elle traduit désormais l'émergence de l'idée d'un enfant du couple et non plus seulement d'un enfant du lignage. Elle ne repose plus systématiquement sur la vérité biologique. D'ailleurs, des mécanismes

sont mis en place afin que la vérité sur les origines de l'enfant ne soit jamais révélée (1). En second lieu, la technicité des procédés utilisés ne cadre pas avec les lois naturelles et font de cette filiation une filiation dénaturée. En effet, la PMA est une nouvelle façon de faire des enfants. Elle peut faire intervenir des donneurs mais qui, curieusement, se trouvent juridiquement neutralisés car ils ne peuvent ni révoquer leurs dons ni réclamer leur filiation sur l'enfant (2).

1- Le bâillonnement indu de la vérité biologique

La vérité biologique est le « *est le donné naturel du droit de la filiation* »¹⁰⁷. Elle renvoie au lien de sang¹⁰⁸, à la filiation biologique, à la vérité matérielle¹⁰⁹. S'il est vrai que le Droit de la filiation ne s'est pas toujours réduit à l'enregistrement de données naturelles¹¹⁰, il demeure que les lois sur la PMA vont élargir le champ des filiations qui ne traduisent pas la vérité biologique¹¹¹. Par le biais de la PMA, l'enfant peut être

¹⁰⁵ Art. 48 LPMA.

¹⁰⁶ L'interdiction du clonage humain se déduit des dispositions de l'art. 42 LPMA.

¹⁰⁷ J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p. 1113 et s., n° 1.

¹⁰⁸ G. JIOGUE, « Vérité biologique et droit camerounais de la filiation : réflexions à la lumière de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille », *RGD*, 2007, n° 37, p. 23.

¹⁰⁹ P. LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », *Mélanges R. SAVATIER*, 1965, p. 583 et suiv., notamm., p. 588 et 589.

¹¹⁰ J.-P. GRIDEL, « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.S.* 1993, chron. p. 191.

¹¹¹ La raison invoquée généralement est que la vérité biologique n'est pas la seule valeur que poursuit le Droit, que d'autres valeurs doivent être prises en considération. C'est le cas de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, de la stabilité de l'état des personnes, de l'ordre public et des bonnes mœurs, des valeurs sociales et des logiques d'opportunité politique. Dans ce

biologiquement celui de ses parents, de l'un d'eux et même d'aucun d'eux. Le Droit approuve ce projet en attribuant d'office la filiation aux porteurs du projet parental. On dira d'ailleurs que « *le Droit organise le mensonge* »¹¹². Ainsi, la généralisation de la fécondation « *in vitro* » avec les gamètes provenant d'un donneur, suivie du tri génétique des embryons¹¹³ et combinée avec le recours à des gamètes anonymes, risque fortement d'amener les futurs citoyens à rompre les liens avec le passé et à vivre dans un présent impersonnel¹¹⁴. Cet état des choses peut avoir pour incidence de vider la notion de parenté de son sens, remplacée par une pseudo-parenté du désir ou une parenté de la volonté (a) sans préjudice des conséquences graves (b).

domaine, il tend essentiellement à faire respecter la dignité de la personne et en particulier, l'intérêt de l'enfant à avoir une famille biparentale. Voir dans ce sens, G. JOGUE, « Vérité biologique et droit camerounais de la filiation : réflexions à la lumière de l'avant-projet du

Code des personnes et de la famille », *op. cit.*, pp. 23 et s.

¹¹² M. PRATTE, « Le nouveau code civil du Québec : quelques retouches en matière de filiation », in E. CAPARROS (Dir.), *Mélanges Germain Brière*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, Ltée, 1993, p.292.

¹¹³ K. MOGHISSI, R. LEACH. « Future Directions in Reproductive Médecine », *Arch. Pathol..Lab. Med.* Avril 1992. P 436.

¹¹⁴ Cf. L. R. KASS. "Toward a More Natural Science. Biology and Human Affairs", New York, *The free PRESS*, 1985. P 74.

¹¹⁵ Il épouse ainsi les opinions de certains anthropologues occidentaux du début du 20^e siècle qui, pourtant constituaient la minorité, selon laquelle

a- L'évolution risquée de la parenté réelle à la « *parenté* » désirée

Au regard des solutions en matière de PMA, le Droit de la filiation camerounais semble avoir préféré à la famille à base biologique une famille complète composée d'un père et d'une mère mariés ou non qui ont voulu et mené à terme un projet parental¹¹⁵. Si la place de la vérité biologique dans le Droit de la filiation *devrait* être aujourd'hui prépondérante compte tenu du fait qu'elle peut désormais être établie scientifiquement avec certitude, cette place est plus que jamais tempérée. La vérité affective¹¹⁶ ou la vérité souhaitée qui renvoie à la filiation voulue¹¹⁷, vécue, à la vérité de la vie¹¹⁸ a pris le pas et est désormais protégée par le Droit. Les parents sont ceux qui ont consenti au projet parental et

l'institution de la famille devrait être repensée en se centrant sur l'enfant et son bien-être, plutôt que sur le mariage et la filiation sanguine. E. CLEWS PARSONS, « Marriage and parenthood- A distinction », 1915 disponible sur [https : academia.org](https://academia.org)

¹¹⁶ Sur la notion de vérité affective, v. Fl. MILLET, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, 2006, I, doctr., 112. Cet auteur relève qu'un glissement sémantique s'est opéré à l'époque contemporaine de l'expression « *vérité biologique* » vers celle de « *vérité affective* », pour soutenir l'idée, généralement admise, d'après laquelle ce qui fait un parent tient davantage à l'attention et aux soins portés à l'enfant qu'à sa conception

¹¹⁷ G. JOGUE, « Vérité biologique et droit camerounais de la filiation : réflexions à la lumière de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille », *RGD*, 2007, n°37, p.23.

¹¹⁸ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, 7^e éd. n° 671, p. 595

non plus forcément ceux dont les gamètes ont fusionné. En effet, la PMA peut être endogène¹¹⁹ ou exogène. Dans ce dernier cas, il s'agit de faire appel à un ou à deux dons. Il peut s'agir d'un don de sperme ou d'ovule, ou alors d'un don d'embryon qui sera utilisé soit à une insémination artificielle, soit à une fécondation *in vitro*. Dans ces hypothèses, l'enfant ne sera génétiquement l'enfant d'aucun des membres du couple ou seulement de l'un d'entre eux. Mais cela n'influence en aucune manière le lien de filiation juridique. Il faudra considérer que c'est ce couple porteur du projet parental qui sont les parents. En réalité, la filiation va ici être fondée non pas sur la biologie mais sur la volonté. Les parents seront ceux qui ont consenti à la PMA et c'est à eux que seront attribuées toutes les prérogatives juridiques découlant de ce statut.

Le champ de la vérité biologique se réduit de plus belle et des mécanismes ont été prévus afin que cette vérité ne soit jamais révélée, ni aux parents, ni aux véritables géniteurs, ni à l'enfant. L'article 8 de la LPMA dispose à cet effet que les dons de gamètes et d'embryons ainsi que le transfert d'embryons sont anonymes, ce qui impose la

confidentialité des renseignements nominatifs. Ainsi, s'il est certain qu'on peut connaître qu'il y a eu recours à un don, on ne saura jamais qui a fait le don et le donneur ne saura jamais si son don a été utilisé encore moins par qui. Pour ce faire, il met à la charge du Centre de PMA et même des parties une obligation de réserve¹²⁰. La position du Législateur camerounais est celle de conserver non seulement le secret des origines de l'enfant mais aussi des circonstances de sa conception. Au soutien de cette position, on peut notamment invoquer l'existence du droit fondamental au respect de la vie privée. D'ailleurs, l'article 51 de la LPMA sanctionne la divulgation d'un fait confidentiel dans le cadre d'une PMA d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 200.000frs CFA à 2 millions de francs CFA. La famille « *artificielle* » ainsi créée par la PMA est donc protégée et consolidée par l'établissement irréfragable de la filiation de l'enfant à l'égard du couple qui a porté le projet parental. Mais, cette situation est lourde de conséquences dont certaines vont à l'encontre d'autres droits reconnus.

¹¹⁹ La procréation assistée endogène, c'est-à-dire sans tiers donneur doit en principe être utilisée en priorité. Il s'agit ici d'utiliser les gamètes des deux membres du couple, puis de procéder à une insémination. Deux techniques peuvent être utilisées : soit la femme est

inséminée avec les gamètes de son partenaire, soit l'embryon est fécondé *in vitro*, puis implanté dans l'utérus de la femme.

¹²⁰ Art. 9 LPMA, art.49 LPMA.

b- Les implications dangereuses de la dénaturation du lien de parenté

La parenté est aujourd'hui totalement dénaturée et ne repose plus sur des liens de sang. Cette situation peut être source d'implications très dangereuses. Premièrement, le secret des origines de l'enfant peut constituer une violation criarde du droit de connaître ses origines. En deuxième lieu, il rompt la cloison classique entre les filiations biologiques et les filiations adoptives bouleversant ainsi les catégories juridiques bien établies. Par ailleurs le recul des liens de sang dans la famille peut être source de fléaux tels que l'inceste.

L'enfant issu d'une PMA est toujours considéré comme celui de ses parents même si génétiquement ce n'est pas le cas. La loi entretient cette fiction *erga omnes*, annihilant certaines actions dans l'intérêt des personnes qu'il entend protéger en l'occurrence l'enfant

et ses parents. Mais paradoxalement, ces actions visent également la protection de ces parties et peuvent d'ailleurs prendre source dans la violation des droits fondamentaux. Le recul du droit de connaître ses origines est l'une des conséquences négatives de la dénaturation du lien de parenté. En effet, hier la finalité des évolutions en Droit de la filiation consistait à renforcer la protection de l'enfant en ouvrant toutes les possibilités d'établissement juridique d'une filiation biologiquement vraie¹²¹. Aujourd'hui, le secret ou la fiction semblent être privilégiés¹²², le droit de connaître ses origines est marginalisé, pourtant, c'est un droit protégé¹²³. Au vu des conditions sans dérogations possibles de l'anonymat du don consacrées, quelle application le Droit camerounais fait-il de la disposition *supra* législative de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant¹²⁴ qui dispose dans son article 7 que « l'enfant a le droit de connaître ses parents et

¹²¹ La loi a ouvert la possibilité de l'établissement de la filiation de l'enfant naturel adultérin et même de l'enfant incestueux. Cf. art. 334 et s. de l'ordonnance de 1981.

¹²² M. DOURIS « Entre vérité biologique et vérité parentale : quelle logique faut-il adopter en droit de la filiation ?, [http : www.openedition.org/6540](http://www.openedition.org/6540), consulté le 12/09/2022, presses universitaires de Paris Nanterre, pp.455-469.

¹²³ Ce droit est protégé par la Cour européenne des Droits de l'Homme au titre du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH), v. CEDH, 7 juill. 1989, Gaskinc.

Royaume Uni, Gacedh, n° 36, Berger, n° 149. Sur le droit d'accéder à la connaissance de ses origines endroit français, v. J. VIDAL, « Un droit à la connaissance de ses origines », *Mélanges Boyer*, 1996, p. 733 ; RASSAT, « Du droit des pupilles de l'État à la connaissance de leurs origines », *Mélanges Hebraud*, 1981, p.683 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant. Réflexions sur les formes d'abandon », *RTD civ.* 1991, 695 ; MALAURIE, « Le secret et le droit », *Mélanges Mouly*, 1998, p. 112.

¹²⁴ Convention adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989 et ratifiée par le Cameroun le 25 septembre 1990.

d'être élevé par eux »?¹²⁵ Ainsi, le droit aux origines a été sacrifié au profit du droit d'appartenir à une famille. Même en matière d'adoption, l'enfant n'a jamais perdu le droit de connaître ses origines¹²⁶. La loi permet cependant de rendre disponible les informations relatives aux géniteurs des gamètes, non pas aux parents ou à l'enfant mais, au médecin traitant pour des raisons de santé¹²⁷. Mais les termes de l'article 24 de la LPMA ne permettent pas de présumer que l'identité des donneurs sera connue et encore moins révélée puisqu'il parle des informations « *susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître* » et des « *caractéristiques physiques des deux donneurs* ».

Le Droit comparé propose certaines pistes de solution. L'article 542 alinéa 2 Code civil Québécois permet la levée partielle de la confidentialité, mais à condition seulement qu'il soit démontré l'existence d'un préjudice grave pour la santé de l'enfant ou de l'un de

ses descendants. Dans la mesure où cette preuve est faite, la levée de la confidentialité est ordonnée par le tribunal, après appréciation de la nature et de la gravité du risque de préjudice. Par contre, la transmission de l'information ne peut être faite qu'aux autorités médicales et jamais à l'enfant lui-même qui demeure toujours sous le sceau de la confidentialité. En Droit français, le législateur a récemment dans une nouvelle loi bioéthique¹²⁸, ouvert la voie à une levée partielle de l'anonymat en prônant le droit pour chaque enfant de connaître ses origines. Ainsi, à partir du 1^{er} septembre 2022, la levée de l'anonymat des donneurs des gamètes auprès des enfants nés de PMA à leur majorité sera possible¹²⁹. Mais cela ne pourra se faire qu'avec l'accord des donneurs qui doivent consentir à ce que leurs données identifiantes soient révélées aux enfants à leur majorité s'ils en font la demande. Cependant, même si l'identité du donneur est révélée, les parents de

¹²⁵ Il reste cependant que le droit pour l'enfant de connaître l'identité de son parent biologique n'est pas non plus sans inconvénients. Le premier est celui de porter atteinte à la vie privée du donneur. On peut d'ailleurs se demander si la recherche de ses origines constitue un véritable droit de la personne. La doctrine affirme que le droit de connaître ses origines est aussi important que le droit à la vie privée, car il est lié au sentiment d'identité et d'intégrité de la personne. Voir E. SLOSS ET R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 91, P. 431.

¹²⁶ D'ailleurs selon l'art. 351 du Code civil, il reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits.

¹²⁷ Art. 24 LPMA.

¹²⁸ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹²⁹ Pour exercer leur droit d'accès, les personnes majeures nées d'une AMP avec tiers donneurs devront saisir la Commission d'Accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs (CAPADD) placée auprès du ministre chargé de la Santé. Le décret n° 2022-1187 du 25 août 2022 détermine les modalités de saisine et les conditions de fonctionnement de cette instance présidée par un magistrat judiciaire et composée de 16 membres titulaires, comprenant des représentants d'associations et des experts des différentes disciplines concernées.

l'enfant né d'un don de gamètes ou d'embryon restent ceux qui l'ont vu naître et élevé.

La dénaturation du lien de parenté actuel aboutit dans une certaine mesure à la rupture de la cloison entre les filiations biologiques et les filiations adoptives. En effet, on a pendant longtemps soutenu que les filiations adoptives se distinguent des autres par l'absence des liens de sang entre les deux parents ou un seul des parents et l'enfant. Aujourd'hui avec la PMA, un enfant sera déclaré légitime ou naturel et pourtant il n'a aucun lien de sang avec ses parents ou du moins avec l'un d'eux. Cette situation remet en cause l'intérêt des distinctions entre les filiations biologiques et les filiations adoptives et est d'autant plus grave car il n'y a pas identité de droits entre les enfants concernés. A titre d'illustration, l'enfant issu d'une PMA avec don d'embryon n'est génétiquement celui d'aucune des parties au projet parental. Pourtant, il ne sera pas considéré comme un enfant adopté et n'aura pas les mêmes droits qu'un enfant adopté en l'occurrence celui de connaître ses origines. Ainsi, tout porte à croire que l'enfant issu de la PMA a moins de droits que l'enfant adopté qui lui, peut obtenir des renseignements lui permettant de retrouver ses parents, si ces derniers y ont consenti. Cet

état des choses crée une certaine injustice car on aurait dû considérer qu'il y a eu une adoption prénatale et appliquer toutes les conséquences juridiques liées à cette qualification. Les catégories juridiques perdent ainsi leur consistance et on est en droit de s'inquiéter sur l'avenir ou la survie de celles-ci.

La dénaturation du lien de parenté emporte un fort risque d'hétérogénéité des membres de la famille. En effet, la loi a limité le nombre d'utilisations des organes d'un même donneur. Ainsi, le matériel génétique d'une personne ne peut être utilisé plus de deux fois lorsqu'il a déjà abouti à la naissance de deux enfants¹³⁰. Or, l'attachement africain aux familles nombreuses ou le désir d'autres enfants pourra justifier le recours à d'autres donneurs. La conséquence sera l'hétérogénéité des membres d'une même famille ayant pourtant des liens de filiation de même nature. On aura par exemple des frères et sœurs dits germains mais dont les liens biologiques de filiation ne sont pas les mêmes. Toutes choses qui laissent la porte ouverte aux fléaux tels que l'inceste et à d'autres scandales familiaux.

De plus, l'anonymat de ces procédés peut avoir pour effet la prolifération des mariages incestueux avec tous les risques que

¹³⁰ Art.32 LPMA.

ceux-ci emportent sur le patrimoine génétique de leurs enfants. En effet, un enfant issu d'une PMA peut très bien nouer une relation avec son frère ou sa sœur ignorant que leur ascendant commun avait fait un jour un don de gamètes. Les valeurs protégées par la parenté au sens classique sont alors diluées par ces nouveaux procédés de procréation d'autant plus que le droit du géniteur lorsqu'il est donneur de reconnaître et d'exercer ses droits sur sa progéniture sont totalement neutralisés.

2- La neutralisation excessive du tiers donneur

Il peut arriver que les deux porteurs du projet parental ou seulement l'un des deux soit totalement stérile. L'hypothèse qui mérite plus de précautions est celle où l'un des membres du couple serait totalement stérile. Pour la femme, cela peut se produire soit parce qu'elle ne peut donner d'ovocyte susceptible d'être fécondé même *in vitro*, soit parce que, capable d'en produire, elle ne peut assumer de fonction de gestation¹³¹. Pour l'homme cela implique qu'il ne peut produire de spermatozoïde viable. Ainsi, ils pourront avoir recours à un donneur. L'intervention d'un ou de deux tiers donneurs a pour conséquence non seulement d'ôter le caractère naturel de procréation mais également de réduire le champ de la vérité. En

vue de sauvegarder la paix des familles, la loi a entendu limiter l'intervention du donneur au don. Après le don, le donneur s'efface définitivement et ne doit plus réapparaître même en cas de circonstances exceptionnelles que ce soit pour récupérer son don (a) ou pour réclamer la filiation à l'égard de l'enfant issu de son don (b).

a- L'irrévocabilité immodérée du don du tiers donneur

Selon que la stérilité provienne de l'homme ou de la femme, les solutions de PMA envisageables sont tout aussi variables. Dans le cas de l'homme, on pense à une insémination artificielle avec donneur, ce qui signifie qu'un tiers fournit le gamète qui servira à féconder l'ovule. La stérilité émanant de la femme ouvre la voie à la recherche de deux solutions possibles : soit on fait recours à une donneuse d'ovocyte que l'on fécondera *in vitro* et réimplantera dans l'utérus de la femme stérile, soit on prélève l'ovocyte sur la femme incapable de gestation que l'on fait féconder avec le sperme du mari, puis que l'on fait porter à une autre femme jusqu'à la naissance. Seule la première solution est admise en Droit

¹³¹ CORNU (G) *Droit civil, la famille*, 1992, n° 298.

camerounais¹³² puisque pouvant être rapprochée des conventions valables en droit, consistant dans la cession à titre gratuit de substances corporelles telles que le lait, le sang, le sperme, les cheveux etc.¹³³ C'est dans ce sens que la loi autorise le don des gamètes et des embryons¹³⁴ et les conditions d'utilisation et de conservation de ce matériel biologique¹³⁵.

Le don des gamètes et embryons est particulièrement soumis à la conclusion d'une convention entre le centre de PMA et la personne effectuant le don¹³⁶. Après la signature de la convention, les dons sont affectés à un programme de don de gamètes qui sera implémenté par le Centre d'assistance à la PMA selon les conditions définies par la loi¹³⁷. Le don ainsi affecté n'est plus disponible pour le donneur. Il ne peut plus le

récupérer. D'ailleurs, le sort embryons surnuméraires et des gamètes surnuméraires est généralement fixé à l'avance par les parties lors de la signature de la convention de PMA. Ils pourront être conservés en vue d'un projet parental¹³⁸, affectés à un programme de don au profit d'un autre couple¹³⁹, intégrés dans un programme de recherche¹⁴⁰, ou totalement détruits¹⁴¹. La possibilité de récupérer le don n'est pas expressément envisagée. Cette position peut être confirmée par le fait que les conditions de révocation du don et même de révocation du consentement à la PMA n'ont pas été prévues. Toute porte alors à croire que lorsque le don a été fait, il devient irrévocable à moins qu'une partie ne viole les termes de la convention de don des gamètes ou embryons. Dans ce cas, il faudra faire appel aux règles de Droit commun qui, malheureusement, ne

¹³² En effet, jusqu'à présent, la gestation pour autrui est interdite dans la plupart des législations africaines et étrangères. Pour le cas du Cameroun, voir à l'art. 48 LPMA. C'est ainsi que la Cour de cassation française a de nouveau confirmé son hostilité à l'établissement d'un lien de filiation entre des enfants issus d'une mère porteuse et la femme qui les élève. En l'espèce, il s'agissait d'un couple ayant fait appel à une mère porteuse aux Etats-Unis. Les actes de naissance des enfants, établis aux Etats-Unis, établissaient un lien de filiation à l'égard de ce couple et ils ont été transcrits à l'état civil français. Le ministère public a demandé l'annulation de cette transcription. La Cour d'appel de Paris (25/10/2007) a jugé cette requête irrecevable en précisant qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants d'annuler cette transcription. La Cour de cassation a cassé cette décision dans un arrêt du 17 décembre 2008 (07-20468).

¹³³ A titre de Droit comparé, une loi française du 22 Décembre 1976, complétée par un décret du 31 Mars

1978 et une circulaire du 03 Avril 1978 a prévu que les prélèvements d'organes pouvaient être opérés, à certaines conditions, soit sur un cadavre, à des fins thérapeutiques ou scientifiques, soit sur une personne vivante à des fins thérapeutiques.

¹³⁴ Art. 26 al.2.

¹³⁵ Cf. art. 33 LPMA.

¹³⁶ Art. 29 LPMA.

¹³⁷ La loi a spécifié les conditions d'utilisation du matériel génétique, les procédés admis et les procédés interdits. Cf. art. 40 et s. LPMA

¹³⁸ Art. 33 LPMA.

¹³⁹ Art.26 al.2 LPMA.

¹⁴⁰ Art. 21 de la loi sur la recherche médicale.

¹⁴¹ Pour approfondir ces questions, cf. M. DELCOURT, *Quel sort réserver aux embryons surnuméraires dans le cadre d'une fécondation in vitro ? Analyse du pouvoir décisionnel des auteurs du projet parental*, mémoire de Master en Droit, Université Catholique de Louvain, 2014-2015.

peuvent pas garantir la restitution du don. Faire un don de gamètes revient alors à emprunter un chemin de non-retour, car une fois fait, il ne peut plus être facilement repris et la filiation consécutive à ce don ne peut non plus être revendiquée.

b- Le défaut critiquable de l'action en revendication de la filiation du donneur

En matière de PMA, l'importance du donneur de gamètes ou d'embryons se limite au don. Il ne peut en aucun cas tirer un intérêt financier¹⁴² et encore moins juridique de son don. A la rigueur il pourra tirer un intérêt moral¹⁴³. En vertu de la confidentialité et surtout de l'anonymat qui prévaut en la matière, le donneur ne saurait être informé sur le point de savoir si son don a été utilisé, si la procréation avec son don a réussi, encore moins de connaître l'enfant issu de son don. Même dans le cas où il pourrait obtenir ces informations¹⁴⁴, le donneur de gamètes ne peut pas établir sa filiation à l'égard de l'enfant. L'article 39 de la LPMA est très clair

à ce sujet et précise que « *Lorsqu'un enfant a été conçu par le biais d'un don de gamètes par un tiers donneur, celui-ci ne peut exercer aucune action en reconnaissance de paternité à l'égard de celui-ci.* ». En ce qui concerne la mère et étant donné que la gestation pour autrui est interdite, seule la femme qui a accouché de l'enfant sera considérée comme la mère de celui-ci, même si elle a conçu grâce à un don d'ovocyte car, l'accouchement vaut reconnaissance pour la mère¹⁴⁵.

On note une volonté manifeste du législateur de refuser l'établissement de la filiation à l'égard du ou des donneurs alors que l'état actuel de la science et les procédures prévues permettent de connaître avec certitude le(s) géniteur(s) d'un enfant. On peut s'en tenir par exemple aux dispositions des articles 44 et 46 de la LPMA qui interdisent l'insémination simultanée d'embryon ou de gamètes différents. Ce qui signifie que lors de l'insémination ou du transfert des embryons on est toujours sûr de l'identité du donneur; de même, la réutilisation du matériel génétique d'une personne est sanctionnée¹⁴⁶. Le don de

¹⁴² Le don d'organe est gratuit et le non-respect de cette règle entraîne l'application des sanctions pénales. Cf. art. 43 et art.52 LPMA.

¹⁴³ On peut penser que le donneur peut tirer une satisfaction morale lié au fait qu'il a participé à donner la chance à un couple d'avoir un enfant.

¹⁴⁴ En droit français, des sites internet spécialisés ont été créés pour aider les personnes qui sont à la recherche de

leurs origines afin de retrouver leurs véritables parents. De même certaines institutions telles que le Centre national d'accès aux origines (CNAOP) participent de cet objectif.

¹⁴⁵ Art. 41 ord. de 1981

¹⁴⁶ Art.61 LRM.

gamète ou d'embryons s'apparente alors à un acte juridique de renonciation de filiation, une renonciation irrévocable. Aucune action n'est ouverte à l'endroit du donneur pour pouvoir connaître ou reconnaître son enfant.

Cette posture législative est critiquable et nous semble ingrate. Le traitement juridique du don de gamètes et surtout d'embryons aurait dû être différent de celui du don d'organes ou de produits du corps humain. En effet, contrairement aux autres dons, celui-ci porte sur une personne¹⁴⁷ ou emporte la naissance d'un être humain, une nouvelle personne. Organiser la renonciation naturelle et juridique¹⁴⁸, définitive et irrévocable à un enfant nous semble contraire à la dignité même de la personne qui a le droit universellement reconnu de donner la vie. Il aurait fallu prévoir les hypothèses dans lesquelles le donneur pourrait établir sa filiation à l'égard de l'enfant par exemple en cas de décès des porteurs du projet parental ou du moins prévoir que celui-ci puisse être informé de l'existence de son enfant et favoriser la relation entre les parents biologiques et les parents juridiques par reconnaissance pour le don de la filiation offert

par les premiers aux seconds. En effet, les porteurs du projet parental sont juridiquement les parents au détriment des donneurs et ne peuvent plus contester le lien de filiation ainsi établi.

B- L'incontestabilité exagérée de la filiation

Avec la LPMA, on peut vraiment affirmer qu'on est entré sur une voie de non-retour, un chemin inédit et irréversible. En effet, la filiation cesse définitivement d'être seulement biologique et repose désormais sur une fiction entretenue et protégée par le Droit. La place de la vérité biologique recule au point où la fiction ne peut plus être renversée, la réalité ne peut plus être restaurée. Cette analyse découle du fait que quel que soit le mode de PMA utilisé, endogène ou exogène, l'enfant sera toujours celui des porteurs du projet parental et ces derniers ne disposent d'aucune action pour remettre en question ce lien. Ainsi, l'enfant issu de la PMA puise dans cette opération une filiation qui est à la fois obligatoire pour le couple bénéficiaire et incontestable non seulement pour le couple lui-même mais aussi pour quiconque, qu'il

¹⁴⁷ C'est le cas du don d'embryon. D'ailleurs la licéité de ce don reste toujours discutable. En effet, on peut admettre que les produits du corps humain sont des « choses » certes sacrées mais des « choses ». Mais, l'embryon *in vitro* ou *in utero* doit toujours être considéré comme étant une personne et toute convention ayant pour objet la personne doit être nulle.

Il appartient alors au législateur de préciser le statut de l'embryon *in vitro*.

¹⁴⁸ En matière d'adoption la renonciation à la filiation n'est que juridique. Le parent biologique peut toujours entrer en contact avec son enfant et peut avoir le droit de le connaître.

s'agisse d'un tiers ou de l'enfant lui-même. Si cette solution semble justifiée par le caractère méticuleux des procédés scientifiques utilisés et par le souci de renforcer la solidité de la structure familiale qui souffrirait certainement de la contestation de la filiation, elle demeure trop péremptoire (1) et doit être remise en cause (2).

1- Une solution extrêmement péremptoire

Aux termes de l'article 38 de la LPMA, les porteurs du projet parental ne peuvent contester leur lien de filiation avec l'enfant issu de la PMA. Ainsi, la présomption posée à l'article 37 selon laquelle la filiation est établie d'office à l'égard de chaque membre du couple porteur du projet parental est une présomption irréfragable ; aucune disposition n'ouvre la voie à la possibilité d'établir la preuve contraire. Si on doit admettre que les présomptions sont facteurs de simplicité¹⁴⁹, celle-ci apporte une solution un peu trop rigoureuse (a). La parenté devient un lien contractuel intangible et irrévocable et non plus un simple lien juridique encore moins

biologique¹⁵⁰. Mais curieusement, les sanctions de la violation de cette règle n'ont pas été prévues (b).

a- La rigueur de la solution

L'incontestabilité de la filiation établie d'office par la PMA est une solution extrêmement rigoureuse. Elle est la conséquence de la prohibition à l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et les parents biologiques. Ainsi, en vue d'assurer le lien de filiation de l'enfant, la loi a fait un choix entre le(s) géniteur (s) de l'enfant et ceux qui ont consenti au projet parental¹⁵¹. Le privilège a été donné de manière irrévocable aux porteurs du projet parental, qui seuls peuvent établir leur filiation à l'égard de l'enfant. D'ailleurs, ils ont l'obligation de faire car ils ne peuvent refuser ni contester cette filiation¹⁵². On en déduit que le consentement donné à la PMA vaut fin de non-recevoir à toute contestation par les parents de leur filiation sur l'enfant né ou à naître¹⁵³. Cette solution s'apparente à une forme nouvelle d'une stratégie déjà appliquée

¹⁴⁹ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *op. cit.*, note 4, n° 677 et suiv.

¹⁵⁰ Dans le même sens, voir YAZID BEN HOUNET, « L'anthropologie et le concept de « parentalité » chez Elsie Clews Parsons », in *l'Homme*, 2017, pp.5-34

¹⁵¹ Dans la plupart des cas, ces deux catégories de personnes se confondent. C'est le cas dans l'hypothèse de PMA endogène.

¹⁵² Art. 38 LPMA.

¹⁵³ M. TIMTCHUENG, *Le droit camerounais de la famille entre son passé et son avenir*, *op.cit.*, n°229.

dans certaines coutumes¹⁵⁴. En France, bien avant les lois de 1994¹⁵⁵, les hautes instances prétoriennes avaient déjà admis le principe de l'insémination avec donneur. En cas de changement d'avis de l'homme porteur du projet parental postérieur à l'opération, *« les juges du fond retiennent à bon droit qu'un concubin, en consentant à l'insémination de sa compagne et en reconnaissant volontairement l'enfant qu'il sait ne pas être le sien, contracte vis-à-vis de l'enfant et de la mère l'obligation de se comporter comme un père en subvenant notamment aux besoins de l'enfant qu'il a reconnu. En faisant annuler la reconnaissance en raison de son caractère mensonger, le concubin méconnaît son engagement »*.¹⁵⁶

Cette position traduit la tendance de plus en plus affirmée de la contractualisation du Droit de la famille¹⁵⁷ et spécialement du Droit de la filiation. Le contrat se vulgarise jusqu'à toucher des questions intimes et personnelles telles que les rapports existant entre un enfant et son parent, rapports qui

avaient toujours été prédéterminés par la loi. Un contrat spécial qui crée des liens de filiation irrévocables. Mais, au vu de la rigueur d'une telle solution, il est curieux qu'aucune sanction n'ait été prévue à cet effet.

b- La curieuse absence de coercition

Pour faire respecter les conditions qu'elle pose, la LPMA¹⁵⁸ et la LRM¹⁵⁹ ont multiplié les sanctions pénales souvent lourdes et assorties pour les praticiens de la santé d'interdictions professionnelles. Curieusement, aucune disposition n'a été prévue pour sanctionner une personne qui contesterait son lien de filiation avec un enfant issu d'une PMA ou qui refuserait l'établissement d'office de la filiation à son égard. Or, en Droit comparé, du consentement donné par le couple au projet parental découle l'obligation de *« reconnaître »* l'enfant à peine de dommages et intérêts et de déclaration judiciaire¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Il suffit de se rappeler l'institution du *« dakkue »* décrit supra note de bas de page n° 16. Le donneur pourrait alors être soit anonyme, soit même choisi par le couple. Ainsi, le mari qui aura donné son consentement pour qu'un tiers enceinte sa femme ne pourra plus par la suite contester sa filiation à l'égard de l'enfant. D'ailleurs le mari est tenu de conserver le secret de la conception de son enfant.

¹⁵⁵ Cette loi (loi n° 94/553 du 29 Juillet 1994 précitée) a entraîné la modification du Code civil et introduit le nouvel article 311-19 du code civil français qui dispose que *« ... le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en*

contestation de filiation ou en réclamation d'état, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet... ».

¹⁵⁶C.Cass civ. 1ere, 10 Juillet 1990.D. 1990.517 note HUET-WEILLER (D); *RTD civ.* 1991.119, obs. JOURDAIN et 311, obs HAUSER.

¹⁵⁷ Voir dans ce sens, S. MORACCHINI-ZEINDENBERG, *« La contractualisation du droit de la famille »*, *RTD Civ.* .2016, pp. 773 et s.

¹⁵⁸ Cf. art. 50 et s.

¹⁵⁹ Art. 56 et s.

¹⁶⁰ Art. 311-20, al. 4 et 5 C.civ.

Ce vide législatif en Droit camerounais est très critiquable d'autant plus que les sanctions civiles n'ont pas été prévues. Mais, on doit reconnaître que cette position semble imposée par la quasi-impossibilité d'organiser des sanctions civiles adaptées¹⁶¹. En effet, lorsqu'une PMA aura été réalisée en dehors des cadres légaux, l'irrégularité sera très difficile à appréhender sur le plan civil. De plus, l'enfant né dans ces conditions ne saurait être la victime de cette irrégularité. C'est pourquoi les règles de la filiation devront néanmoins recevoir application. Mais, la mise en jeu de la responsabilité civile des auteurs de l'irrégularité doit rester possible en théorie mais elle pourra se heurter au fait que dans la pratique personne n'éprouvera un préjudice légitime réparable : la naissance d'un enfant n'est pas considérée en soi comme un préjudice réparable¹⁶². Quoiqu'il en soit, la solution de l'incontestabilité du lien de filiation issu d'une PMA doit être tempérée.

2- La nécessaire remise en cause de la solution

L'établissement et la contestation de la filiation font partie des droits reconnus à chaque individu. En effet, quel que soit le type de filiation, la possibilité a toujours été ouverte

à tout individu de rechercher, d'établir et même de contester celle-ci. Malheureusement en Droit camerounais, la contestation de la filiation n'est pas possible lorsque l'enfant est issu d'une PMA. Cette solution est susceptible de porter atteinte aux intérêts et aux droits fondamentaux reconnus à toute personne. Nous pensons que cette solution doit être remise en question non seulement dans son principe (a), mais également au vu des solutions du droit comparé (b).

a- Une remise en cause nécessaire dans le principe

En Droit camerounais, la contestation de la filiation issue d'une PMA est impossible. C'est une solution très dangereuse qui fait de la filiation un lien irréversible même lorsqu'il n'est pas avéré. Cette position doit être remise en cause quand on sait d'une part que la PMA peut être endogène ou exogène, qu'il peut y avoir eu un dol lors de l'échange des consentements ou une erreur dans la manipulation ou l'implantation des embryons ou des gamètes.

En effet, toutes les PMA ne sont pas effectués grâce au don d'un tiers. Dans cette hypothèse, le couple porteur du projet parental

¹⁶¹ A. BENABENT, *Droit de la famille, op. cit.*, n°962, p.392.

¹⁶² *Ibidem.*

ne désire pas seulement avoir un enfant, mais désire avoir un enfant de son sang. En cas d'erreur lors de la manipulation ou l'implantation des embryons, il nous semble légitime de donner la possibilité au couple de pouvoir contester la filiation¹⁶³. Même dans le cas où la PMA est exogène, s'il est vrai que les parties ne peuvent connaître l'identité du donneur, elles peuvent néanmoins avoir accès à certain nombre d'informations qui déterminent leur choix quant au donneur. En cas d'erreur, elles devraient pouvoir contester cette filiation. D'ailleurs, quand on s'intéresse aux infractions pénales prévues, on comprend que les personnes chargées d'effectuer une PMA ne sont pas infaillibles. En cas par exemple de manipulation génétique interdite qui aboutirait à la naissance d'un enfant aux caractéristiques inédites ou à des anomalies graves, doit-on rattacher le lien de filiation aux porteurs du projet parental¹⁶⁴ alors qu'ils ne sont pas à l'origine de ce drame ? En outre, cette position est inédite car de manière traditionnelle, la possibilité de contester la filiation a toujours été ouverte. La preuve en est que la filiation légitime qui repose sur une présomption quasi-irréfragable peut être contestée¹⁶⁵.

On en déduit que législateur camerounais a fait définitivement sienne l'idée selon laquelle le lien de filiation ne doit plus se réduire à un lien biologique mais doit comporter une composante de vérité sociologique qu'il est important de protéger. Si à l'époque cette vérité sociologique était voulue, désirée comme dans le cadre de l'adoption où ce sont les parents qui volontairement décident de faire d'une personne son enfant sachant qu'il n'est pas de son sang, aujourd'hui, la vérité sociologique est imposée et cesse par ce fait d'être une vérité mais un ordre d'être parent de l'enfant issu d'une PMA. La fiction est imposée au point où on en perd de vue la réalité. Il est donc primordial que notre Droit évolue vers les solutions de Droit comparé.

b- Une remise en cause nécessaire au regard du Droit comparé

A titre de Droit comparé, le Droit français donne la possibilité de contester la filiation avec un enfant issu d'une PMA dans certaines conditions. En effet, l'article 311-20 prévoit que le consentement donné à une PMA fait obstacle à toute action en établissement ou en contestation de la filiation, sauf à prétendre

¹⁶³ A titre illustratif, nous pouvons prendre le cas où un couple de race noire qui a fait une PMA endogène mais se retrouve avec un enfant de race blanche.

¹⁶⁴ Les manipulations génétiques interdite sont prévues à l'article 42 LPMA.

¹⁶⁵ Art. 312 et s du Code civil.

que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement n'était pas valable¹⁶⁶. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a reconnu la non-paternité du mari sur un enfant de sa femme dans une espèce où la mère avait bénéficié de l'implantation d'un embryon conçu avec les gamètes de son mari, puis à son insu avait reçu un autre embryon issu d'un tiers donneur¹⁶⁷. Cette dérogation a tout son sens et va en droit ligne avec l'idée selon laquelle c'est le consentement à la PMA qui constitue le fondement de l'établissement d'office de la filiation à l'égard des porteurs du projet parental. Mais, elle n'apporte pas des solutions au cas où il y aurait eu une erreur car on ne saurait prétendre à la fiabilité absolue de tels procédés. Mais on doit admettre que l'interdiction de la contestation des filiations issues des PMA constitue le moindre mal, un frein aux potentielles dérives qui seront nécessairement engendrées par ces procédés. L'utilisation de cette option pour la procréation s'accompagne d'un certain nombre de risques que les parties doivent indubitablement assumer. Utiliser les procédés de PMA, c'est emprunter une voie de non-retour, un choix définitif sur lequel on ne peut

plus se rétracter quel que soit l'ampleur des conséquences.

La solution du Droit français reste préférable à celle du Droit camerounais. Mais, certaines remarques méritent d'être faites. Avec la loi sur la PMA, le constat majeur est qu'on a fait une transposition « imparfaite » des lois occidentales au Cameroun. La stratégie adoptée semble avoir été celle du « développement du droit » consistant, dans un élan de mimétisme, à transporter le Droit occidental aux pays « sous-développés »¹⁶⁸. Cette stratégie se fonde sur le complexe selon lequel le développement peut facilement être obtenu en se référant aux structures familiales des pays « développés ». Or, « le système de transplantation des comportements psychophilosophico religieux, eût-il fait sa preuve dans son pays d'origine, est voué à l'échec, à plus ou moins long terme¹⁶⁹ ». Dans le but de garder une certaine originalité, certaines dispositions ont été supprimées pourtant elles étaient garantes de la protection des intérêts des parties prenantes en l'occurrence, la possibilité de contester la filiation par l'un des parents et le régime des responsabilités des

¹⁶⁶ L'art. 539 du Code civil Québécois est dans le même sens et donne la possibilité au mari qui n'a pas consenti à la PMA de désavouer l'enfant.

¹⁶⁷ Paris, 3 mars 2011, *Dr. Fm*, 2012, comm. 8, C. NEIRINCK ; *D.* 2013, Pan. 1441, obs. F. GRANET-LAMBRECHT.

¹⁶⁸ KEBA MBAYE, « Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest », *R.S.D.* 1967. N° 1.P.23 - 81.

¹⁶⁹ POUGUE (P.G). Thèse, *op cit.* p.371.

parents relativement aux enfants nés après avoir été conçus par PMA. On ne peut qu'espérer que le régime de responsabilité de Droit commun sera suffisant pour répondre à tous les problèmes de responsabilité posés par la PMA.

Si les sciences dures évoluent par des révolutions paradigmatiques, les sciences sociales et le Droit en particulier privilégient la dialectique¹⁷⁰. La PMA a abouti à une évolution du Droit de la filiation camerounais. En réalité, il s'est principalement agi d'une adaptation des règles classiques aux nouveaux procédés de procréation bien que certaines solutions révolutionnaires ont été adoptées. Pour parfaire cette adaptation, le législateur a dû puiser dans les règles classiques, particulièrement les règles coutumières qui demeurent le socle des valeurs africaines. Il a donc été nécessaire de les raffermir et parfois même de ressusciter certaines d'entre elles afin que le Droit de la filiation africain demeure en harmonie avec son contexte. Mais, l'originalité des nouveaux procédés de procréation a justifié l'adoption de certaines règles inédites qui bâillonnent la vérité biologique au nom de la conception à tout prix et à tous les prix d'un enfant. Cet état des

choses traduit l'adoption de nouvelles valeurs dites modernes. Largement inspiré des sociétés occidentales, les fondements essentiels du Droit de la filiation ne correspondent plus avec les valeurs déterminantes de la conception camerounaise de la procréation. Mais, force est de constater que ce brassage de valeurs en Droit africain de la filiation n'est pas nouveau, c'est un héritage de la colonisation. Il est un Droit aux valeurs plurielles, à cheval entre tradition et modernisme¹⁷¹. Si cette physionomie peut être critiquée, elle ne manque pas non plus d'originalité. Désormais, il ne saurait plus être question de rester attaché aux valeurs par orthodoxie lorsque celles-ci ne participent pas au développement surtout sur une question aussi sensible que celle de la procréation, alors qu'on sait que l'une des ressources essentielles au développement est la ressource humaine. Cependant, le législateur devrait rester très prudent sur ces questions relatives à la manipulation des gamètes et embryons au risque d'une négation de toute éthique et d'une relativisation de la valeur attachée la personne humaine. Le Droit doit prendre de la mesure et de la rigueur. La législation camerounaise sur la PMA est malheureusement incomplète. Il

¹⁷⁰ H. M. MONEBOULOU MINKADA, « Les composantes de l'OHADA à l'épreuve de la systématicité en droit », *Revue de l'ERSUMA*, N° 7, 2017, p.11

¹⁷¹ Cf. M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, pp. 391 et s.

est donc impératif que des réformes interviennent afin de l'améliorer car la PMA n'est pas une simple opération médicale, c'est un enjeu de civilisation et particulièrement les civilisations africaines.

L'AUTEUR EN DROIT D'AUTEUR IVOIRIEN

Adongon Sylvain LAUBOUE

*Docteur en Droit privé
Assistant à l'UFR des Sciences Juridiques
Université Jean Lorougnon GUEDE de DALOA (CÔTE D'IVOIRE)*

ABSTRACT

RÉSUMÉ

L'auteur est traditionnellement le centre de gravité du droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur est fondé sur l'activité intellectuelle d'une personne physique qui est l'auteur. A travers la création d'une œuvre originale, le droit d'auteur accorde au créateur, personne physique des droits patrimoniaux et moraux, et assure sa protection tant au niveau de la création qu'au niveau de l'exploitation de l'œuvre. Toutefois, le constat est que l'auteur est de plus en plus évincé du droit d'auteur. D'une part, cela se matérialise par la protection accordée au détriment de l'auteur, aux personnes morales ou physiques qui ne sont pas des créateurs de l'œuvre et l'apparition de nouvelles œuvres plurales due à Internet. D'autre part, l'intégration des œuvres utilitaires dans le droit d'auteur entraîne l'objectivation de la notion de l'originalité et le recul des prérogatives de l'auteur.

Mots-clés : Auteur, création, originalité, droits d'auteur, protection

The author is traditionally the center of gravity of copyright. Indeed, copyright is based on the intellectual activity of a natural person who is the author. Through the creation of an original work, copyright grants the creator, a natural person, economic and moral rights, and ensures his protection both at the level of creation and at the level of the exploitation of the work. However, the observation is that the author is more and more ousted from copyright. On the one hand, this is materialized by the protection granted to the detriment of the author, to legal or natural persons who are not the creators of the work and the appearance of new plural works due to the Internet. On the other hand, the integration of utilitarian works in copyright leads to the objectification of the notion of originality and the decline of the prerogatives of the author.

Keywords : Copyright, creation, originality, copyright, protection

INTRODUCTION

L'harmonie des relations sociales exige d'évidence un équilibre entre les intérêts individuels, dont sont censées rendre compte les conventions librement consenties. Ces conventions qui font la loi des parties, et l'intérêt général, dont le législateur a pour mission d'assurer la protection, entraîne l'intervention de ce dernier, tantôt à propos de la portée à conférer à certains faits, tantôt dans le cadre du contrat. Ainsi en va-t-il *a fortiori* dans le domaine du droit d'auteur qui par nature procède originairement d'une activité créatrice et culturelle dont la protection s'impose dans l'intérêt des auteurs. La création d'une œuvre constitue un fait juridique. Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit, et ce indépendamment de la volonté des personnes qui bénéficieront de ces effets. A l'instar des textes qui régissent un domaine spécifique du droit, les textes relatifs au droit d'auteur édictent des dispositions ayant valeur de principe et instituent des droits et un certain nombre d'obligations et interdictions, qui s'imposent aux auteurs, aux cocontractants des auteurs et au public¹.

Le système du droit d'auteur est simple : le travail d'une personne physique conduit à la production d'un bien immatériel, la loi lui reconnaît une propriété incorporelle, opposable à tous. Il est clair que le droit d'auteur est de ce fait fondé sur l'activité intellectuelle d'une personne qui est l'auteur. Et le droit d'auteur assure la protection de ce dernier tant au niveau de la création qu'au niveau de l'exploitation de l'œuvre.

La création est une notion déterminante en droit d'auteur. Car un travail intellectuel en amont doit permettre de donner l'existence à une œuvre qui sera saisie par le droit d'auteur. Ce travail intellectuel provient d'une personne appelée l'auteur. Il ressort de cela que l'auteur se trouvant au cœur de la création, mérite d'être bien défini. C'est la raison pour laquelle l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins va définir l'auteur comme la personne physique qui a créé l'œuvre. Il existe un lien fondamental entre l'auteur et son œuvre.

Monsieur Bernard EDELMAN va définir l'auteur selon deux approches. D'une part, il estime que l'œuvre c'est l'auteur-même, la plus belle expression de son être, donc l'œuvre doit être respectée, comme on respecte l'homme qui l'a conçue. D'autre

¹ Daniel BECOURT, « Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins (1^{re} partie) », *LPA 11 oct. 1996*, n° 123, p.4

part, l'œuvre est un « produit » du travail intellectuel de l'auteur : l'œuvre se détache de l'auteur, s'autonomise, comme n'importe quelle chose fabriquée. La qualité d'auteur trouve une réponse dans le rapport institué entre lui et son œuvre².

Il faut observer que la place de l'auteur en tant que personne physique reste centrale dans le système juridique ivoirien : le créateur est nécessairement une personne physique, celle qui a créé l'œuvre. Par conséquent, une création qui n'est pas réalisée par un être humain ne pourrait donc être protégée par le droit d'auteur.

Ainsi, la notion d'auteur est fondée sur la personne physique. Selon cette conception, le droit d'auteur est un droit de la personnalité pouvant uniquement prendre naissance dans le chef d'un individu et non d'une personne juridique en général. La personne morale ne peut acquérir des droits d'auteur précisément les droits patrimoniaux que par cession ou concession.

Par contre, selon la conception anglo-saxonne, il n'y a aucun inconvénient à considérer une personne morale comme auteur. L'identité du véritable créateur n'a pas tellement d'importance. Le droit d'auteur est accordé à celui qui prend l'initiative de la genèse de l'œuvre, à celui qui a procédé à des investissements et a mis

l'œuvre sur le marché, et qui assume les responsabilités financières de l'entreprise³.

Il faut noter que pour justifier la qualité d'auteur attribuée à la personne morale, une partie de la doctrine n'hésite pas à militer pour une « théorie de l'emprunt de la personnalité artistique » au profit de l'auteur personne morale⁴.

L'opinion a un lien avec la controverse sur la nature juridique des personnes morales. Plus précisément, elle procède du courant qui voit dans la personne morale une fiction, une entité qui ne comporte ni corps ni âme (en dehors de ses membres) ne pouvant faire activité créatrice. Ainsi seule la loi peut dire quand la personne morale est susceptible de créer. Et c'est ce qu'elle fait avec l'œuvre collective⁵.

Ainsi, le législateur fait intervenir la personne morale dans la définition de l'œuvre collective en l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins l'œuvre collective en ces termes : « Œuvre collective, l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui la divulgue sous sa direction et sous son nom, et dans laquelle la contribution personnelle

² Bernard EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Coll. Que sais-je, éd. PUF 2008, p.26

³ Jan CORBET, « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », *RIDA*, juill. 1991, p. 61

⁴ Frédéric FOUILLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de la personnalité artistique », *Comm. com. électr.* 2008, étude 24

⁵ Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd. Dalloz 2019, n° 306, p. 315

des divers auteurs participant a son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». En outre, dans le même cadre de l'œuvre collective, le législateur fait référence à la personne morale à l'article 39 de la loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins : « *Les droits d'auteur sur l'œuvre collective appartiennent à la personne physique ou morale à l'initiative et sous la responsabilité de laquelle l'œuvre a été créée et qui la divulgue* ».

C'est la raison pour laquelle des auteurs s'accordent pour reconnaître que plusieurs systèmes coexistent pour déterminer l'auteur. Si une philosophie humaniste du droit d'auteur pose en principe que seule la personne physique peut prétendre à la qualité d'auteur, puisqu'elle seule peut être douée de sensibilité et d'esprit créatif, il faut toutefois admettre que ce n'est là qu'une des conceptions possibles. Opposant à la conception personnaliste une conception économique, les tenants d'une approche essentiellement économique entendent conférer la qualité d'auteur à la personne morale qui a participé à la réalisation de l'œuvre, à quelque degré que ce soit⁶.

⁶ Pierre-Dominique CERVETTI, « La personne morale (encore) évincée de la qualité d'auteur », note sous Cass. 1^{re} Civ, 15 janv. 2015, n° 13-23.566, *RLDI*, 1^{er} avr. 2015, n° 114, p. 7

Ainsi, Monsieur Frédéric FOUILLAND soutient qu'une personne morale peut développer une personnalité artistique propre qui correspondrait à « *l'expression de la synergie des différents animateurs de la société, quel que soit leur positionnement dans la structure sociétaire... Les talents se conjuguent sans qu'ils puissent s'identifier à une quelconque individualité* »⁷.

Pour Madame Alexandra BENSAMOUN, si la personne morale crée, si elle intervient de manière originale dans l'univers des formes, marquant l'œuvre de sa « personnalité », c'est donc logiquement qu'elle devrait recevoir la qualité d'auteur. Ce mouvement répond à la revendication d'un droit d'auteur d'entreprise, plus séduisant, car plus efficace économiquement⁸.

Il n'est plus rare de trouver dans la jurisprudence française des références à la personne morale considérée comme auteur. De nombreuses décisions rendues en matière d'œuvres collectives identifient clairement un processus créatif entre les mains d'une personne morale⁹.

⁷ Frédéric FOUILLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », Op. cit., n°24

⁸ Alexandra BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D. 2013*, 376

⁹ CA Paris, 5 mars 1987, *JCP E 1987. II. 14931*, note Vincent : Les juges parisiens ont indiqué qu'il est démontré que les dessins litigieux « *ont été réalisés dans le respect du style Van Cleef & Arpels en appliquant les codes de la Maison Van Cleef & Arpels ou rattachant les œuvres nouvelles à des*

Ainsi, le législateur ivoirien a entendu adopter des solutions plus favorables à la personne morale qui est à l'origine de la création sans avoir participé effectivement à l'élaboration de l'œuvre : soit en admettant une titularité initiale au profit de l'investisseur à travers la théorie de la personnalité morale, soit en posant des présomptions de cession ou de titularité de droits.

En effet, il ne sert à rien d'avoir un droit si l'on ne peut le prouver. Dès lors, il convient de pouvoir en faire la preuve. La question de la charge de la preuve est réglée par les articles 1315 et suivants du Code civil. En vertu de ces textes, c'est à celui qui émet une prétention d'en faire la preuve. Toutefois, ce principe de la charge de la preuve connaît des exceptions que sont les présomptions légales. Les présomptions légales sont des conséquences que la loi tire d'un fait connu pour déduire un fait inconnu. Le rôle des présomptions légales est essentiellement d'effectuer un déplacement de la charge de la preuve. La

collections préexistantes telles Songe d'une nuit d'été, Bague Violina, Souffle du printemps, Ballerines, Frivole, Trèfles » ; Cass. Com. 15 juin 2010, n° 08-20.999, D. 2011. 2166, obs. P. Sirinelli ; *Comm. com. électr. 2010*, comm. 120, note C. Caron : Dans un arrêt du 15 juin 2010, la Cour de cassation a accueilli l'idée de la « marque » de la société, permettant de qualifier les jardinières d'œuvres de l'esprit ; Cass 1^{re} Civ., 10 mai 1995, n° 93-14.767, RIDA oct. 1995. 291 ; D. 1996. 286 : La première Chambre civile a pu identifier dans un sac réalisé sous l'estampille d'une fameuse marque de luxe « un effort personnel de création » par la société ; Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-13.139, D. 2002 AJ 1551, Obs. J. Daleau : La première Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu que « la qualité et les droits d'auteur appartenaient à la société en cause ».

personne qui bénéficie d'une présomption légale est dispensée de faire la preuve de sa qualité d'auteur ou de titulaire de droit qu'elle invoque. Mais son adversaire peut parfois apporter la preuve contraire dans le cas des présomptions simples¹⁰.

L'auteur une fois identifié, grâce à son œuvre originale, bénéficie des droits patrimoniaux et des droits moraux. Il va s'agir pour le droit d'auteur d'assurer la protection des intérêts économiques de l'auteur et la protection de la personnalité de l'auteur à travers son œuvre.

Relativement aux droits patrimoniaux, il est aisé d'affirmer que l'auteur est propriétaire de son œuvre, indépendamment de son support matériel, parce qu'elle émane de sa personnalité et résulte de son travail intellectuel. Essence de la propriété, le droit d'exclure le tiers des utilités économiques de l'œuvre est protégé par la loi en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit. En conséquence, ce droit ne s'éteint nullement du fait de la publication. Le travail intellectuel de l'auteur confère à ce dernier un droit à rémunération, lequel naît d'un contrat, qui se forme entre lui et

¹⁰ Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction – Biens – Personnes – Famille*, 20^e éd. Sirey, 2018, n° 160 et s., p. 77 et s. ; Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 17^e éd. LexisNexis, n° 463 et s., p. 413 et s. ; Muriel FABRE-MAGNAN et François BRUNET, *Introduction générale au droit*, PUF, n° 270 et s., p. 345 et s.

l'exploitant¹¹. La raison de fond de l'émergence du droit d'auteur est la protection des intérêts de l'auteur, partie faible au contrat qu'il conclut avec un exploitant¹².

Concernant les droits moraux, l'intervention de l'homme dans la création de l'œuvre permet de cerner la notion de création au sein du droit d'auteur. Et elle contribue ainsi à l'émergence de celle de l'œuvre. Il existe un lien fort entre l'auteur et son œuvre qui se manifeste au travers des droits moraux qui sont attribués à l'auteur de l'œuvre. Ce lien entre œuvre et personne physique n'a de sens que dans une culture qui, non seulement donne une place centrale à l'être humain, mais encore tout simplement en reconnaît l'existence¹³.

Cette étude a un intérêt théorique et pratique.

L'intérêt théorique se fonde sur les textes régissant le statut et la protection de l'auteur qui ont connu plusieurs évolutions. En effet, en Côte d'Ivoire, jusqu'en 1978, la matière était régie par la législation française telle que rendue applicable dans les colonies notamment la Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et

artistique. Puis, le législateur ivoirien a édicté la Loi n° 78-634 du 28 juillet 1978 portant protection des œuvres de l'esprit qui a été remplacée par la Loi n° 96-564 du 25 Juillet 1996 relative à la protection des œuvres de l'esprit et aux droits des auteurs, des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes et elle-même remplacée par la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins. Cette loi ne fait que traduire au niveau national, les textes internationaux que sont entre autres l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 révisé en 1999 puis révisé encore le 14 décembre 2015 à Bamako, l'Accord sur les ADPIC, les traités de l'OMPI¹⁴.

L'intérêt pratique de cette étude repose sur l'entrée de nouveaux objets dans le droit d'auteur entraînant la modification de la notion d'originalité et un nouveau processus de création des œuvres avec Internet. Cette situation affecte le statut et la protection de l'auteur.

Dans un premier temps, il est bien certain que l'environnement numérique est porteur d'un autre rapport aux textes, aux images et aux sons et entraîne de nouveaux modes

¹¹ Laurent PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les Cahiers de la justice* 2012/4, n° 4, p.13 et s.

¹² Olivier YACOUB, « L'aménagement contractuel de la création », *Gaz. Pal.* 9 déc. 2003, n°343, p. 9

¹³ Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd. Dalloz 2019, n° 268, p. 302

¹⁴ Pour l'historique du droit d'auteur en Afrique, voir Laurier Yvon NGOMBE, *Le droit d'auteur en Afrique*, L'Harmattan, 2009, n° 13 et s., p. 16 et s. ; Denis BOHOUSOU, « Normes internationales de protection du droit d'auteur », *Actualités Juridiques (AJ)* n°14, p.7 et s.

d'intervention des individus à leur égard¹⁵. Cela apparaît dans la multiplication des blogs, l'essor de l'autopublication en matière de livre, le foisonnement des vidéos et de la musique en ligne, l'explosion de la photographie amateur. Ainsi, les plateformes de partage de vidéos, de musique et de photographies sont portées par un renouveau des pratiques culturelles. Le succès fulgurant de l'encyclopédie en ligne *Wikipédia* et l'avènement d'autres sites collaboratifs comme les plateformes d'écriture participative, où les écrivains « en herbe » peuvent coécrire avec les internautes, sont autant de signes qu'Internet a bien produit une rupture décisive dans l'accès aux moyens de création des œuvres de l'esprit¹⁶. Les œuvres participatives démontrent qu'il existe désormais de nouvelles pratiques de création, d'édition et de lecture. Une économie du participatif se fait naissante, et requière des règles claires pour se développer. Il y a lieu de déterminer les auteurs de ces œuvres dont le processus de création n'avait pas été envisagé par les textes relatifs au droit d'auteur. Il faut noter que ces œuvres participatives n'obéissent pas toujours aux règles des œuvres plurielles traditionnelles car elles peuvent constituer à la fois des œuvres composites, des œuvres

¹⁵ Antoine GALLIMARD, « Le droit d'auteur pour notre temps », Dans *Le Débat* 2016/1 (n° 188), p.4 et s.

¹⁶ Lionel MAUREL, « Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique : Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence », Dans *Mouvements* 2014/3 (n°79), p.100 et s.

de collaboration, des œuvres collectives ou des œuvres audiovisuelles.

Dans un deuxième temps, la qualité d'auteur attachée à la personne humaine semble toutefois être très fragile car le législateur a fait entrer dans le domaine de la protection des catégories de créations utilitaires comme les logiciels ou les bases de données. Cette entrée dans ce domaine du droit d'auteur a créé de réelles perturbations. La légitimité de la protection pour l'auteur revient à prouver que son œuvre est originale. Cette éligibilité à la protection repose sur l'unique critère d'originalité de l'œuvre. Sa définition subjective est intimement liée à la personnalité du créateur. Or, les récentes législations en matière de droit d'auteur tendraient à s'en détacher dès lors qu'elles abordent la question des nouvelles créations utilitaires et celles issues du numérique¹⁷.

C'est sous une pression énorme aujourd'hui que l'identification et la protection de l'auteur s'écrivent et se réécrivent, car il n'est possible d'ignorer des phénomènes tels que le développement de la technique et les nouvelles technologies, les investissements importants pour la création

¹⁷ Florence-Marie PIRIOU, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », Dans *Diogène* 2001/4 (n°196), p.119 et s.

des œuvres, qui obligent à reconsidérer des règles traditionnelles¹⁸.

L'auteur qui était l'élément central du droit d'auteur est aujourd'hui de plus en plus évincé du droit d'auteur. Le législateur ivoirien transforme le droit d'auteur qui devient de plus en plus un droit des exploitants du droit d'auteur. Cette nouvelle réalité a des conséquences sur l'identification et la protection de l'auteur.

Dans un premier temps, au niveau de l'identification de l'auteur, il faut observer que l'extension de la qualité d'auteur aux personnes morales qui ne sont pas des êtres humains, a entraîné le débat sur l'extension de cette qualité d'auteur aussi, aux machines et aux animaux.

L'acquisition de connaissances et l'apprentissage autonome qui caractérisent les machines à savoir les intelligences artificielles actuelles, et plus encore celles à venir, obligent à considérer différemment leurs productions artistiques et à leur réserver, sans doute, une place particulière¹⁹. C'est dans cette logique que l'octroi de la personnalité juridique aux machines c'est-à-dire à l'intelligence artificielle ou au robot, a pu être proposé

par certains auteurs²⁰. Plus modestement, la discussion tourne généralement autour de la question de savoir si les machines dites intelligentes peuvent, ou non, être reconnues créatives. Et l'on voit souvent affirmer que, dès lors que les machines créent comme des humains, rien ne justifierait qu'on leur refuse cette capacité de création et la qualité d'auteur. Ce même débat a concerné aussi les animaux qui sont des êtres vivants et qui mettraient en œuvre un processus créatif.

Dans un deuxième temps, concernant la protection de l'auteur, il est non seulement affirmé le caractère d'« œuvre littéraire » de la base de données et du programme d'ordinateur, noyau dur du logiciel mais aussi leur protection au titre du droit d'auteur. Cela est venu réactiver le débat sur la notion de l'originalité. L'on assiste à l'objectivation de l'originalité qui était initialement fondée sur une approche subjective, à travers la création intellectuelle propre à son auteur. Le reflet de la personnalité ne ressurgit plus dans la nouvelle définition légale de l'originalité.

En outre, il y a un recul des prérogatives de l'auteur des créations techniques à qui est soumis un régime dérogatoire du droit commun. En effet, en ce qui concerne spécifiquement les programmes d'ordinateur, les droits patrimoniaux sont

¹⁸ Pierre-Yves GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. Intell. janv. 2015*, n° 54, p. 10 ; Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Op. cit, n° 17, p. 30

¹⁹ Guillem QUERZOLA, « Aiva, premier compositeur de musique artificiel(le) ? », *RLDI*, 1^{er} juill. 2017, n° 139

²⁰ Voir en ce sens, Alain BENSOUSSAN, « Droit des robots : science-fiction ou anticipation ? », *D. 2015*, p.1640

dévolus de manière automatique à l'employeur ou au client et les droits moraux sont profondément limités. Ainsi, le droit de retrait et le droit au respect de l'œuvre sont refusés au créateur de ces œuvres utilitaires.

Si les conflits se produisent, c'est que des catégories qui semblent au départ clairement délimitées apparaissent aujourd'hui de plus en plus floues. Aussi, plus que des vides dans le dispositif, ces conflits mettent en lumière l'absence de critères nets de définition des catégories, et au-delà tout le caractère subjectif d'un système qui, pour constituer un cadre de coordination, devrait s'avérer objectif²¹.

Le système du droit d'auteur définit ex ante les règles du jeu applicable pour la création et pour la diffusion des œuvres. Il définit les règles de rétribution des investisseurs et il définit les règles de coopération des créateurs. Le droit d'auteur reconnaît des prérogatives d'ordre patrimonial et moral à l'auteur de l'œuvre et assure la défense des intérêts de l'auteur.

Toutefois, face à la diversité des situations singulières, le cadre de coordination général apparaît donc intrinsèquement instable. Il se traduit par de nombreux conflits. Il est impérieux dans le cadre de cette étude de s'interroger sur la pertinence et la cohérence des règles sur lesquelles repose le statut de l'auteur.

²¹ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, éd. PUF 2002, p. 167

Il est clair que la menace sur la notion d'auteur et ses prérogatives n'est pas tellement constituée par le progrès technique, mais par les revendications émanant des nouveaux groupes d'intérêts qui ont été engendrés par ce progrès. Ces groupes d'intérêts exploitent les techniques développées et désirent protéger leurs risques industriels et financiers²².

L'espace de l'auteur devient donc un laboratoire du conflit. Les contradictions s'y exposent entre l'émotion et la réflexion, mais aussi entre des pouvoirs, des intérêts, des ambitions qui se partagent la scène et s'affrontent en coulisse. A l'autorité, tous les acteurs du conflit réclament contradictoirement la protection et la liberté. A l'instar des autres pays, la Côte d'Ivoire subit des mutations douloureuses qui n'épargnent pas l'auteur.

La situation de l'auteur semble de crise en crise. Mais au-delà des tensions ponctuelles, comment synthétiser la situation générale ayant un impact sur l'identification et la protection de l'auteur et quelles perspectives peut-on tracer pour l'avenir de l'auteur dans le cadre du droit d'auteur ?

Le premier axe de recherches se fonde sur l'auteur, personne physique et créateur qui constitue le centre de gravité du droit

²² Jan CORBET, « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », Op. cit., p.75

d'auteur. Il bénéficie de ce fait d'un régime renforcé.

Dans une première approche, il est loisible de constater que le législateur a placé l'auteur au cœur de la création de l'œuvre. La prise en compte de l'intervention humaine permet de cerner la notion de création au sein du droit d'auteur. Il résulte de cela l'exclusion de l'animal et de la machine pour admettre uniquement que le créateur est obligatoirement une personne humaine. Il faut retenir qu'il n'y a pas d'œuvre sans personne humaine. L'auteur est en outre au cœur de l'exploitation de l'œuvre.

Dans une deuxième approche, le législateur a placé l'auteur au cœur de l'exploitation de l'œuvre. L'attribution de la qualité d'auteur au créateur personne physique, impose de bien distinguer la qualité de titulaire de droits sur l'œuvre. *Ab initio*, la qualité d'auteur se confond avec la qualité de titulaire originel des droits : l'auteur est le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre qu'il a créée. Mais par la suite, une dissociation partielle peut légitimement s'opérer. La qualité d'auteur est indissolublement attachée à la personne du créateur. Mais, il peut d'une part, céder tout ou partie des droits patrimoniaux sur l'œuvre à un exploitant et d'autre part, après sa mort, ses héritiers vont devenir titulaires des droits sur son œuvre²³. Quand

bien même les prérogatives du droit d'auteur passent aux héritiers ou cessionnaires, il n'en reste pas moins que c'est l'intérêt de l'auteur, qu'il soit d'ordre économique ou moral, qui apparaît comme le centre de gravité du droit d'auteur. Ainsi, l'auteur est au cœur de l'exploitation de l'œuvre car il bénéficie d'une protection dans le cadre de la gestion contractuelle des droits d'auteur et dans le cadre de la dévolution successorale des droits d'auteur. En définitive, l'auteur personne physique, s'inscrivant au cœur de la création et au cœur de l'exploitation, est l'élément central du droit d'auteur. Toutefois, cet acquis semble être remis en cause à travers le fait que l'auteur personne physique et créateur, est de plus en plus évincé du droit d'auteur.

Le deuxième axe de recherches met en évidence le fait que l'auteur est de plus en plus évincé du droit d'auteur.

D'une part, cette situation d'éviction de l'auteur du droit d'auteur est soutenue par l'existence de difficultés liées à l'acte de création dans les œuvres participatives. Cela met en relief la complexification de l'identification de l'auteur qui transparaît aussi dans la confusion faite entre la qualité d'auteur et la qualité de titulaire de droits d'auteur dans le cadre des œuvres collectives. Cette situation défavorable à l'auteur s'aggrave avec le développement technique qui favorise le recul de la protection de l'auteur.

²³ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, coll. Corpus (Sous la Dir. de N. Molfessis), éd. Economica 2005, n° 251, p. 187

D'autre part, c'est par le biais du droit d'auteur que le législateur ivoirien protège les programmes d'ordinateur et les bases de données. Les notions du droit d'auteur sont étirées à l'extrême pour y accueillir les programmes d'ordinateur et les bases de données, qu'il s'agisse de la notion d'œuvre de l'esprit ou encore de celle d'originalité.

A ce niveau des difficultés se posent et affectent le régime de protection de l'auteur. Ainsi, l'intégration des programmes d'ordinateur et de la base de données dans le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires, entraîne la remise en cause de la notion d'originalité qui est désormais définie par une approche objective. En outre, cette situation occasionne d'abord l'affaiblissement du lien entre l'auteur et son œuvre. Ensuite, elle provoque la dénaturation des prérogatives de l'auteur, se matérialisant par la dévolution légale des droits patrimoniaux et la réduction du droit moral de l'auteur. Enfin, elle fait naître des droits dans le patrimoine des investisseurs ou promoteurs.

De tout ce qui précède, le constat est que l'orthodoxie de la vision civiliste du droit d'auteur dont l'auteur est le centre de gravité, cède progressivement du terrain face aux exigences de la vie des affaires. L'évolution de la société ne pouvait que conduire à écorner progressivement les

principes classiques du droit d'auteur fondés sur la protection des intérêts de l'auteur. Il n'est plus possible de contester, aujourd'hui, que certaines règles du droit d'auteur, obéissent, au moins en partie, à la loi du marché. Ces règles privilégient les intérêts des investisseurs et promoteurs. Il est aisé d'en constater la réalité, plus délicat d'en mesurer les effets sur le statut juridique de l'auteur afin de proposer des solutions.

Ainsi, il s'agira dans le cadre de cette étude de montrer que l'auteur est un acteur essentiel du droit d'auteur, au régime juridique renforcé (I). Toutefois l'auteur est de plus en plus évincé du droit d'auteur (II).

I- L'auteur, un acteur essentiel du droit d'auteur, au régime juridique renforcé

Le droit d'auteur est fondé sur l'activité créatrice intellectuelle d'une personne qui est l'auteur. Il faut observer que la place de l'auteur en tant que personne physique reste centrale dans le système juridique ivoirien. L'auteur, personne physique et créateur, constitue le centre de gravité du droit d'auteur. Il bénéficie de ce fait d'un régime juridique renforcé.

C'est l'intérêt de l'auteur, qu'il soit d'ordre économique ou moral, qui apparaît comme l'objectif essentiel du droit d'auteur. Le droit d'auteur reconnaît des prérogatives d'ordre patrimonial et moral à l'auteur de l'œuvre et assure la défense des intérêts de l'auteur. La loi protège à la fois la personnalité de l'auteur à travers l'œuvre

qui en émane et qui l'exprime, et les intérêts économiques de cet auteur, c'est-à-dire son droit à tirer profit de sa création.

Il ressort de cela que l'auteur est un acteur essentiel du droit d'auteur qui bénéficie d'un régime juridique renforcé. Ainsi, le droit d'auteur nous révèle que l'auteur est au cœur de la création de l'œuvre (A) et au cœur de l'exploitation de l'œuvre (B).

A- L'auteur au cœur de la création de l'œuvre

La création est une notion primordiale en droit d'auteur. Car un travail intellectuel en amont doit permettre de donner l'existence à une œuvre qui sera saisie par le droit d'auteur. Ce travail intellectuel provient d'une personne appelée l'auteur. La personnalité attendue et identifiée dans l'œuvre est celle d'un créateur, personne physique. Il faut reconnaître que la notion de création renvoie à la conscience et à la créativité, autant de qualités humaines qu'une machine et un animal ne peuvent avoir. De ce fait, la qualité d'auteur admet la personne physique et exclut les machines et les animaux.

C'est la raison pour laquelle le législateur ivoirien inscrit l'auteur au cœur de la création de l'œuvre au travers de la définition donnée à l'auteur. Il affirme que l'auteur est une personne physique (1) et il met en exergue l'acte de création qui est le

fondement de l'identification de l'auteur (2).

1- L'auteur, une personne physique, clairement affirmé par le législateur

Le législateur affirme clairement que l'auteur est une personne physique aux termes de l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins. Toutefois, l'intervention des animaux et des machines dans le processus de création de certaines œuvres pose des difficultés concernant la détermination de l'auteur, qualité réservée aux personnes physiques. Il ressort de cela une impossibilité d'attribuer des droits d'auteur à des animaux et à des machines car ils n'ont pas de personnalité juridique.

La première approche impose d'exclure de la qualité d'auteur les animaux. Les animaux étant des êtres vivants, peut-on considérer que lesdits animaux mettent en œuvre un processus créatif ? Ce qui suppose d'ailleurs de savoir par rapport à quel modèle cette appréciation doit se faire. Le législateur ivoirien au travers de l'article 528 du code civil, affirme que les animaux sont des meubles par nature²⁴. Par conséquent, les animaux ne jouissant toujours pas de la personnalité juridique, il

²⁴ Article 528 du code civil ivoirien : « *Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées* »

est bien difficile dans ces conditions de les reconnaître comme des auteurs.

Le juge ivoirien n'a pas encore eu à se prononcer directement sur un tel problème. L'on peut se référer à la jurisprudence américaine. Amenés à se prononcer sur la protection d'une photographie réalisée par un singe macaque, les juges américains ont soutenu que les textes du *Copyright Act*, et la jurisprudence se réfèrent exclusivement à des auteurs personnes humaines²⁵.

En France, le législateur par la loi du 16 février 2015 a inséré un nouvel article 515.14 dans le Code civil en ces termes : « *Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.* » L'introduction de cette nouvelle disposition en France marque, du moins d'un point de vue théorique, une rupture avec l'ordonnement juridique antérieur. Selon madame Caroline

²⁵ Voir OMPI Magazine, sept. 2014 sur www.wipo.int : En l'espèce, un photographe a laissé son appareil photo sans surveillance dans un parc national d'Indonésie, un singe macaque s'empare de l'appareil photo et prend une série de clichés, dont plusieurs autoportraits. Les images paraissent en l'état dans un journal en ligne. Qui est l'auteur de ces photos ? Une association de défense des animaux « *People for the Ethical Treatment of Animals (PETA)* » a assigné le photographe animalier pour la contrefaçon des photographies réalisées par ce singe macaque. Les juges citent notamment l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730, 737 (1989) : « La règle générale est que l'auteur est la partie qui crée l'œuvre, c'est-à-dire la personne qui traduit une idée sous une forme d'expression tangible éligible à la protection par copyright ».

REGAD²⁶, l'animal n'est plus défini « par nature » comme un bien meuble ou un bien immeuble par destination. Une catégorie nouvelle d'être vivant et sensible est reconnue. C'est la raison pour laquelle cette dernière propose de faire évoluer le statut juridique de l'animal en attribuant la personnalité juridique aux animaux au sein d'une nouvelle catégorie de personnes : la personne physique non-humaine. Toutefois, si la notion de l'animal a connu une évolution en France, le régime des biens lui est toujours applicable. Par conséquent l'animal est un bien et non une personne.

La deuxième approche impose d'exclure de la qualité d'auteur les machines. Aujourd'hui les machines apprennent et l'on annonce une intelligence artificielle « forte » qui serait de nature à faire naître une sorte de conscience de soi en se rapprochant du raisonnement humain de telle sorte qu'on devrait atteindre un « point de singularité » au-delà duquel les intelligences artificielles prendrait le relais des intelligences humaines et le pas sur ces dernières²⁷. En effet, les machines réalisent des compositions musicales, rédigent des poèmes, des écrits tels que des contrats ou encore des articles de presse, etc. Il existe une interaction entre l'homme et la

²⁶ Caroline REGAD, « La personnalité juridique de l'animal », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} mars 2021, n° 311, p.18-46

²⁷ Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Op. cit., n° 113, p. 143 et s.

machine, mais elle ne concerne pas la création elle-même : l'humain met la machine en capacité de créer, lui donne les instructions pour qu'elle produise un résultat²⁸.

Il faut pour cela, supprimer le lien avec le créateur personne physique. Cette adaptation pourrait être réalisée par les juridictions qui, à nouveau, délaisseraient la conception personnaliste du droit d'auteur pour intégrer les produits de l'Intelligence artificielle au sein des œuvres de l'esprit originales²⁹. Pour sa part, Monsieur Jacques LARRIEU³⁰ estime que la créativité n'est pas l'exclusivité du cerveau humain et qu'il est possible d'aller un peu plus loin et de s'affranchir de toute référence à un « input humain » dans la création. Il n'y a pas de raison selon cet auteur, de penser que le minimum de créativité auquel on peut souhaiter subordonner l'intervention du droit d'auteur ne puisse pas être satisfait par un robot agissant seul.

Toutefois, réfutant cette thèse, l'on est d'avis avec Messieurs Michel VIVANT et

Jean-Michel BRUGUIÈRE³¹ qui estiment que ce serait jouer avec les mots que de prétendre qu'il suffirait de reconnaître à un robot une personnalité juridique pour qu'il devienne cette personne dont le droit d'auteur traditionnel recherche l'empreinte. D'abord, la machine n'est envisagée que comme un outil, certes perfectionné, mais incapable de susciter l'originalité par elle-même, la démarche créative restant l'apanage de l'humain³².

Ensuite, Il faut souligner l'absence de conscience des machines intelligentes. La notion de création renvoie à la conscience, à la créativité, autant de qualités humaines qu'une machine, aussi sophistiquée soit-elle, même dotée de réseaux de neurones, ne peut avoir.

Enfin, la personnification des machines troublerait surtout gravement les catégories juridiques en donnant vie à une chimère, mi-personne mi-chose, à la fois sujet de droit et objet de droit. Une telle chimère, sans intérêt identifié, va pervertir la *summa divisio* des personnes et des choses et la hiérarchie, qui correspond à un ordre de valeur, entre les unes et les autres³³.

²⁸ Alexandra MENDOZA-CAMINADE, « Création et intelligence artificielle : la protection par le droit d'auteur en voie de légitimation ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 169, 1^{er} avril 2020, p.3 et s.

²⁹ Alexandra MENDOZA-CAMINADE, « Création et intelligence artificielle : la protection par le droit d'auteur en voie de légitimation ? », Op. cit., p.3 et s.

³⁰ Jacques LARRIEU, « Le robot et le droit d'auteur », *Mélanges Lucas*, LexisNexis, 2014, p.474

³¹ Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Op. cit., n° 113, p. 143 et s

³² Guillem QUERZOLA, « Aiva, premier compositeur de musique artificiel(le) ? », Op. cit., n° 139

³³ Alexandra BENSAMOUN et Grégoire LOISEAU, « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », *D. IP/IT*, 2017, p. 239

En définitive, les animaux et les machines ne peuvent être qualifiés d'auteur car étant juridiquement des meubles par nature ou des choses. Ils ne peuvent créer au sens du droit d'auteur, à défaut d'intervention de l'être humain. Cette position a été consolidée par le législateur ivoirien en l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins qui soutient que l'auteur est une personne physique. Par conséquent, cela impose d'exclure de la qualité d'auteur, l'animal et la machine pour admettre l'être humain qui seul peut être créateur.

2- L'acte de création, fondement de l'identification de l'auteur

L'intervention de l'homme qui caractérise la création doit se matérialiser dans une forme pour pouvoir être appréhendée par le droit d'auteur. La création désigne un fait juridique, c'est-à-dire un événement qui produit des effets juridiques. Son effet le plus immédiat est de faire naître un droit de propriété ayant pour objet un bien immatériel à l'égard du créateur. La création est alors envisagée comme une activité humaine à l'origine des droits d'auteur³⁴. Donc, l'acte de création est le fondement de l'identification de l'auteur. Ainsi, pour identifier l'auteur, il faut avoir recours à l'acte de création.

³⁴ Arnaud LATIL, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, Lextenso-Éditions, Bibliothèque de Droit privé, 2014, n° 9, p. 4

D'abord, l'acte créateur est l'objet de la liberté de pensée et de la liberté d'expression. Ces deux libertés sont garanties par l'article 19 de la Constitution ivoirienne n° 2016-886 du 8 novembre 2016 modifiée par la loi constitutionnelle n° 2020-348 du 19 mars 2020³⁵.

Cet acte créateur affirme la liberté de création artistique et littéraire qui est garantie par la Constitution ivoirienne en son article 24³⁶.

Dans le domaine littéraire, l'idée a besoin du langage, donc d'une forme, pour s'exprimer et arriver à la plénitude de sa vie, qui passe par l'échange intellectuel et la communication³⁷.

Pour qu'une œuvre de l'esprit soit protégée par le droit d'auteur, il faut qu'elle soit matérialisée. Selon une formule bien connue, les idées sont de « libre parcours ». Cela signifie qu'une idée, quelle qu'en soit l'originalité ou la valeur, n'est pas protégeable par le droit d'auteur. La condition de matérialisation permet de faire le départ entre la simple idée et l'œuvre de

³⁵ Article 19 de la Constitution : « *La liberté de pensée et la liberté d'expression, notamment la liberté de conscience, d'opinion philosophique et de conviction religieuse ou de culte, sont garanties à tous. Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement ses idées* »

³⁶ Article 24 de la Constitution : « *La liberté de création artistique et littéraire est garantie* »

³⁷ Philippe LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.*, févr. 2001, chron. n° 4, p. 8

l'esprit, seule susceptible de donner prise au droit d'auteur³⁸.

Ensuite, la création implique une activité humaine consciente. Il y a de ce fait l'exigence de la conscience. Celle-ci exclut-elle du champ de la protection les créations conçues par les incapables ?

La paralysie des droits sur les réalisations de l'*infans* relève du raisonnable. Il en sera de même pour les aliénés. La Cour de cassation française semble l'avoir imposé, excluant la spontanéité du giron du droit d'auteur³⁹.

L'intervention créatrice est bien celle d'un homme, fût-il incapable et, même si l'idée contraire est défendue, le fait que cet homme n'ait pas toujours la conscience, ou la pleine conscience, de la création faite ne change pas substantiellement les choses. Il ne s'agit pas de savoir si la personne est juridiquement capable. Il s'agit de savoir si elle a la capacité de créer au sens de produire ce qui va être reconnu comme une œuvre. Or tel est bien le cas. L'œuvre en quelque sorte révèle ici l'artiste. Sauf à nier son humanité, on ne saurait prétendre que l'amointrissement de ses facultés mentales

le rend incapable de percevoir le geste qui est le sien⁴⁰.

Enfin, le créateur devient propriétaire de son œuvre. Par le lien qu'elle établit entre une personne et une chose, l'appropriation confère à celle-ci une qualité particulière : d'être propre à celle-là. Marquée de l'empreinte de la personnalité de son propriétaire, l'œuvre quels qu'en soient le genre, la valeur, la destination, le mode ou la forme d'expression⁴¹, devient une propriété de celui-ci, sur laquelle il dispose des prérogatives⁴². La loi protège le produit de l'effort créatif en conférant au créateur un certain nombre de prérogatives liées à la jouissance de sa création immatérielle. En outre, la loi met à sa disposition une action spécifique destinée à assurer la défense des droits qu'elle lui confère : l'action en contrefaçon⁴³.

Une fois créé, l'œuvre de l'esprit donne prise à deux systèmes juridiques distincts : le droit d'auteur, qui régit la propriété

³⁸ Bernard EDELMAN, « Création et banalité », *D.* 1983, chron. 73

³⁹ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, « Etre et avoir », *RIDA* 2009, n° 220, p. 261, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2008. 3009 ; *RTD com.* 2009. 128, obs. F. Pollaud-Dullian ; Alexandra BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : « qui trop embrasse mal étreint » », *D.* 2010, p. 2919

⁴⁰ Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Op. cit., n° 113, p. 143 et s.

⁴¹ Article 5 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins

⁴² Article 11 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins : « *L'auteur de toute œuvre originale jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par la présente loi. La protection par le droit d'auteur est acquise dès la création de l'œuvre, même si celle-ci n'est pas fixée sur un support matériel. Les droits d'auteurs sont des droits mobiliers...* »

⁴³ Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2007, n° 471, p. 148

incorporelle de l'œuvre, et le droit de propriété classique, qui en régit la propriété corporelle fondée sur l'article 544 du Code civil⁴⁴. Le principe de distinction des propriétés corporelle et incorporelle de l'œuvre est posé par l'article 11 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins selon lequel « ... *La propriété incorporelle définie par l'alinéa 1^{er} du présent article est indépendante de la propriété de l'objet matériel sur lequel l'œuvre est fixée, gravée ou dans lequel l'œuvre est incorporée, en totalité ou en partie* ». L'auteur est propriétaire de son œuvre, indépendamment de son support matériel, parce qu'elle émane de sa personnalité et résulte de son travail intellectuel⁴⁵.

Le principe de l'indépendance entre la propriété incorporelle d'une œuvre et la propriété de son support matériel rappelle que le simple fait d'être propriétaire du support matériel n'emporte pas cession des droits d'auteur. Cela se justifie par le fait que l'œuvre objet de propriété de son auteur, n'est pas son support. Si elle se concrétise dans un support pour sa création ou sa diffusion, elle ne s'y restreint pas. L'œuvre a une existence propre et cette

⁴⁴ Article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements* ».

⁴⁵ Laurent PFISTER, Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique, *Op. cit.*, n° 4, p.13 et s.

existence est immatérielle⁴⁶. Cela a été confirmé par la jurisprudence française⁴⁷.

En somme, l'auteur est une personne physique et un créateur. La prise en compte de l'intervention humaine permet de cerner la notion de création au sein du droit d'auteur. Il faut retenir qu'il n'y a pas d'œuvre sans personne humaine. C'est pour cela que l'animal et la machine sont exclus pour admettre uniquement que le créateur est obligatoirement une personne humaine. L'auteur est placé ainsi au cœur de la création de l'œuvre. Il est en outre au cœur de l'exploitation de l'œuvre.

B- L'auteur au cœur de l'exploitation de l'œuvre

L'auteur bénéficie d'une protection dans le cadre de l'exploitation de son œuvre.

D'abord, il faut noter que la loi protège les droits patrimoniaux et les droits moraux de l'auteur de son vivant.

D'une part, la protection des droits patrimoniaux repose sur l'existence d'un

⁴⁶ Christel SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Coll. du CEIPI, éd. LexisNexis Litec, 2010, n° 60, p. 65

⁴⁷ Cass. 1 Civ., 19 mai 2021, 20-11.121, www.legifrance.gouv : Par un arrêt du 19 mai 2021, la première Chambre civile de la Cour de cassation française a affirmé que la propriété incorporelle sur une œuvre est indépendante de la qualité de propriétaire du support matériel de celle-ci, et a rejeté le pourvoi d'un co-auteur de planches originales de bandes dessinées formé sur le fondement des articles L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle et 2276 du Code civil ; Voir aussi Carine BERNAULT, « La destruction du support d'une œuvre par son propriétaire peut constituer une atteinte aux droits de l'auteur », note sous CA Limoges, 30 mars 2011, n° 10/00172, *LEPI mai 2011*, n° 6, p.2

formalisme contractuel et la primauté de la jouissance des droits patrimoniaux sur les contrats de louage d'ouvrage ou de service portant sur l'œuvre.

D'autre part, le législateur assure la protection de la personnalité de l'auteur à travers les droits moraux.

Ensuite, il faut observer qu'à la mort de l'auteur, la dévolution successorale des droits d'auteur repose sur la nécessité de préserver la personnalité de l'auteur exprimée dans son œuvre.

Ainsi, l'auteur est au cœur de l'exploitation de l'œuvre car il est protégé dans le cadre de la gestion contractuelle des droits d'auteur (1) et dans le cadre de la dévolution successorale des droits d'auteur (2).

1- La protection de l'auteur dans la gestion contractuelle des droits d'auteur

Dans le cadre de la gestion contractuelle des droits d'auteur, la loi protège à la fois les intérêts économiques de l'auteur, c'est-à-dire son droit à tirer profit de sa création et la personnalité de l'auteur à travers l'œuvre qui en émane et qui l'exprime.

Dans une première approche, le législateur protège les droits patrimoniaux de l'auteur à savoir le droit de reproduction, le droit de location, de prêt et de distribution, le droit de représentation et le droit de suite, conformément à l'article 16 de la Loi n°

2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins.

D'une part, il faut noter que cette intervention du législateur pour protéger les auteurs s'inscrit dans le cadre des contrats d'exploitation des droits d'auteur⁴⁸. Les articles 56 et 57 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins assurent la protection des droits patrimoniaux de l'auteur. En effet, le contrat d'exploitation des droits d'auteur doit être constaté par écrit à peine de nullité. Et il doit préciser le domaine d'exploitation des droits cédés quant à leur étendue, leur lieu et leur durée d'exploitation, ainsi que la rémunération de l'auteur. En outre, la cession par l'auteur de l'un quelconque de ses droits patrimoniaux n'emporte pas celle de l'un ou des autres droits. Enfin la portée du contrat est limitée aux modes d'exploitation prévus expressément.

D'autre part, l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits patrimoniaux qui appartiennent à ce dernier. C'est la partie faible en l'occurrence l'auteur, qui bénéficie de la protection du législateur. Le système actuel

⁴⁸ Les contrats généraux sont la cession et la concession du droit d'exploitation régis par l'article 55 et suivants de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins. Les contrats particuliers sont le contrat de production audiovisuelle, le contrat de représentation, le contrat d'édition régis à l'article 63 de ladite Loi

a le mérite de concilier cet esprit de protection de l'auteur et le libéralisme économique. L'objectif est de protéger la partie faible tout en laissant du champ à la négociation contractuelle, ce qui constitue le meilleur moyen d'arriver à un certain équilibre⁴⁹.

Dans une deuxième approche, le législateur assure la protection de la personnalité de l'auteur à travers les droits moraux. Le droit d'auteur est un délicat équilibre entre des intérêts antagonistes : ceux des créateurs, ceux des investisseurs ou exploitants et ceux du public. Tous ne sont pas sur le même plan et le droit moral est la consécration de la prépondérance des intérêts des auteurs. L'objectif est de protéger la personnalité de l'auteur dévoilée à l'occasion de la création et par la divulgation de son œuvre. L'auteur dispose, en effet, aux côtés de ses droits patrimoniaux, de droits moraux qui lui permettent de bénéficier, outre la possibilité de revendiquer la paternité de sa création, du droit de divulgation, du droit au respect de son œuvre et de s'opposer à toute utilisation pouvant porter atteinte à son honneur ou sa réputation.

⁴⁹ Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Ombres et lumières sur le droit d'auteur des salariés », *JCP G* 1999- I- 150 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.* 2000, p.273 ; Voir aussi Ingrid ZAFRANI, « Créations d'auteurs salariés : à qui appartiennent les droits de propriété intellectuelle? », *Gaz. Pal* 21 déc. 2006, n°355, p.30 ; Olivier YACOU, « L'aménagement contractuel de la création », *Gaz. Pal.* 9 déc. 2003, n° 343, p.9

Les caractères des droits moraux sont énumérés par l'article 12 de la Loi n° 2016-555 de 2016 sur le droit d'auteur et les droits voisins, selon lequel les droits moraux de l'auteur sont « *attachés à la personne (...), perpétuels, inaliénables et imprescriptibles* ». La nature des droits moraux est celle d'un droit de la personnalité qui est largement admise par la doctrine⁵⁰.

L'intégration des droits moraux dans la catégorie des droits de la personnalité fait clairement ressortir la limitation que ces droits imposent à la liberté d'autrui. Cet aspect résulte de la fonction première de tout droit de la personnalité : protéger chaque individu pris en tant qu'entité humaine isolée. Tout droit de la personnalité est donc, de par sa fonction, un facteur de limitation de la liberté d'autrui. Comme les droits moraux de l'auteur constituent des droits de la personnalité, ils participent aussi de ce phénomène.

Les droits moraux de l'auteur, étant notamment selon l'article 12 « *attachés à sa personne* », privilégient le lien entre l'auteur et son œuvre. Ce lien est si fort que le législateur ivoirien a fait en sorte que

⁵⁰ Pierre HENAFF, « Le droit moral de l'auteur décédé : menace pour la liberté d'expression et la création artistique (1^{re} partie) », *LPA* 20 juill. 1999, n° 143, p.17 ; Théo HASSLER, « La crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA* 7 déc. 2004, n° 244, p.3 ; Pierre-Yves GAUTIER, *Précis de propriété littéraire et artistique, Droit fondamental*, PUF, 3^e éd., 1999, n° 119 ; Gérard CORNU, *Droit civil*, t. I, Précis Domat, 1999 ; Gilles GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1997 ; Edouard SILZ, « La notion juridique de droit moral de l'auteur », *RTD civ.* 1933, p. 331

l'auteur ne puisse se séparer de ses droits moraux ou y renoncer par contrat, ou que ces droits ne soient ni prescrits ni limités dans le temps.

Que les œuvres soient appliquées à l'industrie ou conçues dans le cadre d'un contrat de travail ou d'entreprise ou dans le cadre d'une commande ou en qualité de fonctionnaire ou agent de l'Etat, ne change rien. L'œuvre dévoilant la personnalité de l'auteur, la loi le protège et lui reconnaît des droits moraux. Comme tous les droits de la personnalité, les droits moraux sont indisponibles et ne peuvent être cédés⁵¹.

Les droits moraux donnent à l'auteur la faculté après la divulgation de son œuvre au public de veiller à ce qu'elle ne soit pas dénaturée, ni mutilée. Les droits moraux de l'auteur permettent de s'opposer aux actes inopportuns des exploitants ou à certaines revendications des titulaires de droits voisins⁵².

⁵¹ Christophe ALLEAUME, « La titularité des droits d'auteur des salariés de droit privé (régime général) », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} avril 2006, n° 147 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Op. cit., n° 269, p. 195 ; Voir aussi Virginie CHARDIN, « Le contrat de commande de l'œuvre audiovisuelle », *D. 1997*, chron. 202

⁵² Ainsi, le fait d'ajouter sans autorisation une musique à un film muet (*Le Kid* de Charlie Chaplin) a pu être considéré – par principe – comme une atteinte au droit au respect puisque « la musique d'accompagnement d'un film, lorsqu'elle est insérée dans une bande, agit d'une façon certaine et directe sur la sensibilité du spectateur dont elle est susceptible, ainsi que le dit le tribunal, de transformer profondément les impressions » : Voir CA Paris, 29 avr. 1959, JCP G 1959, II, n° 11134, D. 1959, jur., p. 402, note Lyon-Caen G. et Lavigne P., RTD com. 1960, p. 350, obs. Desbois H., Gaz. Pal. 1959, 1, jur., p. 264, note Combaldieu) : « *Le fait d'insérer, sans le consentement de Charlie Chaplin, une musique originale dans un film dont il est notoirement l'auteur, suffit à constituer une atteinte*

Il résulte de cela que même en cas de cession des droits patrimoniaux de l'auteur permettant l'exploitation de l'œuvre, la personne qui exploite l'œuvre doit toujours respecter les droits moraux de l'auteur. Ainsi l'atteinte aux droits moraux de l'auteur constitue la contrefaçon qui est sanctionnée tant sur le plan civil que sur le plan pénal. Il en est de même à la mort de l'auteur dans le cadre de la dévolution des droits d'auteur.

2- La protection de l'auteur dans la dévolution successorale des droits d'auteur

Selon l'article 54 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, « *Le droit d'auteur est transmissible par succession* ». Le législateur ivoirien organise cette dévolution en faisant la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits moraux de l'auteur.

Concernant les droits patrimoniaux, l'article 47 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, soutient qu'au décès de l'auteur, les droits patrimoniaux persistent au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent.

caractérisée à son droit moral » ; Voir également CA Versailles, 28 janv. 1999, RG : 1996-3895, RLDA 2000/04, n° 332, D.1999, jur., p.89 : Panneaux de Vasarely dans la salle à manger de la direction de la régie Renault, réaménagée en bureaux et dissociant les tableaux, or le contrat de vente présentait l'ensemble comme indivisible

Il faut noter que la transmission des droits patrimoniaux se fait sur le fondement des règles de droit commun⁵³.

Relativement aux droits moraux, le même article 47 souligne que les droits moraux de l'auteur sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles et ils persistent à l'expiration des droits patrimoniaux. La solution du caractère perpétuel des droits moraux énoncé par ledit article, peut surprendre dans la mesure où l'article 12 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, proclame l'attachement du droit moral à la personne de l'auteur. En tant que droits de la personnalité, les prérogatives du droit moral sont attachées à la personne de l'auteur et devraient, par conséquent, s'éteindre avec lui à sa mort. L'on peut souligner que la dévolution successorale des droits moraux de l'auteur d'une œuvre de l'esprit est axée autour de la transmission du lien qui unit l'auteur à son œuvre à travers le temps. Toute la complexité de la dévolution successorale des droits d'auteur repose sur la nécessité de préserver la personnalité de l'auteur exprimée dans son œuvre. Perpétuel, le droit moral doit être exercé après la mort de l'auteur. La reconnaissance du caractère perpétuel du droit moral achève de placer

⁵³ Voir Delphine MARTIN, « La transmission des droits d'auteur », *LPA 12 sept 2012*, n° 183, p.81 ; Voir aussi Jean-Michel Olivier, « La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux », *Deffrénois 15 oct. 2001*, n° 19, p. 1098

l'auteur, personne physique au centre du droit d'auteur.

Par exception à la règle de principe que les droits extra-patrimoniaux sont normalement intransmissibles, les droits moraux ont vocation à être transmis indéfiniment, de génération en génération, compte tenu de leur caractère perpétuel. A la mort du créateur, les droits moraux de l'auteur ne disparaissent pas. Il est nécessaire de pouvoir s'opposer à toute dénaturation de l'œuvre même après la disparition de son créateur puisque l'œuvre demeure le reflet de la personnalité de l'auteur.

Après le décès de l'auteur, les droits moraux *post mortem* exercés par les ayants droit continuent de limiter la liberté d'autrui à la frontière de la sphère intime d'un auteur mort. Un ayant droit peut, grâce auxdits droits moraux *post mortem*, s'opposer à ce qu'un auteur vivant s'immisce dans la zone artistique d'un auteur mort⁵⁴.

La motivation de certaines décisions françaises témoigne de cet objectif et de la place fondamentale qu'il convient de réserver au droit moral même après la mort de l'auteur⁵⁵.

⁵⁴ Pierre HENAFF, « Le droit moral de l'auteur décédé : menace pour la liberté d'expression et la création artistique (1^{re} partie) », *LPA 20 juill. 1999*, n° 143, p. 17

⁵⁵ CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombat : L'éditeur ne peut davantage apporter des retouches à une œuvre d'art plastique ou photographique illustrant un livre sans avoir obtenu l'accord de l'auteur de l'œuvre. Ainsi, la réduction du format d'une photographie dans de mauvaises conditions techniques constitue une méconnaissance du droit moral de l'auteur, de même que la suppression d'une partie d'une photographie. TGI Paris, 29 mars 1990, Société Bull, JCP N 1989, II, p.

En définitive, Le droit d'auteur tire son fondement sur l'œuvre d'esprit créée par l'auteur, personne physique excluant de ce fait les machines et les animaux. Après la création, l'auteur exerce des droits moraux et des droits patrimoniaux sur son œuvre dont la finalité est de permettre une exploitation protectrice. Ainsi, le droit d'auteur inscrit au cœur de la création et au cœur de l'exploitation, l'auteur personne physique. Toutefois, cet acquis semble être remis en cause car l'auteur est de plus en plus évincé du droit d'auteur.

II- L'auteur de plus en plus évincé du droit d'auteur

La qualité d'auteur est revendiquée par plusieurs personnes physiques ou morales, qui fait que le droit d'auteur est tiraillé par des logiques contraires. C'est désormais un lieu commun de l'affirmer ! *Personnaliste, humaniste* ou *naturaliste* dans son fondement idéologique, le droit d'auteur est aujourd'hui également profondément *économique*⁵⁶. Cette tendance est due à l'orientation du droit d'auteur vers les nouvelles technologies et l'investissement. Elle plonge l'auteur au

cœur du marché en mettant plus l'accent sur l'œuvre en tant que bien économique. Cette situation fait intervenir dans le droit d'auteur, des acteurs qui ne sont pas des créateurs d'une part et d'autre part, des acteurs qui ne sont pas des personnes physiques. Ce phénomène confère une autre dimension au droit d'auteur affectant la qualité d'auteur en tant que personne physique créateur, les conditions de sa protection et ses prérogatives.

Le constat est que l'auteur personne physique créateur est de plus en plus évincé du droit d'auteur. Cela se matérialise à travers la complexification de l'identification de l'auteur dans les œuvres plures (A) et le recul de la protection de l'auteur favorisé par le développement technique (B).

A- La complexification de l'identification de l'auteur dans les œuvres plures

L'identification des auteurs dans le cadre des œuvres plures, repose sur la qualification de cette œuvre plure d'œuvre composite, ou d'œuvre collective ou encore d'œuvre de collaboration. Cela permettra donc aux auteurs d'être titulaires des droits d'auteur et de pouvoir les exercer. Toutefois, il faut noter que l'identification de l'auteur dans les œuvres plures est complexe : il existe des difficultés liées à l'acte de création concernant les nouvelles œuvres plures

278, obs. Edelman, *RD imm.* 1989, p. 357, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : Est également une atteinte au droit moral de l'auteur toute dénaturation de son œuvre originale comme l'apposition d'une enseigne sur une façade extérieure avec transformation de l'intérieur d'une verrière.

⁵⁶ Pierre-Dominique CERVETTI, « La personne morale (encore) évincée de la qualité d'auteur », Note sous Cass. 1^{re} Civ, 15 janv. 2015, n° 13-23.566, *RLDI*, 1^{er} avr. 2015, n° 114, p.7

(1) et la confusion entre la qualité d'auteur et la qualité de titulaire de droits (2).

1- Les difficultés liées à l'acte de création

Les difficultés liées à l'acte de création concernent les œuvres participatives qui sont de nouvelles pratiques de création, d'édition et de lecture. Connue du monde de l'art contemporain, l'œuvre participative s'est répandue depuis plusieurs années grâce à Internet. La création n'est plus l'affaire d'une seule personne, mais plutôt d'une pluralité de personnes qui apportent leurs contributions à l'œuvre initialement créée. La création du présent devient un collage infini des créations passées⁵⁷. Les œuvres participatives mettent en avant l'association au processus de création, réduisant la distance entre participants et professionnels. Même si les professionnels en sont les concepteurs, s'ils l'animent et en sont les maîtres d'œuvre, rien n'empêche qu'une création protégée par le droit d'auteur soit coréalisée avec les participants⁵⁸. C'est le cas des plateformes d'écriture participative, où les écrivains en herbe peuvent coécrire avec les internautes, du site Wikipédia et autres.

⁵⁷ Edouard TREPPOZ, « La création participative : un créateur anonyme ? », Dans *L'identité, un singulier au pluriel*, (sous la Dir. de Blandine MALLET-BRICOUT et Thierry FAVARIO), éd. Dalloz 2015, p. 10 et s.

⁵⁸ Xavier DAVERAT, « L'« œuvre participative » en droit d'auteur », Dans *L'Observatoire* 2012/1 (n° 40), p.38 et s.

Les dispositifs des œuvres participatives délèguent une part de responsabilité de la création aux contributeurs successifs. Les occasions et possibilités accrues de réutilisations ou d'exploitations secondaires et de rajout de contributions ont révélé ou rendu plus sensibles des incertitudes ou difficultés relatives à l'identification des différents auteurs parmi les intervenants à l'acte de création de l'œuvre participative. La qualité d'auteur des différents acteurs et contributeurs ainsi que la titularité des droits d'auteur est en jeu.

Il faut au préalable retenir que les personnes mentionnées dans la création participative sont donc présumées être des auteurs, à charge pour celui qui le conteste de prouver le contraire. Autrement dit, les œuvres participatives qui citent les noms de ceux qui ont collaboré à la réalisation les désignent juridiquement comme auteurs. Si ce n'est pas le cas, ils peuvent revendiquer cette qualité. Or, la manière dont les réalisations sont présentées par les opérateurs culturels dévoile une appropriation de paternité par ces derniers. En effet, dans la plupart des cas, le constat est que celui qui initie le projet se prévaut de la qualité d'auteur et c'est son seul nom qui apparaît sur son site Internet. Se révèle alors le caractère particulier de ces réalisations qui sont des œuvres plurales mais plutôt considérées par le concepteur comme sa réalisation personnelle en dépit

des interventions des autres contributeurs. L'identification des autres participants en qualité d'auteur s'avère difficile. Il s'agit alors d'identifier les auteurs à travers leur apport respectif dans l'acte de création de l'œuvre, au cas où leurs noms ne figurent pas sur le site Internet du promoteur de l'œuvre participative. Il faudrait que les participants successifs démontrent qu'ils ont participé à l'acte de création à travers une contribution originale. Ainsi, par exemple, le fait d'ajouter des dates et des faits sur Wikipedia n'est en aucun cas protégé par le droit d'auteur, les données factuelles étant de libre parcours. Si la contribution de l'internaute est originale, se pose alors la question du traitement par le droit de cette contribution élément d'une contribution plus vaste, l'encyclopédie Wikipedia⁵⁹. Une œuvre peut être protégée si elle est originale même si elle n'est pas originelle. C'est la raison pour laquelle les œuvres dérivées sont protégées. C'est le cas des arrangements et adaptations. Pour avoir la qualité d'auteur, il faudrait rechercher l'originalité de l'apport du créateur second⁶⁰.

Aussi, lorsque l'emprunt à une œuvre du passé se situe au-delà du champ du droit d'auteur à savoir aux œuvres du domaine

ou aux éléments non originaux, la liberté est le principe excluant dès lors toute mention de l'œuvre première et donc de sa paternité. Ainsi, seule une reprise des éléments de forme originaux de l'œuvre première dans une œuvre seconde s'analyse en une œuvre composite exigeant dès lors l'accord de l'auteur de l'œuvre première. Toute contribution des utilisateurs n'a pas nécessairement vocation à être protégée par le droit d'auteur.

Le mode de création des œuvres participatives est aujourd'hui problématique car il heurte les principes du droit d'auteur régissant les auteurs des œuvres plurales fondées sur la classification entre œuvre collective et œuvre de collaboration. La détermination des auteurs des œuvres participatives s'avère délicate dans l'environnement numérique⁶¹.

Une œuvre participative peut être une œuvre collective. Selon l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, « *Est collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans*

⁵⁹ Edouard TREPPOZ, « La création participative : un créateur anonyme ? », Op. cit.

⁶⁰ Denis BOHOUSSOU, Note sous Cour suprême ivoirienne, Chambre judiciaire, Arrêt n°598 du 8 décembre 2005 : Toure Aboubacar c/ SICOA, *Actualités Juridiques (AJ) 2007*, n°54, p.93 et s.

⁶¹ Lionel MAUREL, « Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique : Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence », Dans *Mouvements 2014/3 (n° 79)*, p.100 et s.

l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». L'œuvre participative est ainsi créée de manière itérative par des apports successifs sur des contributions communément partagées sur Internet. Le promoteur de l'œuvre participative fait primer au détriment des autres auteurs créateurs la qualification de l'œuvre collective. La qualification de l'œuvre collective suppose que deux conditions soient conjointement réunies. L'œuvre doit avoir été créée à l'initiative et sous la direction d'un promoteur et il doit y avoir fusion des contributions empêchant l'attribution de droits distincts aux participants. Cette qualification juridique postule une appropriation de l'œuvre par celui qui en est l'instigateur et le réalisateur, du fait de l'emprise qu'il a sur le projet⁶². C'est la raison pour laquelle le législateur accorde la titularité des droits d'auteur sur l'œuvre à ce promoteur en l'article 39 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, en ces termes : « *Les droits d'auteur sur l'œuvre collective appartiennent à la personne physique ou morale à l'initiative et sous la responsabilité de laquelle l'œuvre a été créée et qui la divulgue* ».

⁶² Xavier DAVERAT, « L'« œuvre participative » en droit d'auteur », Dans *L'Observatoire* 2012/1 (n° 40), p.38 et s.

Il y a de ce fait une perte d'identité des autres participants créateurs qui s'oppose à une autre catégorie d'œuvre plurale, l'œuvre de collaboration définie à l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, comme « *l'œuvre à la création de laquelle ont concouru deux ou plusieurs auteurs, que ce concours puisse être individualisé ou non* ». Les créateurs conservent ici leur individualité, à charge pour eux de s'entendre pour se répartir les droits et agir d'un commun accord pour les exercer. La collaboration peut relever d'un genre unique (un texte) ou de genres différents (paroles et musique d'une chanson, textes et dessins de bande dessinée). Tous les créateurs sont des coauteurs et possèdent concurremment des droits sur cette œuvre selon l'article 38 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Mais, rien n'empêche qu'un participant soit considéré comme un auteur principal, ce qui correspond à la situation du professionnel, animateur de la session, qui imprime une personnalité dominante sur l'ensemble dans le cas de l'œuvre participative.

En définitive, la question de la détermination des auteurs se pose tout particulièrement dans le cas des œuvres participatives. Il est difficile de faire la distinction entre œuvre collective et œuvre

de collaboration, d'où découle une différence de régime quant à la détermination des auteurs et à la titularité et l'exercice des droits d'auteur. L'objectif de l'initiateur de l'œuvre participative est d'avoir la qualité d'auteur en vue d'être titulaire de tous les droits sur l'œuvre au détriment des autres contributeurs qui pourraient avoir la qualité d'auteur. Il existe de ce fait des difficultés liées à l'acte de création dans les œuvres participatives. Cela met en relief la complexification de l'identification de l'auteur qui transparait aussi dans la confusion faite entre l'auteur et le titulaire de droits d'auteur.

2- La confusion entre la qualité d'auteur et la qualité de titulaire de droits

L'attribution de la qualité d'auteur et de la titularité des droits est une question importante, car tous les systèmes de droit ne la traitent pas de la même façon. Certaines législations investissent des droits sur l'œuvre, dès l'origine, à d'autres personnes que l'auteur personne physique créateur et même à des personnes morales, qui, titulaires de tous les droits *ab initio*, se voient assimilées à des auteurs. Telle est la conception du droit américain.

Le législateur ivoirien admet que la titularité des droits d'auteur puisse revenir d'emblée à une personne morale ou à une personne physique, en présence d'une œuvre collective au sens de l'article 39 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016

L'auteur en droit d'auteur ivoirien

relative aux droits d'auteur et aux droits voisins en ces termes : « *Les droits d'auteur sur l'œuvre collective appartiennent à la personne physique ou morale à l'initiative et sous la responsabilité de laquelle l'œuvre a été créée et qui la divulgue sous son nom* ».

Dans un premier temps, il faut constater le déplacement de la protection au profit des promoteurs et au détriment des créateurs. Cela se manifeste de manière exagérée par l'attribution non justifiée de la qualité d'auteur au promoteur de la création. Cette situation se faisant au détriment des véritables créateurs de l'œuvre, a pour but de simplifier la gestion des droits d'auteur en permettant aux promoteurs personnes physiques et morales de mieux rentabiliser leurs investissements.

Il va s'en dire que tous les promoteurs vont rechercher la qualification de l'œuvre collective en vue d'être titulaires des droits d'auteur. Or, l'usage immodéré de ce régime a pour conséquence de remettre en question le statut de l'auteur, personne physique créateur. L'acte économique devenant l'élément principal pour déclencher la protection permet de modifier la source du droit d'auteur. Ainsi, le promoteur, personne physique ou morale qui n'est pas le créateur de l'œuvre, est investi des droits d'auteur. Il ressort de cela que le promoteur se trouve encouragé à investir dans la création car il tirera le

meilleur parti d'un statut juridique qui rentabilisera au mieux son investissement⁶³.

Il faut remarquer que le législateur ivoirien confère à la personne physique ou morale qui est le promoteur de l'œuvre, un rôle matériel et intellectuel. Toutefois, il n'attribue en aucune façon à ce promoteur un rôle de création littéraire ou artistique.

Dans un deuxième temps, une personne morale ne peut être investie de droits sur l'œuvre que dans deux cas : soit parce que l'auteur les lui a cédés ; soit parce que l'œuvre rentre dans une catégorie spécifique, dérogatoire et critiquable, celle des œuvres collectives⁶⁴.

La qualification d'œuvre collective permet à la personne morale de devenir titulaire *ab initio* des droits d'auteur sur l'œuvre, sans cession ni autorisation de la part des créateurs dès lors qu'il s'agit de l'œuvre prise dans son ensemble. Il faut mettre l'accent sur le caractère exceptionnel de l'œuvre collective, et sur le fait que l'activité génératrice d'une œuvre collective s'inscrit dans un cadre bien déterminé. Sortie de cette activité, la personne morale n'est plus investie des droits de l'auteur.

Toutefois, il reste à définir la nature et l'étendue des droits de l'auteur qui sont transmis. Si la dévolution légale des droits

⁶³ Florence-Marie PIRIOU, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », Dans *Diogène* 2001/4 (n°196), p.119 et s.

⁶⁴ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Op. cit. n° 251, p. 187

patrimoniaux ne pose pas de problème, ce n'est pas le cas en ce qui concerne celle des droits moraux. La dévolution légale des droits moraux sur l'œuvre collective paraît moins évidente lorsque l'initiateur est une personne morale. En effet, dans ce cas, la réalisation d'une œuvre est toujours le fait de personnes physiques et les droits moraux sont attachés à la personne de l'auteur : perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. Pourtant, il faut bien relever qu'aucun auteur personne physique ne peut revendiquer les droits moraux attachés à l'œuvre collective⁶⁵ puisque sa participation se limite à une contribution parmi d'autres sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé, conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

Le promoteur, personne morale, divulgue l'œuvre sous son nom, lors de sa première communication au public. Il n'est donc pas investi d'un droit de divulgation. Le droit de divulgation appartient bien à chacun des contributeurs. Le promoteur n'a donc pas le pouvoir de définir unilatéralement le champ publicitaire de l'œuvre collective⁶⁶.

⁶⁵ Jean-Daniel BOUHENIC, « L'œuvre collective – enjeux et définition », dans CUERPI, *L'entreprise et la titularité des droits de propriété intellectuelle*, (sous la Dir. Jean-Michel BRUGUIERE), Dalloz 2015, p.47 et s.

⁶⁶ Suhail HADDADIN, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Thèse Poitiers 2008, n°222 et s., p.209 et s.

Il est nécessaire de clarifier la question de la titularité des droits. En France, par exemple, le statut de l'œuvre collective a suscité un contentieux extrêmement important entre journalistes et organes de presse à propos de la mise en ligne des journaux⁶⁷.

Dans le cadre de l'exercice de sa profession, le journaliste est évidemment amené à créer régulièrement des œuvres de l'esprit à savoir des articles, photographies, reportages audiovisuels, etc. Le journaliste est un auteur cela ne fait aucun doute. Dans le cas où le journaliste participe à une œuvre qualifiée de collective, l'éditeur de presse est alors investi des droits d'auteur. Les droits d'auteur sur la première utilisation dans le journal appartiennent à l'employeur selon l'article 42, alinéa 4 de la loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Toutefois, l'article 42, alinéa 4 précise que « *l'auteur de l'article de presse dispose d'un droit exclusif sur les utilisations ultérieures de son œuvre* ». Il ressort de cela qu'au-delà de l'exploitation des articles de presse dans le cadre de l'œuvre collective que constituerait le journal, le journaliste conserve le droit d'autoriser ou non une nouvelle publication et/ou une publication dans une autre revue ou sur un autre support (Internet). Le droit d'auteur établit donc une solution de continuité entre

⁶⁷ Voir Pierre SIRINELLI, « L'évolution juridique du droit d'auteur », Dans *Réseaux* 2001/6 (n° 110), p.42 à 59

l'analogique et le numérique qui repose sur un principe fort : la numérisation est une nouvelle publication, une nouvelle exploitation de l'œuvre, qui doit faire l'objet d'un assentiment explicite, éventuellement assorti d'une rémunération⁶⁸.

L'auteur de l'article de presse dispose d'un droit exclusif sur les utilisations ultérieures de son œuvre. L'auteur journaliste n'est donc, comme le souhaiteraient les défenseurs acharnés de l'œuvre collective, ni dépouillé, ni même dépossédé de tous ses attributs d'auteur⁶⁹. Toutefois, les parties sont cependant libres de déroger à cette disposition en convenant, par contrat, des conditions spécifiques à la republication des œuvres, notamment sur un nouveau support de diffusion.

Par ailleurs, il faut noter une formulation ambiguë de l'article 39 qui confond la qualité d'auteur avec celle de titulaire de droits d'auteurs dans l'œuvre collective. Cet article est en contradiction avec l'article 1^{er} de la même loi qui affirme que l'auteur est une personne physique. Pour résoudre ce problème, il est nécessaire de réaffirmer le rôle de la création dans la chaîne des droits et distinguer la qualité d'auteur de celle de titulaire de droits d'auteur. Cela permettra d'aboutir au fait que la personne

⁶⁸ Marin DACOS, Pierre MOUNIER, « Le droit d'auteur à l'épreuve du numérique », Dans *L'édition électronique* 2010, p.8 et s.

⁶⁹ Frédérique OLIVIER, Éric BARBRY, « Les journalistes et l'Internet », Dans *LEGICOM* 1997/2 (n° 14), p.49 et s.

morale n'est pas l'auteur mais est plutôt investie de certains droits de l'auteur personne physique créateur de l'œuvre. Il faut donc mettre fin à l'amalgame entre la présomption de titularité opposable au défendeur en contrefaçon, liée à l'exploitation de l'œuvre, qui, celle-là, peut être invoquée par une personne morale, et la présomption de qualité d'auteur qui est relative exclusivement à la personne physique créateur de l'œuvre.

Par conséquent, nous partageons la position de Monsieur Henri DESBOIS qui soutient que « *Puisque les droits d'auteurs naissent dans la personne et dans le patrimoine du créateur, il faut exclure du cercle des auteurs les personnes morales car il est impossible de supposer qu'une société ait imaginé et composé une œuvre de l'esprit* »⁷⁰.

En somme, l'auteur personne physique créateur, est de plus en plus évincé du droit d'auteur. Cela se matérialise à travers la complexification de l'identification de l'auteur dans les œuvres plurales d'une part et d'autre part, la confusion entre la qualité d'auteur et la qualité de titulaire de droits d'auteur dans les œuvres plurales. Cette situation défavorable à l'auteur s'aggrave avec le développement technique qui

favorise le recul de la protection de l'auteur.

B- Le recul de la protection de l'auteur favorisé par le développement technique

Le développement technique a favorisé l'arrivée des bases de données et des logiciels constitués des programmes d'ordinateur. C'est donc par le biais du droit d'auteur que le législateur ivoirien protège les programmes d'ordinateur et les bases de données. Les notions du droit d'auteur sont étirées à l'extrême pour y accueillir les programmes d'ordinateur et les bases de données, qu'il s'agisse de la notion d'œuvre de l'esprit ou encore de celle d'originalité.

A ce niveau des difficultés se posent et affectent le régime de protection de l'auteur. Ainsi, l'intégration des programmes d'ordinateur et de la base de données dans le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires, entraîne la remise en cause de la notion d'originalité (1) et la dénaturation des prérogatives de l'auteur (2).

1- La remise en cause de la notion d'originalité

L'originalité est considérée comme la pierre angulaire du droit d'auteur. Le droit d'auteur à la différence du *copyright*, est tout entier construit sur une conception personnaliste. L'œuvre est la projection

⁷⁰ Henri DESBOIS, *Cours des propriétés littéraire, artistique et industrielle*, 1960-1961, Cours de droit, p. 58

même de l'auteur. Dès lors si l'œuvre est protégée, c'est parce que l'auteur y est présent et, en ce sens, l'originalité ne peut être que subjective. L'œuvre, c'est l'auteur. Et l'originalité, c'est l'empreinte même de la personnalité de l'auteur⁷¹.

L'article 9 de l'ancienne Loi n° 78-634 du 28 juillet 1978 portant protection des œuvres de l'esprit, puis l'article 10 de l'ancienne Loi n° 96-564 du 25 Juillet 1996 relative à la protection des œuvres de l'esprit et aux droits des auteurs, des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes qui la succède, ont défini l'œuvre originale comme « *une œuvre qui, dans ses éléments caractéristiques et dans sa forme, ou dans sa forme seulement, permet d'individualiser son auteur* »

Il faut retenir que les deux anciennes lois n'avaient pas encore admis comme œuvre littéraire et artistique la base de données et surtout le programme d'ordinateur qui fut intégré à l'article 6 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins en ces termes : « *Sont considérées comme des œuvres au sens de la présente loi les créations intellectuelles dans le domaine littéraire et artistique, notamment : les œuvres écrites, notamment les livres, les brochures, les*

⁷¹ Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Op. cit., n° 257 et s., p.259 et s.

articles et autres écrits littéraires, artistiques ou scientifiques, y compris les programmes d'ordinateur; ... ». Dans le cadre des programmes d'ordinateur, comme dans celui de l'invention, seul le résultat compte et la personnalité du créateur n'a aucune importance. Pourtant pour pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur, il faut que le programme d'ordinateur satisfasse à la condition de l'originalité. Confronté à ce problème, le législateur ivoirien a adapté la notion d'originalité de telle sorte que le programme d'ordinateur y soit intégré à travers l'article 1^{er} de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins. Il est acquis que l'originalité ne peut plus se définir par la seule référence à la personne du créateur. Du traditionnel critère de « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* », nous sommes passés à celui de « *création intellectuelle propre à son auteur* » issu des créations utilitaires à savoir les programmes d'ordinateur et les bases de données. La conception personnaliste de l'originalité, a cédé le pas à une conception utilitariste. L'objectivation de la protection ouvre la voie à un élargissement de celle-ci, en particulier aux programmes d'ordinateur, sans référence à la personnalité de l'auteur⁷².

⁷² André BERTRAND, « Droit d'auteur et protection des logiciels : une clarification qui sème le trouble ? », Note sous CJUE Gr. Ch, 2 mai 2012, Aff. C-406/10 SAS Institute Inc./ World Programming Ltd., Concl. Y. Bot, 29 novembre 2011, *RLDI 1^{er} juill. 2012*, n° 73

L'intégration du programme d'ordinateur dans la catégorie des œuvres littéraires et artistiques répond surtout à la volonté de protéger l'investissement que requiert leur production. Mais cela altère la condition traditionnelle de l'originalité et tend à discréditer le droit d'auteur en affaiblissant ou coupant le lien avec l'auteur personne physique. Souplesse et adaptation ne doivent pas signifier transformation⁷³.

Toutefois, la difficulté réside dans le caractère flou de la définition de l'originalité. L'étendue exacte de cette protection n'est pas très claire. Ce manque de clarté est une source d'insécurité, aussi bien pour l'auteur du programme d'ordinateur qui entend protéger sa création, que pour les auteurs de programmes d'ordinateur comparables, qui risquent d'être qualifiés de contrefacteurs. Ces incertitudes fragilisent la réglementation en vigueur et ravivent la question de l'aptitude du droit d'auteur à protéger efficacement les programmes d'ordinateur⁷⁴.

La question de la protection offerte au créateur des programmes d'ordinateur doit donc se poser à propos de ses lignes de codes, de son interface visuelle, de ses

fonctionnalités, de ses algorithmes, de son langage de programmation, du format du fichier qu'il utilise⁷⁵.

Il est admis que la créativité du programme d'ordinateur est du domaine de la technique et sa protection par conséquent ne peut donc pas relever du droit d'auteur. En intégrant le programme d'ordinateur dans le droit d'auteur, le droit d'auteur dégénère en une sorte de droit commun de la propriété intellectuelle, applicable à tout ce qui n'appartient pas spécifiquement à l'un des autres domaines. Le risque est de devoir assouplir le droit d'auteur afin qu'il soit adapté à cette nouvelle mission. Il est évident que les œuvres littéraires, musicales et plastiques traditionnelles en feront les frais. Dans la mesure où le droit des brevets ne donnerait pas davantage satisfaction pour saisir les programmes d'ordinateurs, ce qui semble être le cas, la solution la plus plausible devrait être la création d'un droit spécifique. Le droit d'auteur ne peut être détourné de sa fonction propre qui est la

⁷³ Laurent PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », Op. cit., n° 4, p.13 et s. ; André Lucas et Pierre Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* 1993. I. 3681

⁷⁴ André BERTRAND, « Droit d'auteur et protection des logiciels : une clarification qui sème le trouble ? » Op. cit.

⁷⁵ CJUE Gr. Ch, 2 mai 2012, Aff. C-406/10 SAS Institute Inc./ World Programming Ltd., Concl. Y. Bot, 29 novembre 2011, note André BERTRAND, *RLDI* 1^{er} juill. 2012, n° 73 : La Cour de justice de l'Union européenne a précisé le critère qui permet de déterminer si des formes d'expression d'un programme d'ordinateur ou des travaux préparatoires sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur. Pour bénéficier d'une telle protection, ces éléments doivent permettre la reproduction ultérieure du programme. La Cour considère ainsi que les fonctionnalités d'un programme, le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituant pas des formes d'expression d'un programme, ils ne peuvent être protégés par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur au sens de ladite Directive

protection de l'auteur à travers ses œuvres littéraires et artistiques, c'est-à-dire des œuvres originales marquées de la personnalité de l'auteur⁷⁶.

En somme, l'auteur est de plus évincé du droit d'auteur à cause du développement de la technique qui pose des problèmes au droit d'auteur. Le risque du succès du droit d'auteur est qu'il serve d'accueil ou de modèle à la protection de toutes sortes d'objets et d'intérêts qui lui sont étrangers. L'efficacité du droit d'auteur fait naître la tentation de le faire déborder hors de son cadre naturel pour s'en servir comme instrument de protection de toutes sortes d'investissements immatériels et non plus pour couvrir des créations originales reflétant la personnalité de l'auteur. C'est le cas avec l'intégration des programmes d'ordinateur dans le droit d'auteur, qui en plus de l'objectivation du critère de l'originalité, entraîne aussi la dénaturation des prérogatives de l'auteur.

2- La dénaturation des prérogatives de l'auteur

La conception civiliste du droit d'auteur établit un lien très fort entre le créateur, personne physique, et son œuvre. Ce lien explique plusieurs particularités de la protection par un droit d'auteur. Il s'agit principalement de l'existence, à côté des

⁷⁶ Jean CORBET, « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », *RIDA*, juill. 1991, p. 75

prérogatives patrimoniales assurant une exclusivité sur les utilités économiques de la création, de prérogatives extrapatrimoniales ou droits moraux dont la finalité est de protéger, à travers l'œuvre, la personnalité de son auteur. Toutefois, l'intégration du programme d'ordinateur et de la base de données dans le droit d'auteur entraîne une dénaturation des droits patrimoniaux et des droits moraux de l'auteur.

Dans un premier temps, le principe de titularité des droits patrimoniaux sur les programmes d'ordinateur et des bases de données relève d'un régime dérogatoire du droit commun d'auteur par lequel les droits patrimoniaux des créateurs de programmes d'ordinateur et de la base de données sont dévolus de manière automatique à l'employeur ou au client.

En effet, l'existence ou la conclusion d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise emporte dérogation à la règle classique de jouissance des droits patrimoniaux par l'auteur du programme d'ordinateur et de la base de données⁷⁷. Ce n'est plus la partie faible en l'occurrence l'auteur, qui bénéficie de la protection du législateur mais plutôt l'employeur ou le

⁷⁷ Article 42 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins : « *Les droits patrimoniaux sur une œuvre, autre qu'un programme d'ordinateur ou une base de données créée par un auteur employé en exécution d'un contrat de travail ou d'entreprise, appartient à l'auteur, sauf convention contraire* ».

client en application de l'article 43 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins en ces termes : « *Les droits patrimoniaux sur un programme d'ordinateur ou sur une base de données créée par un auteur employé en exécution soit d'un contrat de travail, soit d'un contrat d'entreprise appartiennent à l'employeur ou au maître de l'ouvrage, sauf convention contraire* ». Ainsi, lorsque l'employé crée un programme d'ordinateur ou une base de données en exécution des obligations découlant de son contrat de travail, ses droits patrimoniaux sont dévolus automatiquement à l'employeur. De ce fait, il ne pourra prétendre à aucune indemnité ou rémunération supplémentaire. Il en est de même pour l'entrepreneur ou le prestataire de service à l'égard du client dans le cadre du contrat d'entreprise.

Dans un deuxième temps, l'auteur du programme d'ordinateur bénéficie de droits moraux considérablement réduits, voire presque inexistant comparativement au droit commun d'auteur⁷⁸.

Le législateur conscient de l'inadaptation du droit au respect de l'œuvre concernant le programme d'ordinateur l'a naturellement

fortement atténué. Le droit au respect de l'œuvre est fortement édulcoré, sinon réduit à néant, puisque le créateur ne peut pas s'opposer à l'adaptation de son œuvre. En effet, l'utilisateur légitime est en droit d'étudier le programme d'ordinateur et de le décompiler à des fins d'interopérabilité, c'est-à-dire de le démonter pour comprendre comment il fonctionne. Cela s'explique par le fait que le programme d'ordinateur est un outil. Il requiert une mise à jour et une adaptation aux besoins de l'utilisateur, incompatible avec le droit au respect de l'œuvre. C'est la raison pour laquelle le législateur va faire fi du droit au respect de l'œuvre et consacrer ici un droit au profit de l'utilisateur à travers l'article 31 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins en ces termes : « *La personne ayant le droit d'utiliser un programme d'ordinateur peut faire une copie de sauvegarde pour préserver l'utilisation du programme d'ordinateur. Il ne peut être dérogé à cette prérogative par contrat. L'utilisateur légitime d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation de l'auteur, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme d'ordinateur, lorsqu'il effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du programme d'ordinateur qu'il est en*

⁷⁸ Article 12 de la Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins : « *Les droits moraux prévus au présent chapitre sont attachés à la personne de l'auteur. Ils sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. Les droits moraux sont : le droit à la paternité et au respect de l'œuvre, le droit de divulgation, le droit de repentir ou de retrait et le droit d'accès* »

droit d'effectuer ». Ce texte amoindrit considérablement le droit moral du créateur du programme d'ordinateur, car l'auteur ne peut pas s'opposer à la modification du programme d'ordinateur effectuée par le cessionnaire des droits patrimoniaux. L'auteur du programme d'ordinateur ne peut que difficilement en limiter la possibilité d'étude par un licencié, ce dernier fut-il un concurrent et cette décompilation serait-elle mise en œuvre aux fins de copier ensuite certaines de ses fonctionnalités⁷⁹.

Il faut retenir aussi que le droit de retrait, ou droit de repentir, est totalement paralysé en matière de programme d'ordinateur. L'auteur d'un programme d'ordinateur ne peut pas non plus exercer son droit de repentir ou de retrait. En matière de programme d'ordinateur, seul reste véritablement entier le droit de paternité. L'auteur d'un programme d'ordinateur voit donc le droit moral qui lui échoit adapté. Par conséquent les prérogatives morales autres que le droit au nom, n'ont aucun

⁷⁹ Cour de cassation française, Chambre civile 1, 3 mai 2018, Arrêt disponible sur Légifrance : « *Mais attendu que la société 3DSoft n'a pas précisé quels étaient les éléments du programme d'ordinateur TSM, à leur stade de conception préparatoire qu'elle incriminait, en dehors de la reprise de ses interfaces graphiques, sur lesquelles portaient les développements de ses écritures. Et attendu qu'après avoir exactement retenu que les interfaces graphiques étaient exclues du champ de la protection du droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur, la cour d'appel a estimé que la société 3DSoft n'établissait pas la reprise d'éléments protégés par ce droit ; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de rejet des demandes fondées sur une rétro-ingénierie destinée à reconstituer le matériel préparatoire* »

fondement dans le domaine des programmes d'ordinateur. L'auteur bénéficie d'un droit moral réduit au droit à la paternité. Cela sous-entend qu'il suffit que le nom de l'auteur soit mentionné sur l'écran de l'ordinateur lors de la mise en route du programme d'ordinateur, pour que ce droit soit respecté. De fait, il ne reste plus à l'auteur comme en matière de brevet, que le droit à la paternité.

Ainsi, le régime du droit moral du créateur du programme d'ordinateur connaît des adaptations. Dès lors, avec l'introduction du programme d'ordinateur dans le droit d'auteur et du régime qui lui est applicable, il faut admettre que le droit moral change de visage : il ne sert plus à protéger l'auteur à travers son œuvre ou l'expression d'une personnalité. Mais, il protège l'investissement donc l'œuvre prise en elle-même, détachée, en quelque sorte, de la personne de l'auteur⁸⁰.

CONCLUSION

En somme, l'auteur est défini comme la personne physique créatrice de l'œuvre et demeure le centre de gravité du droit d'auteur. Aussi, compte tenu du déséquilibre des intérêts en présence, il faut affirmer la supériorité absolue de l'intérêt de l'auteur à travers la conception subjective de l'originalité, la protection de

⁸⁰ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Op. cit., n° 381, p. 257

la personnalité de l'auteur dans la gestion contractuelle des droits et dans la dévolution successorale des droits d'auteur. Toutefois, le triste constat est que l'auteur est de plus évincé du droit d'auteur. D'une part, cela se matérialise par le fait que le système de droit d'auteur, est mis à mal par l'introduction dans le droit d'auteur de la personne morale et de la personne physique qui ne sont pas des créateurs de l'œuvre. Cela a un effet sur la qualité d'auteur et la titularité des droits. D'autre part, la situation de l'auteur personne physique, se complique davantage à travers la réduction de sa protection. Cela est dû à l'introduction du programme d'ordinateur et de la base de données dans la liste des œuvres de l'esprit ayant pour conséquence l'objectivation de l'originalité et le recul des prérogatives de l'auteur.

Il est à observer que l'approche individualiste du droit d'auteur est tournée essentiellement vers l'auteur personne physique créateur, l'approche économique, quant-à-elle, envisage l'œuvre indépendamment de la personnalité de l'auteur en protégeant d'autres acteurs qui ne sont pas des personnes physiques et qui ne sont pas des créateurs.

La solution consisterait à mettre l'accent sur l'acte de création pour déterminer la qualité d'auteur et la titularité des droits d'auteur d'une part et d'autre part, sur le lien ombilical entre l'auteur et son œuvre ; ce lien que le législateur a protégé par le

droit moral. Il est nécessaire que le droit moral soit compris comme une valeur fondatrice de l'édifice qui n'empêche pas l'aménagement contractuel de la création⁸¹. À défaut, l'on ne peut que regretter un droit d'auteur à deux vitesses, l'un resté centré sur une vision personnaliste mettant en exergue l'auteur personne physique créateur, élément central du droit d'auteur ; et l'autre évoluant vers une acception affairiste, répondant à des logiques commerciales, un droit d'auteur dans lequel l'auteur finit par s'effacer au profit des investisseurs, d'où un droit de l'œuvre⁸².

⁸¹ Olivier YACOUB, « L'aménagement contractuel de la création », Op. cit., n° 343, p. 9

⁸² Alexandra BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : « qui trop embrasse mal étreint » », Op. cit., p. 2919

LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LA CEMAC ET SES ETATS MEMBRES

Dr ALLAMAYE GOLBEY Levi

Enseignant-Chercheur

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de N'Djamena

Enseignant Associé à l'Université Privée La Francophonie de N'Djamena.

Introduction

« *L'intégration régionale est à la fois un processus et une situation ; elle rend compte d'une historicité partagée et d'une volonté commune de paix et de progrès* ». ¹

Certains auteurs n'ont pas hésité de qualifier le processus d'intégration d'un nouveau ² départ et d'autres ont plutôt vu la recherche d'une dynamique d'intégration économique. ³ Pour BOUTAYEB, « *l'engagement ininterrompu des réformes est l'une des caractéristiques principales du droit de l'intégration et de ses institutions* ». ⁴ Pour ce faire, le système communautaire opère une répartition des légitimités entre les différentes institutions ainsi appelées à préserver un intérêt déterminé au travers des fonctions qu'elles

exercer. ⁵ La révision ⁶ du Traité communautaire du 25 juin 2008, bien que introduisant des réformes importantes, mais n'ayant pas substantiellement modifié les missions de la Communauté qui se déclinent en termes des compétences, en est un exemple éloquent.

La répartition est appréhendée comme le résultat de l'action de répartir c'est-à-dire une opération consistant à diviser un ensemble en plusieurs parties et à distribuer celle-ci entre plusieurs intéressés de manière à en diviser la charge ou le profit. ⁷ La définition donnée par un classique, notamment le dictionnaire Le PETIT LAROUSSE, ne s'écarte pas non plus de la définition juridique précédente. Selon ce classique, la répartition est une action de répartir, de distribuer, de partager ou de

¹ MVOMO ELA (W.), « Histoire et Géopolitique de l'intégration en Afrique Centrale, Zone CEMAC : l'impératif d'une refondation », in cahiers juridiques et politiques de l'Université de N'Gaoundéré, 2010, p. 307.

² AVOM (D.), « Le traité de la CEMAC : nouveau départ pour le processus d'intégration en Afrique Centrale », in RJPIC, 2^{ème} semestre, 1998, p. 178.

³ MOUANGUE KOBILA (J.) et DONFACK SOKENG (L.), « La CEMAC : à la recherche d'une dynamique d'intégration économique en Afrique

Centrale », in *Annuaire Africain de Droit International*, Vol. 6, 1998, p. 278.

⁴ BOUTAYEB (Ch.), *Droit et Institutions de l'Union européenne. La dynamique des pouvoirs*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, p. 30.

⁵ BOUTAYEB (Ch.), *Droit et institutions de l'Union européenne*, Op. Cit., p. 41.

⁶ Traité révisé du 25 juin 2008 de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

⁷ CORNU (C.), *Vocabulaire juridique*, Op. Cit., p. 804.

classer des choses. Elle est aussi la manière dont sont distribuées, réparties des choses.⁸

Quant au mot « compétence », il signifie une aptitude à agir dans un certain domaine.⁹ Selon le glossaire de l'intégration, la « *compétence est une aptitude légale d'une personne morale, d'une institution ou d'un organe d'une institution à poser des actes juridiques généralement dans des domaines déterminés* ». ¹⁰ Le dictionnaire du droit international public appréhende la notion comme un « *ensemble des pouvoirs reconnus ou conférés par le droit international à un sujet de droit ou à une institution ou un organe, les rendant aptes à remplir des fonctions déterminées et à accomplir les actes juridiques qui en découlent* ». ¹¹ L'articulation entre le droit communautaire et le droit constitutionnel des États membres ne laisse pas indifférent la compréhension de la notion de compétence en droit constitutionnel. Ainsi, le dictionnaire du droit constitutionnel précise pour sa part que « *la notion de compétence est fondamentale en droit public. Elle exprime cette idée que le pouvoir n'est pas la propriété de ceux qui l'exercent et permet d'imposer une limite à*

chaque détenteur du pouvoir en définissant les actes qu'il est habilité à prendre ». ¹²

La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) est mise en place par le Traité du 16 mars 1994. En vertu du Traité constitutif et les conventions subséquentes, la CEMAC est une communauté de droit en ce qu'elle implique d'une part la coexistence dans chaque État membre de l'ordre juridique national préexistant et d'un ordre juridique communautaire ; et d'autre part, il implique l'existence d'un système de contrôle juridictionnel spécifique chapoté par la Cour de Justice de la CEMAC. Ainsi l'intégration juridique préconisée par la CEMAC bénéficie d'une garantie juridictionnelle communautaire quand bien même que le juge national demeure incontestablement le juge du droit commun dans l'application du droit communautaire. L'intégration juridique compris notamment comme « *un processus juridique, politique et social par lesquels divers secteurs nationaux, diverses entités internationales ou divers États fondent leur loyauté, leur espoir et leurs activités sur des institutions régionales, disposant des prérogatives spécifiques, d'objectifs prédéfinis et d'un*

⁸ Dictionnaire *Le petit Larousse*, Paris, Edition Universitaire de la Semeuse, 2010, p. 877.

⁹ CORNU (C.), *Vocabulaire juridique*, Op. Cit. p. 189.

¹⁰ YOUNGBARE (R.), BATCHASSI (Y.) et ABDOULAYE (S.), *Glossaire de l'intégration*, Ouagadougou, 2^{ème} édition, CEEI, p. 46.

¹¹ SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, p. 210.

¹² DE VILLIERS (M.) et LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 2009, p. 59.

*« système institutionnel et juridique pour garantir la réussite de l'œuvre communautaire ».*¹³ Le paradoxe est qu'au lendemain de leur accession à l'indépendance, les pays d'Afrique francophone étaient dotés d'un système de droit étroitement dérivé de celui de l'ex-puissance coloniale. Pendant longtemps, malgré la création de l'Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale (UDEAC), les Etats membres ont fait évoluer séparément leur législation conformément à leur souveraineté nationale. Ainsi, Hervis pouvait soutenir que « *la volonté d'unifier le droit en Afrique était matérialisée par des tentatives sous-régional ayant peu abouti* ». ¹⁴

Selon le glossaire de l'intégration, Etat membre est une « *qualité d'un Etat qui est partie au traité constitutif d'une OIG.* ». A ce titre, l'Etat peut avoir le statut de membre à part entière ou de participant. Il est membre à part entière c'est lorsqu'il est membre originaire c'est-à-dire l'Etat qui a initialement pris part à la négociation du Traité constitutif, et qui, l'a signé et ratifié, ou membre admis c'est-à-dire un Etat qui a rejoint l'organisation après sa création par l'entremise d'un acte d'adhésion. Il est un Etat participant, s'il appartient aux sous-

catégories de membre associé, de membre partiel ou d'observateur. Il faut en préciser qu'un Etat membre associé est un Etat participant à toutes les activités d'une Organisation Intergouvernementale (OIG) avec quasiment les mêmes droits que les membres à part entière exception faite du droit de vote.¹⁵ Etat membre s'entend donc, soit comme un Etat partie au Traité du 16 mars 1994 instituant la CEMAC et révisé le 25 juin 2008, pour avoir signé et ratifié le Traité, soit pour avoir adhéré plus tard.

La répartition des compétences entre la CEMAC et ses Etats membres, s'entend donc comme une opération consistant à diviser l'aptitude à agir dans un domaine communautaire entre la Communauté et ses Etats membres. Le schéma classique de répartition des compétences ne semble pas être affecté ni dans son principe ni dans ses modalités par le Traité de la CEMAC dont les dispositions sont d'ailleurs à cet égard quasi identique sur plusieurs points au Traité de l'UDEAC. Même si le Traité de la CEMAC introduit de nouvelles dispositions sur les compétences de la Communauté, les relations entre celle-ci et les Etats membres ont toujours été régies par un principe d'attribution, principe fondateur de répartition des compétences entre la

¹³ MIKPONHOUÉ (H.), *L'ordre juridique communautaire « OHADA » et les enjeux d'intégration du droit des affaires*, Op. Cit. p. 16.

¹⁴ MIKPONHOUÉ (H.), Op. Cit., p. 10.

¹⁵ YOUGBARE (R.), BATCHASSI (Y.) et ABDOULAYE (S.), *Glossaire de l'Intégration*, Ouagadougou, CEEI, 2^{ème} édition, p. 73.

Communauté et les Etats membres. Yves D. YEHOUESSI est fondé à écrire que le processus d'intégration est « *un long cheminement, qui nécessite une volonté politique forte de la part des dirigeants, une constante vigilance et une promptitude à engager des réformes hardies de nature à atteindre les objectifs fixés, une capacité des organes et institutions à accomplir les missions à eux confiées avec rigueur et compétence* ». ¹⁶ En effet, le Traité et les conventions subséquentes ont mis en place un système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la CEMAC qui attribue à chacune sa propre mission dans la structure institutionnelle de la communauté, et dans la réalisation des tâches confiées à celles-ci. La jurisprudence européenne est quelque peu péremptoire sur la répartition des compétences institutionnelles. Selon elle, le principe de l'équilibre institutionnel signifie que les traités constitutifs ont attribué à chacun des institutions communautaires une sphère particulière de compétence dans la mesure où « *chaque institutions agit dans les*

limites des attributions qui lui sont conférées par le traité ». ¹⁷ Cela veut dire que chaque institution dotée des pouvoirs qui lui sont propres est tenue de respecter les attributions des autres institutions. Cependant, il ne s'agit pas dans cet article d'épiloguer sur la répartition des compétences institutionnelles c'est-à-dire la répartition des compétences entre les institutions de la CEMAC. Il s'agira donc d'examiner essentiellement la répartition des compétences entre la CEMAC et ses Etats membres.

L'intégration communautaire de la CEMAC est un long processus qui a démarré avant même les indépendances de ses Etats membres. Les prémices de cette intégration remontent à la création de l'Afrique Equatoriale Française (AEF) ¹⁸ par les colonisateurs le 15 janvier 1910 quand bien même certains auteurs soutiennent que dans l'AEF, la France a organisé ses possessions territoriales en Afrique à la manière d'une fédération d'Etats. ¹⁹ La mutation de l'AEF ²⁰ en Union

¹⁶ YEHOUESSI (Y.), Allocution d'ouverture du séminaire sur « l'ordre juridique communautaire de l'UEMOA », Ouagadougou, du 1^{er} au 5 novembre 2004, in *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, Actes du séminaire régional sur l'ordre juridique communautaire de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, p. 10.

¹⁷ CJCE, 22 mai 1990, Parlement européen c/Conseil des communautés européennes « post Tchernobyl », aff., Rec. I-2041, in Jean-Claude Masclet, *Les grands arrêts de droit communautaire*, Paris, PUF, Que sais-je, C-70/88., 2007, p. 77.

¹⁸ Elle était constituée des colonies du Gabon, du Moyen Congo, de l'Oubangui Chari et des Territoires du Tchad. Cependant, la structuration de l'AEF commence en réalité en 1873 avec la réunion du Congo et du Gabon pour aboutir en 1902 à la création du Congo français. L'AEF était dotée de la personnalité juridique.

¹⁹ DENIS (M. E.), *Histoire militaire de l'AEF*, Paris, 1931, p. 57.

²⁰ En 1950 l'Afrique Equatoriale Française (AEF) devient Union Douanière Equatoriale (UDE).

Douanière Equatoriale (UDE)²¹ permettra au Cameroun d'adhérer en 1961²² après l'indépendance de sa partie francophone²³ et la nouvelle entité deviendra UDE-Cameroun. Au lendemain de leurs indépendances, les cinq États membres²⁴ mettent en place une nouvelle entité dénommée Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale (UDEAC)²⁵ en 1964 à laquelle, la Guinée Equatoriale adhèrera en 1984. Mais, commencée en Europe, l'idée communautaire s'exporte d'abord en Amérique latine en 1960²⁶ avant de pénétrer l'Afrique où elle a fait l'objet d'un réel engouement. L'explication est simple. L'intégration dès les indépendances, des règles constitutionnelles²⁷ qui autorisent l'engagement des États dans un projet d'intégration régionale de type communautaire est certainement une raison

pour laquelle la mise en œuvre des projets communautaires ne va pas susciter les remous qu'on a pu observer dans certains États européens dont la France.

La nouvelle entité communautaire qui est l'UDEAC avait pour but la création d'un marché commun de l'Afrique Centrale par l'harmonisation des politiques d'industrialisation, la répartition équitable des projets communautaires et la coordination des programmes de développement des différents secteurs de production.²⁸ Il est clair que « *le marché commun, s'il est celui du « laisser passer » n'est pas celui du « laisser faire »* ». ²⁹ L'intervention de la Cour de justice de la CEMAC, bien que tardive en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles,³⁰ est l'aboutissement de la preuve éloquent de la volonté communautaire de cet encadrement. Malgré

²¹ La Convention de Brazzaville du 7 décembre 1959 définissait les modalités d'organisation et de fonctionnement et lui assignait la mission de régler les relations douanières et fiscales entre les quatre Républiques Autonomes membres et de contribuer à la réduction des inégalités à travers un Fonds de solidarité.

²² Le Cameroun adhère à l'UDE à la suite de la signature à Bangui de deux textes : la Convention du 23 juin 1961 et l'acte du 27 juin 1962.

²³ Il faut rappeler que la partie francophone du Cameroun a eu son indépendance le 1^{er} janvier 1960 alors que sa partie anglophone ne sera indépendante que le 1^{er} octobre 1961.

²⁴ Il s'agissait notamment de la République Fédérale du Cameroun, de la République Centrafricaine, de la République du Congo, de la République gabonaise et de la République du Tchad.

²⁵ L'UDEAC est créée par la Convention du 8 décembre 1964 à Brazzaville. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} février 1966.

²⁶ Instauration d'un Marché Commun de l'Amérique Centrale (MCAC) en 1960 (Lire CARRAUD (M.), « Nature et portée de l'accord d'intégration sous-régional andine », in *Problèmes d'Amérique latine*, Tome XVI, La Documentation française, octobre 1977).

²⁷ 5^{ème} alinéa du préambule et le titre IX de la Constitution tchadienne du 28 novembre 1960.

²⁸ Alinéa 5 et 7 du Préambule du Traité de l'Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale du 8 décembre 1964.

²⁹ TEITGEN (P.-H.) cité par HAMONIAUX (T.), *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, 1^{ère} éd., 2001, p.78.

³⁰ KALIEU ELONGO (Y.R.), « La Cour de Justice de la CEMAC et le Contrôle des pratiques anticoncurrentielles », in *Actes du séminaire sous-régional sur la sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC*, Ed. GIRAF, AIF., Libreville-Gabon, 2005, p.19.

ce noble objectif « *l'absence de la coordination des politiques budgétaires nationales et de leur mise en cohérence avec la politique monétaire commune n'a pas permis de limiter l'impact sur la monnaie commune de la crise économique des années quatre-vingt et des déséquilibres budgétaires importants* ». ³¹ Ainsi pour donner une nouvelle impulsion au processus d'intégration en Afrique centrale par une harmonisation accrue des politiques et des législations nationales, ³² les six États membres mettent en place une nouvelle structure communautaire par le Traité du 16 mars 1994. C'est une période qui peut être qualifiée de l'ère de « réveil communautaire », car c'est aussi en 1994 que l'espace Ouest africain va connaître une mutation en Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). ³³ Désormais, la Communauté a pour mission essentielle de promouvoir un développement harmonieux des États membres dans le cadre de l'institution de deux Unions. Dans chacun de ces deux domaines, les États membres entendent passer d'une situation de coopération qui

prévalait avec l'UDEAC à une situation d'union susceptible de parachever le processus d'intégration économique et monétaire. ³⁴

Disposant d'une personnalité juridique, ³⁵ la Communauté est dotée de la capacité d'agir de son propre chef. A ce propos, elle doit être habilitée par les textes communautaires c'est-à-dire disposé des compétences propres. La répartition des compétences entre la CEMAC et ses États membres devient donc un enjeu majeur pour un fonctionnement harmonieux du système communautaire. Les thèses qui s'affrontent sur la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres sont fondées sur la validité de la thèse du transfert de compétence ou de la délégation de compétences étatiques aux institutions communautaires. ³⁶

ARTAUD-VIGNOLLET pouvait soutenir qu'il « *découle de l'ordre juridique communautaire, un système institutionnel particulier inconnu des modèles constitutionnels classiques. En effet, les délégations de souveraineté consenties par*

³¹ Ce sont les propos de MAMALEPOT gouverneur de la BEAC, rapportés par Pierre KAMTOH (P.), *Introduction au Système Institutionnel de la CEMAC*, Afrédit, Africaine d'édition, 2014, p. 19.

³² Alinéa 3 du Préambule du Traité du 16 mars 1994 instituant la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

³³ L'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) créée par le Traité du 14 novembre 1973 va connaître une mutation pour devenir Union Economique et

Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) par le Traité du 10 janvier 1994 à Dakar.

³⁴ Article 1^{er} du Traité du 16 mars 1994 instituant la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

³⁵ Article 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

³⁶ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF DROIT, 3^e édition, 2001, p. 132.

les Etats membres à la Communauté (...), sont mises en œuvre par des institutions indépendantes et autonomes ». ³⁷ Alors que la délégation est une simple opération par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne. Cette délégation, dans ce contexte précis, ne pouvant pas être une délégation de signature parce que celle-ci, investissant personnellement un délégué et n'entraînant pas le dessaisissement du déléguant, ne peut être qu'une délégation des pouvoirs. Même pour cette hypothèse, la délégation des pouvoirs n'est qu'un transfert à une autorité déléguée désignée par sa fonction d'une compétence que le déléguant ne pourra plus exercer tant que la délégation n'aura pas été rapportée. ³⁸ Cela veut dire que la possibilité que la délégation soit rapportée à tout moment, c'est-à-dire la possibilité que le déléguant reprenne ses compétences, existe. Or, dans le cadre d'une intégration communautaire, les Etats membres ne peuvent pas revenir sur les compétences transférées à la Communauté sans remettre en cause l'ordre communautaire ou le fonctionnement de la communauté. Ainsi, la thèse qui est retenue ici est celle du transfert des compétences en

ce que le Traité crée un ordre juridique et un système institutionnel supranational qui implique que les Etats membres consentent à un transfert d'une partie de leur souveraineté au profit d'organes et institutions de la CEMAC. En ce sens, le préambule de la convention de l'UEAC stipule clairement que « *l'intégration des Etats membres en une Communauté Economique et Monétaire exige la mise en commun partielle et progressive de leur souveraineté nationale au profit de la Communauté, dans le cadre d'une volonté politique collective* ». ³⁹ La Cour de Justice de la CEMAC, dans son avis du 12 novembre 2009, a admis que les Etats membres ont consenti au transfert de souveraineté à la Communauté. ⁴⁰

L'intégration régionale et sous régionale est devenue un phénomène incontournable eu égard au monde contemporain dominé par la mondialisation ou la globalisation de l'économie. La mondialisation, comme la globalisation, est comprise comme le processus d'intégration des marchés et de rapprochement des hommes, qui résulte de la libéralisation des échanges économiques, de développement des moyens de transports

³⁷ ARTAUD-VIGNOLLET (S.), Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne, Thèse de doctorat en droit, Université des Sciences Sociales Toulouse 1, Soutenu le 28 octobre 2003, p. 29.

³⁸ CORNU (C.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^{ème} édition, 2009, p. 280.

³⁹ 5^{ème} alinéa de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

⁴⁰ Cour de Justice de la CEAMC, 12/11/2009, avis n° 001/2009, demande d'avis du 14 octobre 2009 du Secrétaire Général de la COBAC sur l'étendue ou la portée du pouvoir disciplinaire de la COBAC.

des personnes et des biens à l'échelle planétaire.⁴¹ Dans ce contexte, il est évident que la CEMAC est née « *dans un environnement international marqué à la fois par l'accélération de la globalisation néolibérale et la décote stratégique de l'Afrique* ». ⁴² En revanche, l'entrée dans la mondialisation nécessite la prise d'un certain nombre des précautions. La Cour de Justice de la CEMAC pouvait prévenir que « *l'intégration des Etats de la zone franc dans l'économie mondialisée ne saurait s'accommoder de la recrudescence de la délinquance financière observée dans la sous-région* ». ⁴³

En 2005, c'est le début de la réforme institutionnelle de la CEMAC. C'est ainsi que le rapport du Comité de pilotage de réforme du 22 février 2007 est adoptée par la Conférence des Chefs d'Etat le 25 avril 2007. Ainsi, avec la révision de 2008, la communauté ne poursuit plus exclusivement la finalité économique. Elle entend désormais, veiller au maintien et à la consolidation de la paix au sein des Etats membres en ce que, absent dans les

objectifs de la CEMAC dans le Traité de 1994, la paix devient un enjeu majeur avec le Traité révisé de 2008. A cet effet l'article 2 dispose que « *la mission essentielle de la Communauté est de promouvoir la paix et le développement harmonieux des Etats membres, ...* ». MVOMO ELA Wilson pouvait écrire à ce propos que « *la paix et le relèvement du niveau de vie des peuples de la sous-région constituent l'objet 1^{er} de l'intégration* ». ⁴⁴

Au-delà de la phase de l'élaboration du Traité constitutif où la question de la répartition des compétences se pose avec acuité, la révision est le lieu où cette interrogation refait surface. Pour ce dernier cas, Vlad CONSTANTINECO se demande « *si l'établissement des compétences se réduirait à la déclaration des compétences existantes, à droit constant, ou s'il fallait l'entendre comme une démarche plus ambitieuse : celle d'une reconfiguration des compétences communautaires, en remodelant leur consistance actuelle* ». ⁴⁵ Pour Yves GAUTIER, la question de la répartition des compétences entre la

⁴¹ MIKPONHOUE (H.), L'ordre juridique communautaire « OHADA » et les enjeux d'intégration du droit des affaires, thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan via Domitia, Soutenue le 1^{er} avril 2016, p. 14.

⁴² MVOMO ELA (W.), Op. Cit. , p. 307

⁴³ Cour de Justice de la CEMAC, 09 avril 2003, Avis n° 003/2003, demande d'avis du 31 octobre 2002 par le Gouverneur de la BEAC.

⁴⁴ MVOMO ELA (W.), « Histoire et Géopolitique de l'intégration en Afrique Centrale, Zone CEMAC : l'impératif d'une refondation », Op. Cit. p. 303.

⁴⁵ CONSTANTINESCO (V.), « Brève note sur répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », in *50 ans de droit communautaire*, Mélanges en hommage à GUY ISAAC, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Tome 1, 2004, p. 159.

Communauté et ses États membres est récurrente, sans cesse revisitée et pourtant, ne cesse de retenir l'attention.⁴⁶ Cette controverse autour de la question de la répartition des compétences montre à juste titre l'intérêt théorique du sujet traité. Du point de vue pratique, il appartient à ceux qui sont appelés à agir tant au nom de la Communauté qu'au nom des États membres, d'agir dans la limite des compétences des personnes morales qu'ils représentent. Il est donc évident que la répartition des compétences entre la CEMAC et ses États membres est un enjeu majeur de la réussite de l'intégration.

De ce qui précède, quelle est la mesure de compétence entre la Communauté et ses États membres pour l'atteinte des objectifs communautaires ? Souvent jaloux de leur souveraineté, les États consentent malgré eux au transfert des compétences qui relèvent de leur domaine souverain. Comme la Convention de l'UEAC stipule, les États ne consentent que d'une mise en commun partielle, mais surtout progressive de leur souveraineté nationale au profit de la CEMAC.⁴⁷ Dans certaine mesure, même les compétences transférées à la CEMAC peuvent être

exercées par les États membres lorsque la circonstance le justifie notamment les troubles à l'ordre public, la guerre ou la tension internationale constituant une menace de guerre.⁴⁸ En toute évidence, la répartition des compétences entre la CEMAC et ses États membres est faite de façon inégalitaire.

L'exploitation des instruments normatifs notamment le Traité constitutif et ses conventions subséquentes ont permis de cerner la problématique telle qu'elle a été posée. L'analyse des actes du droit dérivé n'a pas fait défaut. Il est évident que la jurisprudence communautaire, aussi bien celle de la CEMAC que celle des autres espaces communautaires a permis de comprendre la position du juge communautaire sur la question de la répartition de la compétence entre la Communauté et ses États membres. La doctrine communautaire se positionne enfin comme le troisième pilier de la recherche.

Ce qui entrevoit des compétences communautaires de la CEMAC minorées (I) et des compétences nationales des États membres quasi-illimités (II).

⁴⁶ GAUTIER (Y), « La compétence communautaire exclusive », in *50 ans de droit communautaire*, Mélanges en hommage à GUY ISAAC, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Tome 1, 2004, p. 165.

⁴⁷ 5^{ème} alinéa de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

⁴⁸ Article 5 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

I- Des compétences communautaires minorées

La communauté dispose des compétences minimales qui sont issues de la répartition horizontale (A) dont leur exercice requiert un certain nombre de principe (B).

A- Compétences communautaires issues de la répartition horizontale

Ces compétences sont à caractères explicites (2) c'est-à-dire celles qui sont attribuées à la CEMAC par le Traité et ses conventions subséquentes ou implicites (2), notamment celles qui sont jugées nécessaires à la poursuite de l'objet de la Communauté.

1- A caractères explicites

La première disposition, bien que préambulaire, relative à la répartition des compétences que rencontre le lecteur du Traité, établit le principe selon lequel, les compétences conférées à la CEMAC sont des compétences d'attribution, c'est-à-dire n'existent que si elles procèdent explicitement du Traité constitutif et ses

conventions subséquentes. Ainsi, le préambule du Traité constitutif indique que les Etats membres sont désireux d'établir à cet effet une organisation commune dotée de compétences et d'organes propres agissant dans la limite des pouvoirs qui leurs sont conférées par le Traité.⁴⁹ Ainsi dire, les Etats membres ont conféré à la CEMAC des compétences propres c'est-à-dire qui lui appartiennent spécialement. Ces compétences permettent donc de la qualifier et de la distinguer de façon spécifique de ses Etats membres. Ses géniteurs c'est-à-dire les Etats membres l'ont pourvu également des organes qui lui appartiennent spécialement. L'existence de ces organes se traduit en termes de pouvoirs notamment en termes d'un ensemble des compétences juridiques et des capacités matérielles dans la limite du Traité constitutif. Au sens de l'article 10 du Traité révisé du 25 juin 2008, les organes de la CEMAC sont au nombre actuellement de huit (8).⁵⁰ Ces organes traduisent soit la légitimité intergouvernementale c'est-à-dire la consécration des organes interétatiques, soit la légitimité intégrative notamment la consécration des organes d'intégration gage d'indépendance de la communauté par rapport aux intérêts nationaux. Cela établit

⁴⁹ 9^{ème} alinéa du préambule du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

⁵⁰ Il s'agit notamment de la Conférence des Chefs d'Etat, du Conseil des Ministres, du Comité Ministériel, de la Commission de la CEMAC, de la

Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC), de la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale (BDEAC) et de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC).

le principe de « spécialité » au profit de la Communauté, lequel principe se traduit par le fait que le Traité constitutif attribue des compétences à la CEMAC. En principe, toute compétence non attribuée à la Communauté dans le Traité et les conventions appartient aux Etats membres. La CEMAC ne peut donc agir que sur le fondement des compétences attribuées.

Les compétences de la CEMAC sont réparties entre ses organes, ses institutions⁵¹ et les institutions spécialisées de ces dernières. La création des deux Unions, notamment Union Economique et Union Monétaire, a pour vocation de permettre aux Etats membres de passer d'une situation existante de coopération à la situation d'union susceptible de parachever le processus d'intégration économique et monétaire.⁵² Le Traité stipule clairement que les institutions spécialisées des deux Unions concourent à la réalisation des objectifs de la CEMAC.⁵³ Au sens de l'article 11 du Traité du 25 juin 2008, les institutions, les organes et les institutions spécialisés agissent non seulement dans la limite des attributions prévues par les textes communautaires, mais aussi, selon les

modalités qui en sont préconisées. Pour l'Union Economique, la Convention stipule qu'elle agit dans la limite des objectifs que le traité de la CEMAC et la Convention lui assignent. Comme la communauté elle-même, l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres.⁵⁴ Pour l'UMAC, la Convention stipule que « *l'Union Monétaire agit dans les limites des objectifs que le Traité de la CEMAC et la présente Convention lui assignent. Elle respecte l'identité nationale de ses Etats membres* ». L'Union Monétaire participe à l'exercice de la surveillance par la coordination des politiques économiques et la mise en cohérence des politiques budgétaire nationales avec la politique monétaire commune. Elle s'assure en outre de la stabilité financière dans la CEMAC.⁵⁵

Le Traité constitutif ne contient, ni clause générale, ni liste systématique opérant répartition des compétences entre la CEMAC et ses Etats membres. De même, le Traité et ses conventions n'entérinent pas l'existence d'une réserve générale de compétence, qui exclurait a priori, toute intervention communautaire dans un domaine matériel déterminé. Cela peut se

⁵¹ La CEMAC dispose de cinq (5) institutions à savoir : L'Union Economique de l'Afrique Centrale, l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale, Le Parlement Communautaire, La Cour de Justice et la Cour des Comptes.

⁵² Article 1 du Traité du 16 mars 1996 de la CEMAC repris par l'article 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁵³ Article 10, alinéa 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁵⁴ Article 8, alinéa 1 de la Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC).

⁵⁵ Article 4 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UMAC.

justifier aisément lorsqu'on sait que le Traité assigne à la CEMAC, la mission essentielle de promouvoir la paix et le développement harmonieux des Etats membres dans le cadre de l'institution de deux Unions.⁵⁶ D'abord, promouvoir la paix consiste en principe pour la CEMAC de maintenir une situation communautaire sans guerre. La recherche de la paix implique, en plus, l'interdiction du recours à la force dans les relations entre les Etats membres de la CEMAC d'une part, et ceux-ci dans leurs relations avec les autres Etats d'autre part, l'équilibre économique, le respect des droits de l'homme, pour ne citer ces cas. Ensuite, promouvoir le développement harmonieux c'est mettre en place un processus de transformation des structures des Etats membres proportionné à leur croissance. Dans ce sens, aux termes de l'article 2 de la Convention du 25 juin 2008, l'Union Economique entend réaliser quatre objectifs. D'abord, elle renforce la compétitivité des activités économiques et financières en harmonisant les règles qui contribuent à l'amélioration de l'environnement des affaires et qui régissent leur fonctionnement. Puis, elle

assure la convergence vers des performances soutenables par la coordination des politiques économiques et la mise en cohérence des politiques budgétaires nationales avec la politique monétaire commune. Ensuite, elle crée un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes. Enfin, elle institue une coordination des politiques sectorielles nationales, met en œuvre des actions communes et adopte des politiques communes dans plusieurs domaines.⁵⁷

Cependant, la lecture détaillée des dispositions matérielles du Traité, des conventions et des actes communautaires d'application permet d'identifier, secteur par secteur, les modalités de partage des compétences entre la CEMAC et les Etats membres. Ces dispositions, il faut le dire, ne procèdent pas à une qualification univoque du type d'attributions en termes de compétences exclusives, concurrentes, partagées, subsidiaires..., mais se contentent de fixer des objectifs et de définir les pouvoirs permettant de les atteindre. Comme l'article 2 du Traité du 25 juin 2008

⁵⁶ Aux termes de l'article 10 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC, Il s'agit de l'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC) et de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC).

⁵⁷ Il s'agit notamment des domaines suivants : l'agriculture, l'élevage, la pêche, l'industrie, le commerce, le tourisme, les transports, l'aménagement du territoire communautaire et les grands projets d'infrastructures, les

télécommunications, les technologies de l'information et de la communication, le dialogue social, les questions de genre, la bonne gouvernance et les droits de l'homme, l'énergie, l'environnement et les ressources naturelles, la recherche, l'enseignement et la formation professionnelle (article 2, alinéa d (5°) de la Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale UEAC).

pouvait, comme nous l'avons déjà écrit, disposer que la CEMAC a la mission essentielle de promouvoir la paix et le développement harmonieux des Etats membres. Ce qui aboutit à consacrer dans certaines mesures un véritable enchevêtrement des compétences communautaires et nationales. En revanche, comme dans tout système, la répartition des compétences entre la CEMAC et ses Etats membres ne peut être statique, mais se transforme au fil du temps, soit du fait des révisions du Traité constitutif comme celle du 25 juin 2008, soit du fait des évolutions générées par la pratique qui peuvent être confirmées par le juge communautaire, notamment la Cour de justice de la CEMAC. Il faut faire remarquer que les révisions du Traité constitutif n'ont pas vocation à altérer les compétences de la communauté. En ce sens, le Traité révisé du 25 juin 2008 a inscrit la communauté dans la continuité des acquis communautaires du Traité fondateur du 16 mars 1994.⁵⁸ Cela signifie que la modification des compétences ne peut résulter que d'une modification des textes communautaires, ce qui suppose l'unanimité des Etats membres qui acceptent une nouvelle attribution de compétences. En principe les compétences

communautaires ne se présument pas. La CEMAC agit normalement sur la base de compétences spécifiques. Saisie pour avis sur la compétence répressive d'un organe de la CEMAC, la Cour, après avoir précisé qu'un principe général du droit pénal reconnu par tous les Etats membres de la CEMAC dispose qu'il n'y a pas de peine sans texte, a estimé « *qu'aucune sanction n'étant prévue en l'état de la législation bancaire et financière de la CEMAC pour réprimer le comportement professionnel des dirigeants de banque ou des commissaires aux comptes qui exerceraient sans être dûment autorisés, la COBAC ne saurait valablement recourir à l'emprunt des sanctions prévues à l'article 15 de l'Annexe de la Convention du 16 octobre 1990 pour punir les auteurs de ces agissements* ». ⁵⁹

L'exercice des compétences communautaires fait l'objet de contrôle. Le contrôle à l'allure démocratique est assuré par le Parlement communautaire. Ainsi, l'article 47 du Traité du 25 juin 2008 dispose que le Parlement communautaire est chargé du contrôle démocratique des institutions, organes et institutions spécialisées participant au processus décisionnel de la CEMAC⁶⁰. Il faut préciser

⁵⁸ 10^{ème} alinéa du préambule du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

⁵⁹ Cour de Justice de la CEMAC, 23/11/2011, Avis n° 001/2011- 12, Op. Cit.

⁶⁰ Article 47, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

que le moyen juridique dont il dispose pour ce contrôle est la directive. Par contre, le contrôle juridictionnel est assuré par la Cour de justice. En vertu de l'article 46 du Traité révisé, la Cour assure le contrôle juridictionnel du fonctionnement et des activités de la CEMAC. C'est elle qui assure le respect du droit dans l'interprétation et dans l'application du Traité et des conventions subséquentes. Elle assure donc le contrôle de la répartition de compétence entre la CEMAC et les Etats membres. De ce point de vue et à l'égard des institutions, la Cour, saisie le plus souvent par voie du recours en annulation, contrôle de façon très stricte que l'acte incriminé est fondé sur les dispositions du Traité. Cela lui permet de vérifier à la fois que les compétences de la CEMAC n'ont pas été outrepassées, que l'institution a agi dans les limites et conformément aux pouvoirs qui lui étaient attribués et que les règles de procédure imposées par la disposition ont été respectées. Mais aussi, en cas de manquement par un Etat aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire, la Cour de justice peut être saisie en vue de prononcer les sanctions. Le Traité renvoie aux textes spécifiques la définition de ces sanctions.⁶¹

En revanche, la Cour de justice de la CEMAC elle-même n'échappe pas au principe de compétence d'attribution. Elle a précisé dans l'un de ses avis en 2008 que ses compétences sont des compétences d'attribution.⁶²

Pour éviter que l'argent des contribuables qui sont des Etats membres soit dépensé sans raison valable, un contrôle budgétaire est confié à la CEMAC par le biais de la Cour de compte.⁶³ En vertu de l'article 3 de la Convention du 30 janvier 2009, la Cour des comptes est chargée du contrôle juridictionnel des comptes des comptables de la Communauté et s'assure de la bonne gestion des ressources financières des institutions, organes et institutions spécialisées. La Convention précise à cet effet que la bonne gestion des ressources financières implique l'examen de la régularité des actes de gestion des ordonnateurs, de l'économie des moyens mis en œuvre et de l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés dans les programmes d'actions.

Le Traité constitutif consacre la personnalité juridique de la CEMAC. Mais la dimension de cette capacité juridique à l'intérieur des Etats membres est laissée pour sa reconnaissance à la législation

⁶¹ Article 4, Alinéa 2 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

⁶² Cour de Justice de la CEMAC, 29/04/2008, Avis n° 002/2008.

⁶³ Article 46 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

nationale de chaque Etat. Sauf que chaque Etat membre doit accorder à la Communauté la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par sa législation. Pour cela, le Traité soumet la responsabilité contractuelle de la CEMAC, en fonction de la loi applicable au contrat en cause, aux juridictions nationales compétentes en la matière⁶⁴.

La répartition matérielle des compétences, domaine par domaine, secteur par secteur est intéressante. Ainsi en premier lieu, les compétences exclusives de la CEMAC, c'est-à-dire les compétences ayant fait l'objet d'un transfert total de la part des Etats membres, qui auraient renoncé à leurs prérogatives en attribuant à la CEMAC la responsabilité de gérer directement le domaine concerné, en dehors de toute ingérence nationale. Selon la jurisprudence européenne, lorsque la Communauté dispose d'une compétence exclusive, les Etats ne peuvent plus légiférer ou réglementer, sauf, s'ils bénéficient « *d'une habilitation spécifique de la part de la Communauté* ». ⁶⁵ Il en est ainsi de la politique monétaire commune. En ce sens, le Traité habilite le Comité ministériel de l'UMAC d'examiner les grandes orientations des politiques économiques

respectives des Etats membres de la CEMAC et d'en assurer la cohérence avec la politique monétaire commune.⁶⁶ Entre dans la catégorie de cette compétence, la compétence juridictionnelle de la Communauté. La sanction au manquement par un Etat à ses obligations en vertu des textes communautaires appartient exclusivement à la CEMAC qui l'exerce par à travers la Cour de justice. Le Traité habilite la Cour de justice, lorsqu'elle est saisie pour manquement par un Etat aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire, de prononcer les sanctions dont le régime est défini par des textes spécifiques.⁶⁷ Aussi en cas de contestation de l'étendue des compétences communautaires, c'est la Cour de justice qui est compétente. Le droit de saisine de la juridiction communautaire n'appartient pas seulement aux Etats membres. Les organes communautaires en sont aussi compétents. L'article 35 du Traité du 25 juin 2008 dispose qu'en cas de silence du Conseil du ministre suite au rapport à lui adresser par la Commission, cette dernière saisit la Cour de justice aux fins de faire constater le manquement de l'Etat membres en cause et de prononcer les sanctions.

⁶⁴ Article 3 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

⁶⁵ CJCE, 15 décembre 1976, 41/76, p. 1921.

⁶⁶ Article 21 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁶⁷ Article 4, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

Les compétences concurrentes ou mixtes, c'est-à-dire les compétences partagées entre la CEMAC elle-même et les six États membres, au sein desquelles coexistent deux titulaires également habilités à agir, soit successivement, soit simultanément. Il est vrai comme l'écrit DENYS Simon, « *les critères fondés sur l' « exclusivité » ou la « concurrence » des compétences respectives ont en effet l'inconvénient de postuler l'existence d'un mode unique de distribution ainsi que la nature homogène de la compétence réservée, partagée ou transférée. Or la structure du système de compétences établi par les traités révèle la coexistence de plusieurs techniques de répartition et l'hétérogénéité de la notion même de compétence* ». ⁶⁸ Ainsi, la répartition des compétences externes ne procède pas exactement de la même logique que la distribution des compétences internes. Les compétences internes de la CEMAC peuvent être analysées en compétences acquises et d'harmonisation.

Les compétences internes de la CEMAC s'analysent dans un premier temps en compétence acquise des États c'est-à-dire des compétences transférées de ceux-ci. Elles sont appelées des compétences acquises, c'est lorsque l'observateur se

place du côté de la Communauté. Par contre, lorsque l'observateur se place du côté des États, elles sont des compétences transférées. Le préambule du Traité de 1994 repris par le préambule du Traité de 2008 stipule que « *les États membres sont conscients de la nécessité de développer ensemble toutes leurs ressources humaines et naturelles et de les mettre au service du bien-être général de leurs peuples dans tous les domaines* ». ⁶⁹ Cela signifie que les domaines de compétence de la CEMAC concernent tous les domaines d'interventions des États. Ces compétences acquises résultent du mécanisme de dessaisissement des États membres, qui sont privés des compétences qu'ils détenaient antérieurement, mais suppose l'attribution simultanée d'une compétence à la CEMAC. C'est donc une opération de transfert des compétences qui s'effectue entre les États membres et la CEMAC. Selon DENYS Simon, « *l'usage du terme « transfert » ne signifie pas nécessairement qu'il y ait identité entre les compétences abandonnées par les États membres et les compétences attribuées à la Communauté* ». ⁷⁰ Dans la même veine, VLAD Constantinesco pouvait écrire que « *dans les secteurs où les États sont*

⁶⁸ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 131.

⁶⁹ Premier alinéa du préambule du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁷⁰ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 133.

dessais, une véritable création de compétences nouvelles au profit de la Communauté qui ne se ramène pas simplement à l'addition des abandons de compétences étatiques». ⁷¹ L'auteur de l'ouvrage *Le Système juridique communautaire* précise à cet effet que la notion de compétences transférées renvoie à la coïncidence entre la soustraction de compétences nationales et l'apparition d'une compétence communautaire, sans préjuger l'identité de nature et de contenu de ces compétences. Dans la zone des compétences transférées, il ne fait pas de doute que la compétence communautaire ne peut être qu'une compétence exclusive, les États membres étant définitivement dessaisis de tout pouvoir normatif dans les domaines où, ils ont décidé de transférer leur compétence à la CEMAC.

Ce mode de distribution des compétences se rencontre en droit communautaire de la CEMAC dans le secteur de l'Union économique, s'agissant de l'établissement et de la gestion du tarif extérieur commun, des relations tarifaires avec les pays tiers ou

de la réglementation douanière, la CEMAC est seule compétente pour adopter des dispositions normatives en la matière. Cependant, la CEMAC doit intervenir à minima pour permettre les États membres de compléter les prescriptions. L'article 8 de la Convention du 25 juin 2008 stipule que l'Union Economique ⁷² édicte, dans l'exercice des pouvoirs normatifs que la Convention l'attribue, des prescriptions minimales et des réglementations cadres, qu'il appartient aux États membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. ⁷³ L'autre terrain d'élection de la notion des compétences acquises par la CEMAC ou transférées par les États membres est le secteur de l'Union monétaire. L'Union monétaire a, entre autres, pour objectifs d'adopter une réglementation bancaire et de la microfinance harmonisée, de renforcer la réglementation commune en matière bancaire, monétaire et financière et d'en assurer le contrôle. ⁷⁴ Ainsi, c'est dans la politique monétaire que la Communauté détient de plus des compétences exclusives.

⁷¹ Vlad (C.), *Compétences et pouvoirs dans la Communauté européennes*, Paris, LGDJ, 1974, p. 236 et s. cité par Denys (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 133.

⁷² L'Union Economique de l'Afrique Centrale est une des cinq institutions de la CEMAC.

⁷³ Article 8, alinéa 2 de la Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC).

⁷⁴ Cette réglementation et ce contrôle concernent notamment : les règles d'exercice de la profession

bancaire et des activités s'y rattachant ainsi que le contrôle de l'application desdites règles ; la répression de la falsification des signes monétaires et de l'usage des signes falsifiés ; les règles concernant la collecte et l'affectation de l'épargne financière ; le régime de change et les systèmes de paiement ; les règles relatives à la lutte contre le blanchissement des capitaux et le financement du terrorisme (Article 29 de la Convention UMAC du 25 juin 2008).

Aux termes de l'article 21 de la Convention de l'UMAC, « *le privilège exclusif de l'émission monétaire sur le territoire de chaque Etat est confié à la Banque des Etats de l'Afrique Centrale* ». Celle-ci garantit la stabilité de la monnaie. Sans préjudice de cet objectif, la BEAC apporte son soutien aux politiques économiques générales élaborées par les Etats membres. Les compétences de la BEAC se déclinent en missions. Elles consistent donc à définir et conduire la politique monétaire de l'Union, émettre les billets de banque et les monnaie, conduire la politique de change de l'Union, détenir et gérer les réserves officiels de change des Etats membres, promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement et de règlement. Ce qui veut dire qu'il appartient aux organes monétaires de la CEMAC de définir et mettre en œuvre la politique monétaire de la Communauté, l'objectif principal étant d'assurer la stabilité des prix, conduire les opérations de change, détenir et gérer les réserves officielles de change des Etats membres, promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement. La compétence de la CEMAC englobe donc tous les aspects d'une politique monétaire au sens habituel du terme. Ainsi saisie, d'un avis sur la conformité du règlement du comité

ministériel de l'UMAC, la Cour de justice de la CEMAC après avoir admis que le règlement « *participe en matière bancaire et financière du transfert des souverainetés législatives nationales à l'UMAC...* », a précisé que « *l'UMAC est compétente pour légiférer sur les systèmes, moyens et incidents de paiement* ». ⁷⁵ Au sens de l'article 32 « *l'Union monétaire a, entre autres, pour objectifs d'adopter la réglementation de la microfinance harmonisée, de renforcer la réglementation commune existante en matière bancaire, monétaire et financière et d'en assurer le contrôle* ». Sur ce fondement, la Cour de justice de la CEMAC a estimé que les Etats membres fondateurs de la Communauté ont opéré un transfert de leurs compétences législatives nationales à l'UMAC en matière monétaire, bancaire et financière. ⁷⁶

A l'opposé des compétences encadrées des Etats membres, se trouvent la compétence d'harmonisation de la CEMAC sur la base notamment des Conventions de l'Union économique et l'Union monétaire. Ainsi, les Etats membres s'accordent, au sein du Conseil des ministres, sur les grandes orientations des politiques économiques qu'ils s'engagent à respecter en harmonisant et en coordonnant leurs

⁷⁵ Cour de Justice de la CEMAC, 09 avril 2003, Avis n° 002/2003, demande d'avis du 29 octobre 2002 par le Gouverneur de la BEAC.

⁷⁶ Cour de Justice de la CEMAC, 09 avril 2003, Avis n° 002/2003, demande d'avis du 29 octobre 2002 par le Gouverneur de la BEAC.

politiques nationales.⁷⁷ En ce sens, le Conseil des ministres exerce la surveillance par un mécanisme qui consiste à vérifier d'une part, la conformité des politiques économiques à ces grandes orientations et, d'autre part, la cohérence des politiques nationales avec la politique monétaire commune. La Cour de justice de la CEMAC a explicitement admis que la Convention reconnaît à l'UMAC « *le pouvoir d'adopter une réglementation bancaire harmonisée pour garantir la protection de l'exercice de la profession bancaire et des activités s'y rattachant, ...* ». ⁷⁸

L'Auteur de l'ouvrage *Système juridique communautaire* est fondé à écrire que la répartition des compétences internationales entre la communauté et ses Etats membres est sans doute encore plus complexe que la distribution des compétences « internes ». En effet, la compétence interne concerne que les rapports des Etats avec l'entité qu'ils ont créée et ne déploie finalement ses effets que dans l'ordre juridique communautaire, et, indirectement dans les ordres juridiques nationaux, tandis que la compétence internationale projette le partage de compétences opéré par les traités sur la scène internationale, dans les rapports de la Communauté et de ses Etats membres avec les Etats tiers ou les autres organisations

internationales. Les compétences externes se répartissent en compétences explicitement attribuée, fondées sur les clauses d'adaptation, des compétences externes exclusives et conjointes.

Les types des compétences externes de la CEMAC qu'on peut rencontrer dans les traités sont des compétences externes explicitement attribuées. Le Traité constitutif et les conventions subséquentes reconnaissent expressément à la CEMAC un certain nombre de compétences internationales en vue de conclure en son nom propre des accords avec les entités étatiques, régionales ou internationales. Ainsi, au sens de l'article 8 du Traité révisé du 25 juin 2008, la communauté établit toutes coopérations utiles avec les organisations régionales ou sous régionales. La CEMAC étant une organisation d'intégration sous régionale, le Traité la dote de la compétence d'établir des relations de coopération avec les entités de même nature qu'elle quand bien même qu'elles peuvent être de degré différent c'est-à-dire une organisation continentale. Elle dispose de compétence pour faire appel à l'aide technique et financière de tout Etat ou des organisations internationales à condition que cette aide soit compatible avec les objectifs définis par le Traité

⁷⁷ Article 51, alinéa 2 de la Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Economique de l'Afrique centrale UEAC.

⁷⁸ Cour de Justice de la CEMAC, 9 avril 2003, Avis n° 003/2003, demande d'avis du 31 octobre 2002 par le Gouverneur de la BEAC.

constitutif et d'autres textes subséquents.⁷⁹ Le Traité stipule en outre que la CEMAC participe aux efforts d'intégration dans le cadre de l'Union Africaine. Cela veut dire que la Communauté s'associe aux efforts déployés par les Etats du continent africain ou autres entités qui militent pour l'intégration africaine. Pour ce faire elle établit des consultations périodiques avec les institutions régionales africaines.⁸⁰

L'attribution à la communauté d'une compétence exclusive pour négocier et conclure certaines catégories d'accords internationaux ampute la capacité internationale des Etats et affecte ce qu'ils considèrent comme une part essentielle du « noyau dur » de leur souveraineté. La question de savoir si l'attribution de compétences externes à la Communauté emporte dessaisissement des Etats membres ou au contraire laisse coexister la compétence communautaire et une compétence nationale résiduelle est indépendante. Ainsi la jurisprudence a admis que *« chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les Etats membres ne sont plus en droit, qu'ils*

agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles ; qu'en effet, au fur et à mesure de l'instauration de ces règles communes, la Communauté seule est en mesure d'assumer et d'exécuter, avec effet pour l'ensemble du domaine d'application de l'ordre juridique communautaire, les engagements contractés à l'égard d'Etats tiers (...); cette compétence communautaire exclut la possibilité d'une compétence concurrente des Etats membres, toute initiative prise hors du cadre des institutions communautaires étant incompatible avec l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire ». Il peut arriver que le principe de spécialité n'impose pas une interprétation littérale et restrictive des dispositions attributives de compétences. Il en est ainsi par exemple pour la jurisprudence européenne, lorsque le juge communautaire avait en effet admis que la Communauté dispose des compétences implicites.⁸¹

2- A caractères implicites

La Théorie des compétences implicites, vise à étendre les compétences de la CEMAC au-delà de celles expressément prévues par

⁷⁹ Article 8, alinéas 1 & 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁸⁰ Article 9, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁸¹ CJCE cité par Philippe MANIN, *L'Union européenne, institutions ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, Nouvelle édition, 2005, p. 131.

le Traité constitutif et ses conventions subséquentes. Il s'agit aussi des compétences reconnues à la CEMAC sans un texte, mais comme conséquence nécessaire d'une compétence expresse. Il s'agit dans un premier temps des compétences sur le territoire. La compétence territoriale ou *rationae loci* de la CEMAC ne résulte pas d'un transfert des compétences quelconque de ses États membres. Ni le Traité fondateur de 1994, ni le Traité révisé du 25 juin 2008 ne fait mention explicite du territoire communautaire. C'est en revanche la Convention de l'UEAC du 16 juillet 1996 abrogé qui disposait qu'elle « *entre et s'applique sur le territoire de chacun des États membres* ». ⁸² Ce qui ne laisse pas de doute que le « territoire » de la CEMAC ne résulte que de l'addition des territoires des six États membres. Cependant, les compétences territoriales de la Communauté ne sont pas identiques à celles des États membres car si un État membre décide d'aliéner une partie de son territoire, la CEMAC ne pourra qu'en prendre acte et en tirer les conséquences pour l'application du droit. Fort heureusement le Traité de la

défunte UDEAC stipulait que « *l'Union constitue un seul territoire douanier à l'intérieur duquel la circulation des personnes, marchandises, biens, services et capitaux est libre* ». La constitution du territoire communautaire ⁸³ fait partie des acquis communautaire consacré par le Traité de 1994 et repris par celui de 25 juin 2008. En ce sens, la Convention du 25 juin 2008 stipule que l'Union Economique entend réaliser l'objectif de l'aménagement du territoire communautaire. ⁸⁴ C'est cette compétence communautaire qui commande à la définition du champ d'application du droit de la CEMAC. Ainsi, c'est à l'intérieur de ce champ que le droit primaire et le droit dérivé déploient leurs effets. C'est ce qu'indique clairement la Convention de l'UMAC : « *les actes juridiques pris par les organes et les institutions spécialisées de l'Union Monétaire, pour la réalisation des objectifs de la présente Convention et conformément aux procédures instituées par elle, sont applicables dans chaque État membre* ». ⁸⁵

Le droit communautaire dérivé ne s'écarte pas non plus du droit primaire en ce qu'il emploie lui aussi les expressions « l'espace

⁸² Article 82, alinéa 2 de la Convention du 16 juillet 1996 régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale.

⁸³ Le droit dérivé de la CEMAC préfère en lieu et place l'expression « territoire communautaire » celui de « l'espace communautaire » (Acte Additionnel n° 01/13-CEMAC- 070 U-CCE-SE du 25 juin 2013 portant suppression du visa pour tous

les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire).

⁸⁴ Article 2, alinéa 5 de la Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale.

⁸⁵ Article 7 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UMAC.

communautaire », ⁸⁶ « zone CEMAC », « l'intérieur de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale », ⁸⁷ « l'espace CEMAC » ⁸⁸, pour désigner le territoire communautaire. Le règlement pouvait évoquer le territoire des Etats membres de la CEMAC pour son application. Cette posture reflète bien l'esprit du préambule de la convention de l'UEAC du 25 juin 2008 qui stipule que « *l'intégration des Etats membres en une Communauté Economique et Monétaire exige la mise en commun partielle et progressive de leur souveraineté nationale au profit de la Communauté, dans le cadre d'une volonté collective* ».

En second lieu, il s'agit des compétences sur les personnes. A l'état actuel des choses, la CEMAC ne dispose pas de type de compétences qui lui permettrait d'imposer directement des obligations sur les personnes c'est-à-dire des compétences personnelles. Certes, les personnes physiques ou morales doivent appliquer les prescriptions du droit communautaire et les Etats sont responsables de cette obligation de résultat. Mais l'effectivité de cette

obligation dépend de la question de savoir si la personne concernée se trouve dans le champ d'application territorial du droit communautaire et non d'un lien « d'allégeance » de type personnel de la personne à l'égard de la CEMAC. Le Traité par exemple stipule en ce sens que « *les décisions qui comportent, à la charge des personnes autres que les Etats, une obligation pécuniaire, forment titre exécutoire* ». ⁸⁹ Ces personnes sont désignées diversement par le droit primaire. Elles sont des « *ressortissants des Etats membres* », ⁹⁰ « *populations des Etats membres* ». ⁹¹ C'est le préambule de la Convention régissant le parlement communautaire du 25 juin 2008 qui évoque clairement la notion « *des populations de la Communauté* » qui laisse entrevoir la citoyenneté communautaire. Le droit communautaire dérivé, ne dérogeant pas au droit primaire, reprend et complète ce dernier par des expressions « *ressortissants de la CEMAC* », « *ressortissants des Etats membres de la CEMAC* », « *ressortissants des Etats membres de la Communauté* », ou « *ressortissants de la Communauté* ». Aux dernières analyses, on peut admettre que les

⁸⁶ Acte additionnel n° 01/13-CEMAC-070 U-CCE-SE du 25 juin 2013, portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire.

⁸⁷ Acte Additionnel n° 08/CEMAC-CCE-SE du 29 juin 2005, Relatif à la libre circulation des personnes en zone CEMAC.

⁸⁸ Acte Additionnel n° 07/CEMAC-CCE -11 du 25 juin 2012, portant érection du Comité inter-Etats des

Pesticides d'Afrique Centrale (CPAC) en Institution spécialisée de l'UEAC.

⁸⁹ Article 45 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

⁹⁰ Article 7 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

⁹¹ Préambule de la Convention régissant le Parlement communautaire du 25 juin 2008.

citoyens communautaires sont composés de l'addition des citoyens de chaque Etat membre de la Communauté en ce que le règlement dispose que le passeport CEMAC est délivré aux citoyens de chaque Etat membre de la Communauté.⁹²

Les compétences externes de la Communauté peuvent être fondées sur les clauses d'adaptation. La jurisprudence européenne⁹³ a admis l'extension des compétences externes de la Communauté « dès lors que la réalisation du marché commun impliquait l'action extérieure de la Communauté sans que le traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet ».⁹⁴ Cette même jurisprudence précise que « chaque fois que le droit communautaire a été établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaire à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard ».⁹⁵ Ainsi, la Cour de justice de la CEMAC, à

l'absence de toute consécration par le texte d'une fonction juridictionnelle, a implicitement reconnu cette compétence à un organe communautaire.⁹⁶ Face à la contestation de la compétence de l'UMAC en matière de lutte contre le financement du terrorisme, la Cour de justice de la CEMAC, se fondant sur les dispositions de la Convention qui habilite l'UMAC de « prendre toutes autres dispositions utiles en vue de renforcer la réglementation commune en matière de législation monétaire, bancaire et financière » ?,⁹⁷ a émis un avis selon lequel « l'UMAC est compétente pour légiférer dans le domaine de la prévention et de la répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme ».⁹⁸

La jurisprudence européenne a précisé qu'au-delà des compétences conventionnelles explicitement reconnues, le principe des compétences d'attribution n'excluait pas que la Communauté disposât de compétences découlant implicitement du « système du traité ».⁹⁹ Dans la mesure où la Communauté est titulaire d'une capacité

⁹² Règlement n° 1/08-UEAC-042-CM-17, modifiant le Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04, portant institution et conditions de gestion et de délivrance du Passeport CEMAC.

⁹³ CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), 22/70, Rec., 263.

⁹⁴ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 142.

⁹⁵ Avis 1-76 de la CJCE cité par MANIN (P.), *L'Union européenne, Institutions ordre*, Op. Cit., p. 1147.

⁹⁶ Cour de Justice de la CEMAC, 12/11/2009, Avis n° 001/2009, demande d'avis du Secrétaire Général de la COBAC sur l'étendue ou la portée du pouvoir disciplinaire de la COBAC.

⁹⁷ Article 32 de la Convention de l'UMAC du 25 juin 2008.

⁹⁸ Cour de Justice de la CEMAC, 09 avril 2003, Avis n° 003/2003, demande d'avis formulée le 31 octobre 2002 par le Gouverneur de la BEAC.

⁹⁹ Cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 143.

internationale dans toute l'étendue du champ de ses objectifs, « en vue de fixer, dans un cas déterminé, la compétence, pour la communauté, de conclure des accords internationaux, il convient de prendre en considération le système du traité autant que ses dispositions matérielles ; qu'une telle compétence résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité (...) mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté ». ¹⁰⁰ La jurisprudence a admis que la compétence externe était le « prolongement automatique de la compétence interne », et pouvait être exercée, si une action internationale de la Communauté était nécessaire, alors même que la compétence normative interne correspondante n'avait pas été mise en œuvre. ¹⁰¹ La jurisprudence a admis aussi que « la compétence externe exclusive de la Communauté ne découle pas ipso facto de son pouvoir d'édicter des règles sur le plan interne. Comme il a été souligné dans l'arrêt AETR, les Etats membres, qu'ils agissent individuellement ou collectivement, ne perdent le droit de contracter des obligations à l'égard de pays tiers qu'au fur et à mesure que sont

instaurées des règles communes qui pourraient être affectées par ces obligations. Ce n'est que dans la mesure où des règles communes ont été établies sur le plan interne que la compétence externe de la Communauté devient exclusive ». ¹⁰²

Pour les compétences conjointes, la Communauté seule ne peut pas les exercer ; il faut le concours des Etats ou des organes de coopération. Ainsi au sens de l'article 8, alinéa 3 du Traité révisé du 25 juin 2008, bien que la CEMAC puisse signer avec les Etats tiers ou les organisations internationales des accords de coopération et d'assistance, les modalités de conclusion de ces accords sont prévues par la Conférence des Chefs d'Etat. Il est évident que le Traité constitutif fait de la Conférence des Chefs d'Etat un organe communautaire ¹⁰³, mais elle demeure un organe de coopération. La prépondérance de la Conférence des Chefs d'Etat sur les autres organes communautaires est consacrée par le Traité lui-même. Aux termes de l'article 12 du Traité du 25 juin 2008, c'est la Conférence qui détermine la politique de la Communauté et oriente l'action du Conseil des ministres et du Comité ministériel. Les actes de la Conférence sont basés sur des actions

¹⁰⁰ CJCE, Commission c/Conseil (AETR)

¹⁰¹ CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, 3, 4 et 6/76, Rec. 1308 ;

¹⁰² CJCE, 15 novembre 1994, Accords GATS et TRIPS, Avis 1/94, Rec., I-5267.

¹⁰³ Article 10 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

conjointe et coordonnée en vue de parvenir à des résultats communs dans un ou plusieurs domaines de la vie internationale.¹⁰⁴ En ce sens, les intérêts individuels des Etats ne sont pas perdus de vue. Cette hypothèse est renforcée à l'article 16 du Traité révisé en ce que la Conférence des Chefs d'Etat adopte ses décisions par consensus. Un consensus qui est donc un accord tacite, au moins un compromis de non-obstruction dans la prise de décision.¹⁰⁵ Bien plus, un accord informel proche de l'unanimité c'est-à-dire la convergence générale des opinions des Etats exprimées par leurs Chefs d'Etat. La CEMAC s'associe aux efforts de création d'organisations communes dotées de compétences propres dans le cadre de l'Union Africaine. Les compétences de ces organisations permettent l'exercice des actions coordonnées dans des domaines spécifiques.¹⁰⁶ Sur le plan monétaire, la CEMAC par le biais de la BEAC assiste les Etats membres dans leurs relations avec les institutions financières internationales et établit pour chacun de ces Etats une situation distincte de l'émission monétaire et de ses contreparties. La BEAC centralise les avoirs extérieurs des Etats membres

dans un fonds commun de réserves de change.¹⁰⁷

Sur le fondement des compétences d'attribution, la CEMAC ne dispose d'aucune compétence pour répondre à une agression extérieure contre le territoire communautaire c'est-à-dire l'ensemble des territoires des Etats membres. Le Traité ne parle pas des « frontières » de la CEMAC. Il en résulte que le droit de la Communauté s'applique aux Etats membres. Ceci signifie qu'il s'applique aux territoires de ces Etats tels que délimités par leur droit propre. C'est en sens que d'ailleurs que le Traité et les conventions¹⁰⁸ communautaires stipulent que leur ratification sera faite en conformité avec les règles constitutionnelles des parties contractantes. Il n'incombe donc pas à la CEMAC de protéger les territoires à l'égard de l'extérieur, c'est-à-dire, assurer la défense des frontières et de l'intégrité territoriale des Etats membres. Elle ne dispose non plus de compétence de protection de l'ordre et de la sécurité intérieure. L'incompétence de la CEMAC en la matière est claire dès lors la Convention stipule que « *les dispositions de la présente convention ne font pas obstacle aux mesures qu'un Etat peut être amené à prendre en cas de troubles intérieurs graves*

¹⁰⁴ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, *Op. Cit.*, p. 241.

¹⁰⁵ Ibid., p. 217.

¹⁰⁶ Article 9, alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁰⁷ Article 34 de la Convention de l'UMAC du 25 juin 2008.

¹⁰⁸ Il en est notamment de l'Article 66 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC et de l'Article 101 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

affectant l'ordre public, ainsi qu'en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre». ¹⁰⁹ Cependant, une option d'action collective est envisageable en ce que les Etats membres se consultent d'urgence en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement de la Communauté ne soit affecté par de telles mesures. Ce qui veut dire que, par principe, chaque Etat membre demeure le responsable de la défense et de la sécurité de son propre territoire. C'est ce qui est tout à fait paradoxal. Car, le préambule du Traité révisé du 25 juin 2008 stipule que les Etats membres réaffirment leur « *attachement au respect des principes de démocratie, des droits de l'homme, de l'Etat de droit, de la bonne gouvernance, ...* ». ¹¹⁰ Or, le respect de ces principes ne peut être assuré sans qu'il y ait un mécanisme subsidiaire impliquant la responsabilité de la Communauté lorsque les Etats eux-mêmes manquent à la leur. Ce qui présume au contraire des compétences implicites de la Communauté.

A la lecture donc du Traité constitutif de la CEMAC et des conventions subséquentes, on peut se rendre compte d'une part des compétences issues de la répartition

horizontale entre la CEMAC et ses Etats membres c'est-à-dire la consécration de la dévolution du pouvoir d'arrêter des normes dans un domaine déterminé, d'autre part des compétences issues de la répartition verticale c'est-à-dire le partage des pouvoirs de mise en œuvre des normes communautaires.

B- Compétences communautaires d'exécution

Le mécanisme de partage des compétences d'exécution est caractérisé par le principe de décentralisation qui fait des Etats membres les relais de la mise en œuvre du droit communautaire, et le principe d'uniformité qui suppose une coopération contrôlée des autorités nationales à l'application effective des normes communes. L'instrument juridique de la directive apparaît comme l'une des manifestations les plus significatives de ce partage vertical des compétences, mais les mêmes principes s'appliquent pour la mise en œuvre des autres actes de droit dérivé ainsi que des dispositions du droit originaire. ¹¹¹ L'exécution de ces compétences est fondée sur le principe de subsidiarité (1) et de proportionnalité (2).

1- Fondée sur le principe de subsidiarité

¹⁰⁹ Article 98 de la Convention du 25 juin 2008 régissant L'Union Economique de l'Afrique Centrale ayant repris l'article 81 de la Convention du 16 juillet 1996.

¹¹⁰ 6^{ème} alinéa du préambule du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹¹¹ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 155.

L'analyse de la distribution horizontale des compétences n'épuise pas l'étude des rapports entre la Communauté et ses États membres en termes de compétences.¹¹² L'élaboration des normes, et l'application du droit communautaire se fait également selon un axe vertical, exprimant un partage de compétence dans la mise en œuvre des règles communes. En dehors de la répartition matérielle des compétences, le fonctionnement de l'ordre juridique communautaire repose sur une intervention conjointe des institutions communautaires et des États membres en vue d'assurer le complément normatif, l'application administrative et la sanction effective des normes communautaires, selon une logique propre qui est celle de l'intégration des systèmes juridiques communautaires et nationaux.¹¹³ La compétence d'exécution de la Communauté est relevée à travers la consécration par le Traité révisé des actes communautaires notamment les actes additionnels, les règlements, les directives et les décisions.¹¹⁴ La Cour de Justice de la CEMAC affirme que ces actes sont régis par le principe de la hiérarchie des normes

communautaires.¹¹⁵ Elle a réaffirmé dans son avis du 17 avril 2008 que si les conventions font partie du Traité, « *les actes additionnels ne peuvent que les compléter sans les modifier* ». ¹¹⁶ Ainsi, la Cour a déclaré manifestement contraire à l'esprit du Traité révisé de 2008, un Acte additionnel qui a modifié les dispositions de la Convention régissant le parlement communautaire.¹¹⁷ Sur la validité de ces actes, la Cour a estimé dans son avis du 5 juin 2013 qu'elle « *ne statue sur la validité d'un acte communautaire qu'au regard des dispositions pertinentes du droit primaire et du droit dérivé de la CEMAC* ». ¹¹⁸

L'exécution des compétences communautaires peut être basée sur le principe de subsidiarité qui a pour objectif, de limiter l'extension des compétences communautaires et de protéger l'autonomie législative et réglementaire des États membres. Ainsi, l'exercice de la compétence communautaire doit être à minima. En ce sens, la Convention dispose : « *les organes de l'Union Economique et les institutions spécialisées de celle-ci édictent,*

¹¹² Ibid., p. 154.

¹¹³ BOSKOVITS (K.), « Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la communauté européenne et ses États membres » cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, *Op. Cit.*, p. 154.

¹¹⁴ Article 40 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹¹⁵ Cour de Justice de la CEMAC, 24/05/2007, Avis n° 001/2007, demande d'avis du 28 février 2007 par le Secrétaire Général de la COBAC.

¹¹⁶ Cour de Justice de la CEMAC, 17/04/2008, Avis n° 001/2008, demande d'avis du 14 septembre 2007.

¹¹⁷ Cour de Justice de la CEMAC, 29/12/2014, Avis n° 002/2014- 15, demande d'avis du 24 décembre 2014 du Président de la Commission de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC).

¹¹⁸ Cour de Justice de la CEMAC, 05/06/2013, Avis n° 002/2012- 13, demande d'avis du Secrétaire Général de la COBAC.

dans l'exercice des pouvoirs normatifs que la présente Convention leur attribue, des prescriptions minimales et des réglementations cadres, qu'il appartient aux États membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». ¹¹⁹ Au sens du Traité révisé de la CEMAC, notamment dès son préambule et malgré que l'approche d'intégration soit préconisée, indique que cela doit se passer dans le respect des identités nationales des États membres ¹²⁰. Ça veut dire que la question identitaire des États membres constitue non seulement la limite au processus d'intégration pour ainsi limiter les compétences communautaires mais forme aussi un frein à l'exercice des celles-ci.

Le principe de subsidiarité oblige les institutions habilitées à adopter des dispositions de droit dérivé à s'interroger, à titre préalable, sur le point de savoir s'il est utile que la mesure envisagée soit adoptée au niveau communautaire et si les États membres ne seraient pas mieux placés pour légiférer ou réglementer dans cette matière. Cette hypothèse ne tient que pour les matières de compétence partagée ou concurrentes et non pour les compétences exclusives. C'est donc le domaine des

compétentes concurrentes qui appelle l'application du principe subsidiarité. L'exécution du droit international peut également être fondée sur le principe de subsidiarité. Mais pour la Cour de justice de la CEMAC, « *leur insertion ou intégration dans un espace communautaire donné s'opère par l'adoption des directives par les instances communautaires. Celles-ci seront suivies par des actes des autorités des États composant la communauté qui réalisent leur transposition en droit interne, condition sine qua non pour qu'elles produisent leurs effets* » ¹²¹.

2- Fondée sur le principe de proportionnalité

L'exercice des compétences de la CEMAC obéit également au principe de proportionnalité. Philippe MANIN est fondé à écrire que le principe de proportionnalité signifie que l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité qui l'institue. ¹²² La Convention de l'UEAC stipule que l'Union Economique « *harmonise, dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun, les règles qui régissent les activités économiques et financières et élabore à cet*

¹¹⁹ Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹²⁰ 6^{ème} alinéa du préambule du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

¹²¹ Cour de Justice de la CEMAC, 05/06/2013, Avis n° 002/2012- 13, demande d'avis du Secrétaire Général de la COBAC.

¹²² MANIN (P.), *L'Union européenne, Institutions ordre juridique, Contentieux, Op. Cit.*, p. 137.

effet des réglementations communes ». Cela signifie que l'UEAC qui est une institution de la CEMAC en vertu du Traité constitutif, dans ses compétences d'harmonisation, édicte des mesures qui sont strictement nécessaires au fonctionnement de la CEMAC. L'article 12 de la Convention de l'UEAC précise en outre que « *les réglementations nécessaires à l'élaboration de la législation fiscale commune sont adoptées* »¹²³ par les instances compétentes. Les instances compétentes adoptent par voie de règlements ou de directives, les dispositions d'application nécessaires.¹²⁴ Pour la mise en œuvre des objectifs de la Communauté en matière de la réglementation bancaire, monétaire, financière et de la microfinance, l'organe intergouvernemental compétent de la Communauté adopte les règlements et les directives nécessaires telle est la disposition de la Convention de l'UMAC.¹²⁵ Ce principe fait l'objet de contrôle avec prudence. La jurisprudence européenne a par exemple estimé à plusieurs reprises qu'elle ne peut censurer un acte pour violation du principe de proportionnalité

que lorsque l'auteur de l'acte a commis une erreur d'appréciation importante.¹²⁶

L'exercice de la compétence de la CEMAC requiert bien sûr une certaine garantie d'indépendance de ses institutions et organes. Ainsi, en vue de faciliter l'exécution des missions qui leur sont confiées, les immunités et privilèges généralement reconnus aux organisations internationales sont accordées aux Organes de l'UMAC sur le territoire des États membres de l'Union Monétaire.¹²⁷ C'est pourquoi, au sens de la Convention, il ne peut être imposé aux organes et aux institutions spécialisées de l'UMAC des obligations ou des contrôles autres que ceux définis par les dispositions conventionnelles. Dans ce domaine monétaire, la CEMAC dispose de plusieurs entités à travers lesquelles elle exerce ses compétences. Par exemple, si l'harmonisation des réglementations et le contrôle de l'activité bancaire et de la microfinance relèvent de la compétence de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale, la régulation et le contrôle des opérations d'appel public à l'épargne relèvent de la compétence de la

¹²³ Article 12 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹²⁴ Article 50 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹²⁵ Article 30 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UMAC

¹²⁶ CJCE, 13 novembre 1990, Fedesa, C-331/88, I-4023 ; 5 octobre 1994, Antonio Crispolti et autres,

C-133, 300, 362/93, I-4863 ; 5 octobre 1994, Allemagne c. Conseil, C6426/93, I-3723 cités par MANIN (P.), *L'Union européenne, Institutions ordre juridique, Contentieux, Op. Cit.*, p. 137.

¹²⁷ Article 9 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UMAC.

Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale. La coordination des politiques de lutte contre le blanchissement des capitaux et le financement du terrorisme relève du Groupe d'Action contre le blanchissement d'Argent en Afrique Centrale.¹²⁸ Dans ce dernier cas, la CEMAC exerce sa compétence d'appui appelée aussi compétence de coordination ou de complément c'est-à-dire le pouvoir à lui reconnu d'intervenir dans un domaine relevant de la compétence des Etats par des actions permettant de soutenir et de compléter les politiques nationales lorsque cela est dans l'intérêt commun de la communauté et des Etats membres.

Pour assurer la convergence des performances et des politiques économiques en vue de la réalisation des objectifs, la Communauté dotée d'un dispositif de surveillance. L'exercice de la surveillance consiste à vérifier d'une part, la conformité des politiques économiques aux grandes orientations et, d'autre part, la cohérence des politiques nationales avec la politique monétaire commune.¹²⁹ Il est donc évident que le principe de proportionnalité irrigue l'exercice des compétences communautaires. Ce principe implique que

*« les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché ».*¹³⁰

Bien que minorées les compétences communautaires sont articulées aux compétences des Etats membres dans un système communautaire en perpétuel mutation.

II- Des compétences nationales au demeurant quasi-illimitées

Les compétences nationales sont quasi-illimitées d'autant plus que, ce sont des Etats pleinement souverains qui ont accepté sans contrainte extérieure, à se faire lier dans une structure supranationale. Leurs pouvoirs, contrairement à ceux d'une organisation d'intégration, ne sont pas dominés par un principe de spécialité, mais s'exercent dans la plénitude autorisée par le droit communautaire. Les compétences des Etats membres de la CEMAC peuvent être identifiées par une vue de l'intérieur ou de l'extérieur (A). Les compétences d'exécution de ces Etats (B) constituent un mécanisme du premier plan dans la mise en œuvre du droit communautaire.

¹²⁸ Article 51, alinéa 3 de la Convention de l'UEAC du 25 juin 2008.

¹²⁹ Article 51, alinéa 3 de la convention de l'UEAC du 25 juin 2008.

¹³⁰ CJCE, 17 mai 1984, Denkwit Nederland, 15/83, Rec., 2171

A- Compétences des Etats vues de l'intérieur et de l'extérieur

En dépit de la classification doctrinaire,¹³¹ l'on fait souvent valoir en droit communautaire qu'un Etat est réputé disposer d'un ensemble de compétences qui, sur le plan matériel, n'est pas limité.¹³²

Or, l'ensemble des pouvoirs reconnus par le droit communautaire aux Etats membres les rendent aptes à remplir des fonctions déterminées et, à accomplir les actes juridiques qui en découlent. L'exorbitance de la compétence des Etats membres s'illustre notamment par le fait qu'en dépit de la création de l'Union économique, la définition et la gestion de la politique économique continuent de relever, pour l'essentiel, de la compétence des Etats membres de la CEMAC. Ces compétences se déclinent en compétences inhibées, encadrées, coordonnées, réservées et concurrentes ou mixtes. Elles se distinguent selon les modalités de l'exercice par rapport à l'ordre communautaire. Ainsi, ces aptitudes sont soit liées (1) soit non liées (2).

1- Aptitudes liées

La détermination des compétences internes des Etats membres de la CEMAC met en

exercice des types des compétences frappées d'arrêt, de blocage ou de ralentissement dans leur exercice. Ce sont des compétences qui peuvent être appelées des compétences inhibées. Les Etats font preuve d'une certaine incompétence dans les domaines concernés. Ainsi, les Etats membres de la CEMAC « *s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible de faire obstacle à l'application du Traité et des actes pris pour son application* »¹³³. Cela veut dire que les Etats s'obligent en vertu du droit communautaire à n'exercer aucune compétence de nature à empêcher l'application du droit communautaire originaire ou dérivé.

Ces compétences expriment le degré maximum de dessaisissement des Etats membres. Ce sont des « *domaines qui ne relèvent plus de la compétence nationale, sans pour autant faire l'objet d'une attribution à la communauté, en contradiction avec la loi physique selon laquelle « rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* », la compétence nationale étant en l'occurrence purement et simplement abolie ».¹³⁴ Ces compétences sont dénommées par DENYS Simon des

¹³¹ Selon le schéma de Denys Simon, les compétences des Etats membres de la Communauté sont classées en compétences abolies, transférées, encadrées, coordonnées, réservées et concurrentes ou mixtes.

¹³² MANIN (P.), *L'Union Européenne, Institutions, ordre juridique, contentieux*, Op. Cit., p. 129.

¹³³ Article 4 du Traité du 25 juin 2008 de la CEMAC ; article 8 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UMAC.

¹³⁴ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 132.

compétences abolies. Selon l'auteur de l'ouvrage intitulé « *Le système juridique communautaire* », ce degré zéro de la distribution inspire dans une large mesure la logique de l'attribution des compétences dans le cadre de la réalisation de l'union douanière, voire du marché commun. Pour l'auteur, les obligations de ne pas faire, concernant les entraves à la libre circulation intracommunautaire des marchandises, des personnes ou des services, s'analysent en effet comme la suppression pure et simple de toute compétence normative d'introduire ou de maintenir dans les échanges des droits de douane ou taxes d'effet équivalent, des restrictions quantitatives ou mesures d'effet équivalent, des entraves à la libre circulation des personnes et des services, cette prohibition correspondant à une limitation définitive des droits souverains des États membres.

En principe, ces compétences sont inhibées et non abolies comme le soutient DENYS Simon. Car dans certaines circonstances, les États peuvent les réveiller et les exercer individuellement ou en commun. Ainsi, aux termes de l'article 5 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008, les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires afin d'éviter que le fonctionnement de la

Communauté ne soit affecté par les mesures que l'un d'eux pourrait être amené à prendre en cas de troubles à l'ordre public, de guerre ou de tension internationale constituant une menace de guerre. Cela veut dire que les situations énumérées ci-dessus notamment les troubles à l'ordre public, la guerre ou la tension internationale selon leur gravité constituent une limite aux interdictions posées par le droit communautaire aux États membres d'exercer une compétence quelconque dans un domaine déterminé. Cependant, pour empêcher qu'un dysfonctionnement ne se produise suite à la mesure prise par un État dans ces circonstances, les États membres se consultent et prennent une mesure commune pour faire face à la situation. La Convention de l'UEAC est quelque peu plus explicite sur la question en ce qu'elle stipule que ses dispositions ne font pas obstacle aux mesures qu'un État peut être amené à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, ainsi qu'en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre.¹³⁵ Elle précise aussi pour sa part que les États s'abstiennent de toute mesure susceptible de faire obstacle à l'application de la Convention et des actes juridiques pris pour sa mise en œuvre.¹³⁶

¹³⁵ Article 98, alinéa 1 de la Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale.

¹³⁶ Article 10 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

Il ne s'agit donc pas d'un transfert de compétence à la CEMAC, les institutions étant elles aussi privées de tout pouvoir d'adopter des mesures incompatibles avec les interdictions posées par le droit communautaire. En réalité comme nous l'avons déjà relevé, ces compétences ne sont pas abolies mais seulement inhibées. Ainsi, le droit communautaire fait écran à l'exercice par les Etats de ces compétences. Ce qui convient de retenir qu'en droit communautaire de la CEMAC, la compétence nationale demeure le principe et la compétence communautaire l'exception, ou plus exactement, la compétence nationale est virtuellement illimitée, alors que les compétences communautaires sont limitatives. Toutefois, il existe le cas où les compétences des Etats membres ne sont pas seulement inhibées mais totalement abolie. Ainsi au sens de l'article 31 du Traité révisé du 25 juin 2008, les Etats membres sont tenus de respecter l'indépendance des membres de la Commission de la CEMAC.¹³⁷ Cela signifie qu'un Etat membre ne doit exercer aucune compétence, pour quelque raison que soit, sur le commissaire par lui désigné donc

relevant de sa nationalité, de nature à porter atteinte à son indépendance.

Par exemple toutes les compétences des Etats membres à propos des pratiques considérés par le règlement¹³⁸ communautaire comme « *pratiques commerciales anticoncurrentielles* » sont inhibées. L'article 4 du règlement du 25 juin 2009 dispose en ce sens que « *tous les accords ou décisions pris en rapport avec les pratiques prohibées sont nuls de plein droit* ». Ainsi, saisie par l'Etat Equato-guinéen d'une demande portant pour l'essentiel sur les difficultés rencontrées dans l'application de la réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles, la Cour de justice de la CEMAC a eu l'occasion de réaffirmer l'intangibilité de cette réglementation ainsi que l'inhibition des compétences des Etats en estimant que « *Tous les accords ou décisions pris en rapport avec les pratiques anticoncurrentielles prohibées sont nuls de plein droit. La République de la Guinée Equatoriale, comme tous les autres Etats membres de la CEMAC, doit prendre toutes mesures nécessaires pour conformer sa législation nationale aux normes communautaires* ». ¹³⁹

¹³⁷ Article 31, alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹³⁸ Règlement n° 1/99-UEAC-CM-SE du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles.

¹³⁹ Cour de Justice de la CEMAC, 26/06/2013, Avis n° 004/2012- 13, demande d'avis de la République de Guinée Equatoriale.

En réalité, il s'agit de domaines dans lesquels les Etats membres n'ont pas renoncé à leur compétence, mais ont accepté d'en limiter l'exercice dans la mesure nécessaire au fonctionnement efficace du marché commun. Les autorités nationales restent titulaires de la compétence normative, mais s'engagent à ne pas la mettre en œuvre si les règles qu'ils pourraient adopter sont susceptibles de mettre en cause la réalisation des objectifs des traités et à n'exercer leur compétence normative que dans les limites imposées par le droit communautaire. En ce sens, l'article 4 du Traité du 25 juin 2008 dispose que « *les Etats membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs* » de la CEMAC. Ce qui signifie que les Etats membres ne doivent exercer leur compétence que dans le but d'atteinte des objectifs de la Communauté. En toute évidence, l'atteinte des objectifs passe par l'adoption des toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant des textes communautaires. Ce même encadrement des compétences des Etats par les objectifs à atteindre est consacré aussi bien par la Convention de l'UEAC¹⁴⁰ que par la Convention de l'UMAC.¹⁴¹

On peut convenir avec DENYS Simon que ces types de compétences se rencontrent notamment dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, les Etats membres conservant la maîtrise de leur compétence normative en matière de droit du travail ou de réglementation des activités professionnelles, sous réserve de ne pas porter atteinte aux principes communautaires de libre circulation et de non-discrimination à raison de la nationalité à l'égard des ressortissants d'autres Etats membres. De même la réglementation de l'exercice des activités professionnelles demeure de la compétence nationale, sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte de façon disproportionnée aux exigences de la libre circulation et de l'égalité de traitement. L'Acte Additionnel du 29 juin 2005 stipule que « *la circulation des personnes est libre à l'intérieur de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale sous réserve de la production d'une carte nationale d'identité ou d'un passeport en cours de validité* ». ¹⁴² Sur ce fondement les Etats membres ne doivent exiger pour la circulation des personnes dans la zone CEMAC que la présentation d'une pièce qui permet d'identifier la personne. L'Acte

¹⁴⁰ Article 10 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹⁴¹ Article 8 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UMAC.

¹⁴² Article 1^{er} de l'Acte Additionnel n° 08/CEMAC-CEE-SE du 29 juin 2005 relatif à la libre circulation des personnes en zone CEMAC.

Additionnel du 14 juin 2013 va renforcer l'encadrement des compétences des Etats membres en matière de circulation des personnes en stipulant que la libre circulation comporte le droit de se déplacer sans visa et de séjourner dans tout autre Etat de la Communauté pour une durée de quatre-vingt-dix (90) jours au plus.¹⁴³ En dépit de l'Acte Additionnel du 29 juin 2005 sur la libre circulation des personnes, chaque Etat membre a continué à exercer ses compétences pour demander le visa aux personnes appartenant aux autres Etat membres de la CEMAC. L'encadrement de la libre circulation des personnes n'a connu son apogée qu'avec l'Acte Additionnel du 14 juin 2013 qui a supprimé le visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant notamment dans l'espace communautaire.

La compétence dont les Etats membres restent titulaires connaît toutefois une seconde limite. L'exercice de cette compétence est également encadré par l'obligation de respecter les mesures communautaires d'harmonisation des législations et réglementation nationales. Il s'agit donc moins d'une situation de

compétences concurrentes que d'une hypothèse de coexistence sur le même objet de compétences simultanées mais de nature différente, s'analysant comme un encadrement communautaire de compétences nationales limitées dans leur exercice et non comme un transfert du titre de compétence. En ce sens, la Convention de l'UEAC stipule d'une part, que les « *législations budgétaires des Etats membres sont harmonisées au cours de la première étape de la construction de l'Union Economique* »¹⁴⁴ et, d'autre part, « *sont également harmonisées, les comptabilités nationales et les données macroéconomique nécessaires à l'exercice de la surveillance multilatérale...* ». La directive du 19 décembre 2011 relative au Règlement générale de la comptabilité publique¹⁴⁵ a eu pour but l'encadrement des compétences des Etats membres en cette matière. L'encadrement des compétences des Etats membres en matière des communications électroniques est réalisé par la Directive¹⁴⁶ du 19 décembre 2008. Aux termes de l'article 2 « *la présente Directive fixe un cadre harmonisé pour les politiques nationales de service universel, mises en œuvre au sein des Etats membres*

¹⁴³ Article 2 de l'Acte Additionnel n° 01/13-CEMAC-070 U-CCE-SE du 25 juin 2013 portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire.

¹⁴⁴ Article 56, alinéa 1 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹⁴⁵ Il s'agit de la Directive n° 02/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative au Règlement général de la Comptabilité publique.

¹⁴⁶ Directive n° 06/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des Etats membres de la CEMAC.

de la CEMAC ». La Convention de l'UEAC ne se limite pas seulement aux mesures d'harmonisation mais évoque en même temps l'uniformisation. Ainsi dans ce processus d'harmonisation, la Convention précise qu'« *une priorité particulière est assignée à l'uniformisation du champ statistique du secteur public selon les méthodologies internationalement acceptées dans ce domaine* ». ¹⁴⁷ Aux termes de l'article 11 de cette Convention les Etats doivent considérer leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun. ¹⁴⁸ Ils s'accordent sur les grandes orientations de politiques économiques qu'ils s'engagent à respecter en harmonisant leurs politiques nationales. ¹⁴⁹

L'encadrement des compétences des Etats s'observent aussi dans d'autres domaines. Ainsi, les Etats membres de la CEMAC ne doivent en aucun cas, dans l'exercice de leurs compétences, porter atteinte aux principes de démocraties, des droits de l'Homme, de l'Etat de droit, de la bonne gouvernance, du dialogue social et des questions de genre tels que stipulés par le préambule du Traité du 25 juin 2008 ¹⁵⁰.

Au sens de l'article 11 de la Convention de l'UEAC, les Etats membres s'accordent sur

les grandes orientations de politiques économiques qu'ils s'engagent à respecter en coordonnant leurs politiques nationales. ¹⁵¹ Ainsi, les Etats sont dotés des compétences internes coordonnées. A ce propos des compétences coordonnées des Etats membres, DENYS Simon écrira qu'« *en termes d'intégration décroissante, se situe l'hypothèse dans laquelle les Etats restent titulaires de la compétence de principe, la Communauté ne disposant même pas de la compétence de prendre des mesures d'encadrement ou d'harmonisation à caractère obligatoire* ». ¹⁵² Ce sont donc des compétences pour lesquelles les Etats membres se sont engagés à les exercer en commun, sous la forme de la coopération, le cas échéant en acceptant que des mesures de coordination soient prises par les institutions communautaires. Ce type de compétence concerne notamment la compétence en matière de dénonciation du Traité. Même, si chaque Etat dispose de la compétence de dénoncer le Traité, ce dernier cesse d'avoir effet à l'égard de cet Etat qu'après notification à la Conférence des Chefs d'Etat qui est un organe communautaire de coopération. C'est

¹⁴⁷ Article 56, alinéa 2 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹⁴⁸ Article 11, alinéa 1 de la Convention de l'UEAC du 25 juin 2008.

¹⁴⁹ Article 51, alinéa 2 de la Convention de l'UEAC du 25 juin 2008.

¹⁵⁰ 7^{ème} alinéa du Préambule du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁵¹ Article 51, alinéa 2 de la Convention de l'UEAC du 25 juin 2008.

¹⁵² DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 135.

pourquoi la dérogation au délai au bout duquel le Traité cesse d'avoir effet à l'égard de l'Etat concerné n'est possible qu'en commun accord entre les Etats signataires.¹⁵³

La compétence de déterminer la politique de la Communauté entre dans la catégorie des compétences coordonnées. Cela s'explique par le fait qu'il revient à la Conférence des Chefs d'Etat de la CEMAC qui est un organe communautaire de coopération doté de la légitimité intergouvernementale de déterminer cette politique. C'est la Conférence qui oriente l'action des autres organes communautaires de coopération mais qui sont d'échelon inférieur.¹⁵⁴ La compétence de fixer le siège des institutions, des organes et des institutions spécialisées de la CEMAC est une compétence coordonnée en ce qu'elle est dévolue à la Conférence des Chefs d'Etat.¹⁵⁵ Les compétences coordonnées des Etats concernent également l'adhésion d'un nouvel Etat¹⁵⁶ ou l'adoption des modifications du Traité.¹⁵⁷ Bien que dans certains cas les aptitudes des Etats au regard du droit communautaire sont liées à différents degrés, ceux-ci disposent de pouvoir juridique qu'ils exercent avec la

faculté de se fonder sur des motifs laissés à leur propre appréciation.

2- Aptitudes non liées

Les aptitudes non liées s'analysent en pouvoir discrétionnaire c'est-à-dire le pouvoir d'agir librement sans que la conduite à tenir soit dictée à l'avance par une règle de droit communautaire. Les compétences réservées entrent dans cette catégorie. Elles sont des compétences non attribuées à la CEMAC et qui sont donc du ressort des Etats membres. Ces derniers conservent l'intégralité de leur pouvoir en ces matières. Les compétences réservées se distinguent des compétences exclusives des Etats en ce que la CEMAC peut très bien intervenir sur les matières couvertes en fondant par exemple son action sur des principes de subsidiarité, sur l'effet, ou encore sur les compétences complémentaires. Elles recouvrent les compétences nationales qui se situent totalement en dehors du champ d'application du droit communautaire. Ce sont des compétences retenues qui n'ont pas été affectées par la signature du Traité et ses conventions subséquentes, et qui continuent à s'exercer selon les règles constitutionnelles nationales, en dehors de

¹⁵³ Article 58 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁵⁴ Il s'agit notamment du Conseil des Ministres de l'UEAC et du Comité Ministériel de l'UMAC (Article 12, alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC).

¹⁵⁵ Article 12, alinéa 2 du Traité du 25 juin 2008 de la CEMAC

¹⁵⁶ Article 55, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁵⁷ Article 57, alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

toute ingérence communautaire. Aux sens de l'article 5 du Traité révisé, il s'agit des compétences en matières de la sécurité dont l'exercice permet de parer aux troubles à l'ordre public, des compétences en matière de la défense qui permettent de faire face à la guerre et des compétences en matière de la diplomatie qui permettent quant à elles de faire face à des tensions internationales constituant une menace de guerre.¹⁵⁸

Ces compétences réservées regroupent certaines compétences retenues des Etats dans des domaines liés à l'application du Traité et ses conventions subséquentes. Il s'agit d'abord des secteurs qui ont fait l'objet de réserves de compétences au sens juridique du terme. Il en est ainsi de la compétence d'initiative de révision des traités,¹⁵⁹ de ratification qui se fait en conformité avec les constitutionnelles de chaque Etat,¹⁶⁰ de l'exécution forcée des décisions communautaires.¹⁶¹ Pour ce dernier cas, l'exécution forcée est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur territoire duquel elle a lieu. Il s'agit également des questions pour lesquelles les traités ont expressément renvoyé à une compétence nationale. Il en

est ainsi par exemple du contentieux contractuel impliquant la responsabilité de la Communauté devant le juge national lorsque cette responsabilité contractuelle est régie par la loi nationale applicable au contrat¹⁶². En dépit de l'harmonisation de la comptabilité publique au regard de la Directive du 19 décembre 2011, il appartient aux pouvoirs normateurs nationaux de définir les modalités de nomination des comptables publics¹⁶³.

Mais, les compétences « réservées » n'échappent pas à toute incidence du droit communautaire. La jurisprudence européenne est, quelque peu, claire sur la question en ce qu' « *il appartient aux Etats membres, qui ont à arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, de prendre les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées. Il n'en résulte pas, cependant, que de telles décisions doivent échapper totalement à l'application du droit communautaire* ». ¹⁶⁴ Ce qui signifie que le droit communautaire peut venir limiter l'exercice des compétences retenues des Etats, sans que pour autant lesdites compétences fassent l'objet d'une

¹⁵⁸ Article 5 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁵⁹ Article 57, alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁶⁰ Article 57, alinéa 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁶¹ Article 45, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁶² Article 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁶³ Article 15, alinéa 2 de la Directive n° 02/11-UEAC-190-CM-22 relative au règlement général de la comptabilité publique.

¹⁶⁴ CJCE, 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec., 1651 cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit. p. 139.

coordination et encore moins d'un transfert à la Communauté. L'exercice des compétences réservées doit toujours respecter le principe de loyauté communautaire.¹⁶⁵ Les Etats membres n'entendent pas créer une citoyenne communautaire ou identité communautaire en ce que le préambule du Traité du 25 juin 2008 stipule clairement que les Etats sont désireux de renforcer la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leurs identités nationales respectives.¹⁶⁶ Les Etats conservent donc leurs compétences en matière de la détermination de la citoyenneté. Ainsi au sens de l'article 3 de l'Acte Additionnel du 29 juin 2005, les ressortissants des Etats membres de la Communauté jouissent, à l'exception des droits politiques, de tous les droits et libertés reconnus aux nationaux.¹⁶⁷

Les compétences concurrentes ou mixtes sont les compétences partagées entre la CEMAC et les Etats membres, au sein desquelles coexistent deux titulaires également habilités à agir, soit successivement, soit simultanément. Il en est ainsi de la compétence de saisine de la

juridiction communautaire. Au sens de l'article 24 de la Convention du 30 janvier 2009 régissant la Cour de Justice communautaire, la compétence de saisine de cette Cour est partagée entre les Etats membres et les entités communautaires.¹⁶⁸ De même, la compétence d'initiative de la Conférence des Chefs d'Etat,¹⁶⁹ de la réunion du Conseil des Ministres de l'UEAC¹⁷⁰ et de la réunion du Comité Ministériel de l'UMAC¹⁷¹ est partagée entre la Communauté et les Etats membres. Entrent dans la catégorie des compétences concurrentes, les compétences de proposition des projets tendant à la révision des traités et conventions communautaires.¹⁷²

De l'intérieur, les compétences que des Etats membres détiennent de leur souveraineté vers l'extérieur de leur territoire ou plus exactement vers l'extérieur de leur espace communautaire ne sont pas en principe limitées. Si la souveraineté interne des Etats membres est limitée en ce que le Traité stipule que « *les actes adoptés par les institutions, organes et institutions spécialisées de la*

¹⁶⁵ DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 140.

¹⁶⁶ 6^{ème} alinéa du préambule du Traité institutif du 16 mars 1994 et du Traité révisé du 25 juin 2008.

¹⁶⁷ Article 3 de l'Acte Additionnel n° 08/CEMAC-CEE-SE du 29 juin 2005 relatif à la libre circulation des personnes en zone CEMAC.

¹⁶⁸ Article 24, Alinéa 1 de la Convention du 30 janvier 2009 régissant la Cour de Justice communautaire.

¹⁶⁹ Article 13 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁷⁰ Article 20, alinéa 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁷¹ Article 22, alinéa 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁷² Article 57, alinéa 1 et 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

Communauté pour la réalisation des objectifs du présent Traité sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure », ¹⁷³ la souveraineté externe n'est pas limitée dans son principe par le droit communautaire de la CEMAC. Ce qui veut dire que les Etats membres jouissent de la plénitude de compétence. Les Etats conservent leurs compétences notamment en matière de la diplomatie, de la politique étrangère, de la coopération et de la défense nationale. L'exemple type est celui de l'appartenance au G5 Sahel. Le Tchad est le seul pays de la CEMAC à appartenir à ce regroupement de coopération militaire sans pour autant porter atteinte à ses obligations communautaires. Pour l'action extérieure, la coopération au développement est l'un des axes de la politique étrangère des Etats qui se rapprochent des objectifs de la Communauté. Mais pour autant, il n'existe aucune contradiction dans l'exercice des compétences des Etats membres en la matière et leur obligation de loyauté communautaire. La compétence en matière de conduite des relations extérieures n'est donc pas transférée par les Etats à la CEMAC. Il n'existe pas une politique de sécurité et de défense de la CEMAC.

Cependant, les Etats peuvent être amenés à exercer des compétences extérieures simplement parce que la Communauté n'a pas exercé la sienne. Il en est ainsi dans le domaine des compétences concurrentes. Au regard de la théorie de préemption et notamment dans les domaines des compétences concurrentes ou mixtes, les Etats membres sont autorisés à exercer la compétence pour autant que et dans la mesure où la Communauté n'a pas exercé, la sienne. Néanmoins l'exercice de compétence des Etats dans ce cas est gouverné par le principe de loyauté communautaire. En effet, des équilibres voulus par le Traité et ses conventions subséquentes valent en dehors de toute situation de préemption, c'est-à-dire dans l'exercice des compétences retenus des Etats membres en l'absence de compétence communautaire. Le principe de loyauté communautaire ne concerne pas seulement la loyauté envers la CEMAC mais aussi d'un Etat envers les autres Etats membres. En ce sens le Traité du 25 juin 2008 stipule que les Etats membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires afin d'éviter que le fonctionnement de la CEMAC ne soit affecté par les mesures que l'un d'eux pourrait être amené à prendre... ¹⁷⁴

¹⁷³ Article 44 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁷⁴ Article 5 du Traité du 25 juin 2008 de la CEMAC.

L'ensemble des compétences d'un Etat membre dans le système communautaire de la CEMAC, qu'elles soient vues de l'intérieur ou de l'extérieur du territoire étatique ou de l'espace communautaire, obéissent aux modalités d'exécution.

B- Compétences d'exécution des Etats membres

Les compétences d'exécution des membres peuvent s'analyser en exécution non juridictionnelle (1) et en exécution juridictionnelle (2).

1- Exécution non juridictionnelle

Il est une vision déformée du système communautaire d'occulter le rôle essentiel joué par les Etats membres dans la mise en œuvre des règles communes et d'ignorer le caractère essentiellement décentralisé de leur exécution.¹⁷⁵ La logique de l'application du droit communautaire repose tout entière, dans les hypothèses où les traités n'ont pas attribué de compétences d'exécution à la Communauté, sur la reconnaissance de compétences propres des Etats membres, le plus souvent exprimée sous la forme d'un principe dit de l'autonomie institutionnelle et procédurale des droits nationaux.¹⁷⁶ L'exécution du

droit communautaire doit se faire en principe dans le respect des formes et procédures du droit national. C'est le cas de la mise en œuvre de la directive communautaire. Ainsi au sens de l'article 41 du Traité du 25 juin 2008, « *les directives lient tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales leur compétence en ce qui concerne la forme et les moyens* ». La jurisprudence européenne pouvait indiquer aussi que : « *Lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux Etats membres en leur imposant des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etats* ». ¹⁷⁷ Il faut noter que le principe d'autonomie institutionnelle au sens strict, signifie que les Etats membres ont une compétence exclusive pour déterminer les organes qui seront chargés d'exécuter le droit communautaire. Ceci signifie aussi que les Etats membres disposent de la compétence

¹⁷⁵ KOVAR (R.), « Compétences des communautés européenne », JCL. Europe, fasc. 420, sp. Cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 155

¹⁷⁶ RIDEAU (J.), *Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire*, AFDI, 1972,

864 cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 155.

¹⁷⁷ CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company e.a., 51/71, 52/71, 53/71 et 54/71, Rec., 1107

de fixer les règles de forme et de procédure applicables à la mise en œuvre du droit communautaire.

Les Etats membres sont soumis à l'obligation de coopération comme nous l'avons déjà indiqué. Cela veut dire que l'autonomie institutionnelle et procédurale ne saurait pour autant être absolue. La reconnaissance d'un monopole d'exécution aux Etats membres organisé exclusivement selon les règles du droit national risquerait en effet, de mettre en péril l'uniformité d'application du droit communautaire. C'est la raison pour laquelle la compétence nationale exprimée par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale doit être encadrée afin de se concilier avec les exigences d'application uniforme et effective du droit communautaire. En ce sens le préambule du Traité du 25 juin 2008 stipule que les Etats sont soucieux d'assurer le bon fonctionnement des institutions et organes prévus dans le Traité. Cela suppose que les Etats membres n'entendent pas empiéter sur les domaines de compétence de la CEMAC. La jurisprudence européenne a admis que l'exercice respectif des compétences nationales et communautaires dans la gestion d'un accord mixte suppose une étroite

coopération entre les institutions communautaires et les autorités nationales, en particulier pour garantir l'unité de représentation internationale de la communauté.¹⁷⁸

L'équilibre entre les exigences de l'application effective et uniforme du droit communautaire et le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des droits nationaux commande ainsi la répartition des compétences de mise en œuvre du droit communautaire. Ainsi, si certaines décisions communautaires, prises à l'égard des personnes autres que l'Etat, forment titre exécutoire, leur exécution forcée est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu.¹⁷⁹ Territorialement, les autorités nationales, dans leur mission d'application du droit communautaire, ne s'écartent pas des terminologies communautaires. Ainsi, elles peuvent évoquer « *l'espace communautaire* », « *ressortissants des Etats membres de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale* » à chaque fois qu'elles sont appelées à l'exécution du droit communautaire.¹⁸⁰ Certaines autorités nationales qui semblent être portées vers une intégration rapide et plus poussée,

¹⁷⁸ CJCE, 15 novembre 1994, Accords GATS et TRPS cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 158.

¹⁷⁹ Article 45 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

¹⁸⁰ Voir le Communiqué de presse du 19 octobre 2017 du Gouvernement de la République gabonaise.

n'hésitent pas à évoquer la notion même du « *territoire communautaire* » dans leur acte d'exécution du droit communautaire.¹⁸¹

L'exécution normative c'est-à-dire celle d'adopter les normes en droit interne pour l'application du droit communautaire est tout aussi importante que l'exécution administrative dite aussi exécution matérielle.

L'adoption par les institutions communautaires d'un acte à portée générale n'exclut pas la nécessité d'une mise en œuvre normative complémentaire. Ainsi aux termes de l'article 4 du Traité révisé du 25 juin 2008, les Etats membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs de la Communauté en adoptant toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du Traité.¹⁸² Cela signifie que cette obligation comprend clairement, l'exécution normative, c'est-à-dire celle d'adopter, en droit interne, des dispositions législatives ou réglementaires utiles à l'application des dispositions du droit communautaire. Au sens de l'article 49 de

la Convention de l'UEAC, les Etats membres complètent les dispositions des règlements cadres et des directives, et prennent les actes d'application nécessaires conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.¹⁸³

S'agissant notamment de l'usage du règlement, qui révèle pourtant l'existence d'une compétence communautaire exclusive,¹⁸⁴ l'intervention normative des autorités nationales procède soit d'une habilitation explicite figurant dans le règlement, soit fondée sur l'obligation de coopération. A cet effet, le règlement cadre, au sens de l'article 41 du Traité révisé, n'est directement applicable que pour certains de ses éléments.¹⁸⁵ Cela veut dire que le règlement cadre nécessite, pour son application, l'intervention de la compétence des autorités nationales. Dans ce cas, l'exercice de la compétence normative de l'Etat membre est non seulement licite, mais imposé par l'effet obligatoire du règlement en ce que, aussi bien le règlement et le règlement cadre sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicable dans tout Etat membre au sens de

¹⁸¹ Circulaire du 08 août 2017 du Ministre Tchadien des Affaires Etrangères, de l'Intégration Africaine et de la Coopération Internationale à Mesdames et Messieurs les Ambassadeurs, Chefs de Missions Diplomatiques et Consulaires de la République du Tchad.

¹⁸² Article 4, Alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁸³ Article 49 de la Convention du 25 juin 2008 de l'UEAC.

¹⁸⁴ Pour ce faire l'article 41, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC dispose : « *Les règlements et les règlements cadres ont une portée générale. Les règlements sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tout Etat membre. Les règlements cadres ne sont directement applicables que pour certains de leurs éléments* ».

¹⁸⁵ Article 41, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

l'article 41 du Traité révisé. L'intervention normative des autorités nationales est soumise à l'obligation de coopération. Cette coopération est notamment fondée sur les dispositions du Traité aux termes desquelles les Etats s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible de faire obstacle à l'application droit communautaire originaire et dérivé.¹⁸⁶ Cela signifie que l'intervention des autorités nationales soit nécessaire pour assurer la pleine efficacité de l'acte communautaire. Sur ce, la Convention de l'UEAC est quelque peu plus explicite et stipule que l'organe intergouvernemental de la Communauté prend des règlements cadres ou directives et « *les Etats membres complètent leurs dispositions et prennent les actes d'application nécessaires, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives* ». Cependant, on ne peut tirer de ces dispositions la règle selon laquelle, les compétences d'exécution appartiennent aux Etats membres. Il ne fait pas de doute que les organes communautaires disposent d'une compétence pour adopter si nécessaire, des actes d'exécution normative. Cette compétence résulte notamment des dispositions de l'article 40

du Traité révisé¹⁸⁷ du 25 juin 2008. Elle implique le pouvoir d'adopter des actes à caractère normatif, et celui de prendre des décisions particulières.

Dans les deux situations, la compétence normative des Etats membres est cependant subordonnée, en ce sens qu'il leur est interdit de fixer des conditions supplémentaires par rapport à celles posées par l'acte, d'introduire des dérogations non prévues par l'acte et plus largement d'édicter des règles obligatoires qui affectent le contenu normatif de l'acte. Il faut donc que l'Etat membre se borne à assurer l'exécution de l'acte communautaire, sans en affecter la substance normative. Il en est ainsi lorsque le règlement du 20 juin 2008 relatif au passeport CEMAC dispose que « *l'impression et la gestion du Passeport CEMAC relèvent de la compétence de chaque Etat membre* ».¹⁸⁸ S'en tenir à cette disposition revient à considérer que le pouvoir normatif communautaire dérivé habilite les Etats membres à imprimer et gérer eux-mêmes la délivrance du Passeport CEMAC institué par le règlement du 21 juillet 2000.¹⁸⁹ Ou encore le même règlement habilite chaque Etat membre à

¹⁸⁶ Article 4 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁸⁷ Article 40 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁸⁸ Article 12 du Règlement 01/08-UEAC-042-CM-17 du 20 juin 2008 modifiant le Règlement n° 1/00-

CEMAC-042-CM-04 portant institution et conditions de gestion et de délivrance du Passeport CEMAC.

¹⁸⁹ Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04 du 21 juillet 2000 portant institution et conditions d'attribution du Passeport CEMAC.

prendre des dispositions nécessaires aux fins de notification du Passeport CEMAC aux pays tiers.¹⁹⁰ Au sens de ce règlement, la désignation des autorités nationales chargées de la délivrance du Passeport est de la compétence de chaque Etat membre.¹⁹¹ Les exigences pesant sur les Etats en matière de transposition et d'exécution des directives imposent aux autorités nationales l'obligation d'adopter les normes nécessaires à l'application effective des dispositions de l'acte communautaire, selon les formes et les moyens du droit national, mais à condition de ne rien ajouter ni de ne rien retrancher aux dispositions matérielles de l'acte communautaire. Ainsi, l'article 112 de la directive du 19 décembre 2011 relative au règlement général de la comptabilité publique dispose par exemple « *les Etats membres communiquent à la Commission de la CEMAC, pour avis, le projet de texte national transposant les dispositions de la présente directive avant adoption. Ils communiquent ensuite à la Commission le texte des dispositions de droit interne*

adoptées dans les matières régies par la présente Directive ». ¹⁹²

La mise en œuvre normative du droit communautaire s'effectue, conformément au principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, selon les règles constitutionnelles nationales, qui déterminent, en fonction de l'objet et de la nature de la norme communautaire, les organes compétents et les procédures applicables. Au sens de la Convention de l'UMAC du 25 juin 2008, les Etats membres s'engagent à apporter leur concours à l'UMAC afin d'assurer le plein respect des dispositions conventionnelles et des textes pris pour leur application sur des points limitativement énumérés.¹⁹³ L'exécution du droit communautaire peut tout d'abord être effectuée par voie législative. Cette solution, en dépit de la préférence qui devrait lui être accordée pour des raisons démocratiques, est souvent présentée comme lourde d'inconvénients à la fois techniques et politiques. Elle implique d'une part des délais relativement longs liés aux contraintes de la procédure

¹⁹⁰ Article 2, alinéa 3 du Règlement n° 01/08-UEAC-042-CM-17 du 20 juin 2008 modifiant le Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04 portant institution et conditions de gestion et de délivrance du Passeport CEMAC.

¹⁹¹ Article 8 du Règlement n° 01/08-UEAC-042-CM-17 du 20 juin 2008 modifiant le Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04 portant institution et conditions de gestion et de délivrance du Passeport CEMAC.

¹⁹² Article 112 de la Directive n° 02/11-UEAC-190-CM-22 relative au règlement général de la comptabilité publique.

¹⁹³ Il s'agit des génératrices de l'émission monétaire ; la mise en commun des réserves de change ; la libre circulation des signes monétaires et la liberté des transferts entre les Etats membres de l'Union Monétaire ; les mesures d'harmonisation des législations monétaire, bancaire et financière et du régime de change ; les procédures de mise en cohérence des politiques économiques (Article 5 de la Convention de l'UMAC du 25 juin 2008).

législative et d'autre part, un coût politique souvent élevé, les assemblées parlementaires supportant mal de voir le pouvoir d'amendement et la discussion législative singulièrement réduits, dans la mesure où les exigences du droit communautaire limitent le pouvoir du législateur national à l'exercice d'une compétence liée. Mais la voie législative, même si elle est parfois inéluctable, compte tenu de l'identification constitutionnelle des matières réservées à la loi, demeure d'une utilisation délicate. C'est la raison pour laquelle les Etats membres ont souvent recours aux techniques de délégation au gouvernement, soit sur la base d'autorisations permanentes, soit sur la base d'habilitations législatives ponctuelles. Dès lors qu'une intervention du législateur n'est pas constitutionnellement nécessaire, l'exécution normative peut également être opérée par la voie réglementaire, soit en vertu du pouvoir réglementaire autonome reconnu au gouvernement, soit sur la base du pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Au sens de l'article 27 de la Convention de l'UMAC du 25 juin 2008, « *les Etats membres s'obligent à prendre toutes dispositions nécessaires d'ordre national ou international en vue d'assurer une position créditrice du fonds commun de réserves de change* ». Le renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale en matière d'exécution normative fait

nécessairement l'objet d'un encadrement destiné d'une part à assurer l'application uniforme et simultanée des règles communes, de droit originaire comme de droit dérivé, et d'autre part à donner son plein effet à l'obligation de loyauté communautaire.

L'exécution administrative est aussi appelée l'exécution matérielle. L'exécution matérielle par les Etats intervient le plus souvent lorsque la Communauté n'est pas en mesure de l'assurer. L'application administrative des règles communautaires relève également d'un partage de compétences entre la communauté et ses Etats membres. Elle peut s'effectuer soit sous la forme de l'administration directe, soit sous la forme de l'administration indirecte. Pour la première hypothèse, la solution dominante correspond à l'attribution aux administrations nationales de la responsabilité d'appliquer les réglementations communautaires aux cas individuels. C'est ainsi que les services douaniers et fiscaux nationaux sont chargés, par une sorte de dédoublement fonctionnel, de la perception pour le compte de la communauté, des droits de douane qui constituent pour partie les recettes du budget communautaire. En ce sens, le Traité révisé du 25 juin 2008 stipule que « *les ressources de la Communauté proviennent essentiellement du produit de la Taxe*

Communautaire d'Intégration. Elles sont collectées conformément aux dispositions en vigueur». ¹⁹⁴ La Directive du 19 décembre 2011 renvoie à la compétence des autorités nationales en disposant que « *Les règles d'exigibilité des créances publiques sont définies par la réglementation propre à chaque Etat* ». ¹⁹⁵ Il appartient donc aux agents de l'Etat de procéder matériellement à la collecte des taxes communautaire par l'exercice de l'opération de dédoublement fonctionnel. La compétence des Etats membres s'analyse alors comme une compétence liée, limitée strictement à l'exécution administrative, conformément à la logique de répartition des tâches et des compétences entre les Etats membres et les organes communautaires, qui caractérisent un mode de gestion décentralisée impliquant les autorités des Etats membres. L'application du droit communautaire s'impose non seulement aux autorités centrales de l'Etat, mais aussi les autorités déconcentrées compétentes de l'Etat membre sont en outre assujetties. Les autorités déconcentrées compétentes de l'Etat membre sont en outre assujetties à l'obligation de veiller à la bonne application du droit communautaire par les collectivités

publiques autonomes ou décentralisées, voire dans certains cas-limités, par les administrés eux-mêmes, sous peine d'encourir l'ouverture d'une procédure de manquement prévue par le Traité révisé. ¹⁹⁶

Le caractère exécutoire de la décision d'un organe communautaire est rigoureusement interprété par la Cour de justice de la CEMAC pour son exécution administrative par les organes des Etats membres. Ainsi, la Cour a admis qu'un simple courrier qui ne remplit pas un formalisme décisionnel d'un organe communautaire ne peut être considéré comme un avis conforme dont l'organe en question est compétent. ¹⁹⁷ Dans son avis du 20 juin 2012, la Cour a réaffirmé que « *le contrôle de la régularité des mesures d'exécution relève de la compétence des juridictions nationales auxquelles il appartient de saisir la Cour de Justice communautaire d'un recours préjudiciel en interprétation des dispositions litigieuses concernées* ». ¹⁹⁸

2- Exécution à caractère juridictionnel

L'exécution répressive du droit communautaire par les Etats membres de la CEMAC est plus que nécessaire au fonctionnement de la Communauté.

¹⁹⁴ Article 50, alinéa 1 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁹⁵ Article 38 de la Directive n° 02/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative au règlement général de la comptabilité publique

¹⁹⁶ Article 4, alinéa 2 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

¹⁹⁷ Cour de Justice de la CEMAC, 18/06/2008, Avis n° 004/2008, demande d'interprétation des normes communautaires formulée par le Ministre des Finances et du Budget de la Guinée Equatoriale.

¹⁹⁸ Cour de Justice de la CEMAC, 20/06/2012, Avis n° 003/2011- 12, Demande d'avis du Directeur Général de l'E.I.E.D de la CEMAC.

L'exécution juridictionnelle relève des Etats à travers leurs Tribunaux tout comme de la Communauté au moyen de sa Cour de justice.

L'application effective d'une règle de droit suppose nécessairement que sa violation par les sujets de droit soit sanctionnée. Là encore, la compétence d'appliquer des sanctions est partagée entre la CEMAC et ses Etats membres. Les pouvoirs communautaires de sanction directe sont toutefois relativement limités. Le plus souvent, le pouvoir sanctionnateur est confié aux Etats membres, érigés ainsi en véritables bras séculiers de la Communauté. Les Etats membres, non seulement peuvent, mais doivent assortir l'application du droit communautaire de sanctions garantissant son exécution effective, soit sur la base d'habilitations expresses figurant dans les actes communautaires, soit spontanément, en vertu de l'obligation générale. Ainsi par exemple le règlement n° 1 du 20 juin 2008 relatif au Passeport CEMAC habilite les autorités nationales de la répression des infractions relatives à la délivrance du Passeport en ces termes : « *Sont poursuivis*

*et sanctionnés conformément aux dispositions légales et réglementaires de l'Etat sur le territoire duquel ils ont été constatés les faits ci-après :... ».*¹⁹⁹

L'obligation de sanctionner va de pair avec un encadrement de l'autonomie procédurale reconnue aux instances nationales dans l'exercice de leur pouvoir de sanction. L'Etat membre devra adopter un dispositif de sanction qui soit équivalent à celui qui serait appliqué à la violation de règles nationales de nature et d'importance comparable, et surtout devra en tout état de cause présenter un caractère effectif proportionné et dissuasif. En ce sens, le règlement relative au Marché Financier dispose que « *les autorités judiciaires compétentes, saisies de poursuites (...) peuvent, en tout état de la procédure, demander l'avis de la Commission de surveillance du Marché Financier. Cet avis est obligatoirement... ».*²⁰⁰

De même que les autorités législatives et administratives nationales doivent mettre leurs pouvoirs au service de leur compétence d'exécution du droit communautaire, les juridictions nationales

¹⁹⁹ Article 14 du Règlement n° 01/08-UEAC-042-CM-17 du 20 juin 2008 modifiant le Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04 portant institution et conditions de gestion et de délivrance du Passeport CEMAC. Ces faits sont notamment l'obtention d'un passeport CEMAC sous un faux état civil et l'usage ou l'utilisation d'un Passeport ainsi établi ; la cession, même temporaire, d'un Passeport CEMAC ou l'utilisation d'un passeport emprunté ou volé ; la contrefaçon, la falsification ou l'altération volontaire

du Passeport ainsi que l'usage du Passeport contrefait, falsifié ou altéré ; toutes autres infractions prévues en la matière par les Conventions internationales auxquelles les Etats membres sont parties.

²⁰⁰ Article 68 du Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC du 15 mars 2002 portant Organisation, Fonctionnement et Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale.

sont appelées à constituer les relais de la mise en œuvre du droit communautaire sur le terrain contentieux. En ce sens, selon l'article 3 du Traité révisé du 25 juin 2008, la responsabilité contractuelle de la CEMAC, en fonction de la loi applicable au contrat en cause, est soumise à la juridiction nationale compétente de chaque Etat membre.²⁰¹ C'est pour cela que le juge national peut être qualifié de « juge communautaire de droit commun », investi, par un dédoublement de sa fonction, d'une mission communautaire à côté de ses attributions nationales. Le devoir du juge national en la matière a d'ailleurs été clairement précisé par la jurisprudence européenne, en ce que l'obligation des instances nationales d'exécuter le droit communautaire sur leur territoire s'impose « à toutes les autorités des Etats membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles ».²⁰² Cette fonction communautaire reconnue aux juridictions nationales, associée le cas échéant à la coopération juridictionnelle instituée par les mécanismes préjudiciels, et enrichie des effets à leur égard des arrêts de constatation de manquement, est le moyen privilégié

permettant d'assurer l'articulation, dans le champ des compétences communautaires, de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques nationaux et de réaliser l'intégration juridique de la Communauté. La Cour de justice de la CEMAC, dans son avis du 18 juin 2008, a clairement admis que les Etats membres n'ont pas capacité pour saisir la Cour de recours préjudiciel. Cependant, les Etats membres ne sont fondés qu'à saisir la Cour de justice d'une demande d'avis.²⁰³ Selon la Cour, « *il n'existe pas dans les textes aucune disposition qui attribue expressément aux parlementaires pris individuellement l'autorisation de saisir la Cour d'un avis consultatif ...* » et que seuls « *les Etats membres (...) peuvent, (...) déclencher la saisine de la Cour en matière consultative* ».²⁰⁴

La compétence personnelle des Etats est réglée par le droit national. Cette compétence personnelle des Etats cède toujours devant la compétence territoriale. En effet la compétence d'exécution est toujours fondée sur le titre territorial. Et un Etat ne peut agir sur le territoire d'un autre qu'avec le consentement de celui-ci. La

²⁰¹ Article 3 du Traité révisé du 25 juin 2008 de la CEMAC.

²⁰² CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/83, Rec. 1891 cité par DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, Op. Cit., p. 167.

²⁰³ Cour de Justice de la CEMAC, 18/06/2008, Avis n° 004/2008, demande d'interprétation des normes

communautaires formulée par le Ministre des Finances et du Budget de la Guinée Equatoriale.

²⁰⁴ Cour de Justice de la CEMAC, 12/02/2014, Avis n° 001/2013- 14, demande d'avis des Députés de la Délégation Tchadienne au Parlement de la CEMAC.

compétence des Etats en matière juridictionnelle consiste aussi pour tout Etat membre de saisir le juge communautaire pour le manquement d'un autre Etat membre. L'action en manquement permet de sanctionner le non-respect par un Etat membre la répartition des compétences. En ce qui concerne l'exécution dans le domaine des compétences externes, le domaine des relations avec les pays tiers connaît un partage vertical des compétences internationales, associant les Etats membres et la Communauté dans la mise en œuvre des compétences communautaires externes, le fait que la communauté dispose d'une compétence, et même d'une compétence exclusive, n'exclut pas que l'exercice de cette compétence soit confié pour partie aux autorités nationales.

Conclusion

Il est donc certain que le schéma de la répartition des compétences entre la CEMAC et ses Etats membres, consacrée par le système communautaire, minore les compétences de la communauté au détriment des Etats membres qui disposent des compétences quasi-illimitées. Les Etats, étant les seules entités territoriales dotées de la souveraineté, ont tendance à faire de cette souveraineté une chasse-gardée. Malgré qu'ils semblent « *résolus à donner une impulsion nouvelle et décisive au processus d'intégration en Afrique Centrale par une*

harmonisation accrue des politiques et des législations », ils ne consentent qu'à une mise en commun partiel mais surtout progressive de leur souveraineté. La répartition des compétences entre la CEMAC et ses Etats membres est commandée par le principe des compétences d'attribution. Cependant, ces compétences communautaires sont exercées dans le respect strict des « *identités nationales respectives* ».

**« LA REVISION CONSTITUTIONNELLE TOGOLAISE DU 15 MAI 2019, UNE
DEMOCRATIE INACHEVEE ? »
(REGARD CRITIQUE SUR LA REFORME CONSTITUTIONNELLE TOGOLAISE DE 2019)**

Élysée Kodjo Hator
doctorant en droit public
ATER, Université Paris-Saclay, CRLD.

« ... Le grand mal dont souffrent les études de droit public depuis au moins trois quart de siècle, c'est l'abandon de la théorie classique du pouvoir. On ne veut plus admettre que ce soit le pouvoir politique qui crée le droit, qu'il soit ou non pouvoir d'État ».

Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{ère} édition, 1923, p. 285.

Au moment de se hasarder à faire quelques observations sur la révision constitutionnelle togolaise de 2019¹, on éprouve un profond malaise. Tant d'éminents juristes et d'acteurs nationaux et communautaires ont été satisfaits de la portée de cette réforme très attendue par la classe politique et la population que la critique prend, ici, la forme d'un outrage à l'autorité, au pouvoir de révision et à la doctrine autorisée.

Cependant, la présente observation ne prend pas appui sur l'existence de prétendus standards constitutionnels que tous les États doivent respecter et à la lumière desquels il faudrait évaluer le texte togolais. Les États

d'Afrique francophone devenus indépendant dans les années 1960 vivent sur un héritage constitutionnel importé qui ne leur permet pas de gouverner de manière exquise leurs populations. En effet, les traditions occidentales ne conviennent pas à leurs réalités sociologiques et politiques. Nous voulons dire que rien n'obligeait les États francophones d'Afrique à vouloir s'inspirer des modèles constitutionnels établis par l'Occident, d'autant que cela est, aujourd'hui, critiqué de toutes parts par des juristes, politistes, historiens et sociologues africains. En ce sens, les différentes crises politiques et constitutionnelles observées depuis l'ère des indépendances ne sont qu'une révélation d'un mal profond, celui

¹ Loi n° 2019 - 003 du 15/05/19 portant modification des dispositions des articles 13, 52, 54, 55, 59,60, 65, 75, 94, 100, 101, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 115,

116, 117, 120, 125, 127, 128, 141, 145,155 et 158 de la Constitution du 14 octobre 1992. *JORT*, 64^e année, n° 11 ter, numéro spécial du 15 mai 2019.

de l'inadaptation des institutions importées². Toutefois, il serait abusif de conclure à l'inadaptation du système étranger en se fondant sur les crises socio-politiques qui ébranlent les institutions africaines en général et togolaises en particulier. C'est un fait que lorsque les États choisissent de suivre tel ou tel modèle, ils se doivent d'y rester fidèles ou de le modifier le cas échéant en suivant des voies démocratiques, avec l'accord des populations, tout en conservant certains fonds communs. En d'autres termes, il existe un patrimoine constitutionnel incontestable qu'il serait souhaitable de protéger, surtout dans un contexte de mondialisation des Constitutions étatiques. Ce patrimoine concerne l'État de droit, l'autorité de la loi, le respect des droits de l'homme et la démocratie³. Par conséquent, loin de verser dans un pur juridisme, c'est au nom du constitutionnalisme global qu'il est possible de faire quelques observations sur la récente réforme constitutionnelle togolaise. La présente étude a l'ambition d'évaluer la portée de la révision constitutionnelle du 15 mai 2019. Est-elle

une démocratie aboutie ou une démocratie inachevée ?

Historiquement, la demande de réforme constitutionnelle fut formulée par l'opposition politique dès le début des années 2010 dans le but, notamment, de limiter le nombre de mandats présidentiels à deux et de modifier le mode de scrutin de l'élection présidentielle. La première tentative de révision a eu lieu le 19 septembre 2017. Elle a été soldée par un échec, le quorum pour adopter la réforme par la voie parlementaire n'ayant pas été atteint. En effet, au lieu d'une majorité des 4/5^e nécessaire, seuls 3/5^e des députés avaient soutenu le projet. Or, grâce cette majorité parlementaire des 3/5^e, le Gouvernement avait la possibilité de soumettre le projet au corps électoral par voie de référendum. Cependant, cette tentative a été avortée. Ce n'est qu'à la suite des élections législatives du 20 décembre 2018, boycottée par la principale coalition des partis d'opposition, dont le parti présidentiel fut sorti vainqueur, que la réforme a été validée à la quasi-unanimité des députés⁴ le 8 mai 2019. C'est

² P. MASSINA et O. W. YAGLA disaient dans le même sens que : « *Le mimétisme constitutionnel des dirigeants togolais a conduit systématiquement à l'échec de toutes les expériences politiques sur le plan national. Là se trouve sans doute la meilleure preuve de l'incompatibilité entre la règle importée du colonisateur et la réalité nationale qu'elle envisage de régir* », in *Histoire des institutions politiques et du droit constitutionnel togolais*, Lomé, Graines de Pensées, 2019, p. 153-155., en part. p. 20.

³ A. PETERS, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », *Jus Politicum*, n° 19, [<http://juspoliticum.com/article/Le-constitutionnalisme-global-Crise-ou-consolidation-1197.html>], consulté le 21 janvier 2022, à 05h30.

⁴ Car la révision a été votée par 90 voix sur 91. Voir <https://www.jeuneafrique.com/772320/politique/togo-vote-de-la-reforme-permettant-au-president->

la version issue de cette révision qui fera l'objet de la présente étude.

Il ne sera pas question de faire un commentaire détaillé du texte issu de la révision. Nous envisageons d'y porter un regard d'ensemble, surtout sur ses principes fondamentaux. L'analyse portera, pour l'essentiel, sur les mesures réclamées par l'opposition et qui ont justifié la réforme, c'est-à-dire l'encadrement du statut présidentiel et le renforcement de l'État de droit. Une particulière attention sera également portée aux mécanismes qui touchent au fonctionnement de la Cour constitutionnelle. En effet, des mesures inédites ont été prises pour renforcer l'office du juge constitutionnel dans le but de protéger l'État de droit. En ce sens, il est possible de considérer que le Togo a innové en matière de protection des droits fondamentaux. Néanmoins, ce renforcement n'a pas réussi à préserver le texte de certaines lacunes et imperfections préjudiciables à la cohérence interne de l'ensemble du texte. L'analyse montrera que certains mécanismes ne reflètent pas ou ne participent pas réellement à la réalisation des « idéaux » ou « objectifs » proclamés dans le Préambule et le Titre I de la Constitution⁵. Les

principes consacrés ne répondent pas toujours de la responsabilisation qui prévaut en démocratie, car aucune disposition ne porte sur la responsabilité du « premier homme » ou du « chef » de l'État. De plus, le pouvoir de révision a consacré des dispositions portant sur la démocratie directe, c'est-à-dire l'organisation du référendum d'initiative citoyenne. Toutefois, ces dispositions manquent de précision et ne sont accompagnées d'aucune loi organique. Il est à constater que si, du point de vue des principes, la démocratie togolaise n'a rien à envier aux démocraties occidentales, le bilan des moyens tendant à sa réalisation est quelque peu mitigé.

Pour mieux rendre compte de ce déséquilibre des points de vue du constitutionnalisme et du respect de l'État de droit, il convient de se demander quelle est la portée de la réforme constitutionnelle du 15 mai 2019 ? Est-elle un aboutissement de la démocratie togolaise ou contient-elle des imperfections ?

La réforme du 15 mai 2019 est une avancée substantielle inédite tant du point de vue démocratique qu'institutionnel dans le système politique togolais. Elle pourrait être

[de-se-representer-en-2020-et-2025/](https://www.ramres.com/de-se-representer-en-2020-et-2025/), consulté le 31 janvier 2022, à 14h00.

⁵ Comme les notions d'« État de droit », de « souveraineté appartient au peuple », d'organisation du « référendum populaire », *etc.*

considérée comme « une révolution constitutionnelle », car elle a réussi à combler certaines attentes placées en elle (I). Cependant, elle reste, en raison de certaines imprécisions et lacunes, une œuvre perfectible (II).

I. Une démocratie libérale renforcée

Les améliorations apportées par la réforme de 2019 concernent la revalorisation du fonctionnement des pouvoirs publics (A) et la redynamisation du débat démocratique (B).

A. Une revalorisation institutionnelle

L'avancée institutionnelle consacrée par la révision de 2019 est relative à l'encadrement du mandat présidentiel (1) et à la libéralisation de la fonction parlementaire (2).

1. L'encadrement du statut présidentiel

Cet encadrement concerne la limitation du mandat dans le temps (a), la réforme du mode de scrutin ainsi que les garanties offertes à la fonction (b).

a. La limitation temporelle du mandat

La limitation dans le temps du nombre de mandats présidentiels est l'une des revendications principales de l'opposition depuis plusieurs années. Dans sa version originelle, celle de 1992, la Constitution togolaise limitait le nombre de mandats à deux. En ce sens, aucun président ne pouvait briguer plus de deux mandats présidentiels de manière consécutive. Cependant, cette garantie a été supprimée par la révision constitutionnelle de 2002. Cette dernière rend le chef de l'État rééligible *ad vitam aeternam*, tant que le corps électoral lui renouvelle sa confiance. L'article 59 de la version de 2002 dispose en ce sens que « *Le président de la République est élu au suffrage universel direct et secret pour un mandat de cinq ans. Il est rééligible* ».

La révision de 2019 a rétabli la limitation du mandat présidentiel à deux, satisfaisant ainsi l'une des exigences de l'opposition. Le nouvel article 59 dispose que « *Le Président de la République est élu au suffrage universel, libre, direct, égal et secret pour un mandat de cinq (05) ans renouvelable une seule fois* ». La Constitution accompagne les dispositions du nouvel article 59 d'une garantie supplémentaire qui réside dans

sa modification exclusivement par la voie souveraine, c'est-à-dire référendaire. L'alinéa 2 de l'article 59 est formel sur ce point : « *Cette disposition ne peut être modifiée que par voie référendaire* ». Ce mécanisme empêche par conséquent une modification « unilatérale » de la durée du mandat présidentiel par le Parlement, laquelle voie offre, bien évidemment, peu de garanties pour la protection des dispositions constitutionnelles. Ces garanties s'amenuisent encore plus lorsqu'un seul parti dispose, comme c'est souvent le cas depuis l'apparition du fait majoritaire, d'une majorité écrasante. Il faut rappeler que la révision constitutionnelle de 2002, qui a supprimé le verrou de la limitation de mandat, a été faite par le Parlement, majoritairement composé par des députés du parti au pouvoir⁶. Elle avait pour ambition de permettre à Eyadema Gnassingbé, au pouvoir depuis 1967, de se représenter pour un troisième mandat, puisqu'il a déjà effectué les deux mandats autorisés par le texte de 1992. On en infère que l'actuelle réforme a été, même partiellement, une avancée bien accueillie par une grande partie de la classe

politique et les observateurs régionaux, sans oublier la population togolaise.

Toutefois, les termes de cette réforme ont été vivement critiqués par la plate-forme C14, principale coalition de l'opposition, notamment en raison de la non-rétroactivité des dispositions concernant la limitation du mandat présidentiel⁷, c'est-à-dire en ce qu'elle n'empêche pas l'actuel chef d'État de se représenter à de nouveaux mandats. En effet, pour les tenants de cette thèse, qui semblent attachés au texte initial de 1992, le président actuel⁸ a déjà effectué, de 2005 à 2019, plus des deux mandats autorisés par la Constitution dans sa version originelle. Dès lors, il ne pouvait plus, à leurs yeux, se représenter en 2020 et en 2025. Aussi pertinent que puisse paraître cet argument, il peut faire l'objet de critiques.

Ce serait certes aventureux de s'engager dans une appréciation des critiques adressées à un tel mécanisme. D'abord, si la loi constitutionnelle est critiquée par l'opposition, il faut reconnaître que cette dernière est en partie responsable de son insatisfaction. En boycottant les législatives de 2018 qui ont formé l'Assemblée chargée

⁶ Loi n° 2002-29 du 31 décembre 2002 portant modification des dispositions du Préambule et des articles 4, 5, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 67, 70, 74, 77, 78, 79, 81, 91, 95, 96, 98, 100, 101, 104, 107, 127, 129, 132, 133, 144, 145, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158 et 159 de la Constitution du 14 octobre 1992. *JORT*, 47^e année, n° 42, numéro spécial du 31 décembre 2002.

⁷ Voir V. FORSON « Togo – Faure Gnassingbé : la voie libre pour 2020 et 2025 », *Le Point*, 9 mai 2019 ; <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20190510-togo-opposition-c14-denonce-reforme-constitutionnelle-votee>, consulté le 28 décembre 2021, à 07h20.

⁸ Le président Faure Gnassingbé.

de la révision, elle a donné un blanc-seing au parti majoritaire. Ainsi, toutes les mesures adoptées auront une présomption de légalité et de légitimité. Cela découle de la nature même de la politique et de la démocratie où c'est la loi de la majorité qui domine. André Laignel, dans une réponse à Jean Foyer à l'Assemblée nationale française le 13 octobre 1981, résumait ce principe de belle manière : « *Vous avez juridiquement tort, parce que vous êtes politiquement minoritaire*⁹ ».

Si l'opposition avait participé à ces élections, elle aurait pu empêcher la révision par la voie parlementaire. Sa résistance aurait en effet privé le parti majoritaire de rassembler les 4/5^e de voix requises pour la réforme. Dès lors, c'eût été au peuple de décider de l'issue de cette réforme. Pour être plus « sincère » avec l'opposition qui « crie - le plus souvent - au loup », il ne serait pas imprudent de l'accuser de n'avoir pas permis de donner la parole au peuple en maintenant une résistance au sein de l'hémicycle. En d'autres termes, il n'est pas excessif de considérer que l'opposition togolaise n'a

pas encouragé ni favorisé le débat démocratique. Souhaitant occuper une place de choix, elle a refusé, indirectement et inconsciemment, de faire du peuple l'arbitre ou l'auteur de cette réforme. Raymond Carré de Malberg avait démontré que la finalité de la démocratie représentative consiste à éclairer le peuple et à faire de lui le principal décideur, en cas d'impasse institutionnelle. Or, sur ce point, l'opposition togolaise a failli.

Quant à la critique relative à la non-rétroactivité de la réforme, on se bornera à avancer prudemment, bien qu'on reconnaisse que les lois constitutionnelles ne doivent pas être interprétées comme les lois ordinaires, que la loi ne dispose que pour l'avenir¹⁰. La question concernant la prise en compte des mandats déjà effectués est, il faut le reconnaître, assez subjective et touche personnellement l'actuel¹¹ chef de l'État. Cette analyse n'est pas un parti pris politique. De plus, politiquement, empêcher le président de se représenter à de nouvelles élections risquerait de crispier encore plus le débat public et de limiter la liberté du

⁹ J.-J. ROUSSEAU, A. de TOCQUEVILLE ainsi que tous les théoriciens politiques avaient conçu la démocratie comme la loi de la majorité. V. J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, L. IV, ch. II ; G. BACOT, « Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative », *RFHIP*, 2002/1, n° 15, p. 45-61 ; A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Vrin, 1990 ; Pierre MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Gallimard, 1982, p. 7.

¹⁰ C'est un vieux principe qui trouve sa source au XIX^e siècle dans les écrits de Demolombe, d'Aubry et Rau :

C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, T. I, 1830, p. 58 ; C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 1839, T. I, §, 30, p. 44. Voir également L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », *Dalloz, Répertoire de droit civil*, 2006, Art. 1^{er} ; 97-99. En droit public administratif, le même principe a été consacré par la célèbre décision du Conseil d'État, 25 juin 1948, n° 94511, *Société du Journal l'Aurore*.

¹¹ Au moment où nous rédigeons cet article, en février 2022, c'est le président Faure Gnassingbé qui est au pouvoir au Togo.

corps électoral qui doit décider de son avenir politique *via* les urnes¹². L'histoire politique togolaise a montré que l'exécutif n'est pas toujours sensible à certaines demandes de réformes touchant à la fonction présidentielle. Cette position pourrait s'expliquer par les expériences étrangères, en Allemagne et en France notamment, où les assemblées parlementaires avaient été considérées comme responsables de la désagrégation des États, au début du XXe siècle¹³. Au Togo, en empêchant l'actuel président d'être de nouveau candidat, le chef de l'État pourrait, s'il le souhaite et s'il dispose de moyens en ce sens¹⁴, résister à cette réforme ou, s'il l'accepte, il n'est pas inenvisageable qu'il soit enclin à passer ultérieurement par des moyens non-juridiques pour se maintenir au pouvoir. À ce propos et quoique le contexte soit différent, on peut penser à Kerdrel qui, s'opposant au principe de l'inéligibilité des présidents sous la IIe République française sans avoir eu à observer une pause de quatre ans, affirmait en 1848 que « *S'il (le président) est ambitieux, et que vous lui ôtiez le moyen légal, le moyen légitime de satisfaire son ambition, il aura recours à*

*d'autres moyens, il flattera la partie turbulente du peuple, il flattera l'armée et arrivera violemment au pouvoir*¹⁵ ». Ainsi, à partir du moment où le parti majoritaire a accepté de faire une concession, il faut l'accepter et espérer une amélioration future sans nécessairement passer par des révolutions, toujours sanglantes, surtout que celles-ci se sont, depuis 2005, soldées par des échecs et des pertes de vies humaines. Le ver étant déjà dans le fruit, il faut l'empêcher de se démultiplier. La situation étant déjà très sensible, il serait sage d'éviter de mettre de l'huile sur le feu. Il convient, somme toute, de reconnaître que la réforme est une avancée démocratique. Elle limite le mandat présidentiel à deux de manière consécutive et prévoit que la disposition ne peut être modifiée que par voie référendaire. Ce mécanisme est une avancée incontestable.

- b. La modification du mode de scrutin présidentiel et la reconnaissance de nouvelles garanties à la fonction présidentielle

¹² Bien que pourrait se poser la question, en théorie politique, de savoir si les élections constituent toujours le moyen d'expression de la légitimité démocratique de nos jours.

¹³ Voir notamment M. DEBRÉ, *La République et ses problèmes*, Paris, Nagel, 1952, p. 37 ; M. WALINE, *Les partis contre la république*, Paris, Rousseau, 1948, p. 59 ;

S. BAUME, *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genèse d'une doctrine*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008, p. 113.

¹⁴ Principalement par le soutien de la population.

¹⁵ Cité par F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris, Fayard, Histoire des Constitutions de la France, 1998, p. 118.

La deuxième garantie de la réforme constitutionnelle de 2019 concerne la modification du mode d'élection du chef de l'État. Dans sa version précédente, la Constitution disposait que l'élection a lieu au scrutin uninominal à un seul tour. Cela signifie que le Président est élu à la majorité simple des suffrages exprimés. Ce mode de scrutin offrait peu de légitimité au Président élu, car il représente une petite majorité qui n'incarne pas - nécessairement - l'opinion nationale. La doctrine politiste et constitutionnaliste française du début du XXe siècle avait soutenu que l'élection du chef de l'État, celui qui personnifie la souveraineté sur les plans national et international, doit faire l'objet d'une compétition en plusieurs étapes à l'issue desquelles un candidat, le meilleur de tous, est élu. Son élection doit faire l'objet d'une confirmation, et c'est la principale vocation du second tour des élections au scrutin uninominal à deux tours. En effet, ce dernier mode permet une meilleure désignation des élus ou, mieux, une élection des meilleurs candidats. Au premier tour des élections, le corps électoral sélectionne les bons candidats, ceux qui présentent, à ses yeux, les bons profils susceptibles de

bien défendre ses intérêts. Si, malheureusement, le candidat de son choix ne franchit pas la barrière du premier tour, il vote pour le candidat le moins mauvais ou élimine le pire au second tour. Dit autrement, le second tour consiste à barrer la route à un candidat. Charles Seignobos, qui a analysé le phénomène avec une rare clarté, affirmait en ce sens que « *L'électeur au premier tour vote pour le candidat qu'il préfère ; au second tour, il vote contre celui qui lui déplaît le plus*¹⁶ ».

Par ailleurs, avec les deux tours, le corps électoral détient effectivement le pouvoir de contrôle sur ses élus. Cette thèse a été défendue avec conviction par René Capitant dans sa brochure de 1934. Le professeur Capitant disait que ce mode de scrutin garantit « *un meilleur contrôle de l'électeur sur l'élu* » et a « *l'avantage de permettre une meilleure élection des élus*¹⁷ ». Le nouvel article 60 de la Constitution togolaise s'inscrit dans cette perspective. Il a corrigé la fragilité du texte issu de la révision en 2002. Il dispose que « *L'élection du Président de la République a lieu au scrutin uninominal majoritaire à deux (02) tours. Le Président de la*

¹⁶ C. SEIGNOBOS, « La signification historique des élections françaises de 1928 », *Année politique française et étrangère*, 1928, p. 259. Voir également, du même auteur, « Le sens des élections de 1932 », *Année politique française et étrangère*, 1932, p. 275 : « *L'électeur, au premier*

tour, vote pour le candidat qui lui plaît le plus ; au second tour, il vote contre celui qui lui déplaît le plus ».

¹⁷ R. CAPITANT, *La Réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934, repris in René Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 338.

République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour du scrutin, il est procédé, le 15ème jour après la proclamation des résultats définitifs du premier tour, à un second tour. [...] Au second tour, est déclaré élu, le candidat qui a recueilli le plus grand nombre de voix ». Dans ces circonstances, la réforme de 2019 a rétabli la légitimité du mandat présidentiel. Reste que des candidats puissent se démarquer afin de se hisser au second tour des élections. Au cas contraire, la révision, sur ce point particulier, ne serait plus qu'une fable pour nourrir les rêves des militants politiques amoureux des réformes relatives à la loi électorale.

Enfin, une dernière disposition a suscité des commentaires de natures différentes au sein de la classe politique à la suite de la réforme de 2019. Elle porte sur l'immunité et l'irresponsabilité politique du chef de l'État pour les actes commis pendant son mandat¹⁸. En effet, l'ancienne version de l'article 75 n'offrait aucune garantie au chef de l'État pour les actes pris dans l'exercice de ses fonctions. Ces garanties lui sont désormais offertes par le nouvel article 75 qui, avant de renvoyer à la loi organique,

dispose que « *Les anciens Présidents de la République [...] ne peuvent être ni poursuivis, ni arrêtés, ni détenus, ni jugés pour les actes posés pendant leurs mandats présidentiels* ».

Cette disposition consacrait une irresponsabilité politique fonctionnelle du chef de l'État, sous réserve du respect des dispositions de l'article 127¹⁹. En effet, les décisions présidentielles sont prises pour servir l'intérêt général. Pour cette raison, elles sont protégées par le sceau de la souveraineté nationale et de l'immunité. Cette garantie permet au chef de l'État d'exercer ses fonctions en toute liberté, sans être empêché par des procédures juridictionnelles ou politiques susceptibles d'être engagées contre lui et de freiner son action. La même immunité juridictionnelle existe dans le droit français²⁰. L'article 67 alinéa 1 de la Constitution française de 1958 dispose que le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68. Ces articles traitent respectivement de la responsabilité pénale et de responsabilité politico-pénale bien que cette dernière soit improbable à mettre en œuvre sous la Ve République. Sur ce point,

¹⁸

https://www.youtube.com/watch?v=v_8Ls1an_Zw. Voir l'intervention d'Aimé Gogué à partir de 03 :57.

¹⁹ Article 127, alinéa 2 de la Constitution togolaise : « La responsabilité politique du Président de la

République n'est engagée qu'en cas de haute trahison ».

²⁰ O. BEAUD, « Retour sur le statut du chef de l'État : une question de responsabilité », *Le Monde*, 23 novembre 2009.

et en prenant le droit français pour repère même, il est possible de considérer que la révision est conforme à un dogme quasi-universel, celui de la non-impérativité du mandat politique et de la protection des gouvernants dans l'exercice de leurs fonctions politiques.

Le statut présidentiel n'est pas le seul à recevoir un nouvel encadrement. La fonction parlementaire a également été renouvelée.

2. La libéralisation du travail parlementaire

La libéralisation parlementaire se manifeste par la revitalisation du bicamérisme (a) et la reconsidération du travail des assemblées, à travers l'extension des sessions parlementaires (b).

a. Le maintien du Sénat

Le maintien du Sénat dans l'environnement politique est une preuve que le Togo se rapproche d'une démocratie mature. En 1992, le constituant originaire avait prévu un Parlement monocaméral, dont les membres, désignés au suffrage universel, portent le nom de « députés²¹ ». La mise en place du Sénat a été prévue par la révision

de 2002 en son article 51. Cependant, elle n'a jamais été effective. Ainsi, les dispositions du titre III qui le prévoyaient sont restées lettres mortes, la loi organique prévue par l'article 52 n'ayant jamais été adoptée par l'Assemblée nationale.

Le pouvoir de révision de 2019 a maintenu les mêmes dispositions. Ce maintien, semble-t-il, est un bon présage pour le développement démocratique. En effet, l'existence d'une seconde chambre est une bonne technique législative, car la loi doit être votée avec pondération. L'approbation des termes de la loi par les deux chambres est un gage de qualité et de sa réception par le peuple. Dans ce cas, la loi n'a que plus d'autorité. Si les chambres sont divisées sur le texte, c'est que ce dernier manque de légitimité. Dès lors, elles doivent le rediscuter dans le but de parvenir à un compromis. Dans ces conditions, l'existence de deux chambres participe à une bonne qualité de la loi.

Par ailleurs, l'existence de deux chambres assure l'équilibre des pouvoirs : tout pouvoir, disait Montesquieu, tend au despotisme et a besoin d'être contenu. Une seconde chambre amortit les éventuels conflits entre l'exécutif et l'Assemblée

²¹ Article 51 de la version initiale de la Constitution togolaise (1992) : « Le pouvoir législatif, délégué par le peuple,

est exercé par une assemblée unique appelé Assemblée nationale. Ses membres portent le titre de député ».

nationale. Le Sénat intervient pour tempérer les conflits politiques insolubles. En ce sens, c'est un pouvoir de résistance et un pouvoir modérateur²². C'est d'ailleurs pour cette raison que Michel Debré a réussi à convaincre le général de Gaulle de conserver le Sénat – ou, mieux, de le recréer – en 1958 :

« Je suis attaché à la dualité des Assemblées. Le bicamérisme est une disposition capitale dans ces formes un peu théoriques de gouvernements qu'on appelle gouvernements d'Assemblées. Je dis un peu théorique car l'avenir de tels gouvernements, au moins dans les grands États, est bien problématique, pour ne pas dire plus. Alors, il est clair que, si l'on veut éviter les foudres d'une Assemblée trop puissante, il faut qu'une seconde Assemblée à pouvoirs ni tout à fait égaux ni trop inférieurs, calme et compense par un certain conservatisme les excès éventuels d'une Assemblée qui n'a pas d'autre frein que celui qu'elle s'impose à elle-même²³ ».

Bien que le Sénat ne dispose pas des mêmes pouvoirs que la première chambre en matière d'adoption des lois, ce qui compte, ce sont ses avis sur les textes sensibles. Lorsqu'ils sont contraires à la politique de l'Assemblée, ils peuvent être contournés par l'Assemblée nationale si la Commission mixte paritaire ne parvient pas à un accord. Néanmoins, la position contraire du Sénat

aura le mérite de susciter réflexion et retenue auprès des députés sensibles à la recherche du consensus ainsi qu'auprès de l'Exécutif. De plus, le droit de saisir la juridiction constitutionnelle dont dispose les sénateurs est une menace qui contraint souvent le couple formé par l'exécutif et l'Assemblée nationale à trouver un compromis²⁴.

En outre, la mise en place du Sénat, qui, nous espérons, est imminente, permettra à la Cour constitutionnelle de rendre ses décisions avec un effectif complet. En effet, depuis 2002, sur les 9 membres que devait contenir cet organe, seuls 7 membres ont siégé car le Sénat, n'ayant jamais existé, n'a pu y nommer des membres.

Au-delà, la nouvelle composition du Sénat est un facteur de reconfiguration du schéma et de la classe politiques. Si sa mise en place devient effective, le Sénat sera le grand conseil des communes du Togo, du fait qu'il sera composé majoritairement de personnalités élues par les représentants des collectivités territoriales²⁵. A cette allure, le Sénat constituera certainement, comme en

²² On signale que bien que le chef de l'État puisse trancher les conflits entre le Gouvernement et l'Assemblée nationale par la dissolution de cette dernière, il n'est pas pour autant un pouvoir modérateur. Comme il sera démontré *infra*, il est le chef effectif du Gouvernement et ne peut, à ce titre, jouer le rôle de pouvoir neutre, d'arbitre.

²³ M. DEBRÉ, *Une certaine idée de la France*, Paris, Fayard, 1972, p. 156.

²⁴ Voir G. CARCASSONNE, « La résistance de l'Assemblée nationale face à l'abaissement de son rôle », *RFSP*, 1985, p. 910-921.

²⁵ Article 52, alinéa 6 : « Le Sénat est composé : - de deux tiers (2/3) de personnalités élues par les représentants des collectivités territoriales [...] »

France²⁶, une classe politique à part entière. Elle s'attachera à défendre les particularités politiques, économiques et traditionnelles des collectivités territoriales. Dans ces conditions, il est possible que les sénateurs ne soient pas en phase avec les passions nationales exprimées pour l'élection des députés au suffrage universel direct, et qui se reflètent à l'Assemblée nationale. Des conflits pourront constamment naître entre les deux chambre si le parti majoritaire à l'Assemblée perd la majorité des sièges communales sur le territoire national.

De même, les membres du Sénat seront probablement plus âgés que les députés. Il sera la chambre des « sages » qui vont éclairer le travail des députés surtout pour les lois socio-politiques et celles intéressant la décentralisation et les traditions. La chefferie reconnue par la Constitution y trouvera également son compte et son épanouissement. Il n'est pas anodin que le Titre XII de la Constitution soit consacré aux collectivités territoriales et à la chefferie traditionnelle. Il est regrettable cependant, comme il sera démontré plus loin, que le Sénat ne dispose pas de véritables pouvoirs politiques en matière de législation et de contrôle.

La limitation du mandat parlementaire, de son côté, est, à notre sens, une question de commodité qui n'appelle aucune observation particulière pour l'instant. La non-limitation du mandat parlementaire n'a pas d'influence substantielle sur la démocratie et la délibération de la loi. Au contraire, pour que la loi soit délibérée avec sagesse, il faut certains professionnels de la politique ou des parlementaires expérimentés. En régime parlementaire, c'est le Parlement qui adopte la loi que doit appliquer l'exécutif. Pour cela, il faut une certaine expérience. Toutefois, on peut prudemment avancer qu'être parlementaire n'est pas un métier ni une profession, au sens propre du terme, qu'il faudra occuper à vie. En ce sens, les jeunes qui nourrissent des ambitions politiques ne doivent pas être empêchés par les réseaux des politiciens invétérés qui refuseraient de leur céder la place. En ce sens, la limitation consacrée par la révision de 2019 est un facteur de renouvellement de la classe politique tous les 18 ans tout au plus, c'est-à-dire à l'issue des trois mandats de six ans chacun autorisés par la Constitution.

Par ailleurs, le nouvel article 52 fait des anciens présidents des membres de droit à vie du Sénat. Ce mécanisme n'est pas intrinsèquement une mauvaise ingénierie

²⁶ Voir J.-P. MARICHY, *La Deuxième chambre dans la vie politique française*, Paris, LGDJ, 1969, p. 133 sq.

constitutionnelle. La présence d'anciens présidents ne peut qu'éclairer les sénateurs et les députés sur certaines politiques à adopter. Ils mettront leurs expériences à disposition de leurs jeunes collègues.

Non seulement la deuxième chambre a été maintenue, mais le pouvoir de révision a aussi étendu la durée des sessions parlementaires.

b. La revalorisation des sessions parlementaires

Dans l'ancienne version de la Constitution, celle de 2002, les Assemblées se réunissaient en deux sessions ordinaires par an à raison de trois mois par session. Pour l'Assemblée nationale, la première s'ouvre de plein droit le premier mardi d'avril et la seconde le premier mardi d'octobre. Quant au Sénat, qui n'a jamais siégé, les deux sessions devraient s'ouvrir respectivement le premier jeudi d'avril et le premier jeudi d'octobre. Depuis mai 2019, chacune des deux sessions des Assemblées dure quatre mois. Les sessions de l'Assemblée nationale s'ouvrent les premiers mardis de mars et de septembre, celles du Sénat

s'ouvrent les premiers jeudis des mêmes mois.

La nouvelle durée des sessions permet aux Assemblées de siéger pendant des périodes relativement longues. Cette extension présente un avantage indiscutable. Elle permet en effet de limiter, en dehors des moments de crises, les habilitations à légiférer par ordonnances des Gouvernements. De même, les Assemblées pourraient dorénavant exercer leurs contrôles politiques sur une longue période, même si on sait que ce contrôle est contrarié en réalité. Les professeurs Palouki Massina, Ogma Wen'Saa Yagla avaient démontré que les membres du Gouvernement ont pris la mauvaise habitude de ne pas se présenter devant l'Assemblée nationale pour répondre aux questions des parlementaires dans le cadre du contrôle politique²⁷. Il n'est pas interdit d'espérer qu'avec cette nouvelle réforme, les ministres vont se plier à cet exercice, certes fastidieux, devant la représentation nationale. Par ailleurs, conformément à l'alinéa 7 de l'article 55, les chambres peuvent être convoquées en sessions extraordinaires, sur un ordre du jour déterminé, par elles-mêmes à la majorité absolue des membres ou à la

²⁷ P. MASSINA, O. W. YAGLA, *Histoire des institutions politiques et du droit constitutionnel togolais*, Lomé, Graines de Pensées, 2019, p. 153-155.

demande du chef de l'État. Le Premier ministre est exclu de la jouissance de cette convocation, même en période de cohabitation. Cette exclusion montre que, nous y reviendrons, c'est le chef de l'État qui est le réel chef du Gouvernement et des Assemblées²⁸. Le Premier ministre ne dispose d'aucune arme sur le Parlement.

Concernant les pouvoirs des chambres dans la détermination de leurs ordres du jour respectifs, l'article 82 dispose que l'Assemblée nationale a la maîtrise de son ordre du jour. Rien n'y est dit concernant le Sénat, mais nous croyons qu'il dispose de la même indépendance.

Enfin, si l'article 84 détermine le domaine du Parlement, ce qui est une manifestation du parlementarisme rationalisé, ce domaine n'est pas exhaustif ni limité. En effet, le dernier alinéa de cet article dispose qu'il peut être complété par une loi organique, c'est-à-dire une loi votée par le Parlement lui-même dans des conditions certes différentes de celles de la loi ordinaire²⁹. En fonction des circonstances, le Parlement peut être appelé à s'immiscer dans le domaine du Gouvernement. L'article pourrait ainsi faire échec au

parlementarisme rationalisé lorsque le chef de l'État ne dispose pas d'une majorité à l'Assemblée nationale. Dans ces conditions, cette dernière chambre pourrait, si elle le souhaite, déterminer, au coup par coup, ce qu'elle veut fixer d'elle-même pour son domaine et ce qu'elle veut laisser au pouvoir réglementaire. Ce mécanisme risquerait de priver l'article 85, qui concerne le domaine réglementaire, de toute sa portée et le pouvoir exécutif de tout pouvoir. Dès lors, le pouvoir exécutif ne pourrait qu'exécuter la loi et intervenir dans les matières dans lesquelles le Parlement n'a pas légiféré, à l'exclusion, naturellement, de celles qu'une disposition constitutionnelle réserve au Parlement.

La révision constitutionnelle du 15 mai 2019 a également amélioré les conditions de dévolution et d'exercice de la démocratie par l'entremise de la saisine du de la Cour constitutionnelle et l'exercice du référendum.

B. Une redynamisation (du débat) démocratique

La redynamisation du débat démocratique passe par l'ouverture de la saisine et le

²⁸ Article 55, alinéa 7 : « L'Assemblée nationale et le Sénat sont convoqués en session extraordinaire par leur président respectif, sur un ordre du jour déterminé, à la demande du

Président de la République ou de la majorité absolue des députés ou des sénateurs ».

²⁹ Article 84 : « La loi fixe les règles concernant : [...]. Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique ».

renforcement du fonctionnement de la Cour constitutionnelle (1) ainsi que par le maintien du référendum populaire (2).

1. Le renouvellement de l'office de la Cour constitutionnelle

Le pouvoir de révision a renouvelé la procédure de désignation des membres de la Cour (a) et renforcé son mode de fonctionnement (b).

a. Une procédure de nomination réformée

Jusqu'en 2019, et aux termes de l'article 100 de la Constitution, les neuf membres de la Cour étaient désignés par tiers par le Président de la République, l'Assemblée nationale et le Sénat. Ce mécanisme de nomination est le même que celui qui prévaut en France³⁰. Or, étant donné qu'au Togo le Sénat n'a jamais été mis en place, la Cour a fonctionné, depuis 2002, avec un effectif incomplet. Le fonctionnement avec un effectif incomplet pourrait ou aurait pu affecter son fonctionnement et la qualité de ses décisions.

De plus, jusqu'en 2019, le mandat des membres de la Cour était de 7 ans,

indéfiniment renouvelable. Avec la nouvelle configuration, le mandat est de six ans, renouvelable une seule fois.

Par ailleurs, de nouveaux organes participent à la désignation des membres de la Cour, ce qui garantit l'indépendance et l'impartialité de l'institution dans son fonctionnement. En effet, la Cour était auparavant dominée par des juges qui appartiennent majoritairement à la politique du chef de l'État, surtout lorsque celui-ci disposait d'une majorité à l'Assemblée nationale. En d'autres termes, c'est le même parti qui désignait la quasi-totalité des membres de la Cour constitutionnelle. Désormais, outre les trois organes politiques qui nommaient les membres jusqu'en 2019³¹, trois autres corps a-politiques participent à la désignation des membres. Conformément au nouvel article 100, le chef de l'État, en nomme deux, les deux assemblées en éliront deux chacune, le Conseil supérieur de la magistrature et l'Ordre des avocats en désigneront un chacun. Enfin, les universités publiques désigneront le dernier membre de la Cour. Il y a donc une décentralisation et une démocratisation dans la nouvelle procédure de nomination des membres de la Cour constitutionnelle. C'est là que se trouve la première garantie de son impartialité et de sa neutralité. De plus, elle pourra, dès la

³⁰ Article 56 de la Constitution française.

³¹ Président de la République, Assemblée et le Sénat, qui n'a jamais existé.

mise en place du Sénat, fonctionner avec un effectif complet.

En plus de la qualité des organes nommants, le pouvoir de révision a, contrairement à la France, accordé deux garanties supplémentaires au bon fonctionnement de la juridiction. D'un côté, les membres désignés par les Assemblées ne doivent pas appartenir à leurs corps, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être des parlementaires (ni députés, ni sénateurs). Cette condition contribue à la « dépolitisation » de la Cour dans la mesure où ses membres élus ne jugeront pas en fonction des positions défendues par leurs (anciens) collègues du Parlement. Sur ce point, le Togo a innové et n'a rien à envier à la France. Il arrive souvent dans ce dernier pays que les présidents des assemblées désignent d'anciens parlementaires pour intégrer le Conseil constitutionnel. Ce mode de désignation entraîne souvent des conséquences désagréables invisibles sur le fonctionnement et l'indépendance du Conseil constitutionnel. Bien que les membres du Conseil jouissent des « délices

de l'ingratitude », ils risqueraient de juger en fonction de leur appartenance politique, en prenant la défense de leurs collègues ou en sanctionnant les textes votés par leurs anciens adversaires politiques. À l'égard de cette pratique, les critiques fusent de toutes parts. La littérature constitutionnelle est abondante sur ce point. Il ne sera pas nécessaire d'y revenir³².

La dernière garantie consacrée par le pouvoir de révision de 2019, concerne les compétences juridiques des membres de la Cour constitutionnelle. Sur les neuf membres qu'elle contient, six au moins doivent être des juristes de haute qualité. Ainsi, les décisions seront rendues avec un raisonnement scientifique assez rigoureux qui préservera la juridiction de toute critique. Nous ne disons pas que cette rigueur juridique et intellectuelle manque actuellement à la Cour ; c'est son mode de nomination qui lui porte préjudice. La France souffre parfois de cette absence de juristes qualifiés au sein du Conseil constitutionnel, ce qui lui vaut des condamnations doctrinales³³.

³² Voir notamment, D. ROUSSEAU, « Une procédure de nomination toujours discutable », *LPA*, n° 254, 2008, p. 101-103, préc. p. 101 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 2016, p. 74. Voir également O. BEAUD, « Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel » *AJDA*, 2015, p. 1009 ; É. LEMAIRE, « A l'occasion des nominations de 2022, repenser les conditions de la désignation et le statut des membres du Conseil constitutionnel »,

Position paper #11, in Observatoire de l'éthique publique, <https://www.observatoireethiquepublique.com/position-paper-11-elina-lemaire-repenser-les-conditions-de-la-designation-et-le-statut-des-membres-du-conseil-constitutionnel/>, publié le 19 janvier 2022, consulté le 31 janvier 2022, à 15h00.

³³ Voir entre autres, L. FONTAINE, « Choix des juges constitutionnels : la mauvaise exception française », *Libération*, 25 février 2022 ; É. SALES, « Le pouvoir de

François Luchaire le disait de belle manière : « Plus que ses décisions, la composition du Conseil constitutionnel a souvent été critiquée ; les juristes se sont plaints de ne pas y être assez nombreux³⁴ ». Nul ne saurait critiquer la valeur ajoutée de cette réforme. C'est une considérable avancée d'un point de vue juridique et démocratique.

La saisine de la Cour dans le cadre du contrôle *a priori* est également élargie à d'autres autorités politiques et administratives.

b. Un mode de fonctionnement renforcé

Le mode de fonctionnement de la Cour constitutionnelle a été renforcé grâce à l'extension de sa procédure de saisine et à l'élargissement de ses compétences.

Premièrement, la saisine de la Cour constitutionnelle a été étendue. En plus de

nouvelles autorités politiques, des autorités administratives ont acquis le droit de saisir le juge constitutionnel depuis 2019.

Concernant les autorités politiques, jusqu'en 2019, seuls quatre acteurs pouvaient saisir la juridiction constitutionnelle. Il s'agissait, aux termes de l'article 104, du président de la République, du Premier ministre, du président de l'Assemblée nationale et d'un cinquième des membres de l'Assemblée nationale. Avec la nouvelle révision, au moins six nouvelles autorités politiques ont acquis le droit de saisine. Il s'agit, selon le nouvel article 104, du président du Sénat, d'1/5^e des sénateurs et des présidents des quatre groupes parlementaires existant actuellement³⁵ à l'Assemblée nationale (UNIR, UFC, NET-PDP et les Non-inscrits). Cette liste va certainement s'allonger avec l'installation du Sénat et la formation de groupes en son sein, ainsi que la formation de nouveaux groupes au sein de l'Assemblée nationale lors des prochaines élections législatives.

contrôle des commissions permanentes des assemblées des sur les auditions des membres du Conseil constitutionnel : une mascarade républicaine ? Retour sur l'audition de Mme Gourault », Le blog CERCOP, Questions constitutionnelles, 5 mars 2022 ; voir également J.-B. JACQUIN, « Conseil constitutionnel : trois propositions de nominations politiques qui posent question », *Le Monde*, 15 février 2022 ; P. GONZALÈS, « Nomination de Véronique Malbec : soupçons de renvoi d'ascenseur au Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 16 février 2022 ; « Les nominations de Jacqueline Gourault, Véronique

Malbec et François Sénars au Conseil constitutionnel validées par les parlementaires », *Le Monde*, 23 février 2022 ; J.-P. DEROSIER, « Vers une mise au pas du Conseil constitutionnel ? », *Libération*, Tribune, 17 février 2022 ; J. JEANNENEY, « Parlementaires, utilisez vos pouvoirs dans les nominations au Conseil constitutionnel ! », *Le Monde*, 19 février 2022.

³⁴ Commentaire de l'article 56 de la Constitution française, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2^e éd., 1979, p. 1093.

³⁵ En décembre 2022.

Au total, dix autorités politiques ont actuellement le droit de saisir le juge constitutionnel. C'est un palliatif de la carence du débat parlementaire qui est, indirectement, mis en place. En effet, lorsque les partis d'opposition ne réussissent pas à convaincre dans l'hémicycle, ils trouvent refuge auprès de la Cour constitutionnelle. Cette dernière sera ainsi appelée à jouer un rôle politique majeur. En France, les députés et sénateurs n'hésitent pas à saisir le Conseil constitutionnel en cas d'opposition à la loi adoptée par la coalition qui soutient l'exécutif. L'augmentation des saisines du juge constitutionnel installe un risque de politisation de l'institution. Il est cependant à espérer que la Cour constitutionnelle togolaise ne se politisera pas, en raison des nombreuses garanties consacrées. Parmi ces garanties, figurent la décentralisation de la procédure de nomination et la qualité des membres, qui sont majoritairement des juristes de haut niveau, bien que les juristes constitutionnalistes soient quasiment tous des acteurs politiques. Le pouvoir de révision est allé plus loin dans son souci d'amélioration des institutions en donnant le droit à des autorités administratives indépendantes de pouvoir saisir l'institution chargée de protéger la Constitution.

Quant aux autorités administratives qui ont acquis le droit de saisir la Cour

constitutionnelle, elles sont au nombre de cinq : le Président de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication, le Président du Conseil économique et social, le Président de la Commission nationale des droits de l'Homme, le Président du Conseil Supérieur de la magistrature et le Médiateur de la République. Leur choix n'est pas anodin. Ce sont en effet les présidents d'institutions qui jouent un rôle déterminant dans la protection des droits et libertés fondamentaux et publics. Cette liste n'est pas fermée. Elle peut être complétée par d'autres organes qui peuvent saisir la Cour constitutionnelle en matière de protection des droits fondamentaux. L'alinéa 7 de l'article 107 dispose en ce sens qu' « Une loi organique détermine les autres autorités et les personnes morales qui peuvent saisir la Cour constitutionnelle, en matière de protection des droits fondamentaux ».

Par suite, la révision constitutionnelle de 2019 a consacré une avancée profonde. Cette dernière, il faut le reconnaître, dépasse de loin les démocraties occidentales dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi. Par exemple, en France, seuls le chef de l'État, le chef du gouvernement, les présidents des deux Assemblées et, depuis 1974, soixante députés et soixante sénateurs ont le droit de saisir le juge dans le cadre du contrôle *a*

*priori*³⁶. Aucune autorité administrative n'a acquis le droit de saisir le Conseil constitutionnel.

Enfin, le droit des justiciables de saisir le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori*, par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC), a été maintenu. Le citoyen n'a pas été oublié des autorités de saisine. Comme dans l'ancienne version, tout justiciable (personne physique comme personne morale) peut soulever lors d'un procès l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi qui lui est appliquée. Dans ce cas, le juge sursoit à statuer et saisit la Cour constitutionnelle. Ce mécanisme est un outil essentiel de protection des droits fondamentaux. Il permet d'épurer l'ordre juridique des inconstitutionnalités que le juge n'aurait pu sanctionner par défaut de saisine dans le cadre du contrôle *a priori* par les autorités de saisine, ou les inconstitutionnalités qui seraient intervenues du fait de changement de circonstances³⁷.

Deuxièmement, les compétences contentieuses et consultatives de la Cour constitutionnelles ont également été élargies. Avant 2019, en supplément du

contrôle facultatif des lois ordinaires, la Cour devait exercer obligatoirement, c'est-à-dire avant leur promulgation, un contrôle sur les lois organiques, les règlements intérieurs de l'Assemblée nationale et du Sénat, ceux de la Haute Autorité de l'audiovisuel et de la communication, ainsi que le règlement intérieur du Conseil économique et social. Cependant, depuis la nouvelle révision de 2019, le juge constitutionnel exerce également un contrôle obligatoire sur les règlements intérieurs de la Commission nationale des droits de l'homme et du Conseil supérieur de la magistrature, avant leur application.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle est juge de la régularité des consultations référendaires, des élections présidentielles, législatives et sénatoriales. Elle statue ensuite sur le contentieux de ces consultations et élections.

Les compétences consultatives de la Cour ont également été enrichies. En effet, jusqu'en 2019, elle ne pouvait que donner son avis sur les ordonnances prises en vertu des articles 69 et 86 de la Constitution³⁸. Depuis 2019, l'alinéa 6 de l'article 104 lui permet de donner une interprétation des dispositions constitutionnelles sur demande

³⁶ Article 61 alinéa 2 de la Constitution française.

³⁷ P. PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité (À propos de la décision du Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010, n° 2010-

14/22 QPC, M. Daniel W. et autres), *RTDCiv*, 2010, 3, p. 513 ; CE, 13 juillet 2011, n° 347030, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes*.

³⁸ Article 105 des deux versions de la Constitution.

du Président de la République, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat, du Président de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication, du Président du Conseil économique et social, du Président de la Commission Nationale des Droits de l'Homme, du Président du Conseil supérieur de la magistrature, du Médiateur de la République et des présidents des groupes parlementaires. Ce mécanisme permet à ces autorités de faire une application correcte de la loi fondamentale afin d'éviter des contentieux ultérieurs ou des violations des droits et libertés fondamentaux. En tout état de cause, c'est un dispositif qui participe à la protection des principes de la sécurité juridique, de la clarté de la loi et de sa prévisibilité, ce qui est une exigence de l'État de droit³⁹. Ainsi, la révision a renforcé l'État de droit au Togo.

2. Le maintien du référendum d'initiative citoyenne

Il aurait été vain de ne pas octroyer l'initiative référendaire au corps électoral au regard de toutes ces garanties institutionnelles. C'est un équilibre entre la démocratie représentative et la souveraineté populaire qui a été recherché par le constituant togolais, contrairement à la France qui n'a pas constitutionnalisé le référendum d'initiative populaire. D'ailleurs, récemment, dans une allocution du 25 avril 2019 prononcée au cœur de la crise des Gilets jaunes, le président Emmanuel Macron a radicalement écarté cette option en estimant que « *tel qu'il est proposé, le référendum d'initiative citoyenne semble remettre en cause la démocratie représentative*⁴⁰ ».

Le Togo a, cependant, voulu faire participer le peuple au gouvernement de l'État. Néanmoins, cette ingénierie est assez difficile à réaliser au regard de tous les garde-fous mis en place. En vertu du nouvel article 4, le corps électoral partage l'initiative référendaire avec le Président. Cet article dispose que : « *L'initiative du référendum appartient, concurremment, au peuple et au président de la République (...)* ». Il définit ensuite, de manière sommaire, les conditions dans lesquelles ce

³⁹ CJCE, Aff. n° 13/61, 6 avril 1962, *Robert Bosch* ; CE, 19 juin 1992, n° 65432, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des côtes-du-nord* ; Cons. const., décision n° 99-421DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; CE, Ass., 24 mars 2006, 288460, *Société KPMG* ;

CE, 25 juin 2007, n° 304888, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*.

⁴⁰ <https://www.dgavocats.fr/droit-constitutionnel-ric-referendum/>, consulté le 31 janvier 2022, à 13h40. Voir également sur le réseau Twitter : <https://twitter.com/franceinfo/status/1121450522710614017>, consulté le 31 janvier 2022, 13h45.

référendum peut être organisé. Sur tout le territoire national, cette demande doit être présentée et soutenue par au moins cinq cent mille électeurs. Les signataires ne doivent pas être concentrés sur une zone géographique donnée. Ils doivent, au contraire, appartenir à aux mois dix préfectures sur le territoire national. Cela permet ne pas laisser les populations être manipulées par un parti politique qui disposerait d'une assise solide dans une zone géographique bien circonscrite. La demande doit être partagée par une large partie du territoire. C'est donc le consensus national qui est recherché par le pouvoir de révision en 2019.

Néanmoins, s'il est judicieux de prévoir le référendum populaire, la disposition constitutionnelle manque de clarté et ne précise pas l'objet et les finalités du mécanisme. On se demande sur quels types de mesures peuvent porter l'initiative citoyenne.

De plus, il semble que le nombre de signatures requises pour organiser tel référendum soient quelque peu élevé, en comparaison de seuil exigé en France. En

France, le soutien de 10% du corps électoral suffit à organiser un référendum d'initiative partagée sur le fondement de l'article 11 de la Constitution. Au Togo, ce seuil est de 15,84%, soit 16% en 2019. D'après le dernier recensement au moment de la révision, le recensement de 2018, le Togo comptait 3 155 837 électeurs⁴¹. Sur ce nombre, 500 000 signatures sont exigées pour organiser le référendum prévu par l'article 4 du texte issu de la révision de 2019. Ce chiffre semble élevé au regard de l'effectif du corps électoral et du manque d'engouement qu'ont les citoyens vis-à-vis du politique, en dehors des périodes électorales.

En tout état de cause, l'intention du pouvoir de révision de renforcer l'État de droit au Togo est louable. Cependant, l'œuvre contient quelques lacunes et imprécisions qu'il est désormais envisageable d'analyser.

II. Une démocratie libérale perfectible

La révision constitutionnelle contient beaucoup de dispositions et de mécanismes

⁴¹ Voir le rapport final rendu, en juillet 2020, par la Mission d'observation électorale de l'Union africaine pour l'élection présidentielle en République togolaise, p. 17. Le rapport est disponible en ligne et consultable via le lien : <https://au.int/sites/default/files/documents/40259->

[doc-rapport de la mission d'observation électorale de l'union africaine pour lection présidentielle du 22 février 2020 en republique togolaise.pdf](#), consulté le 21 décembre 2022, à 16h00.

qu'il aurait été souhaitable de voir améliorés. Nos observations ne porteront que sur deux d'entre elles. On fera remarquer, d'une part, l'existence d'un déséquilibre des pouvoirs (A) et, d'autre part, une imprécision de certaines dispositions dans la version consolidée de la Constitution, ce qui peut laisser l'observateur politique ou le constitutionnaliste perplexe (B).

A. Une démocratie déséquilibrée

Le déséquilibre se caractérise par l'hégémonie du chef de l'État dans la vie politique nationale (1) et par son irresponsabilité pénale contrairement aux autres acteurs politiques (2).

1. L'hégémonie présidentielle dans la vie politico-institutionnelle

Cette hégémonie se manifeste, d'une part, par la soumission constitutionnelle du Gouvernement et du Parlement au président de la République (a). Elle se caractérise, d'autre part, par la prééminence présidentielle dans la nomination des membres de la Cour constitutionnelle (b).

a. La soumission de l'exécutif et du législatif au président de la République

La Constitution soumet le Gouvernement et le législatif au chef de l'État

D'une part, le Gouvernement est dominé par le chef de l'État. D'après l'article 66 de la Constitution, « *Le président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions* ». Cette nomination est libre et n'est pas conditionnée par l'orientation politique du Parlement. Le chef de l'État peut ainsi nommer au poste de Premier ministre la personnalité de son choix sans consulter la majorité parlementaire. De même, il peut le révoquer facilement puisqu'en droit public, le pouvoir de nomination emporte celui de révocation. Comme si ce mécanisme était insuffisant pour donner la prééminence au Président sur l'exécutif, le pouvoir de révision a précisé à l'article 77 de la Constitution que c'est sous l'autorité du chef de l'État que le Gouvernement détermine et conduit désormais la politique de la Nation⁴². Ce mécanisme neutralise tous les effets d'une éventuelle cohabitation ainsi que, d'une part, toute résistance du

⁴² Article 77 de la Constitution togolaise : « *Sous l'autorité du Président de la République, le Gouvernement*

détermine et conduit la politique de la Nation et dirige l'administration civile et militaire (...) ».

Premier ministre et, d'autre part, toute velléité de questionnement des choix gouvernementaux par le Parlement. Le fonctionnement du Gouvernement ne fait que confirmer cette mainmise du chef de l'État sur les institutions. L'alinéa 3 de l'article 66 dispose en effet que c'est lui qui préside le Conseil des ministres. Or, la présidence de cette institution fait du président le titulaire de toutes les décisions qui y sont prises⁴³. À ce titre, elles ne pourront être modifiées que par le même organe présidé par la même autorité, sauf lorsqu'une habilitation expresse a été donnée au Premier ministre. Enfin, dans le parlementarisme togolais, le chef du gouvernement n'a pas le droit constitutionnel de convoquer le Parlement en session extraordinaire. Au sein du pouvoir exécutif, c'est au seul Président que l'article 55 donne cette prérogative.

D'autre part, le chef de l'État exerce une influence analogue sur le Parlement. Ce dernier est maîtrisé par le président de la République. La supériorité du Président sur le Parlement se manifeste par son intervention dans la désignation des membres du Sénat, dans la convocation des chambres à des sessions extraordinaires,

ainsi que par l'exercice du droit de dissolution de l'Assemblée nationale.

L'actuel mode de désignation des membres du Sénat porte une atteinte excessive au principe de séparation et d'équilibre des pouvoirs dans la mesure où le chef de l'État nomme une partie de ses membres. En effet, aux termes de l'article 52 de la Constitution, le président désigne un tiers des sénateurs⁴⁴. Or, nul ne doute que ce mécanisme pourrait largement influencer le fonctionnement du Sénat. Bien que les membres nommés par le Président soient minoritaires, comment les imaginer, un jour, donner des avis contraires aux décisions prises par l'autorité qui les a nommés. Le Sénat ne peut plus exercer son pouvoir modérateur qui participe à la réalisation de l'équilibre des pouvoirs (de l'Assemblée nationale et de l'Exécutif) en démocratie parlementaire. Cette configuration est regrettable d'autant que le mandat sénatorial de 6 ans est renouvelable deux fois. Il suffit qu'un chef d'État jouisse de deux mandats pour créer une caste sénatoriale qu'il rejoindra lui-même à l'issue de ses présidences, puisque, conformément à l'article 52, tous les anciens Présidents de la République sont membres de droit à vie du Sénat. Ce mode de désignation porte dès lors une atteinte

⁴³ Conformément à l'avis du 4 juin 1996 de la Cour suprême togolaise et à la décision du Conseil d'État français du 27 avril 1994, n° 147203, 148545, *Époux Allamigeon et Époux Pageaux*. Voir également CE, Ass., 10 septembre 1992, n° 140377, *Meyet*.

⁴⁴ Article 52 de la Constitution togolaise : « Le Sénat est composé : - de deux tiers (2/3) de personnalités élues par les représentants des collectivités territoriales ; - d'un tiers (1/3) de personnalités désignées par le Président de la République (...) ».

sérieuse à la séparation des pouvoirs et à la mission que le pouvoir de révision s'est assignée.

La configuration consacrée en 2019 par le pouvoir de révision est possible dans les pays où le chef de l'État est une autorité purement symbolique ou lorsqu'il est élu par le Parlement. C'est une pratique propre aux monarchies parlementaires telles que le Royaume-Uni et à certaines Républiques dans lesquelles le chef de l'État n'est pas élu par la voie populaire, comme l'Italie. Or, au Togo, le chef de l'État est un acteur politique au sens schmittien du terme. Il serait souhaitable, étant donné que le Togo est une République dans laquelle le président est élu au suffrage populaire, d'écarter le pouvoir exécutif de la désignation des membres du Sénat et d'attribuer un véritable pouvoir constitutionnel à l'institution sénatoriale.

Par ailleurs, le Sénat ne dispose d'aucun réel pouvoir de législation et de contrôle. C'est peut-être cette raison qui justifie l'intervention du Président dans sa composition. Ou c'est peut-être du fait de l'intervention du chef de l'État dans sa composition que le pouvoir de révision l'a

privé de tout pouvoir politique. En effet, conformément aux articles 81 et 83 de la Constitution, le Sénat ne dispose pas de l'initiative des lois, il ne donne que des avis qui ne sont pas des avis conformes. Dans ce cas, ses avis peuvent être ignorés. Enfin, il ne contrôle pas non plus le Gouvernement. Dit autrement, à moins de précisions ultérieures dans la loi organique, c'est, d'après Palouki Massina et Ogma Yagla, un organe inutile et budgétivore au sens politique du terme, à tel point qu'ils se demandaient pour quelle raison il a été mis en place⁴⁵. On est tenté de partager leurs réflexions sur l'utilité du Sénat dans ces conditions.

En outre, sans parler de la menace de la dissolution qui plane sur l'Assemblée nationale⁴⁶, le Président exerce également une influence sur le fonctionnement des assemblées. Il peut les convoquer en sessions extraordinaires, alors que ni le Premier ministre ni les présidents des Assemblées ne disposent de ce droit⁴⁷. L'équilibre aurait été atteint si ce pouvoir est partagé avec l'opposition parlementaire, surtout lorsque cette dernière n'appartient pas au parti présidentiel, c'est-à-dire

⁴⁵ Voir P. MASSINA, O. W. YAGLA, *Histoire des institutions politiques et du droit constitutionnel togolais*, op. cit., p. 159.

⁴⁶ Article 68 de la Constitution.

⁴⁷ Article 55 alinéa 7 : « L'Assemblée nationale et le Sénat sont convoqués en session extraordinaire par leur président

respectif, sur un ordre du jour déterminé, à la demande du Président de la République ou de la majorité absolue des députés ou des sénateurs ».

lorsque la minorité parlementaire s'oppose à la politique menée par le chef de l'État. Le mécanisme aurait pu permettre à l'opposition de prendre certaines initiatives que la configuration politique n'admet pas, mais qui pourraient être justifiées par les circonstances.

La prééminence du Président de la République sur l'exécutif et le législatif n'a pas épargné la Cour constitutionnelle.

- b. La prééminence présidentielle dans la composition de la Cour constitutionnelle

Conformément à l'article 100 de la Constitution, le chef de l'État nomme deux membres de la Cour constitutionnelle. Deux autres membres sont nommés par l'Assemblée nationale. Or, nul ne doute que lorsque la majorité de cette chambre appartient au parti présidentiel, l'ombre du président va guider et orienter les choix des deux membres nommés par l'Assemblée nationale.

Le texte prévoit, par ailleurs, que le Sénat nomme de son côté deux juges constitutionnels. Or, le Sénat lui-même, en plus d'être composé en partie par le Président, regorgera d'anciens présidents. L'imagination et la créativité

institutionnelles sont permises, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique, pour nourrir le débat. Il n'est pas interdit de croire que, d'une part, la nomination des sénateurs par un Président définira certainement le choix des juges constitutionnels par le Sénat. Le président exerce en effet une autorité morale et politique sur les sénateurs qu'il a nommés. Ces derniers sont contraints de le soutenir car ils risquent de ne plus être reconduits dans leurs fonctions lorsque le chef de l'État sera élu pour un second mandat. Ainsi, pour sauver leur carrière politique, ils seront contraints, dans la plupart des cas, de servir un homme plutôt que d'agir en toute liberté. C'est la fidélité et la discipline qui gouvernent la politique. D'autre part, la présence d'anciens présidents au Sénat aux côtés des sénateurs qu'ils ont eux-mêmes nommés risque également de biaiser les choix du Sénat et de limiter son indépendance. Cela risque de s'aggraver si deux présidents successifs appartiennent à la même formation politique.

L'ingénierie inventée par le pouvoir de révision ne permet donc pas de garantir une indépendance de la juridiction constitutionnelle ni l'épanouissement de l'État de droit. L'ombre d'un homme ou de deux hommes va planer pour de très longues périodes sur le fonctionnement de la Cour. Cette pratique est critiquée par des juristes

et politistes en France où les anciens présidents rejoignent le Conseil constitutionnel dont ils ont nommé des membres. Le Togo aurait dû en tirer des leçons du contexte français. Au contraire, le pouvoir de révision togolais a commis les mêmes erreurs, faisant ainsi « régresser » le Togo dans la voie de démocratisation dans laquelle il s'est engagé. La pratique étonne encore plus si lorsqu'un se rend compte qu'aucun contrôle politique ni juridique ne sera exercée sur ces nominations. Il aurait été souhaitable de prévoir un organe constitutionnel ayant pour mission de contrôler (politiquement) les nominations faites par les différentes autorités politiques et administratives afin d'éviter, entre autres, des conflits d'intérêts.

En sus de cette double prééminence, le président de la République ne répond d'aucune responsabilité pénale.

2. L'irresponsabilité pénale du chef de l'État

La lecture de l'article 75 issu de la version consolidée de la Constitution pourrait laisser croire que l'immunité présidentielle ne concerne que les actes commis par le chef de l'État en cette qualité. Cependant, une analyse approfondie de cette disposition révèle qu'il s'agit d'une immunité assez large qui couvre non

seulement les actes politiques, mais également ceux qui pourraient, en dehors de la haute trahison régie par l'article 127, faire l'objet de poursuites pénales. Sur ce point, on est tenté de tolérer et de considérer comme recevables les critiques de l'opposition togolaise qui remet en cause la réforme concernant le statut du chef de l'État. En l'état actuel de la Constitution, l'article 75 dédouane, même après son mandat, le Président de la responsabilité des infractions n'ayant aucun rapport avec la fonction présidentielle. Cependant, curieusement, l'article 128 de la Constitution consacre la responsabilité pénale des membres du Gouvernement et des membres de la Cour suprême devant la Haute cour de justice. Ce mécanisme soulève un problème d'égalité des citoyens et des acteurs politiques devant la loi pénale. Le chef de l'État, en ce qu'il n'est pas un pouvoir modérateur et neutre au sens de Benjamin Constant, ne doit pas être placé au-dessus de la loi dans un État de droit. Il y a quelque puérité à penser que les rédacteurs de cette réforme aient complètement blanchi le chef de l'État alors que, qu'ils soient parlementaires, professeurs d'universités, membres du gouvernement ou magistrats, ils sont eux-mêmes, en tant que citoyens et acteurs de la vie publique, soumis à la loi pénale et, ainsi, doivent partager, dans une large mesure, les aspirations et les idéaux du peuple. La

preuve en est qu'ils sont pénalement responsables comme les autres les citoyens ordinaires. La principale différence réside dans le fait qu'ils doivent répondre de leurs actes devant une juridiction spécialisée : la Haute cour de justice.

Aucun autre État dans lequel le chef de l'État est le principal acteur n'a accordé une immunité aussi large au Président. En France, la Constitution protège le président contre toute poursuite pendant son mandat. L'article 67 alinéa 2 prévoit qu'il jouit, lors de l'exercice de ses fonctions, d'une immunité contre les poursuites judiciaires, entendue dans un sens large, car elle couvre tous les domaines du droit (civil, pénal, administratif *etc.*). En d'autres termes, il est protégé contre toute action juridictionnelle qui porte tant sur les actes commis dans l'exercice de ses fonctions qu'en dehors de celles-ci⁴⁸. Cependant, cette immunité prend fin un mois après la perte de ses fonctions. L'exemple de l'affaire Chirac est le plus saisissant en la matière⁴⁹. De même, aux États-Unis, la Constitution fédérale du 17 septembre 1787 met en place un mécanisme d'*impeachment* qui permet à la Chambre des représentants de mettre en accusation, sur le plan pénal, le Président, le vice-

président et tous les fonctionnaires civils fédéraux⁵⁰. Les constituants togolais n'ont pas voulu s'engager dans cette voie. Leur réticence ou leur abstention s'oppose frontalement à l'article 2 de la Constitution qui dispose que « *La République togolaise assure l'égalité de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race, de sexe, de condition sociale ou de religion* ». On se demande en vertu de quel principe – théorique, politique, philosophique – le président ne peut-il être responsable pénalement au même titre que ses concitoyens. L'absence de cette condition n'est-elle, finalement, que la négation de l'article 2 de la Constitution ?

De même, l'article 1^{er} de la Constitution dispose que « *La République togolaise est un État de droit (...)* ». Or, un État de droit, à en croire la théorie allemande développée par Georg Jellinek et Hans Kelsen, est celui dans lequel tous les organes et tous les gouvernants sont soumis à la loi, qu'elle soit politique, civile, pénale ou administrative. Dit autrement, l'État de droit est censé lier les mains du pouvoir, en commençant par le

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Voir X. DELCROS, « Titre X. La Haute cour de justice », in François Luchaire, Gérard Conac (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et*

commentaires, Paris, Economica, 2^e éd., 1979, p. 1177-1186, en part. p. 1179.

⁵⁰ Article premier, section II et article II, section IV de la Constitution.

plus important⁵¹, le premier responsable de l'État. Cependant, dans le cas du Togo, le garant de la Constitution et de l'État de droit est soustrait à ce principe fondamental. Comment pourrait-il bien jouer son rôle, s'il ne peut encourir d'éventuelles sanctions pénales ? Comment pourrait-il servir d'exemple aux autres ? En l'absence de ce principe, quelle autorité morale peut-il exercer sur les autres pouvoirs constitués et les citoyens ? Comment pourrait-on accepter ou justifier son autorité ? En droit politique, l'existence de sanction est un gage de bonne exécution des engagements pris devant le corps électoral. En ne consacrant pas ce principe de responsabilité pénale du chef de l'État, il semble que, sans aucun jugement de valeur, l'œuvre du pouvoir de révision est inaboutie, car aucune infraction, dans un État de droit, ne doit rester impunie. En ce sens, il semble que les principes consacrés aux articles 1 et 2, ne sont que de pures théories insusceptibles de concrétisations utiles.

L'irresponsabilité consacrée dans le texte issu de la révision constitutionnelle aurait été normale et légitime si le président était

considéré comme un pouvoir neutre et un pouvoir modérateur au sens de Benjamin Constant. En effet, d'après ce dernier, le chef de l'État est, dans les monarchies constitutionnelles, « *le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs*⁵² ». Cette logique a été transposée dans les régimes parlementaires monistes où c'est le Premier ministre qui est le chef effectif du Gouvernement. L'irresponsabilité en question est un vestige de la monarchie de l'Ancien Régime et des monarchies constitutionnelles ainsi que des pratiques sous les III^e et IV^e Républiques françaises. En effet, sous ces différents régimes, le chef de l'État était essentiellement le porte-parole du Gouvernement qui assume la responsabilité politique et pénale de tous ses actes et discours⁵³. Cependant, depuis les Constitutions rédigées à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, le chef de l'État se trouve dans tout autre contexte. En effet, comme démontré plus haut concernant le président togolais, il dispose d'importants pouvoirs politiques et juridiques personnels qui doivent justifier sa responsabilité pénale devant les institutions républicaines prévues à cet effet.

⁵¹ W. LEISNER, « L'État de droit, une contradiction ? », *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 65-79, en part. p. 68 ; J.-P. Henry, « Vers la fin de l'État de droit ? », *RDP*, 1977, p. 1207-1235.

⁵² B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin et Cie, 1872, réimp. Genève-Paris, Slatkine, 1982, p. 253 ; voir également O. FERREIRA,

Le pouvoir royal (1814-1848). A la recherche du quatrième pouvoir ?, Paris, LGDJ, 2021, p. 18.

⁵³ Voir R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, p. 127 ; R. CAPITANT, « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État », *Encyclopédie française*, Tome X, 1964, p. 143-163, en part. p. 144.

Ces manquements donnent l'impression d'une démocratie inachevée, même après une réforme tant attendue.

B. Une démocratie inachevée

Sans exagérer, il est permis d'affirmer que le pouvoir de révision n'est pas allé au bout de son ambition de consécration de la démocratie togolaise, en raison de quelques incomplétudes ou lacunes observées dans la mise en œuvre de certaines dispositions. Parmi celles-ci, il est possible de mettre l'accent sur l'imprécision des conditions relatives à l'exercice du contrôle *a posteriori* (1) et du référendum d'initiative citoyenne (2).

1. L'indétermination du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité

L'alinéa 8 de l'article 104 de la Constitution dispose simplement qu' « *Au cours d'une instance judiciaire, toute personne physique ou morale peut, in limine litis, devant les cours et tribunaux, soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi. Dans ce cas, la juridiction sursoit à statuer et saisit la Cour constitutionnelle* ». Il ne prévoit aucune loi organique pour préciser cette disposition assez vague et

d'une indétermination regrettable pour une disposition qui se veut progressiste et protectrice des droits fondamentaux.

Deux types d'observations peuvent d'ores et déjà être mis en lumière au sujet de cet article.

D'une part, l'article ne définit aucun critère d'analyse de la question soulevée par le justiciable. Est-ce à dire que les juridictions, à différents niveaux, sont contraintes de transmettre automatiquement toutes les questions au juge constitutionnel chaque fois qu'elles seront saisies en ce sens ou peuvent-elles refuser ? Si elles peuvent refuser, quel serait le fondement de leur refus ? Ce mode de fonctionnement reste assez flou et ne permet pas aux juges du fond d'accomplir avec certitude et sans risque de critiques leurs missions. Il aurait été préférable de leur fournir un *vade-mecum* sur l'exercice de ce type de contrôle. Dans le cas contraire, certains pourraient, au mieux, s'interdire de fournir un effort intellectuel en renvoyant des questions dépourvues de tout intérêt à la Cour constitutionnelle au risque de saturer son office. Au pire, d'autres juridictions de fond pourraient refuser de saisir le juge constitutionnel alors que la question soulevée aurait été pertinente.

D'autre part, l'article ne prévoit aucun filtre des questions soulevées devant les tribunaux et cours. Cela signifie qu'un juge

d'un tribunal peut saisir la Cour constitutionnelle d'une question qui est déjà pendante devant elle. N'aurait-il pas été mieux que les juridictions du fond saisissent la juridiction suprême de leur ordre juridictionnel pour que celle-ci fasse une analyse préalable de la question, comme en France ? Ce mécanisme reviendrait à considérer que les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel devant lesquels la question a été soulevée doivent saisir la chambre administrative de la cour suprême. Ainsi, il appartiendra à celle-ci, en dernière position, de saisir le juge constitutionnel. Or, étant donné que le Togo n'a pas – encore – de juridiction administrative indépendante, les questions devraient être directement soulevées devant la chambre administrative de la Cour suprême. Cette dernière pourrait, après analyse, la transmettre directement à la Cour constitutionnelle.

En revanche, la question paraît plus délicate concernant les juridictions de l'ordre judiciaire. Il n'est pas concevable que chaque tribunal ou chaque cour d'appel saisisse directement la Cour constitutionnelle pour des questions qui, parfois et certainement, seraient dépourvues de tout intérêt ou feraient déjà l'objet d'une décision. A ce propos, il sera bénéfique, soit que les tribunaux saisissent les cours d'appel de leurs circonscriptions territoriales, soit de mettre en place un

organe de filtre des questions. Cet organe doit certainement être la chambre judiciaire de la Cour suprême ou une cellule de celle-ci. Dans le cas contraire, il y aura un risque d'encombrement et de saturation de la Cour constitutionnelle.

En outre, concernant l'ordre administratif, avec le développement des collectivités territoriales, il serait souhaitable de développer un véritable ordre juridictionnel. Il y a un risque que, dans quelques années, la chambre administrative de la Cour suprême ne soit plus en mesure d'étudier les recours pour excès de pouvoirs dont elle sera saisie et d'opérer le filtre du contrôle de constitutionnalité qu'il est envisageable de lui assigner. Il faudra ainsi penser à créer des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appels pour rendre le débat juridique lisible et cohérent. Cela aura également la vertu de faciliter l'étude et l'enseignement du contentieux administratif et du contentieux constitutionnel dans les facultés de droit togolaises.

Par ailleurs, il semble que le pouvoir de révision a saturé l'office du juge constitutionnel. De toute évidence, cet engorgement va à l'encontre de l'objectif qu'il s'est proposé d'atteindre. En effet, en plus des saisines directes de questions contentieuses dans le cadre du contrôle tant

a priori qu'*a posteriori*, le juge constitutionnel peut également être saisi, pour avis, par plusieurs autorités politiques et administratives dont la liste n'est pas définitivement établie par la Constitution. Ces autorités sont au nombre de treize, pour l'instant, en attendant l'élection sénatoriale⁵⁴. À ce rythme et sans compter les recours contentieux qui viendront des autorités politiques, administratives et juridictionnelles, il apparaît clairement que la Cour ne pourra pas gérer tous les dossiers. Trop de garanties neutralise la garantie. Il y aura une inflation des saisines, ce qui pourrait empêcher le juge de bien effectuer son travail, car son office sera surchargé. Il ne faut pas oublier que les juges constitutionnels ne sont qu'au nombre de neuf – si le Sénat est mis en place – et que dans l'attente d'un contrôle de qualité, ils ne doivent pas être surchargés, d'une part, par des contrôles de questions qui ne sont d'ailleurs pas filtrées et, d'autre part, par des avis qui ne seront peut-être jamais suivis. Nous pensons qu'il est souhaitable et nécessaire de limiter substantiellement la liste des autorités administratives qui ont le

droit de saisir le juge pour des consultations. Ces saisines consultatives doivent être réservées à ceux qui « manient » la Constitution au quotidien, c'est-à-dire les hommes politiques et les juges.

Pour limiter la liste des autorités administratives tout en ne les privant pas d'u droit de consultation, il serait bénéfique de les doter d'un conseil juridique compétent en matière de droit constitutionnel. Cette mesure n'étant pas une question par essence de nature constitutionnelle, elle pourrait être intégrée dans leurs règlements intérieurs qui font déjà l'objet d'un contrôle de la part du juge constitutionnel⁵⁵.

Enfin, nous ne jugeons pas utile de confier le droit de saisir la Cour aux autorités administratives dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Avant sa promulgation, le texte qui deviendra la loi demeure une matière éminemment politique qui doit être laissée à portée des autorités politiques à titre exclusif. C'est en effet la promulgation qui fait entrer le texte dans le droit positif, et le

⁵⁴ Article 104 alinéa 6 : « La Cour constitutionnelle peut être saisie d'une demande d'avis sur le sens des dispositions constitutionnelles par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du sénat, le Président de la Haute Autorité de l'Audiotvisuel et de la Communication, le Président du Conseil économique et social, le Président de la Commission Nationale des Droits de l'Homme, le Président du Conseil supérieur de la magistrature, le Médiateur de la République et les présidents des groupes parlementaires ». Les groupes parlementaires sont au nombre de quatre à l'Assemblée nationale. Cette liste

pourrait s'allonger avec la mise en place du Sénat et la loi organique prévu par cet article.

⁵⁵ Une question pratique concernant le renouvellement des membres de la Cour pourrait être soulevée dans les prochains mois. Vu les nombreuses autorités politiques et administratives qui désignent ses membres, on pourrait se demander quelle autorité aura la préséance sur les autres dans la nomination des membres.

met à disposition des citoyens et des autorités et organes administratifs. D'ailleurs, nous peinons à comprendre par quel biais des autorités administratives pourraient accéder à un texte qui n'est pas encore loi, c'est-à-dire qui n'est encore que produit des seuls parlementaires. Si les autorités administratives parviennent à avoir accès à la future loi avant sa promulgation, on assisterait à une désacralisation de la loi, qui ne serait plus un acte du pouvoir politique ni celui de la volonté générale. Dans ces conditions, il ne serait pas étonnant que des voix s'élèvent pour réclamer la suppression du Parlement pour confier l'adoption de la loi à des autorités administratives.

L'indétermination concernant l'exercice du contrôle de constitutionnalité n'a pas épargné l'organisation du référendum populaire.

2. L'imprécision des dispositions relatives au référendum d'initiative citoyenne

Au premier abord, l'article 4 apporte formellement une valeur ajoutée au débat démocratique. Cependant, à l'analyse, on se rend compte qu'il est assez vide et pourrait devenir contre-productif.

Il est assez creux pour plusieurs raisons.

D'abord, l'article ne précise pas la nature du référendum⁵⁶ dont il est question. S'agit-il d'un référendum constitutionnel, législatif, abrogatoire ou révocatoire ? Ensuite, son objet n'est pas précisé : sur quelles matières, quels domaines peut-il être organisé ? En France, le constituant a pris soin de préciser le domaine du référendum présidentiel et partagé prévu à l'article 11 de la Constitution. Dans ce pays, il ne peut porter que sur des projets de loi et l'organisation des pouvoirs publics. Au Togo, on ne sait si ce référendum peut se porter sur une matière constitutionnelle, les lois ordinaires, les actes du domaine réglementaire, les lois organiques, ou s'il peut être utilisé pour réviser la Constitution et, le cas échéant, sur quels aspects. Il y a beaucoup de zones d'ombres qui entourent l'application de cet article 4 relatif au référendum d'initiative citoyenne⁵⁷.

⁵⁶ Dans la littérature juridique, le thème du référendum est un classique qui a d'ores et déjà fait couler beaucoup d'encre. En première approche, v. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Le référendum*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2^e éd., 1994 ainsi que le n° 77, paru en avril 1996, de la revue *Pouvoirs* consacré à la notion de référendum. On pourra également consulter

M. BARTOLUCCI, « Le référendum d'initiative partagée : tirer les leçons de l'expérience constitutionnelle française », *RFDC*, 2021/4, n° 128, p. 3-19.

⁵⁷ Voir quelques références sur la question en France : A.-A. DURAND, « Qu'est-ce que le référendum d'initiative citoyenne (RIC) demandé par des « gilets

L'article est, également, contre-productif parce qu'aucune loi organique n'a été prévue pour en préciser l'application. En effet, on ne sait comment les citoyens vont s'organiser pour rassembler les signatures prévues à cet effet : revient-il aux préfetures de prendre cela en charge ou aux collectivités ou encore à une instance indépendante, ou encore à une organisation clandestinement créée pour combler l'absence de pouvoirs publics ? C'est une équation à mille inconnues qui se présente à l'observateur avisé, et que le pouvoir de révision n'a pas imaginé afin de la résoudre. Il est de ces dispositions que les constituants sont contraints d'adopter de manière assez lacunaire, dans le seul but de soigner les apparences. Il n'est pas interdit de penser que le constituant togolais s'est inscrit dans cette perspective, car en l'espèce, les dispositions ne définissent aucune procédure concrète de mise en œuvre du référendum d'initiative citoyenne. En revanche, l'imprécision de la mesure donne toutes les armes à l'organe que les constituants ont souhaité avantager. En l'espèce, le doute étant permis, il semble que l'indécision donne des armes au chef de l'État qui peut organiser « son » référendum, dont il a seul l'initiative, sur les questions de son choix. Sur ce point

également, l'article ne définit pas le domaine du référendum présidentiel comme en France. Le chef de l'État peut par conséquent s'en servir à sa guise.

L'article prévoit simplement que la Cour constitutionnelle contrôle la régularité du référendum, cela signifie qu'elle ne contrôle que les procédures, le fond lui échappant par principe. Ainsi, les véritables questions de constitutionnalité ne se posent pas devant elle. Le chef de l'État peut se servir de la bonne procédure pour soumettre des questions de son choix au peuple, qui n'a, finalement, aucune liberté d'action. Dans ces conditions, l'imprécision de l'article 4 conduit à une négation du référendum d'initiative citoyenne, car il ne pourrait jamais être mis en œuvre. Seul le chef de l'État dispose de ce pouvoir. Dès lors, il convient de qualifier ce référendum de présidentiel. En plus d'avoir confié l'initiative du référendum au Président et à lui seul en pratique, le pouvoir de révision lui a donné une immunité totale.

La révision constitutionnelle togolaise du 15 mai 2019 a timidement comblé l'une des attentes institutionnelles de l'opposition togolaise. Toutefois, du point de vue démocratique, l'étude a révélé qu'elle n'a

jaunes » ?», *Le Monde*, 7 décembre 2018 ; J.-M. DENQUIN, « Faut-il craindre le référendum d'initiative citoyenne ? », *Commentaires*, 2019/2, n° 166, p. 323-327 ; C. PRÉMAT, « Ce que le Ric nous dit de

nos aspirations », *Revue Projet*, 2020/2, n° 375, p. 74-79. Dans un sens négatif, voir P.-H. TAVOILLOT, « Contre la démocratie participative », *Pouvoirs*, 2020/4, n° 175, p. 43-55.

pas été à la hauteur des espérances placées en elle. Le déséquilibre est toujours aussi ostensible qu'auparavant. Le pouvoir de révision avait-il l'intention de tout changer pour que, finalement, tout reste en l'état ? Il serait nécessaire d'engager une nouvelle révision de la Constitution – prévoyant des lois organiques – afin de corriger certaines erreurs mécaniques, si l'on veut la prospérité de la culture constitutionnelle et démocratique sur la terre de nos aïeux. Il en va ainsi de la prospérité de la culture démocratique !

LA PART DE LA COMMUNE, LA PART DE LA RÉGION DANS LE TRANSFERT DE COMPÉTENCES EN DROIT DE LA DÉCENTRALISATION AU CAMEROUN

Michel NTSAMA

*Docteur Ph. D en Droit Public,
Chargé de cours à la FSJP
Université de Yaoundé II (Cameroun)*

RÉSUMÉ

La région et la commune sont les deux principales catégories de collectivités territoriales décentralisées identifiées par le constituant camerounais. Si la seconde est effective depuis des décennies, la première vient tout juste d'entrer en service depuis la convocation des collèges électoraux pour les élections régionales du 6 décembre 2020. La coexistence de ces deux collectivités locales dans le paysage institutionnel de la décentralisation appelle à la clarification de leur domaine de compétence respectif. Ceci a pour objectif de conjurer les querelles de compétence dans un contexte de cohabitation expérimentale. Dans cette mouvance, il paraît judicieux de s'interroger sur le point de savoir quelles sont les modalités de répartition des compétences transférées entre la commune et la région. En adoptant la méthode juridique, la répartition des compétences entre la commune et la région se fait selon l'échelon local considéré. Il s'agit notamment de la spécialisation des compétences transférées par échelon local

et de la différenciation des intérêts locaux dans le transfert de compétence.

Mots clés : Commune – Région – transfert de compétences – décentralisation

Summary:

The Cameroonian constitution identifies two main categories of decentralised local authorities: the region and the municipality. While the latter has been effectively established for decades, the former only came into service since the convening of the electoral colleges for the regional elections of December 6th, 2020. The coexistence of both authorities in this institutional landscape of decentralisation calls for a clarification of their respective areas of competences. This aims to prevent disputes over jurisdiction in a new and experimental context of cohabitation. Therefore, it seems judicious to establish the methods of adequately assigning these duties and competences amongst region and municipality. This is legally done by taking

into consideration their respective constituencies. These competences include specific powers automatically granted by their said defined constituencies and special powers transferred taking into consideration the existing differentiation of local interests.

Keywords: Municipality – Region –
Transfer of powers - Decentralisation.

INTRODUCTION

À chaque collectivité territoriale correspond une sorte de « carte d'identité », dont les éléments permettent de la distinguer de toutes les autres. À l'instar de celle des personnes physiques, la carte d'identité d'une collectivité territoriale peut en effet se décliner en données relatives à : un nom fixé par l'État, modifié par lui; un territoire, également fixé par l'État, dans le cadre duquel elle est appelée à exercer ses compétences. Toutefois, ces dernières constituent un élément de démarcation à part entière dans la distribution des compétences transférées entre les communes et les régions. L'entrée en service de celles-ci étant désormais une réalité depuis la convocation des collèges électoraux pour les élections régionales du 6 décembre 2020, il paraît judicieux de rendre lisible le domaine de compétence respectif de chacune des collectivités territoriales décentralisées.

La région est l'une des innovations de la réforme constitutionnelle de 1996. En effet, en plus de la commune qui a toujours existé, le constituant camerounais consacre la région comme seconde collectivité territoriale décentralisée¹. Cependant à analysant le droit positif camerounais dans une approche diachronique, on se rend compte que c'est la province qui renaît sous le visage de région, puisque dans la constitution du 4 mars 1960, elle constituait déjà avec la commune les deux collectivités locales. C'est dans cette perspective que le constituant de 1996 a érigé les dix provinces existantes en dix régions². Evolutionnaire pour certains³, révolutionnaire pour d'autres⁴, la loi constitutionnelle de 1996, quoiqu'on dise, innove du point de vue de la décentralisation territoriale avec la création de la région comme seconde collectivité territoriale décentralisée au côté de la commune. Le constituant dispose dans ce sens que « Les collectivités territoriales décentralisées de la République

¹ Art. 55(1) de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972.

² *Ibid.*, art. 61.

³ J.T. HOND, « Etat des lieux de la décentralisation territoriale au Cameroun », in *M. ONDOA (s. la dir. de)*, L'administration camerounaise à l'heure des réformes, L'Harmattan, 2010, p. 103, E. MANGA ZAMBO, « La décentralisation dans le paysage administratif au Cameroun », in *M. ONDOA (s. la*

dir. de), L'administration camerounaise à l'heure des réformes, L'Harmattan, 2010, p. 118.

⁴ A.D. OLINGA, « La régionalisation camerounaise en chantier : acquis constitutionnels et perspectives législatives », *Juridis Périodique*, N°55, Juillet-Août- Septembre 2003, p. 91, H. KOUOMEGNE NOUBISSI, *Décentralisation et centralisation au Cameroun : La répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, L'Harmattan, 2013, p. 65.

sont les régions et les communes »⁵. La région comme collectivité territoriale a une certaine résonance dans l'œuvre constituante à tel enseigne qu'on peut la qualifier d'organe constitutionnel tant par son statut constitutionnel que par sa participation à l'équilibre des pouvoirs. En fait, contrairement à la commune, la Région voit son statut défini par le constituant.

Le constituant identifie les organes de la région dans une dualité. A cet égard il dispose que les organes de la région sont le conseil région et le président du conseil région⁶ élus pour un mandat de cinq ans. Ceux-ci sont eux même composés des délégués des départements et les représentants du commandement traditionnel⁷, les premiers désignés par les conseillers municipaux et les seconds élus par les chefs traditionnels. En ce qui concerne le président du conseil régional, il constitue le chef de l'exécutif régional. Il doit être une personnalité autochtone de la région tout comme le bureau⁸. Bien plus, le constituant camerounais prévoit la possibilité de création des régions à statut spécial. Ainsi sous l'impulsion des recommandations du Grand Dialogue

National organisé en 2019, le législateur a fait des régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest des régions à statut spécial. Cette spécialité est construite autour de la spécificité linguistique et l'héritage historique de ces deux régions. A cet égard, le statut spécial se traduit, au plan de la décentralisation, par des spécificités dans l'organisation et le fonctionnement de ces deux Régions. Il se traduit également par le respect des particularités du système éducatif anglophone, et la prise en compte de spécificités du système judiciaire anglosaxon basé sur la Common Law⁹. Dans cette mouvance, des organes particuliers sont consacrés dans ces deux régions en l'occurrence la *house of divisional representatives*¹⁰, la *house of Chiefs*¹¹ et Le *public independent conciliator*¹².

En outre, contrairement à la commune, la région bénéficie d'une protection constitutionnelle conséquente. Déjà, en effet, le constituant camerounais, à l'instar de ses homologues français, confie au Sénat la mission de représentation des collectivités locales ou territoriales. De ce point de vue, la région a des intérêts qui

⁵ Art. 55(1) de la loi n°96/06.

⁶ *Ibid.* Art. 57(1).

⁷ *Ibid.*

⁸ Art. 57(3) de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996.

⁹ Art. 3(1) de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code général des collectivités territoriales décentralisée.

¹⁰ *Ibid.* art. 334.

¹¹ *Ibid.* art. 337.

¹² *Ibid.* art. 367.

doivent être protégés et garantis par la seconde chambre du Parlement. Seulement, à la lecture de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, il se dégage un régime spécial de protection dont bénéficie la région constituant celle-ci d'une part comme un contrepoids absolu au parlement et d'autre part comme un contrepoids relatif au Président de la République pour protéger les intérêts régionaux par la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité¹³.

Ceci étant, la création de la région comme collectivité territoriale décentralisée ne saurait être un fait banal dans l'ordre institutionnel camerounais¹⁴. En effet, pour le professeur Alain Didier Olinga, il n'y a pas l'ombre d'un doute : c'est l'institution de la région comme nouvelle collectivité territoriale qui est à l'origine de la modification de la forme de l'Etat. Il dit en substance que « *C'est du fait de l'institution de la région comme nouvelle collectivité territoriale que la forme de l'Etat a été modifiée* »¹⁵. C'est également l'avis du Doyen Magloire Ondo pour qui, « *au*

registre des mutations juridiques opérées dans le sens d'une plus grande libéralisation du système camerounais figure la décentralisation régionale »¹⁶. Selon cet éminent auteur, l'avènement de la région ou du régionalisme constitutionnel est une exigence des bailleurs de fond apparaissant comme « *une réponse aux revendications fédéralistes* »¹⁷. De ce point de vue, estime également le professeur Bernard-Raymond Guimdo, la régionalisation de l'Etat est « *une solution de compromis qui renvoie dos-à-dos les tenants du fédéralisme et ceux de l'Etat unitaire centralisé* »¹⁸. Ce faisant, l'entrée en service des régions vient parachever le processus de décentralisation en complétant sa charpente institutionnelle dont la commune est constitutive du fondement.

La commune est l'échelon de base, le premier niveau de décentralisation territoriale au Cameroun. Elle est par conséquent, la collectivité de proximité, puisqu'elle se préoccupe de ce qui touche directement et indirectement à la vie des populations. La commune est créée par

¹³ Art. 47(3) de la loi n°96/06.

¹⁴ A.D. OLINGA, *La Constitution de la République du Cameroun*, 2^e édition revue et corrigée, UCAC-PUCAC, Yaoundé, 2013, p. 215.

¹⁵ A.D. OLINGA, « La régionalisation camerounaise en chantier : acquis constitutionnels et perspectives législatives », *op.cit.*, p. 91.

¹⁶ M. ONDOA, « Le droit public des Etats africains sous ajustement structurel: le cas du Cameroun », in *Mondialisation, exclusion et développement*

africain: Stratégies des acteurs publics et privés, Mélanges Georges Walter NGANGO, Tome 2, Collection Economie D'Afrique, Afredit, 2006, p. 413.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ B-R. GUIMDO, « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun (Contribution à l'étude de l'émergence d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales décentralisées) », *R.G.D.*, n°1, Vol. 29, 1998, p. 81.

décret du Président de la République. Le décret de création en fixe la dénomination, le ressort territorial et le chef-lieu¹⁹. On dénombre aujourd'hui trois cent soixante (360) communes au Cameroun. De cette multiplicité de commune, si l'on ne peut parler de pulvérisation communale, l'on ne peut ne pas relever le caractère excessif du nombre de communes. Ainsi, si l'on assiste à un quadrillage systématique du territoire national par les communes, soulignons que la décentralisation territoriale ne se mesure pas au nombre de communes²⁰; surtout dans un contexte paupérisation des communes. La commune, collectivité décentralisée a un organe délibérant qui représente la communauté de ses habitants. Il s'agit du conseil municipal constitué de conseillers municipaux élus pour un mandat de cinq ans. Elle est également composée d'un exécutif municipal dont le maire est le chef au côté de ses adjoints.

En effet, il est établi que la décentralisation ne peut être sans des transferts de compétences opérées par l'Etat au profit des collectivités territoriales décentralisées que sont les communes et les régions, sauf à affirmer que celles-ci disposent par nature de certaines compétences²¹. En fait, c'est à ce niveau que se trouve tout l'enjeu de la répartition des compétences entre collectivités publiques. Car, comme le relève le Professeur Jean-François BRISSON, « *la question des compétences locales n'est pas seulement technique, elle engage aussi des ressorts politiques de la décentralisation; d'elle dépend en partie la lisibilité de notre organisation territoriale et la qualité des relations avec nos partenaires qu'il s'agisse des besoins de la coopération décentralisée ou de la mise en œuvre des politiques communautaires*²² ». La répartition des compétences entre collectivités publiques constitue ainsi l'un

¹⁹Ce qui donne le flanc à une instrumentalisation politique de l'institution. Car, suivant le principe du parallélisme des formes, procédures et compétences, ces derniers peuvent aussi disparaître qu'il soit besoin de motivation.

²⁰ La France, pour ce qui la concerne, est le pays d'Europe qui compte le plus de communes (36000 communes dont 23000 ont moins de 5000 habitants). Mais, paradoxalement, c'est le pays le plus centralisé d'Europe. Le Cameroun s'inscrit donc là sur la voie de la mère patrie la France. Cf. BAGUENARD (J.), *La décentralisation*, Coll. « Que sais-je ? », n° 1879, Paris, PUF, 2004., pp. 84-94. Lire aussi G. GILBERT et A. GUENGANT, « *L'émiettement communal* », in *Pouvoirs*, n° 60, 1992, pp. 85-98; Y. MENY, « *La*

République des fiefs », *Pouvoirs*, n° 60, 1992, pp. 17-24.

²¹ J.-M. PONTIER (), « *Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales* », *RFDA*, Jan-Fév. 2003, p. 36, cité par B. EDOUA BILONGO, *La répartition des compétences entre les régions et les communes*, Mémoire de DEA de droit public, FSJP/UYII-Soa, Année académique 2006-2007, p. 2.

²² BRISSON (J. -F.), « *Les nouvelles clefs constitutionnelles de la répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales* », *AJDA* 2003, p. 529.

des principaux points d'achoppement de la réforme de la décentralisation ; car le transfert de compétences est consubstantiel à la décentralisation territoriale. C'est dans cette logique qu'à l'instar du rapprochement qu'Alexis De TOCQUEVILLE faisait de l'importance de la démocratie pour la société qu'il comparait à l'utilité des écoles primaires pour la science, le transfert de compétences est à la décentralisation ce que les écoles primaires sont à la science²³. Cet état d'esprit a été suivi par le législateur camerounais qui affirme que la décentralisation territoriale consiste en un transfert par l'Etat²⁴ aux collectivités territoriales décentralisées des compétences particulières. Le curseur est ainsi mis sur le problème de la répartition de compétences et de charges non pas entre l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées mais entre ces dernières en l'occurrence les communes et les régions.

Suivant les textes, l'on peut dire qu'entre la solution institutionnelle qui aurait consisté à raisonner en fonction de chaque structure et regrouper pour chaque collectivité territoriale décentralisée des

compétences transférées et la solution thématique qui opère des transferts secteur par secteur, la réforme choisit la seconde méthode, plus pragmatique mais moins synthétique. Cette méthode conduit, toutefois à la définition des rôles différents pour chaque collectivité territoriale décentralisée et induit clairement une spécialisation fonctionnelle au bénéfice de chacune d'entre elles. Cette orientation devrait normalement permettre de distinguer les « *blocs de compétences* » des « *enchevêtrements de compétences* »²⁵. Dans cette mouvance, il paraît judicieux de s'interroger sur le point de savoir quels sont les modalités de répartition des compétences transférées entre la commune et la région ? cette interrogation ne manque pas d'intérêt.

Dans un contexte marqué par l'imminence de la coexistence institutionnelle entre la commune et la région dès 2021, il est judicieux de rendre intelligible la ligne de démarcation de compétences entre ces deux types de collectivités territoriales. Ceci participe du raffermissement du principe de l'inexistence de la tutelle entre la commune

²³ B. EDOUA BILONGO, *La répartition des compétences entre les régions et les communes*, op.cit, p.50.

²⁴ P. MOUDOUDOU, J. P. MARKUS, *Droit des institutions administratives congolaises*, L'Harmattan : 2005, p. 178.

²⁵ J.-R. KEUDJEU DE KEUDJEU, *Recherche sur l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Douala, 2011, p. 297.

et la région. En effet, il n'existe pas, de hiérarchie entre collectivités territoriales. Il est donc exclu que l'une d'elles soit sous la tutelle d'une autre. C'est ce qu'affirma le législateur français dès le début de la décentralisation, dans deux dispositions qui figurent désormais aux articles L1111-3 et L1111-4 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) : « *La répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles* ». De ce fait, il n'est pas relevant d'appréhender la région comme une collectivité « chef de file » pour l'exercice d'une compétence dans ses rapports avec la commune. Puisque chacun dispose d'un domaine précis.

En France la notion de chef de file renvoie, bien que l'expression n'y figure pas, au cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Après avoir posé le principe de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, cet article ajoute : « Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi

peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune. » Cette notion de collectivité chef de file avait été envisagée en 1995 par le législateur (qui avait même utilisé l'expression) : dans l'attente d'une loi appelée à donner un cadre au régime du « chef de flat », il avait autorisé les collectivités territoriales à désigner, par convention, l'une d'entre elles comme chef de file²⁶. Ce point avait cependant été censuré par le Conseil constitutionnel au motif que le législateur « ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférentes à cette fonction »²⁷. Ceci étant dit, en droit camerounais, en adoptant la méthode juridique, la répartition des compétences entre la commune et la région se fait selon l'échelon local considéré. Il s'agit notamment de la spécialisation des compétences transférées par échelon local (I) et la différenciation des intérêts locaux dans le transfert de compétence (II).

²⁶ M. THOUMÉLOU, *Les collectivités territoriales. Quel avenir ?*, 2^e éd., La documentation Française, 2016, p. 138.

²⁷ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995.

I- La spécialisation des compétences transférées par échelon local

Une logique de spécialisation, consistant à énumérer les attributions des différents niveaux de collectivités²⁸ se laisse entrevoir dans la définition des modalités de répartition des compétences entre la commune et la région. C'est tout le sens des dispositions législatives selon lesquels « Le transfert et la répartition des compétences entre les Collectivités Territoriales s'effectuent en distinguant celles qui sont dévolues aux Régions et celles dévolues aux Communes »²⁹. A cet égard, il faut clairement distinguer les affaires communales (A) des affaires régionales (B).

A- La définition des affaires communales

La logique dite des « blocs de compétences » consiste à énumérer les matières confiées à chaque niveau de collectivités territoriales. De ce fait, elle laisse transparaître la définition des affaires propres aux communes. Dans cette mouvance, il convient d'entrevoir la

spécificité des compétences communales en matière économique et urbanistique d'une part (1) et d'autre part en matière de développement socio-culturel et sportif (2).

1- La spécificité des compétences communales en matière économique et urbanistique

La définition du territoire comme espace problématique, constitué autour d'enjeux collectifs, ouvre la réflexion sur le choix des limites territoriales opéré par les décideurs ainsi que sur son statut de référentiel pour l'action publique locale en amont, et à l'inverse sur son statut de support et de réceptacle pour l'action en aval³⁰. Dans ce sens, en faisant le choix des blocs de compétences, le législateur camerounais a territorialisé certaines matières à consonance économique et urbanistique au profit des communes. A cet égard, il s'agit des actions entreprises par les autorités communales pour agir sur leur environnement social et politique. Elles se distinguent donc formellement des politiques de l'Etat et des régions comme collectivités locales pour se limiter aux

²⁸ M. THOUMÉLOU, *Les collectivités territoriales quel avenir ?*, op.cit., p. 138.

²⁹ Art. 19 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

³⁰ J.-P GAUDIN., « Politiques urbaines et négociations territoriales : quelle légitimité pour

les réseaux de politiques publiques ? », *Revue Française de Science Politique*, n°45, 1995, pp.31-56.

initiatives des gouvernements communaux. L'action économique et urbanistique des communes méritent d'être identifiées pour illustrer leur spécificité.

L'action économique territoriale a pour vocation de prendre part aux tentatives de régulation publique de l'économie³¹. Les notions d'interventionnisme économique³² et de régulation renvoient ainsi aux actions de la sphère publique dont l'objet est « *d'influer sur le comportement des agents économiques privés et publics de manière à lutter contre les dysfonctionnements du système économique capitaliste. Elles illustrent la propension des collectivités publiques à intégrer le concert de l'économie. (...) L'interventionnisme économique (...) a pour objet de faciliter directement les conditions du développement de l'économie* »³³. Ce faisant, des compétences reconnues aux communes par le législateur, l'interventionnisme économique local est la

plus riche en potentialités³⁴. Dans ce cadre les communes disposent de compétences spécifiques.

Il en est ainsi de la construction, l'équipement, la gestion et l'entretien des marchés, les gares routières et abattoirs. Il faut dire que ces infrastructures concentrent l'essentiel des activités économiques dans les communes. De ce fait, le transfert de cette compétence aux autorités communales donne à l'axe du développement local tout son sens premier. En outre, l'organisation d'expositions commerciales locales entre dans le bloc compétence des communes. Il s'agit par exemple pour la commune d'organiser les salons ouverts au public. Ils se caractérisent par un ensemble de personnes physiques ou morales relevant d'une branche professionnelle ou d'un ensemble de branches professionnelles qui exposent d'une façon collective et temporaire des biens ou offres des services relevant d'une

³¹ J.-F. JOYE, *L'action économique territoriale. Outils juridiques et logiques d'acteurs*, L'harmattan, Collection Logiques juridiques, p. 10

³² J.-Cl DOUENCE, « L'action économique locale », AJDA 1992, Chroniques, pp. 68-77 ; RICCI (J.-Cl.), « Le cadre et les instruments des interventions économiques et sociales des collectivités locales », in UNIVERSITE DE DROIT D'ECONOMIE ET DES SCIENCES SOCIALES D'AIX-MAREILLE, (dir.), *Les collectivités locales, dix ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges*, Marseille, PUAM, 1994, pp. 125-130 ; P. RICHARD, « le poids

économique des communes », in Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 95, 2000, pp. 43-45 ; F. ROBBES, « Interventionnisme économique et libre administration des collectivités territoriales », in CAUDAL (S.) et J.-F SESTIER, (dir.), *Les collectivités locales et l'entreprise*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 17-38.

³³ J.-F. JOYE, *L'action économique territoriale. Outils juridiques et logiques d'acteurs*, op.cit., p. 17.

³⁴ J.-C. NEMERY, « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les Annales de la recherche urbaine*, n°28, 1985, pp. 139-146.

liste limitative de produits ou services déterminés par l'organisateur, qui peuvent faire l'objet d'une vente directe avec enlèvement de la marchandise ou exécution du contrat de services. L'organisation d'expositions commerciales locale intègre également Les salons professionnels. Ils sont consacrés à la promotion d'un ensemble d'activités professionnelles réservées à des visiteurs justifiant d'un titre d'accès payant ou gratuit. Ils ne proposent à la vente sur place que des marchandises destinées à l'usage personnel de l'acquéreur. Dans le cadre de cette compétence, les communes peuvent aussi organiser des foires caractérisées par un ensemble de personnes physiques ou morales qui exposent d'une façon collective et temporaire des biens ou offrent des services qui peuvent faire l'objet d'une vente directe avec enlèvement de la marchandise ou exécution du contrat de services. Pour finir, les communes bénéficient de l'exclusivité dans l'exploitation des substances minérales non concessibles. L'exploitation d'une mine, qui représente la troisième étape du cycle de mise en valeur des minéraux, consiste à extraire des minéraux ayant une valeur économique, au profit des

actionnaires, des divers intervenants et de la société en général. Une mine est en exploitation lorsqu'on y retire du sol de la roche et de la terre afin d'en extraire un produit vendable à la sortie de l'usine de traitement³⁵.

D'un autre côté, il est également loisible d'entrevoir des compétences communales particulières sur le plan urbanistique. Sous cet angle, ces compétences spécifiques concernent l'environnement, l'aménagement du territoire.

Ainsi matière d'action environnementale, la commune jouit de la compétence exclusive dans le cadre de l'alimentation en eau potable. Il s'agit d'une problématique majeure qui reste l'un des parents pauvres des politiques publiques locales. Tant les populations notamment dans les zones reculées n'ont pas accès à l'eau potable. La commune étant la collectivité locale plus proche des aspirations des populations desquelles elle tient sa légitimité, elle est interpellée au premier chef pour favoriser l'alimentation en eau potable. En outre, elle assure le suivi et le contrôle de gestion des déchets industriels et la protection des ressources en eaux souterraines et superficielles³⁶.

³⁵ Art. 156 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

³⁶ *Ibid.* Art. 157.

Les compétences communales sont encore plus étendues en matière d'aménagement foncier. En effet, l'aménagement foncier est appréhendé en droit de l'urbanisme, de l'aménagement du territoire par des opérations. La maîtrise des opérations d'aménagement foncier implique la maîtrise de cette matière. Le législateur en matière d'urbanisme a, pour délier les interprétations diverses et contradictoires, fixé l'objet desdites opérations. L'on peut retenir que « Les opérations d'aménagement foncier ont pour objet d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil de l'habitat ou des activités, de réaliser des équipements collectifs, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels (...) »³⁷. L'on retient que les opérations d'aménagement foncier ciblent l'habitat dans son régime tel que vu sous l'angle urbain, les activités, les équipements collectifs, le patrimoine bâti et non bâti ainsi que les espaces naturels. Il est plus subtilement question de cerner l'habitat dans son maintien, son extension et son accueil ainsi que les activités. La

logique est différente quand il faille cerner les équipements collectifs dont le législateur oriente les mesures à prendre dans le sens de la réalisation.

Ce faisant, le législateur considère comme affaires communales en matière d'aménagement foncier : la création et l'aménagement d'espaces publics urbains ; l'élaboration et l'exécution des plans d'investissements communaux ; la passation, en association avec l'Etat ou la Région, de contrats-plans pour la réalisation d'objectifs de développement ; l'élaboration des plans d'occupation des sols, des documents d'urbanisme, d'aménagement concerté, de rénovation urbaine et de remembrement ; l'organisation et la gestion des transports publics urbains ; les opérations d'aménagement ; la délivrance des certificats d'urbanisme, des autorisations de lotir, des permis d'implanter, des permis de construire et de démolir ; la création et l'entretien de voiries municipales, ainsi que la réalisation de travaux connexes ; l'aménagement et la viabilisation des espaces habitables ; l'éclairage des voies publiques ; l'adressage et la dénomination des rues, places et édifices publics ; la création et l'entretien de

³⁷ Article 51 de la loi du 21 avril 2004 régissant l'urbanisme au Cameroun.

routes rurales non classées et des bacs de franchissement la création de zones d'activités industrielles ; la contribution à l'électrification des zones nécessiteuses ; l'autorisation d'occupation temporaire et de travaux divers sur la voie publique³⁸. Le prolongement des affaires communales se perçoit également en matière de développement social et sportif.

2- La spécificité des compétences communales en matière de développement social et sportif

La commune dispose de compétences qui lui sont propres sans possibilité de d'interférence des régions dans les domaines social et sportif. L'analyse de celles-ci rend compte aussi bien de leur densité que de leur diversité intéressant de ce fait toutes les aspirations des populations communales.

Pour ce qui est du domaine social, la spécificité des compétences de la commune couvre l'action de la participation à l'entretien et à la gestion, en tant que de besoin, de centres de promotion et de réinsertion sociales ; de la création, l'entretien et la gestion des

cimetières publics et de l'organisation et la gestion de secours au profit des nécessiteux. Dans le domaine social, les secteurs de la santé et de l'éducation ne sont pas en reste.

« C'est une précieuse chose la santé, et la seule qui mérite à la vérité qu'on y emploie, non le temps seulement, la sueur, les peines, les biens, mais encore la vie à sa poursuite ». Cette pensée de MONTAIGNE témoigne à suffisance de l'importance de la santé pour l'homme d'où son érection en droit. Son rangement dans les objectifs de développement durable semble donc justifié. A cet égard, au-delà de l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées doivent également s'activer pour la garantie du droit d'accès à la santé pour leurs populations locales. De ce fait, dans le secteur de la santé, le code général des CTD prévoit exclusivement pour les communes la création, l'équipement, la gestion et l'entretien des centres de santé à intérêt communal³⁹. Ainsi, conformément à la carte sanitaire, la création et l'aménagement des centres de santé qui constituent le dernier échelon des formations sanitaires est réservée à la commune. Dans le cadre de cette compétence, la commune assure le recrutement et la gestion du personnel infirmier et paramédical des centres de santé intégrés et des centres médicaux

³⁸ Art. 158 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

³⁹ Art. 160 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

d'arrondissement ; l'assistance aux formations sanitaires et établissements sociaux ; le contrôle sanitaire dans les établissements de fabrication, de conditionnement, de stockage, ou de distribution de produits alimentaires, ainsi que des installations de traitement des déchets solides et liquides produits par des particuliers ou des entreprises.⁴⁰ Des dispositions similaires sont également à relever dans la législation béninoise⁴¹.

Il est également plausible d'identifier la particularité des compétences des communes en matière d'éducation. En effet, le droit à l'éducation est un droit fondamental de l'homme. Il occupe une place centrale parmi les droits de l'homme et est indispensable à l'exercice de tous les autres droits fondamentaux et au développement. Principal outil qui permet à des adultes et à des enfants économiquement et socialement marginalisés de sortir de la pauvreté et de se procurer le moyen de participer pleinement à la vie de la communauté, il concourt à l'autonomie de l'individu. Il est rangé dans la deuxième génération des droits de l'homme parce qu'il fait partie des droits

économiques sociaux et culturels. A cet égard, le droit à l'éducation est un droit-créance dont le débiteur est pour l'essentiel, l'Etat et dans le cadre de la décentralisation, les collectivités territoriales décentralisées⁴². Dans cette veine, le législateur a conféré des compétences particulières aux communes. Il prévoit dans ce sens à leur profit la création, conformément à la carte scolaire, la gestion, l'équipement, l'entretien et la maintenance des écoles maternelles et primaires et des établissements préscolaires. Et dans le cadre de cette compétence, la commune assure le recrutement et la prise en charge du personnel enseignant et d'appoint des dites écoles ; l'acquisition du matériel et des fournitures scolaires⁴³.

Le domaine du sport n'est pas en reste dans la définition des affaires communales. En général, la commune camerounaise réalise ses missions de service public en matière de sport et loisir dans l'organisation des tournois de vacances qui pour la plupart ne sont axés que sur la discipline reine qui est le football. Elles se contentent aussi, et ceci dans des rares cas et en tant que membres des conseils

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Art. 46 de la loi n° 2021 - 14 du 20 Décembre 2021 portant code de l'administration territoriale en République du Bénin.

L'Assemblée nationale a délibéré et adopté, en séance du 21 octobre 2021

⁴² J. FIALARD, « Education, formation et recherche : quels rôles pour les collectivités territoriales ? », *Annuaire des collectivités locales*, n°34, 2014, pp. 49-61.

⁴³ Art. 161 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

d'établissement de certains lycées et écoles d'enseignement public, de la fourniture d'équipements sportifs. Par contre, ce rôle est varié. Dans un souci de faire participer toutes les couches sociales au développement de la chose sportive, il est nécessaire pour les communes de procéder à des actions visant à développer le sport dans toute sa diversité. Des multiples disciplines sportives pouvant être pratiquées dans la collectivité (telles que les sports collectifs, les sports de combat, les sports automobiles, les sports nautiques et les sports de l'air), en passant par les multiples emplois pouvant être créés à travers le sport, jusqu'à l'organisation des grandes manifestations sportives qui pourraient améliorer les recettes municipales, la commune possède de grands domaines d'intervention en matière de développement du sport. Le législateur énonce limitativement les compétences particulières des communes dans le domaine sportif par la création et la gestion des stades municipaux, centres et parcours sportifs, piscines, aires de jeux et arènes⁴⁴.

Il en ressort que la commune est directement responsable de son développement c'est à dire de son enrichissement économique, social et culturel

s'agissant de la gestion du sport, objet de la présente étude, la collectivité locale devra dès lors fixer les objectifs qu'elle veut atteindre, les moyens d'exécution. Ce programme devra être le fruit d'un dialogue entre tous les acteurs locaux, publics ou privés de la commune et s'articulera à un programme de développement national. La gestion du sport dans les collectivités décentralisées nécessite un développement local

C'est dans le cadre de cette énumération que la commune peut entreprendre la construction de la gestion et de la mise à disposition des équipements sportifs aux clubs et associations sportives. Il s'agit aussi de mettre à la disposition de ces clubs et associations des locaux administratifs. Par contre au Mali⁴⁵, la région dans le cadre de cette matière jouit d'une compétence de droit commun dans le cadre des affaires régionales qui est une démarche solidaire basée sur la complémentarité et les synergies entre les zones géographiques d'un même Etat. C'est autour d'un programme de développement conçu en réponse aux préoccupations des citoyens que la commune pourra mobiliser de nouvelles ressources et devenir le cadre de nouvelles initiatives locales. Dans cette

⁴⁴ *Ibid.* art. 162.

⁴⁵ Art. 22 de la loi n°2017-051 du 02 octobre 2017 portant code des collectivités territoriales décentralisées.

optique, la commune devient dans le cadre de la gestion du sport dans les collectivités locales un espace d'initiatives et non pas seulement un espace administratif. La responsabilité de développement a pour corollaire une responsabilité d'initiatives à laquelle les régions se soumettent également dans la gestion de leurs affaires propres distinctes de celles de communes.

B- L'identification des affaires régionales

A l'échelon régional de la décentralisation, correspond des affaires de la région, distinctes de celles de la commune précédemment analysées. En d'autres termes, conformément aux dispositions du code général des collectivités territoriales décentralisées, la région bénéficie de compétences particulières identifiable tant en matière économique (1) qu'en matière socio-culturelle et sportif (2).

1- La particularité des compétences régionales dans l'action économique

La réforme constitutionnelle de 1996 a fait de la région un cadre territorial

de réflexion et d'action économique pertinent. Cette mutation institutionnelle pose sous un jour nouveau les questions de développement économique et de la gestion politico-administrative sur le plan régional⁴⁶. Ainsi avec la régionalisation, la région devient une variable centrale dans le renouvellement de la problématique de développement. A cet égard, le législateur camerounais a attribué aux organes régionaux, d'importantes matières dans l'action économique.

Dans ce sens, la région a en charge : la promotion des petites et moyennes entreprises ; l'organisation des foires et salons ; la promotion de l'artisanat ; la promotion des activités agricoles, pastorales et piscicoles ; l'encouragement à la création des regroupements régionaux pour les opérateurs économiques ; l'appui aux microprojets générateurs de revenus et d'emploi ; la promotion du tourisme⁴⁷. L'analyse de ces différentes matières révèle la place prépondérante de la région dans la garantie du développement local dans le cadre de la décentralisation.

De même en France, dans le cadre d'un nouvel acte de décentralisation adopté par la nouvelle majorité politique issue des

⁴⁶ N. KAÏD TLILANE , « Le service public local au service du développement durable », Marché et Organisations, n°8, 2009, p. 79.

⁴⁷ Art. 267 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

élections de 2012, un projet de loi de « mobilisation des régions pour la croissance et l'emploi et de promotion de l'égalité des territoires »⁴⁸ prévoit que la Région sera confortée dans son rôle de chef de file en matière de développement économique : la Région adoptera un schéma régional de développement économique et d'innovation qui définira les orientations stratégiques en matière d'aide aux entreprises et les modalités d'organisation de la gestion de ces aides avec les autres collectivités et l'État, mettra en cohérence les actions publiques en matière d'aide aux PME et aux entreprises de taille intermédiaire, définira la stratégie régionale d'innovation et comportera un plan de soutien à l'internationalisation.

En effet confier la promotion des PME à la région au niveau local participe de la volonté de construire un tissu industriel local fort. Les PME font face à de nombreux problèmes dont celui du financement et du niveau technologique, de moyens financiers limités, de la main d'œuvre peu qualifiée entre autres⁴⁹. Les domaines dans lesquels ces entreprises officient ne sont pas toujours en adéquation avec l'activité de

l'investisseur étranger car les problèmes susmentionnés ne leur permettent pas de couvrir tous les domaines de la vie économique. Cela étant, les pouvoirs publics régionaux doivent dans le cadre de leur compétence définir une stratégie de création, de développement et de promotion des PME faisant d'elles l'un des piliers du développement du Cameroun⁵⁰. Les cinq axes prioritaires de cette stratégie définie par le Gouvernement doivent intégrer la stratégie régionale de promotion des PME. Il s'agit de la promotion d'un environnement favorable à la création et à l'expansion des PME ; le renforcement des facteurs déterminants de la compétitivité des PME et d'appui aux filières à forte valeur ajoutée ; la mise en œuvre de mesures d'appui et de soutien aux PME ; la promotion et le développement de l'accès des PME aux marchés ; la stimulation des échanges interentreprises. Chacune de ces missions converge vers des solutions appropriées pour faire du secteur des PME, le moteur de la croissance à travers la mise en place des stratégies de relance d'une croissance durable et soutenue, induite par l'attrait des investissements privés, l'amélioration du climat des affaires et

⁴⁸ G. DORE, « les capacités des régions françaises en matière de développement économique et d'innovation », *Innovations*, 2014/2 n° 44 | pages 127 à 150

⁴⁹ L. KOMBOU, « L'impact de la mondialisation des marchés sur le positionnement stratégique des

entreprises camerounaises », in *La Mondialisation et l'économie camerounaise*, FRIEDRICH EBRT STIFTUNG, 1998., p. 239

⁵⁰ *Ibid.*, p. 240

l'accroissement de la productivité des entreprises locales en qualité et en quantité.

« Dans aucun pays en développement, la création d'un tissu industriel n'a résulté du je spontané des forces de marché. Dans tous les cas, l'Etat a soit aidé massivement le secteur privé, soit créé lui-même un dispositif productif »⁵¹. A cet égard, les pouvoirs publics régionaux doivent consentir à la promotion de l'entrepreneuriat local. En d'autres termes, il est question d'encourager les produits locaux faits par les entreprises de nationalité camerounaise. D'un autre point de vue, il s'agit également d'inciter les investisseurs étrangers à la conclusion des partenariats avec les entreprises locales. La déferlante des investissements directs étrangers par une politique d'attractivité du territoire au moyen de la fiscalité dérogatoire⁵² pourrait faire craindre à juste raison les entreprises locales en proie aux difficultés technologiques et financières. Mais il n'en est rien. La promotion des PME par les pouvoirs publics régionaux peut aussi consister nature à imposer des partenariats aux investisseurs étrangers avec les entreprises locales. C'est tout le

sens qui se dégage des dispositions législatives selon lesquelles « En raison de l'importance du projet dûment évalué, l'Etat peut exceptionnellement étendre le bénéfice de quelques exonérations fiscales et douanières aux actionnaires, aux promoteurs et aux contractants locaux de l'investisseur par voie contractuelle »⁵³. Les facilités fiscales exceptionnelles accordées aux contractants locaux de l'investisseur lui profitent indéniablement. Les entreprises locales étant donc des creusets de fiscalités préférentielles, les investisseurs étrangers se sentiront relativement obligés de les associer à leurs activités. Le partenariat dont le législateur fait allusion peut prendre la forme soit des joint-ventures, soit celle de la sous-traitance ou encore, celle d'un contrat de partage de production dans le secteur pétrolier.

L'action économique de la région s'oriente également dans le sens de la promotion de l'emploi. En effet, l'investissement est une condition de l'emploi. L'amélioration de la compétitivité des entreprises, fruits de leurs investissements, leur permet de gagner des parts de marchés et par conséquent

⁵¹ M-L. BIKOMEN, « L'industrie camerounaise entre l'interventionnisme public et la libération globale des économies », *op.cit.*, p. 277

⁵² F. HATEM, *Investissement international et politique d'attractivité*, Economica., 2004, p. 7 et s.

⁵³ Art. 11 de la loi n°2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun

d'augmenter leurs capacités de production⁵⁴. C'est cette augmentation de la production qui génère l'emploi. Ce dernier doit être un défi majeur des pouvoirs publics dans leur politique.

En outre, la promotion des activités agricoles, pastorales et piscicoles implique pour la région, la valorisation des ressources agropastorales et sylvicoles. Ainsi, parmi les ressources naturelles liées à l'agriculture à promouvoir, on a des produits de rente et les produits vivriers. Les produits de rente sont destinés à l'exportation. Ce faisant, la production de l'Agriculture industrielle et d'exportation s'est accrue de plus de 3% ces dernières années. Cette production concerne le Cacao, le café, le coton, la banane, l'huile de palme et le caoutchouc naturel. En ce qui concerne les produits vivriers, ils sont essentiellement familiales, et regorgent de réserves de productivité importantes et regroupent :les céréales telles que le maïs, le mil et le sorgho, le riz paddy, le blé tendre et dur ;les racines, les tubercules et bananes, notamment le manioc, la banane douce non industrielle, la banane plantain, le macabo, le taro, la pomme de terre, l'igname, etc. ; les légumineuses telles que l'arachide, le soja, le haricot sec et le haricot vert; les

fruits et légumes, notamment les agrumes, les ananas, les fruits tropicaux, les épices et les condiments, les légumes feuilles et les champignons ; les plantes et les fleurs d'ornement⁵⁵.

Pour ce qui est des ressources pastorales, elles relèvent du secteur rural. Celui-ci est au cœur de la vision de développement. Dans cette vision, le Cameroun accorde une place importante au secteur rural. L'opérationnalisation du Document de stratégie nationale), qui en constitue la principale déclinaison, s'effectue à travers des stratégies sectorielles : la stratégie de développement du sous-secteur élevage, pêches et industries animales envisage, dans le processus de relance économique, de promouvoir l'élevage à cycle court; moderniser l'élevage traditionnel dans une perspective de préservation des ressources zoo génétiques ; faciliter et encourager la création des exploitations de moyennes et grandes importances pour l'élevage bovin susceptible de rapporter des devises à l'exploitation ; mettre en place des programmes d'installation de nouveaux acteurs dans les principaux bassins de production et les zones périurbaines des grandes agglomérations ; appuyer le

⁵⁴ E. BAREL, C. BEAUX, E. KESLER, O. SICHEL, *Economie politique contemporaine*, 3^e éd., ARMAND COLIN, Paris, 2007, p. 99.

⁵⁵ TOUNA MAMA, *L'économie camerounais. Pour un nouveau départ*, Afrédit, 2008, p. 55 et s.

développement de la pêche maritime et continentale ; promouvoir l'aquaculture commerciale.

Le secteur du tourisme n'est pas en reste dans la réalisation de l'objectif de promotion des activités économiques par la région surtout au regard des potentialités touristiques du Cameroun. La grande diversité culturelle mais aussi la grande variété de ses paysages qui vont de la forêt équatoriale aux savanes du Sahel en passant par les hauts plateaux du centre et de l'ouest conforte ces atouts. Et cette industrie du tourisme ne va pas sans infrastructures hôtelières. En filigrane, l'étendue des matières constituant l'action économique de la région révèle la particularité de celles-ci par rapport à l'interventionnisme économique de la commune. L'action socio-culturelle et sportive n'est pas en reste dans la grille de singularité des compétences régionales.

2- La singularité des compétences régionales dans l'action socio-culturelle et sportive

Le sentiment premier qui ressort de l'analyse du bloc de compétence de la région est la singularité de ses matières dans

le cadre de l'action socio-culturelle et sportive. La région en est le centre d'impulsion dans le cadre de la décentralisation doublant ainsi la commune dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la culture et du sport. Dans ces domaines, le législateur camerounais est plus expressif dans la détermination des matières relevant de la compétence de la Région par rapport notamment à son homologue togolais qui est très laconique⁵⁶.

Concernant l'action sanitaire, contrairement à la commune qui a la compétence de création des formations sanitaires de cinquième et de sixième catégorie, la région a la prérogative exclusive de créer les établissements hospitaliers de deuxième catégorie. Il s'agit en l'occurrence des hôpitaux régionaux⁵⁷. Ainsi dans le cadre de cette compétence, la Région assure le recrutement et la gestion du personnel infirmier et paramédical. Elle participe également à l'élaboration de la tranche régionale de la carte sanitaire. La singularité de l'action sanitaire de la région se laisse aussi entrevoir avec la participation à l'organisation et à la gestion de l'approvisionnement en médicaments, réactifs et dispositifs essentiels en

⁵⁶ Art. 223 de la loi n° 2019-06 du 26 juin 2019 portant modification de la loi n°2007- 011 du 13 mars 2007 relative à la décentralisation et aux libertés locales modifiée par la loi n°2018-003 du 31 janvier 2018 au Togo.

⁵⁷ Art. 270 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

conformité avec la politique nationale de santé. Satisfaire à la demande de soins implique nécessairement la disponibilité des médicaments et consommables médicaux. En effet, pour éviter les lourdeurs du service de santé publique, une institution a été créée pour assurer l'approvisionnement en médicaments. Il s'agit de la Centrale nationale d'approvisionnement en médicaments et consommables médicaux essentiels⁵⁸(CENAME). Il s'agit d'un établissement public administratif de forme particulière doté d'une personnalité juridique et de l'autonomie financière⁵⁹. Elle est placée sous la tutelle technique du Ministre chargé de la Santé Publique sous la tutelle du Ministre en Charge des finances. La CENAME contribue à la mise en œuvre de la politique pharmaceutique nationale en matière d'approvisionnement en médicaments et dispositifs médicaux essentiels. A ce titre, elle est notamment chargée d'assurer la disponibilité, la permanence et l'accessibilité des médicaments et des dispositions médicaux essentiels sur toute l'étendue du territoire national ; de garantir la qualité des médicaments et des dispositifs médicaux

essentiels qu'elle distribue conformément aux normes de qualité prescrites par la réglementation en vigueur ; de fournir les centres d'approvisionnement pharmaceutiques provinciaux en médicaments et dispositifs médicaux essentiels au meilleur rapport qualité/prix ; de mener toutes les opérations complémentaires ou connexes pouvant se rattacher à son objet social. Pour exécuter ces missions, la CENAME comprend un conseil d'administration et une direction générale. C'est donc en coordination avec cet organe étatique que la région participe à l'approvisionnement en médicaments et en consommables médicaux.

En outre, la région a des affaires qui lui sont propres dans le domaine de l'éducation. De ce fait, il faut relever d'entrée de jeu la compétence pour la création, l'équipement, la gestion, l'entretien, la maintenance des lycées et collèges de la Région⁶⁰ contrairement à la commune qui ne peut créer, équiper et entretenir les écoles primaires et maternelles. Dans le registre de cette compétence, la région assure l'acquisition du matériel et des fournitures scolaires ; la répartition, l'allocation de bourses et d'aides

⁵⁸ Décret n°2005/252 du 30 juin 2005 portant création organisation et fonctionnement de la Centrale Nationale d'approvisionnement en médicaments et consommables médicaux essentiels.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 2.

⁶⁰ Art. 271(a) du code général des collectivités territoriales décentralisées.

scolaires ; la participation à la gestion et à l'administration des lycées et collèges de l'Etat, par le biais des structures de dialogue et de concertation. Bien plus en matière d'alphabétisation, la région dispose de compétences plus étendues que celles de la commune. A cet égard, relève des prérogatives de la région : l'élaboration et l'exécution des plans Régionaux d'élimination de l'analphabétisme la synthèse annuelle de l'exécution des plans de campagnes d'alphabétisation ; le recrutement du personnel chargé de l'alphabétisation ; la formation des formateurs ; la conception et la production du matériel didactique ; la réalisation de la carte de l'alphabétisation ; la mise en place d'infrastructures et d'équipements éducatifs et le suivi et l'évaluation des plans d'élimination de l'illettrisme⁶¹.

On pourrait en dire autant dans le domaine culturel. La région est dépositaire de prérogatives aussi particulière que dense. Dans cette mouvance, elle assure la promotion et le développement des activités culturelles ; la participation à la surveillance et au suivi de l'état de conservation des sites et monuments historiques, ainsi qu'à la découverte des vestiges préhistoriques ou historiques ; l'organisation de journées

culturelles, de manifestations culturelles traditionnelles et de concours littéraires et artistiques ; la création et la gestion d'orchestres, d'ensembles lyriques traditionnels, de corps de ballets et de troupes de théâtres d'intérêt régional ; la création et la gestion de centres socioculturels et des bibliothèques de lecture publique d'intérêt régional ; la collecte et la traduction des éléments de la tradition orale, notamment les contes, mythes et légendes, en vue d'en faciliter la publication ; l'assistance aux associations culturelles⁶².

Relativement à la promotion des langues, la région garantit la maîtrise fonctionnelle des langues nationales et la mise au point de la carte linguistique régionale ; la participation à la promotion de l'édition en langues nationales ; la promotion de la presse parlée et écrite en langues nationales ; la mise en place d'infrastructures et d'équipements⁶³ pour le développement des langues nationales.

En matière de sport, la région ne dispose que d'une affaire qui lui est propre. Il s'agit de la délivrance d'autorisations d'ouverture de centres éducatifs, dûment visées par le représentant de l'Etat. De

⁶¹ *Ibid.* art. 271(b).

⁶² Art. 273(a) du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁶³ *Ibid.* art. 273 (b).

même en droit français, la région ne dispose que d'une compétence exclusive en matière de subvention des activités sportives⁶⁴. Celles-ci constituent une contribution financière de la personne publique, accordée à la demande du bénéficiaire et justifiée par des considérations relevant de l'intérêt général, sans que cette contribution constitue le prix d'une prestation de services ou d'une fourniture de biens directement apportée à la personne publique. C'est une aide financière sans contrepartie équivalente pour la personne publique versante⁶⁵.

A l'analyse des textes, certes l'on constate l'existence de domaines de compétences propres – traduisent l'existence de « *blocs de compétence* »⁶⁶ – mais aussi et surtout le primat des enchevêtrements de compétences⁶⁷. Or ces enchevêtrements démontrent les limites de la méthodologie visant à instituer des blocs de compétences. Ces derniers introduisent plutôt ce que le Professeur Jacques BAGUENARD a qualifié de « *complexité*

*supplémentaire*⁶⁸ ». Les enchevêtrements confus amoncelleront inéluctablement des interventions croisées au gré des situations locales. Pour y remédier le législateur camerounais a procédé à une sorte de différenciation des intérêts locaux dans le transfert de compétence.

II- La différenciation des intérêts locaux dans le transfert de compétence

La démarcation du bloc de compétence respectif de la commune et de la région passe par la distinction des intérêts locaux dans le transfert de compétence. En effet, bien que sa détermination notionnelle soit complexe⁶⁹, l'intérêt local apparaît néanmoins comme la finalité devant justifier la réalisation d'une compétence ou d'une affaire locale. Cela signifie que celui-ci s'apprécie en fonction des besoins de la population résidant dans le cadre territorial d'une Commune et d'une Région. Le Doyen AUCOC, en précurseur soulignait

⁶⁴ M. THOUMÉLOU, *Les collectivités territoriales quel avenir ?*, op.cit., p. 143.

⁶⁵ CORNU(G) *Vocabulaire juridique*, op.cit. p. 986

⁶⁶ B. EDOUA BILONGO, *La répartition des compétences entre la région et la commune au Cameroun*, op.cit, pp. 29-39.

⁶⁷ Ceci est matérialisé par les compétences partagées et l'exercice concurrent de ces compétences avec l'Etat B. EDOUA BILONGO, *La répartition des compétences entre la région et*

la commune au Cameroun, op.cit, pp. 41-65) et l'encadrement administratif de l'action locale par l'Etat (Voire *infra*).

⁶⁸ BAGUENARD (J.), *La décentralisation*, op.cit, p. 40.

⁶⁹ M. VERPEAUX C. RIMBAULT F. WASERMAN, *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, 9^e éd., La documentation française, 2016, p. 91.

déjà dans ses conférences, que si les départements et les communes ont des intérêts propres, il s'agit d'intérêts « *spéciaux* » qui sont personnifiés dans ces collectivités infra-étatiques⁷⁰ qu'on peut analyser d'une part en matière économique et urbanistique (A) et d'autre part en matière de développement socio-culturel et sportif (B).

A- La distinction des intérêts locaux dans le secteur économique et urbanistique

La commune et la région ont fait l'objet de transfert de compétences qu'elles partagent dans le secteur de l'économie et de l'urbanisme. Cependant, le législateur a procédé à une différenciation des intérêts communaux et régionaux dans l'énumération des matières économiques (1) et d'urbanisme durable (2).

1- La spécification des intérêts locaux dans l'action économique

L'interventionnisme économique local des politiques visent le développement économique local. Il a été consacré en spécifiant les intérêts respectifs de la commune et de la région. Cette

spécification des intérêts locaux se traduit notamment par l'émergence du niveau local comme une forme d'adaptation possible de l'organisation de la régulation économique territoriale aux nouveaux enjeux de fonctionnement flexible. La caractérisation d'un nouveau modèle de développement économique centré sur le rôle du territoire, comme facteur agissant et comme source d'avantages comparatifs pour les entreprises, est très importante pour comprendre le profond changement de référentiel d'ensemble qui accompagne l'avènement des politiques économiques territorialisées. Celles-ci sont en effet de plus en plus placées sous la domination de l'impératif de compétitivité et de l'exacerbation des logiques de concurrence entre les territoires.

Le premier ordre de spécification des intérêts communaux et régionaux au plan économique concerne l'élaboration des plans de développement. Parmi les documents de référence qui guide la logique que sous-tendent le développement d'une collectivité locale, le Plan Communal (Régional) de Développement constitue indéniablement l'outil de premier ordre. Cet instrument se décrit les priorités de développement en

⁷⁰ J. -P. PASTOREL, « *Collectivités territoriales et clause générale de compétence* », RDP, 28 juillet 2007, n° 1, pp. 54-55.

termes de définition des besoins, en se fondant sur les aspirations légitimes des populations. Dans ce sens, les objectifs d'un PCD peuvent se décliner comme suit : ressortir les problèmes et les aspirations des communautés, identifier les besoins des communautés ; valoriser le potentiel de la communauté ; mobiliser toute la communauté pour un développement durable ; rechercher les sources de financement ; vendre l'image de la commune à l'échelle internationale.

Le Plan de Développement Communal ou régional doit définir clairement de la cadre d'action du développement à travers les différents secteurs d'intervention jugés névralgiques pour la collectivité locale concernée. Chaque secteur d'intervention définit un problème fondamental qu'il importe de résoudre de manière rationnelle et cohérente. Il est ici exigé une stratégie du plan d'intervention qui décline les objectifs principaux et secondaires, les activités à mener. Il faut également prendre en compte les Indicateurs Objectivement Vérifiables (IOV), les Moyens De Vérifications (MDV), les facteurs internes et les facteurs externes. L'identification des secteurs d'intervention dépend de l'inventaire et des différentes

configurations des problèmes cruciaux rencontrés au niveau de la collectivité territoriale. C'est en fonction de l'identification des besoins signifiés dans chaque secteur qu'un travail de programmation de la dépense des ressources financières peut être tenu. Le montage d'un Plan de Développement Communal doit aboutir à un inventaire des charges, lesquelles justifient un nécessaire coût. C'est à ce niveau qu'intervient le besoin de programmation, qui se traduit par l'identification d'un Cadre de Dépense à Moyen Terme (CDMT).

En outre, le législateur camerounais en matière d'action économique de la région prévoit l'encouragement à la création de regroupements Régionaux pour les opérateurs économiques⁷¹. Relativement à la commune, l'action économique concerne la promotion des activités de production agricoles, pastorales, artisanales et piscicoles d'intérêt communal et la mise en valeur et la gestion des sites touristiques communaux⁷². Cette spécification d'intérêts communaux et régionaux marque la volonté législative de différencier les enjeux économiques d'une collectivité locale à une autre malgré la similitude des matières.

⁷¹ Art. 267 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁷² *Ibid.* art. 156.

La distinction d'intérêts locaux est entretenue par le législateur notamment dans le cadre des incitations fiscales avec le concept de zones sinistrées. En effet, une zone sinistrée est une zone affectée par un événement entraînant des pertes matérielles et humaines. Il peut s'agir d'un événement naturel en l'occurrence les catastrophes naturelles comme les inondations, les tremblements de terre, les éruptions volcaniques ou l'extrême sécheresse ; Il peut s'agir également d'une contingence sociale exprimée par la guerre civile dans une localité, le terrorisme créant toutes une insécurité permanente. Dans cette mouvance, les régions ou les communes affectées par ces catastrophes ne peuvent pas avoir les mêmes paramètres d'action économique. Certaines nécessiteront des actions plus soutenues que d'autres exigeant alors l'intervention de l'Etat.

L'exemple le plus marquant est sans doute la région de l'Extrême-Nord gangrenée par le terrorisme. En effet, depuis la fin d'année 2012 et début d'année 2013, le Cameroun est en proie aux attaques terroristes perpétrées par la secte BOKO HARAM. La résurgence des attaques terroristes a eu des conséquences économiques importantes dans cette partie

du pays. Les échanges commerciaux ont régressé. L'industrie du tourisme dont la région constitue un potentiel énorme s'est effondrée. Les populations ont abandonné leurs plantations. Celles-ci sont parfois brûlées par les terroristes. En bref, avec un tel climat d'insécurité, et craignant pour leur vie, les investisseurs se sont délocalisés, laissant la région sans structure pour une économie prospère. Dans une telle situation, c'est la misère et la pauvreté qui s'emparent des populations. En dehors de ce facteur sécuritaire défavorable pour l'investissement, le climat aride est un autre élément de dissuasion pour l'investissement. En dehors de l'Extrême-nord, la zone de Bakassi reste une zone sinistrée puisque depuis sa rétrocession au Cameroun par le Nigéria, elle manque d'importantes infrastructures de base pour entrevoir un développement économique certain. Son enclavement est une sérieuse pesanteur à tout investissement. Cet état de chose prouve à suffisance que l'investissement public est incontournable pour le développement de tout investissement privé⁷³. A l'image du sinistre de ces zones nécessitant une implantation structurelle des investisseurs, on peut subodorer que les investissements incités sont purement matériels. Seul ce

⁷³ VILLIEU (P), *Macroéconomie. L'investissement*, La découverte, Paris, 2007, p. 108.

type d'investissement est capable de relancer à court terme l'économie des zones sinistrées. Encore faudrait-il trouver le moyen d'attirer les investissements dans ces zones à risque.

Conscient de ce que les zones sinistrées peuvent être à la marge du développement économique global, les pouvoirs publics ont pris un certain nombre de mesures pour assurer le bien-être de toutes les populations des communes concernées. C'est dans cette optique que dans le cadre d'une loi de finances⁷⁴ les pouvoirs publics ont prévu des incitations fiscales particulières à l'investissement privé. C'est ainsi que les entreprises qui réalisent les investissements nouveaux dans une zone économiquement sinistrée sont exonérées des taxes ci-après à la phase d'installation : exonération de la contribution de la patente, exonération de la TVA sur l'acquisition des biens et services, exonération des droits d'enregistrement sur les mutations immobilières afférentes à la mise en place du projet ; exonération sur la taxe de la propriété foncière sur les immeubles affectés au projet. Ces exonérations à la phase d'installation dure trois ans. De même à la phase d'exploitation qui dure sept ans, Les investisseurs dans les

zones sinistrées bénéficient de l'exonération de la contribution des patentes, de l'impôt sur les sociétés et du minimum de perception, de la dispense des charges fiscale et patronale sur les salaires versés aux employés⁷⁵. Toutefois, les investisseurs intéressés doivent satisfaire à la double condition d'exploiter 80% des matières premières de la zone et de créer dix emplois directs⁷⁶.

Ceci étant dit, la consécration d'un régime fiscal incitatif dans les zones sinistrées prouve une fois de plus la volonté législative de différencier les intérêts économiques des collectivités locales. Ce traitement différencié est de nature à apporter des solutions économiques immédiates à la zone sinistrée permettant ainsi à la commune ou à la région concernée de soutenir la promotion de ses activités agro-pastorales et piscicole et la promotion de l'industrie touristique. D'un autre côté, l'urbanisme durable est également un secteur illustrant la différenciation d'intérêts locaux.

⁷⁴ Loi n°2016/018 du 14 décembre 2016 portant loi de finances de la République du Cameroun pour l'exercice 2017

⁷⁵ *Ibid.*, art. 121(1).

⁷⁶ *Ibid.*, art. 121(2).

2- *La spécification des intérêts locaux en matière d'urbanisme durable*

Les villes sont devenues les principaux moteurs de la prospérité économique et la qualité de la vie en milieu urbain⁷⁷. A cet égard, les collectivités territoriales décentralisées doivent assurer la durabilité de leur territoire et ce dans le cadre de la compétence transférée en matière d'urbanisme durable. L'exercice de cette compétence doit tenir compte des intérêts respectifs de la commune et de la région qu'il s'agisse de la protection de l'environnement ou de la planification et de l'aménagement des villes.

Ainsi, s'agissant de la gestion de l'environnement et des ressources naturelles, la spécification des intérêts des communes à agir concerne le nettoyage des rues, chemins et espaces publics communaux concerne les opérations de reboisement et la création de bois communaux l'élaboration de plans communaux d'action pour l'environnement l'élaboration et la mise en œuvre des plans communaux spécifiques de prévention des

risques et d'intervention d'urgence en cas de catastrophes, la création, l'entretien et la gestion des espaces verts, parcs et jardins d'intérêt communal⁷⁸. En ce qui concerne la spécification des intérêts régionaux en matière de gestion de l'environnement les régions au Cameroun sont compétentes en matière de gestion, de protection et d'entretien des zones protégées et des sites naturels relevant de la compétence des régions; de la mise en défense et autres mesures locales de protection de la nature ; de la gestion des eaux d'intérêt régional; de la création des bois , forêts et zones protégés d'intérêt régional suivant un plan dûment approuvé par le représentant de l'Etat; de la réalisation de pare feu dans le cadre de la lutte contre les feux de brousse; de la gestion des parcs naturels régionaux, suivant un plan soumis à l'approbation du représentant de l'Etat; de l'élaboration, de la mise en œuvre et le suivi des plans ou schémas régionaux d'action pour l'environnement. A l'analyse de ces dispositions, c'est la similarité qui se dégage dans l'énonciation des matières constituant l'action environnementale. Mais ces matières doivent être réalisées en considération des intérêts de la région ou de la commune. Cette distinction se laisse

⁷⁷ R. GIBBINS, « La gouvernance locale dans les systèmes politiques fédéraux », *Revue internationale des sciences sociales*, n°167, 2001/1, p. 177-185.

⁷⁸ Art. 157 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

transparente en matière de planification et d'aménagement des villes.

La planification et l'aménagement des villes met la commune au cœur de l'urbanisme local tel que démontré plus haut. Cependant la région y a intérêt à agir bien que ne disposant pas d'affaires propres. C'est dire que le droit de l'urbanisme poursuit simultanément trois buts majeurs⁷⁹. Il s'agit concrètement de réglementer et planifier l'utilisation des sols, de réaliser les opérations d'aménagement, et protéger les espaces et biens remarquables⁸⁰. C'est en considération de cet objectif qu'au Cameroun aujourd'hui, et peut être même plus qu'hier⁸¹, les collectivités territoriales sont devenues des acteurs majeurs dans la mise en œuvre de la politique d'urbanisation. Mais dans le cadre du transfert de compétences aux régions et aux communes le législateur a spécifié les intérêts locaux de chacune des collectivités locales. A cet égard, le législateur camerounais consacre l'élaboration et l'exécution des plans

Régionaux de développement ; l'élaboration conformément au plan national, du schéma Régional d'aménagement du territoire⁸².

En outre la région participe à l'élaboration des documents d'urbanisme des communes dans l'optique de garantir les intérêts régionaux plus globalisant que les intérêts communaux. Ainsi, que l'on soit sur le projet d'élaboration du plan directeur d'urbanisme⁸³, du plan d'occupation des sols⁸⁴, du plan de secteur⁸⁵ et du plan sommaire d'urbanisme⁸⁶, l'initiative ressortit de la compétence de principe du Maire de la commune concernée en collaboration avec la région. Cette initiative peut être l'œuvre d'un Maire ou d'un groupement de commune concerné comme c'est le cas exclusif en matière d'édition du plan directeur d'urbanisme. Il ressort donc que toute initiative d'élaboration d'un projet de plans d'urbanisme qui émanerait d'un citoyen serait un cas de violation de loi ouvrant droit à un recours pour excès de

⁷⁹ C. BETI ETOA, *Droit de l'urbanisme et droit du domaine public : Rencontre de deux ensembles normatifs distincts*, Thèse pour le Doctorat en Droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, pp. 42-48.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2001, pp. 36-38. ; J.-B. AUBY () et H. PERINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien,

Coll.

Domat, Paris, 6e éd., 2001, pp. 13-14. ; J.-Ph. GUIFFO, *Le droit de l'urbanisme et de la construction au Cameroun*, Editions de l'ESSOAH, 2007, p. 22.

⁸² art. 259 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁸³ Article 34 alinéa 1 de la loi du 21 avril 2004 régissant l'urbanisme au Cameroun.

⁸⁴ *Ibid.* art. 39 al. 1.

⁸⁵ *Ibid.* art. 13 al. 1

⁸⁶ *Ibid.* art. 46.

pouvoir devant la juridiction administrative territorialement compétente. L'on comprend donc que le droit camerounais en la matière n'autorise pas encore la participation populaire à la phase préalable à la prescription du projet de plan. L'on peut donc conclure que l'initiative des projets d'élaboration des documents de planification urbaine traduit une certaine décentralisation des organes d'élaboration de principe sur certains documents de planification urbaine.

Bien plus la région au côté de la commune participe à l'élaboration du plan d'occupation du sol⁸⁷. Il s'agit d'un document qui fixe l'affectation des sols et les règles qui la régissent pour le moyen terme (10 à 15 ans). Il définit le périmètre de chacune des zones d'affectation et édicte, pour chacune d'entre elles, les règles, les restrictions et servitudes particulières d'utilisation du sol. Sous réserve des conditions prévues à l'article 44 de la loi sur l'urbanisme au Cameroun, tous les centres urbains, toutes les communes urbaines et communes urbaines d'arrondissement doivent se doter d'un plan d'occupation des sols. Les dispositions du plan

d'occupation des sols doivent être compatibles avec les orientations du Plan Directeur d'Urbanisme.

Ce partage de compétence en matière d'édition des documents de planification urbaine n'est aucunement observable en droit de l'urbanisme ivoirien. Elle est plus centralisée et autoritaire tout en reléguant l'application de la décentralisation en la matière. En substance, l'on peut retenir qu'« elle demeure fortement dominée par le pouvoir central qui l'impulse et la régente (...) Il résulte des articles 1 et 2 de la loi ivoirienne que c'est par décret pris en conseil des ministres sur proposition du ministre de l'urbanisme que sont déterminés les périmètres des parties du territoire national tenues d'avoir un P.U.D. Pour les plans de détail, la prescription d'établissement se fait par arrêté ministériel »⁸⁸. L'on comprend donc qu'en droit ivoirien et contrairement en droit camerounais, c'est le ministre de l'urbanisme

⁸⁷ *Ibid.* art. 37.

⁸⁸ P.-C. KOBO, *Droit de l'urbanisme en Afrique Noire : Essai sur le droit de l'urbanisme en Côte*

d'Ivoire, Thèse de Doctorat d'Etat en droit public, Université de Nice, F.D.S.E., 1984, p.111.

qui l'acteur principal en matière d'édition des documents de planification urbaine.

La spécification des intérêts locaux est également observable en matière d'aménagement du territoire. Dans ce cadre, le législateur camerounais prévoit la réhabilitation et l'entretien des routes départementales et Régionales ; l'élaboration conformément au plan national, du schéma Régional d'aménagement du territoire ; la création et l'entretien de voiries municipales, ainsi que la réalisation de travaux connexes. La différenciation d'intérêts locaux est compréhensible à plus d'un titre en matière d'aménagement du territoire car il est question dans le cadre de l'exercice de cette compétence de tenir compte des spécificités géographiques de chaque territoire. Le développement socio-culturel et sportif obéit à cette logique de distinction des intérêts locaux.

B- La dissociation des intérêts locaux en matière de développement socio-culturel et sportif

La région et la commune ont des intérêts dissociés que le législateur a entrepris de distinguer en matière de développement social (1). Le domaine

culturel et sportif n'est pas en reste dans cette logique de dissociation des intérêts locaux (2).

1- La discrimination d'intérêts locaux dans l'action social

L'impression qui ressort de l'analyse du bloc de compétence de la région et de la commune est la discrimination de leurs intérêts respectifs dans le cadre de l'action social. A cet égard, qu'il s'agisse du domaine de la santé ou de celui de l'éducation, le législateur construit leur bloc de compétence respectif en considération des intérêts des populations qui structure leur légitimité.

Ainsi, en ce qui concerne le domaine de la santé, le législateur consacre la participation à l'élaboration de la tranche régionale⁸⁹ ou communale⁹⁰ de la carte sanitaire dans l'optique du relèvement du niveau des établissements hospitaliers. En effet, les infrastructures sanitaires sont catégorisées en Centre de Santé, en Centre de Santé Intégré, en centres médicaux d'arrondissement, en hôpitaux régionaux, confessionnels ou généraux et en Hôpitaux de District. Entre 80 et 90% de ces structures sont situés dans les zones urbaines et périurbaines. Les infrastructures

⁸⁹ Art. 270 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁹⁰ *Ibid.*, Art. 160.

sanitaires locales se caractérisent, en majorité, par leur vétusté, l'immobilisation d'un lot important des équipements dû à leur vétusté ou à des pannes dont les causes n'ont pas été maîtrisées par le personnel de maintenance existant. En effet, beaucoup d'hôpitaux datent des années 30 et n'ont pas fait l'objet de réfections appropriées. Dans certaines infrastructures sanitaires, des bâtiments sont progressivement abandonnés, du fait de leur état de délabrement. Dans certaines localités, les populations ont abandonné les formations sanitaires qui s'écroulaient, pour construire elles-mêmes une structure, sans tenir compte des normes en la matière. Le niveau de vétusté de la logistique hospitalière⁹¹ tel qu'utilisé est la proportion des pièces dégradées (bureau du médecin, salle d'accueil, salle d'accouchement, etc.), par rapport à l'ensemble des pièces de la formation sanitaire.

De ce fait, l'intérêt local est avéré pour le relèvement des formations sanitaires locales en quantité et en qualité. Il doit néanmoins être différencié d'une collectivité à une autre avec la prégnance de l'inégalité géographique dans

l'établissement des formations sanitaires locales au niveau régional et communal. Dans un contexte d'urbanisation galopante la question de la couverture sanitaire des populations se pose avec acuité. La majorité des études sur le système de soins dans les pays en développement s'intéresse d'ordinaire davantage au milieu rural qu'au milieu urbain tant l'idée d'une meilleure couverture sanitaire en ville demeure fortement ancrée dans les esprits. C'est dans ce sens que les pouvoirs publics des Etats d'Afrique noire francophone concentrent l'établissement des formations sanitaires de référence dans les grandes agglomérations. En effet les hôpitaux de référence sont des formations sanitaires caractérisées par un plateau technique de haute facture une forte capacité d'accueil des patients. C'est ainsi qu'au Cameroun, les hôpitaux de référence sont établis dans les grandes villes. C'est le cas des hôpitaux généraux de Douala et Yaoundé⁹² de l'hôpital central de Yaoundé des hôpitaux gynéco-obstétriques de Douala⁹³ et Yaoundé, le centre hospitalier universitaire de Yaoundé⁹⁴. De plus, les pouvoirs publics camerounais, dans le cadre du plan d'urgence triennal pour

⁹¹ N. PETIT, *Le contrôle de gestion logistique hospitalier. Pratiques de performance et modélisation des coûts en TDABC*, thèse UNIVERSITÉ DE RENNES 1, 2002, p. 18

⁹² Décret n°2001/270 du 24 septembre 2001 réorganisant l'hôpital général de Yaoundé

⁹³ Décret n°2014/023 du 23 janvier 2014 portant création, organisation et fonctionnement de l'Hôpital gynéco-obstétrique et pédiatrique de Douala.

⁹⁴ Décret n°2001/269 du 24 septembre 2001 réorganisant le centre hospitalier universitaire de Yaoundé

l'accélération de la croissance, ont entrepris la construction des hôpitaux de référence⁹⁵ dans les chefs-lieux des dix régions du pays. Ce faisant, la politique publique locale en matière de santé ne peut présenter les mêmes enjeux entre les collectivités locales abritant les formations sanitaires de référence et celles cantonnées à l'usage des services publics locaux de santé de faible amplitude. De ce fait, la discrimination des intérêts locaux est donc justifiée à plus d'un titre en matière de santé. Le volet de l'éducation révèle également cette dissociation d'intérêt locaux.

En optant pour une implication des acteurs locaux dans le secteur de l'éducation, le législateur camerounais fait un choix important en matière de refondation de son système éducatif. Cette refondation ne se fera que si les communautés, les collectivités territoriales sont parties prenantes à la question de l'éducation. C'est-à-dire que les communautés s'approprient de l'école, qu'elle soit conforme à leur aspiration, qu'elle réponde à leurs besoins, qu'elle fasse partie de leur vie de tous les jours et soit intégrée à l'environnement

socioculturel. C'est à ce prix seulement qu'elles acceptent de gérer l'école au triple plan financier, social et intellectuel. Il est essentiel que les initiatives, soient encouragées dans les communautés et les collectivités, qu'elles soient systématiquement associées et consultées dans les actions et les prises de décisions concernant l'école (infrastructures, recrutement, contenu des enseignements, gestion matérielle et financière)⁹⁶. C'est en ce sens que la gouvernance locale contribuera très certainement au développement de l'éducation en dissociant les intérêts locaux de la commune et de la région.

Dans cette mouvance, le législateur consacre l'élaboration et l'exécution des plans Régionaux⁹⁷ et communaux⁹⁸ d'élimination de l'analphabétisme ; la participation à l'élaboration de la tranche régionale et communale de la carte scolaire se rapportant à l'enseignement technique et à la formation professionnelle. Dans ce cadre, l'amélioration de l'offre d'éducative passe aussi par le choix de localisation des écoles et la définition de la carte scolaire. Il s'agit pour les communautés de choisir le

⁹⁵ Décret n°2014/023 du 23 janvier 2014 portant création, organisation et fonctionnement de l'hôpital gynéco-obstétrique et pédiatrique de Douala

⁹⁶ ADEA, *Le défi de l'apprentissage : améliorer la qualité de l'éducation de base en Afrique subsaharienne*, L'Harmattan, 2003, p.373.

⁹⁷ Art. 271 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁹⁸ *Ibid.* art. 161.

meilleur emplacement pour la construction des écoles au niveau local (villages, communes). Ce choix est primordial, car, sans un compromis entre les communautés par rapport à la localisation de l'école, certains pourront simplement se retirer de la gestion de l'école tout en le considérant comme un bien appartenant à la zone bénéficiaire. Une telle situation pourra se traduire par la non-scolarisation de nombreux enfants à cause de la distance, le refus d'adhésion au projet d'école d'une partie de la communauté.

En ce qui concerne la formation professionnelle, il faut également relever le recensement exhaustif des métiers régionaux et l'élaboration d'un répertoire des formations professionnelles existantes avec indication des aptitudes requises et des profils de formation et l'élaboration d'un plan régional d'insertion professionnelle des jeunes⁹⁹. Il importe également d'entrevoir la discrimination d'intérêts locaux dans le domaine culturel et sportif.

Sur ce point, la décentralisation camerounaise est en avance dans la spécification des intérêts locaux notamment par rapport à la législation togolaise. Dans celle-ci, en matière d'action sociale, il faut

remarquer qu'une portion conséquente de compétences est partagée entre l'Etat et les collectivités locales. Concernant la commune, elle a en partage avec l'Etat, l'adoption des mesures d'hygiène et de salubrité dans le périmètre communal ; la construction et la gestion des dispensaires, des unités de santé de base et des dépôts pharmaceutiques ; l'organisation et gestion d'activités d'assistance¹⁰⁰. Il en est de même de la région qui voit ses intérêts régionaux dilués dans le partage de ses compétences avec l'Etat. Il s'agit de l'appui à la gestion des centres hospitaliers régionaux et préfectoraux ; de la mise en œuvre à l'échelon régional d'une politique de prévention des maladies et conception et financement de projets de promotion et de réinsertion sociale¹⁰¹.

2- La discrimination d'intérêts locaux dans les domaines culturel et sportif

Domaine longtemps ignoré des lois portant transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales, la promotion du sport n'apparaît dans le code général des collectivités territoriales

⁹⁹ Art. 271 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁰⁰ Art. 233 de la Loi n°2019- 006 du 26 juin 2019 portant modification de la loi n°2007- 011 du 13

mars 2007 relative à la décentralisation et aux libertés locales modifiée par la loi n°2018-003 du 31 janvier 2018 au Togo.

¹⁰¹ *Ibid.* Art. 234.

décentralisées qu'à travers la réaffirmation du partage de compétences dans ce domaine tout comme dans ceux de la culture¹⁰². A cet égard, il convient d'analyser les concours des collectivités locales en spécifiant à chaque fois les intérêts régionaux et communaux dans les domaines culturel et sportif.

Au nom de la démocratisation de la culture, de l'identité locale ou de l'attractivité du territoire, le domaine culturel a été massivement investi par les collectivités territoriales de tous niveaux : les élus locaux y sont très attachés. Pourtant, cette politique culturelle traditionnelle est passée à côté de l'essentiel : elle a manqué l'enjeu politique du Vivre ensemble dans une société de liberté culturelle. Certes, la république décentralisée a pu contribuer au développement d'activités culturelles sectorielles mais elle a omis de questionner l'éthique de ces interventions au regard des grands enjeux liés à la mise en œuvre des droits culturels des personnes. Elle doit maintenant se ressaisir en ouvrant des chantiers qui placeront la politique

culturelle au cœur de la construction de territoires du bien Vivre ensemble.

Pour ce faire, en dissociant les intérêts de la commune et de la région en matière de promotion des langues nationales, le législateur camerounais transfère à leur profit la maîtrise fonctionnelle des langues nationales et la mise au point de la carte linguistique régionale et communale ; la création et la gestion d'orchestres, d'ensembles lyriques traditionnels, de corps de ballets et de troupes de théâtres d'intérêt régional ; la création et la gestion de centres socioculturels et des bibliothèques de lecture publique d'intérêt régional¹⁰³ et communal¹⁰⁴. L'enjeu est ici d'être attentif aux personnes vivant sur le territoire, avec la préoccupation permanente du respect de leur dignité culturelle. Dans ce cadre, La politique culturelle territoriale se doit alors d'encourager les expérimentations artistiques comme pratiques de liberté qui nourrissent l'espace public de "nouveaux repères sensibles" dynamisant les possibilités d'interactions entre les identités.

¹⁰² J. FIALAIRE, « La répartition des compétences entre état et collectivités territoriales dans l'éducation, la culture et les sports », *Revue française d'administration publique*, n° 156, 2015, p. 1065-1076.

¹⁰³ Art. 273 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁰⁴ *Ibid.* art. 163.

En outre, le transfert de compétences dans le domaine du sport et des loisirs considère les intérêts de chacune des catégories des collectivités territoriales décentralisées. Dans cette mouvance, le législateur prévoit la création et la gestion des stades municipaux, centres et parcours sportifs, piscines, aires de jeux et arènes¹⁰⁵ ; l'assistance aux associations sportives régionales ou municipales¹⁰⁶ ; la réalisation, l'administration et la gestion des infrastructures sportives et socio-éducatives à statut régional ou municipal ; la promotion et la gestion des activités physiques et sportives au niveau régional. Ainsi le statut associatif retenu pour les offices municipaux ou régionaux des sports, réunissant élus locaux, représentants du mouvement sportif et personnalités qualifiées intéressées peut se révéler satisfaisant dans le cadre de la dissociation d'intérêts locaux. Dans cette mouvance, il convient pour la commune d'élaborer un programme de développement local de sport et des stratégies à mettre en œuvre, c'est dire que les propositions de réalisation d'infrastructures sportives doivent partir des populations régionales ou communales.

CONCLUSION

Au demeurant, à l'aune de l'entrée de la région dans le système institutionnel de la décentralisation, il est important de tracer la ligne de démarcation des compétences entre cette dernière et la commune. Ceci permet d'éviter les chevauchements de compétences pouvant faire entorse aux idéaux de bonne gouvernance et de développement local. Pour ce faire, à l'analyse du code général des collectivités territoriales décentralisées, deux principales modalités sont consacrées par le législateur pour répartir les compétences entre la région et la commune. Il s'agit d'une part de la spécialisation des compétences par échelon local. Dans ce cadre, chaque collectivité territoriale bénéficie d'affaires propres dans lesquelles elle a l'exclusivité de l'exercice des compétences. D'un autre point de vue, la répartition des compétences entre la région et la commune se fait par la différenciation des intérêts locaux dans le transfert de compétence. Ici les deux catégories de collectivités locales interviennent dans les mêmes matières mais dans l'optique de la protection des intérêts de leurs populations respectives.

¹⁰⁵ *Ibid.* art. 162.

¹⁰⁶ *Ibid.*

LA SAISINE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES : ETUDE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCE DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Maria - Nadège SAMBA - VOUKA

*Assistante à la Faculté de Droit,
Université Marien NGOUABI (Congo - Brazzaville)*

RÉSUMÉ

Quelle est la politique jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone en matière de saisine ? La réponse à cette question révèle une figure ambivalente de la saisine. En effet, les juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone sont partagées entre la prétention à une ouverture extensive de la saisine et le maintien de la saisine restreinte. La juxtaposition de ces deux impératifs éprouve la réalisation de l'Etat de droit en Afrique. Dans ces conditions, l'effectivité de l'usage de la saisine demeure un objectif à atteindre et constitue l'ultime moyen de faire la preuve de la participation des juridictions constitutionnelles à la construction de l'Etat de droit dans les pays concernés.

Mots – clés : *saisine, juridiction constitutionnelle, justice constitutionnelle, jurisprudence.*

ABSTRACT

What is the jurisprudential policy of the constitutional courts of French-speaking black African States in terms of referral? The answer to this question reveals an ambivalent figure of referral. Indeed, the constitutional jurisdictions of the States of French – speaking black Africa are divided between the claim to an extensive opening of the referral and the maintenance of the restricted referral. The juxtaposition of these two imperatives tests the realization of the rule of law in Africa. Under these conditions, the effectiveness of the use of the seisin remains an objective to be achieved and constitutes the ultimate means of demonstrating the participation of the constitutional courts in the construction of the rule of law in the countries concerned.

Keyword : *referral, Constitutional jurisdiction, constitutional justice, jurisprudence.*

« La question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnel a une importance primordiale : c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la Constitution »¹. Cette affirmation de Hans Kelsen, grand théoricien de la hiérarchie des normes juridiques, a le mérite de mettre en évidence l'utilité, sinon l'importance de la saisine des juridictions constitutionnelles² dans le contentieux constitutionnel. Assurément, la saisine

demeure une question essentielle, voire incontournable depuis les années 1990³, marquant ainsi la singularité de la juridiction constitutionnelle en Afrique, au regard de l'état du droit qui a prévalu antérieurement.

Il est certain que, désormais consubstantielle au constitutionnalisme, l'émergence de la justice constitutionnelle⁴ trouve sa source d'inspiration aux Etats-Unis d'Amérique, à la fin du XVIII^e siècle⁵. Dans cette dynamique, la plupart des Etats d'Afrique noire francophone sont

¹ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 245.

² P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris, *LGDJ*, 1999, 728p.

³ L'année 1990 marque, l'ère du renouveau constitutionnalisme en Afrique. Voir: *Mélanges en l'honneur de G. Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, 458p; K. Ahadzi-Nonou, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain: le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et Politique, Revue du CERDIP*, vol. 1, n°2, juillet-décembre 2002, pp. 35-86; Th. Holo, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée?, Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : régimes juridiques et système politique », *RBSJA*, n°16, 2006, pp. 17-41; Th. Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 101 -114; J. Du Bois De Gaudusson, « Défenses et illustration du constitutionalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 609-627; L. Sindjoun, « Les dynamiques de la justice constitutionnelle: Histoires du chêne et du roseau », *Mélanges en l'honneur de P. G. Pougoué*,

De L'Esprit du droit africain, Wollers Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 674.

⁴ Th. Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », *op cit.* Pour H. Kelsen, la justice constitutionnelle c'est « la garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 198. Quant à Ch. Eisenmann « *Le sens juridique de la justice constitutionnelle est de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système des règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique* », La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, *LGDJ*, 1928, p. 1 et p. 9; Voir aussi D. E. Emmanuel, « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDP*, 2015 publié en ligne: <http://www.ressources.univ-poitiers.fr:2075/weblextenso>; D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés? », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p. 54; C. Behrendt, *Le juge constitutionnel comme législateur –cadre positif: les normes juridictionnelles relatives à la production et au contenu de normes législatives futures - Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Thèse Paris, 2005, 440p.

⁵ Voir l'arrêt de la Cour suprême des Etats Unis d'Amérique *Marbury v. Madison*, 24 février 1803.

passés du formalisme à l'effectivité⁶ d'une juridiction constitutionnelle. Ainsi, l'apparition de la juridiction constitutionnelle a donné lieu à la jurisprudence constitutionnelle.

Si « *le juge est la bouche de la loi* »⁷, probablement, la juridiction constitutionnelle est « *la bouche de la Constitution* »⁸ et en même temps « *le gardien de la Constitution* »⁹. Cette approche, d'origine européenne, ne devrait guère préoccuper, tant il est vrai que la plupart des juridictions constitutionnelles en Afrique exercent une compétence

d'attribution, comme en France¹⁰, déduite de ce que la juridiction constitutionnelle ne dispose pas d'une « *compétence générale de gardien de la Constitution* »¹¹. Cependant, d'autres Etats d'Afrique francophone vont au-delà des attributions qui sont expressément énoncées par la Constitution, se rapprochent du modèle anglo-saxon, à l'instar du Bénin¹², du Gabon¹³ et de Madagascar¹⁴.

Les juridictions constitutionnelles ne sont pas toujours « *la bouche de la Constitution* »¹⁵ ; en quête d'effectivité¹⁶ à

⁶ A. Bourgi, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique: du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n°52, oct.-nov. 2002, pp. 721-748.

⁷ Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, texte de 1758, Paris, éd. Gallimard, 1995, p. 72.

⁸ A. Soma, « Le statut du juge constitutionnel africain », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990; un modèle pour l'Afrique?* Paris, L'Harmattan, 2014, p. 451.

⁹ L'expression « gardien de la Constitution » reproduit la célèbre controverse opposant H. Kelsen à C. Schmitt. Pour H. Kelsen, c'est le juge constitutionnel qui assure la garantie juridictionnelle de la Constitution. Mais, C. Schmitt opte pour la protection politique de la Constitution légitimant les autorités politiques. Voir, O. Beaud, P. Pasquino, *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007, 212p.

¹⁰ Conseil constitutionnel de la France, Décision N° 74 – 54 DC du 15 janvier 1975 ; F. Delpéréé, La compétence du juge constitutionnel, in Association tunisienne de droit constitutionnel, table ronde de Tunis sur *La justice constitutionnelle* (13 – 16 octobre 1993) *Tunis, Centre d'études, de recherches et de publication, 1995*, p. 73 et s.

¹¹ L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 22^{ème}éd., 2020, p. 378.

¹² Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 17- 262 du 12 décembre 2017, p. 6 ; G. Aïvo, « Le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de EL Hadj Mbodj, Théorie et contentieux constitutionnels en Afrique*, Vol. 2, L'Harmattan, 2022, pp. 929 – 964.

¹³ Cour constitutionnelle, DC N° 022/CC du 30 avril 2018. Voir aussi T. Ondo, « La Cour constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ? Essai d'analyse de la décision N° 022/CC du 30 avril 2018 », disponible en ligne :https://www.editionsLharmattan.fr/auteurs/article_pop.asp?no=33143&no_artiste=15361; D. E. Emmanuel Adouki, « La décision de constitutionnalité gémellaire », *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, 2021, pp. 1 – 27.

¹⁴ Haute Cour constitutionnelle de Madagascar, Décision N° 18 – HCC/D3 du 25 mai 2018.

¹⁵ A. Soma, « Le statut du juge constitutionnel africain », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, p. 451.

¹⁶ J. Carbonnier, « Effectivité ou ineffectivité de la règle de droit », in, *Flexible droit, pour une*

assurer pour la science du droit¹⁷, elles étendent la garantie non seulement à l'Etat de droit¹⁸ mais également aux droits fondamentaux. Cette ambition s'observe dans la pratique des juridictions civiles¹⁹, pénales²⁰ et administratives²¹. Bien qu'elle ne soit pas totalement laissée en friche²², la question de la saisine n'a guère fait l'objet d'étude d'ensemble, du point de vue de la pratique jurisprudentielle dans l'espace géographique choisi.

La notion de saisine recouvre d'innombrables définitions. Elle est associée « à l'exercice d'un droit de recours dont la demande mettrait en œuvre

la totalité des attributions du Conseil, consultatives et juridictionnelles »²³. Si la saisine se rapporte à un droit de recours qui met en œuvre les attributions des juridictions constitutionnelles, cela veut plutôt dire qu'elle est une procédure qui invite celles-ci à exercer les compétences que la Constitution leur attribue²⁴. Cette approche ne donne aucun sens particulier à la notion de saisine et limite considérablement son intérêt. Elle ne permet pas de rendre pleinement compte de l'étendue de ladite notion. Toutefois, elle peut, à un certain niveau, éclairer l'analyse

sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} éd. LGDJ, Paris, 2007, pp. 136-148.

¹⁷ G. W. F. Hegel, *Principe de la philosophie du droit*, Gallimard, coll. idées, 1972, n° 222, p. 248.

¹⁸I. Salami, *La protection de l'état de droit par les cours constitutionnelles africaines: analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Thèse Tours, 2005, 445p; M. M. Mborantsuo, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 366p; D. F. Mélédje, « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, pp. 587 – 605.

¹⁹ D. B. Laperou – Scheneider (dir), « *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit* », Bruxelles, Editions Bruylant, 2013, pp. 157 et s.

²⁰ R. Koering – Joulin, « *La chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'accusé avant jugement* », *Mélanges en l'honneur de Levasseur*, 1992, pp. 205 et s.

²¹ E. Muller, « L'accès au juge de l'administration, faut-il en finir avec la jurisprudence Préfet de l'Eure ? », in V. Donier, B. Laperou-Scheneider (dir.), *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité*

d'un droit, Bruxelles, Editions Bruylant, 2013, p. 351.

²²P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*; P. Jan, « L'accès au juge constitutionnel: modalités et procédures », *Rapport pour le deuxième congrès de l'ACCPUF, février 2000*; H Roussillon, « La saisine du Conseil constitutionnel. Contribution à un débat », *RIDC*, Vol. 54, n°2, Avril-juin 2002, pp. 487-511; G. Aïvo, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990; un modèle pour l'Afrique ?* Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 535 et s; J. Djogbéno, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in *Mélange en l'honneur de R. Dossou, Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, Paris, L' Harmattan, 2020, pp. 516 -543; O. Narey, « La saisine du juge constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de EL Hadj Mbodj, Théorie et contentieux constitutionnels en Afrique*, Vol. 2, L'Harmattan, 2022, pp. 735 – 752.

²³P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 22 - 23.

²⁴ G. Vedel, Correspondance écrite en date du 27 septembre 1994.

de la jurisprudence des juridictions constitutionnelles.

La saisine est la procédure de déclenchement d'une action juridictionnelle²⁵. Cette définition, qui privilégie l'ouverture du droit de recours, laisse penser qu'il existerait des personnes habilitées à déclencher l'action juridictionnelle. Elle permet d'identifier les différents requérants susceptibles d'exercer le droit de recours devant une juridiction. Il convient néanmoins d'admettre, dans le cadre de cette étude, que la saisine des juridictions constitutionnelles « *s'identifie au déclenchement d'une procédure juridictionnelle, c'est-à-dire à l'exercice, par le requérant, d'une action juridictionnelle* »²⁶.

Cette abondance de définitions dans la littérature juridique met en évidence la complexité de la notion. En l'absence de saisine, la juridiction constitutionnelle ne saurait agir, sauf lorsqu'elle utilise l'auto-saisine²⁷. En témoigne la jurisprudence des juridictions constitutionnelles du Bénin²⁸, du Burkina Faso²⁹ et du Venezuela³⁰.

On s'intéressera à l'évolution jurisprudentielle relative à la saisine, développée par un organe juridictionnel créé par la Constitution, diversement nommé dans les ordres juridiques des Etats, objet de cette étude³¹. Par ailleurs, il arrive souvent que la juridiction constitutionnelle fasse l'objet de critiques, au point d'être qualifiée de « *gouvernement des juges* »³², de « *vieux*

²⁵P. Avril et J. Gicquel, Lexique, droit constitutionnel, PUF, coll. Lexique, 1995, p. 117.

²⁶ P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 58.

²⁷ H. Roussillon, La saisine du Conseil constitutionnel. Contribution à un débat, op. cit., p. 495; Th. Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens soulevés d'office*, Paris, Economica, Aix – en –Provence, PUAM, coll. « Droit public positif », 1994, p. 11, note 11.

²⁸Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 05-043 du 26 mai 2005.

²⁹Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Décision N° 2019- 012/ CC d'autosaisine pour le contrôle de constitutionnalité de la loi n° 044-2019/AN du 21 juin 2019 portant modification de la loi n°25-2018/AN du 31 mai 2018 portant code pénal.

³⁰ Sentence 331 du 13 mars 2001, *Henrique Capriles R. vs. Comision nacional de Casinos, salas de bingo y maquinas tragantiques*.

³¹Selon les pays, il s'agit de la Cour constitutionnelle, c'est le cas du Congo, du Bénin, du Gabon, et du Niger et du Conseil constitutionnel au Burkina Faso, au Cameroun, en Côte d'Ivoire et au Sénégal.

³²E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale des États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, Dalloz, 2005, 276 p ; J. Waline, « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? », *Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz Paris, 2007, P 490 ; M. Troper, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, 1^{ère} édition, PUF, Paris, 2001, pp. 234- 240.

mythe qui fait rituellement sa réapparition »³³.

Dans le cadre de cette étude, on se bornera à l'analyse de la saisine des juridictions constitutionnelles, étude à partir de la jurisprudence de la Centrafrique, du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, du Mali, du Niger, du Sénégal, du Tchad et du Togo.

Une telle délimitation s'impose pour deux considérations. Après dépouillement et exploitation des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles des Etats précités, dans la séquence temporelle 1991-2022, on a relevé des traits d'évolution sur la saisine, dont le caractère est essentiellement objectif³⁴. Si la notion de saisine suscite un regain d'intérêt aujourd'hui, c'est moins en raison de sa définition que de l'évolution jurisprudentielle résultant de sa pratique

par les juridictions constitutionnelles. Or, les avantages de l'emprunt des procédés du droit judiciaire privé et du droit processuel³⁵ gagneraient en termes de simplification et de sécurité juridique³⁶. D'autre part, le choix du droit comparé nous amène à comprendre comment, sous l'effet de la mondialisation du droit, les systèmes juridictionnels étrangers sont une source d'enrichissement ou un moyen d'améliorer la jurisprudence des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone³⁷.

Dès lors, quelle est la politique jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles en matière de saisine ? Il s'agit, ici, de montrer que la politique jurisprudentielle s'entend d'un ensemble d'orientations décidées par une juridiction

³³ L. Favoreu, « La justice constitutionnelle en France », *Les Cahiers de droit*, vol. 26, n°2, 1985, p. 334.

³⁴F. D. Méléde, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2012; N. Médé, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Editions universitaires européennes, 2012; L. Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009; A. Kpodar, *Commentaire des grands avis et décisions de la Cour Constitutionnelle togolaise*, Lomé, Presses de l'UL, 2007. A. Loada (dir.), *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabé de 1960 à 2007*, Ouagadougou, CGD, 2009. I. M. Fall (dir.),

Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, Dakar, CREDILA, 2008, 565p.

³⁵ H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973 ; L. Cadiet, J. Normand, S. A. Mekki, *Théorie générale du procès*, 3^e édition mise à jour, 2020, p. 13 ; W. Baaranès, M – A. Frison – Roche, J –H. Robert, « Le droit processuel », *Rec. Dalloz Sirey*, 1993, 2^{ème} Cahier – Chronique, p. 9.

³⁶J. Djogbénu, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in *Mélange en l'honneur de R. Dossou, Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 517; CE, « Simplification et qualité du droit », Rapport, La documentation française, 2016.

³⁷G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé – Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021, 1452 p.

donnée, au sujet d'une problématique politique, juridique et sociétale³⁸.

L'enjeu est doublement important, puisque l'ouverture du droit de saisine impose des exigences formelles que le requérant devrait respecter. Ces exigences conduisent généralement à une limitation de l'accès à la juridiction constitutionnelle ; le risque est d'autant plus grand que rien ne se fasse. D'une part, rien ne se ferait en Afrique noire francophone si les juridictions constitutionnelles ne se libéraient pas des contraintes procédurales qui limiteraient leur accès. D'autre part, le renforcement de l'Etat de droit et la constitutionnalisation du droit³⁹ impliquent de ne pas se priver des procédés modernes garantissant l'effectivité des droits et libertés des citoyens. Ainsi, l'emprunt aux principes du droit processuel commun devient le prisme à travers lequel on apprécie la saisine devant les juridictions constitutionnelles.

Cette étude s'appuie ensuite sur la méthode casuistique, celle des différentes jurisprudences des Etats choisis.

Quantitativement, plus de 100 décisions et avis ont été recensés pour mener cette réflexion. Une telle démarche paraît indispensable pour la prise en compte de la fréquence de la saisine. Enfin, il s'agit d'analyser, dans une approche comparative, la saisine des juridictions constitutionnelles s'effectuant de façon différenciée suivant leur pédagogie et leur motivation. Cette approche révèle des mécanismes formels simplificateurs, anciens de la saisine⁴⁰, des disparités liées au parcours de chaque juridiction et des constantes justifiées par l'adhésion commune de ces Etats à la tradition juridique française⁴¹.

L'étude de la saisine des juridictions constitutionnelles dégage une figure ambivalente, justifiée par la conduite de celles encore considérées comme des institutions fragiles⁴², partagées entre la prétention à une ouverture extensive de la saisine et la crainte de devenir une espèce « d'*armoire*

³⁸ Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiéban (Sous la direction de), *Les politiques jurisprudentielles, Les politiques jurisprudentielles*, Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public (IEDP), collection Sceaux, 2016, 201 p ; G. Canivet, N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de J. Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, pp. 79-97.

³⁹ L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges R. Drago, L'unité du droit*, Economica, Paris, 1996, p. 38.

⁴⁰ G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé – Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1004.

⁴¹ J. Du Bois De Gaudusson, « Défenses et illustration du constitutionalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », *op. cit.*, p. 610.

⁴² J. Robert, *La garde de la République*, Plon, 2000, p. 215.

des chagrins de la Nation »⁴³. L'alchimie de ces deux impératifs est une réussite⁴⁴.

A l'analyse, cette jurisprudence révèle deux approches de la saisine : une approche extensive (I), d'une part, et, d'autre part, une approche conservatrice et restrictive (II).

I - LA TENDANCE A LA SAISINE OUVERTE

La tendance à l'ouverture de la saisine procède d'une politique jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles de ces Etats. Cette tendance à l'ouverture s'explique par la volonté du juge de favoriser l'accès à la juridiction constitutionnelle. Toutefois, la

⁴³ L'expression est de J. Limbach, Présidente de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, reprise par A. Dittmann, « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n°10, 2001, p. 6.

⁴⁴P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op., cit, p. 535.

⁴⁵ La notion de crise est entendue comme une « phase grave dans l'évolution des choses, des événements, des idées ; une rupture d'équilibre », J. Rey -Debove, A. Rey (dir.) *Le nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, édition 2007, p. 586 ; Cette étude est circonscrite à la crise politique. Elle est une période où les difficultés politiques affectent la légalité. Voir, L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *Cahier du Conseil constitutionnel*, N°3, novembre 1997 ; H. Akérékoro, « La gestion au constitutionnel des crises parlementaires au Bénin », in *Mélanges en l'honneur de Ahadzi – Nonou, L'Etat inachevé*, Poitiers, 2021, pp. 433 – 456 ; M. F. Diop, « L'étendue des compétences des juges constitutionnels dans les situations de crise politique en Afrique francophone subsaharienne »,

finalité de cette ouverture s'apprécie différemment, selon qu'on se trouve en période de crise⁴⁵ (A) ou en période normale (B).

A – La saisine ouverte en période de crise

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle de certains Etats d'Afrique noire francophone laisse entrevoir qu'en période de crise, les juridictions constitutionnelles font preuve d'ouverture pour assurer convenablement les fonctions de régulation de l'activité des pouvoirs publics⁴⁶ (1) et d'arbitrage au sein des institutions de la République (2).

Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, janvier 2019, pp. 121-193 ; A. Kpodar, « Les juridictions constitutionnelles et les crises en Afrique noire francophone », in *Les juridictions constitutionnelles et les crises*, Actes du 5^{ème} congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), Cotonou, juin 2009, sur <http://www.accpuf.org>, pp. 45 - 51 ; C. Keutcha Tchpanga, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », in *RFDC*, 2005/3, n°63, p. 451 – 491 ; J. Du B. De Gaudusson, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », in *Afrique Contemporaine*, n° spécial, 1996, pp. 250 – 256.

⁴⁶ N. Médé, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *AIJC*, n° XXIII, 2007, pp. 45 -66 ; J. Gicquel, « Réflexion sur la régulation juridictionnelle en Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur de J. Gicquel, Constitutions et pouvoirs*, LGDJ, 2008, p. 265 et s.

1 - Une ouverture à finalité régulatrice

Dans la quasi-totalité de démocraties modernes, l'office du juge constitutionnel n'est pas neutre. Il est empreint des considérations politiques, sociologiques, voire économiques. Ainsi, les juridictions constitutionnelles exercent, incontestablement, une fonction politique⁴⁷. En effet, le juge est confronté « *par l'obligation de tenir compte des réalités politiques de son environnement qui le façonnent, le modulent et orientent sa perception du droit. Ce constat, bien que classique, reste toujours d'actualité* »⁴⁸. A cet égard, un auteur souligne qu'en période de conflit politique, la juridiction constitutionnelle, se faisant à l'occasion créateur du droit et donc siège d'un pouvoir normatif⁴⁹, joue un rôle régulateur.

En Côte d'Ivoire, c'est en partant de l'approche extensive de la saisine que la juridiction constitutionnelle a pu construire une politique jurisprudentielle à vocation régulatrice.

L'avis du Conseil constitutionnel du 17 décembre 2003⁵⁰, rendu dans un contexte de rébellion armée, est topique de ce point de vue. En effet, confronté à une situation de crise politique, le Président de la République a saisi le Conseil constitutionnel sur 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* »⁵¹.

Après avoir examiné la forme de la requête et précisé que le Président L. Gbagbo n'avait pas qualité pour solliciter un tel avis, le Conseil constitutionnel a

⁴⁷ D. F. Méléndje, « Les distorsions entre la constitution et les pratiques jurisprudentielles dans l'interprétation par le juge constitutionnel ivoirien de ses attributions : le juge entre immobilisme et spéculations », in *Mélanges en l'honneur de B. Kanté, Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, L'Harmattan, 2017, p. 105.

⁴⁸ A – J. Adeloui, « Le juge, le droit et la politique », in *Mélanges en l'honneur de K. Mbaye, Administrer la justice – Transcender les frontières du droit*, Presses de l'Université de Toulouse, 2018, p. 477.

⁴⁹ J. Waline, « Existe – il un gouvernement du juge constitutionnel en France », in *Mélanges L. Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris,

Dalloz, 2007, pp. 495 – 499 ; D. E. Emmanuel, « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDP*, 2015 publié en ligne : [http //www.ressources.univ-poitiers.fr](http://www.ressources.univ-poitiers.fr) : 2075 weblextenso.

⁵⁰ CC de la Côte d'Ivoire, Avis N°3 003/CC/SG du 17 décembre 2003.

⁵¹ CC de la Côte d'Ivoire, Avis N° 003/CC/SG du 17 décembre 2003 précité, p. 1.

néanmoins jugé la requête recevable en considérant que « (...) *les articles 34 et 88 de la Constitution assignent respectivement au Président de la République et au Conseil constitutionnel des fonctions fondamentales; qu'ainsi, le Président de la République est chargé de veiller "au respect de la Constitution", et le Conseil constitutionnel, d'assurer la régulation "du fonctionnement des pouvoirs publics"; que 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 le devoir de lui fournir l'avis demandé...* »⁵².

Il s'agit en toute évidence d'une ouverture de la saisine ; la juridiction constitutionnelle a donc su agir sur l'étape ponctuelle de la saisine. Elle a construit une argumentation permettant de contourner les obstacles imposés par la Constitution, en décidant de recevoir une requête qui aurait dû être déclarée irrégulière⁵³. Comme on le voit, c'est pour mieux jouer son rôle de régulateur que le Conseil constitutionnel s'est montré

particulièrement favorable à l'ouverture de sa saisine.

Il en est de même dans un avis du 17 décembre 2003⁵⁴, rendu, comme le précédent, dans un contexte de rébellion armée. En effet, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Président de la République pour avis, conformément à l'article 43 alinéa 1 de la Constitution, pour révision constitutionnelle dans un contexte de crise, tel que prévu à l'article 127, alinéa 1 du même texte. Le Conseil constitutionnel a immédiatement construit un raisonnement identique à celui qu'il avait précédemment tenu dans l'avis précité.

La solution adoptée par le Conseil constitutionnel paraît, à première vue, contraire aux dispositions de la Constitution, car les juridictions constitutionnelles sont tenues de respecter le périmètre de leur compétence d'attribution en matière de saisine. A l'analyse, cette solution se justifie au regard de sa finalité. Devant la circonstance de grave crise politique et constitutionnelle, l'ouverture extensive de la saisine pourrait paraître opportune dans la mesure où elle est censée favoriser l'accès au prétoire de la juridiction

⁵² CC de la Côte d'Ivoire, Avis N° 003/CC/SG du 17 décembre 2003 précité, p. 2.

⁵³ D. F. Méléde, « Les distorsions entre la constitution et les pratiques jurisprudentielles dans l'interprétation par le juge constitutionnel ivoirien

de ses attributions : le juge entre immobilisme et spéculations », in *Mélanges en l'honneur de B. Kanté, op.cit., P. 107.*

⁵⁴ CC de la Côte d'Ivoire, Avis N° 004/CC/SG du 17 décembre 2003.

constitutionnelle. Sans le déclenchement de la saisine, le Conseil constitutionnel n'aurait pas pu jouer sa partition en tant qu'acteur du jeu politique⁵⁵. En d'autres termes, il s'agit pour la juridiction constitutionnelle d'assurer sa mission régulatrice en période de crise. Par ailleurs, il convient de relever sur ce point que le pouvoir d'interprétation des juridictions constitutionnelles contribue parfois aux évolutions jurisprudentielles.

Deux exemples mettent en évidence la position de la juridiction constitutionnelle, partie prenante au jeu politique, exprimant l'audace et l'imagination d'un juge⁵⁶ soucieux de jouer un rôle en période de crise. La juridiction constitutionnelle s'est montrée libérale en élargissant le droit de saisine au profit d'un requérant n'ayant pas intérêt à agir.

Dès lors, il faut considérer que le Conseil constitutionnel a su trouver le moyen efficace d'agir sur le déclenchement du mécanisme formel, car

sa démarche, sauf revirement de jurisprudence, doit être considérée sans doute comme une solution efficace et propice à une situation de crise politique et constitutionnelle⁵⁷. La juridiction constitutionnelle mérite ainsi d'être perçue comme « *un lubrifiant institutionnel* »⁵⁸ qui assure sa mission de régulateur des pouvoirs publics et manifeste sa prétention d'ouverture de la saisine.

Bien que la pratique jurisprudentielle de la juridiction constitutionnelle ivoirienne soit considérée comme une immixtion dans la sphère politique⁵⁹, il faut néanmoins admettre que cet élargissement de la saisine est audacieux dans la mesure où le juge constitutionnel ivoirien est parvenu à combler les lacunes de la constitution⁶⁰ en la matière. A juste titre, un auteur a pu écrire qu'« *...il n'est pas exclu dans certains systèmes politiques, le juge constitutionnel...soit quelque fois amené à faire des vagues, se mettant en décalage, en deçà, en dehors ou au-delà de la*

⁵⁵ D. F. Méléde, « Les distorsions entre la constitution et les pratiques jurisprudentielles dans l'interprétation par le juge constitutionnel ivoirien de ses attributions : le juge entre immobilisme et spéculations », in *Mélanges en l'honneur de B. Kanté, op. cit.*, p. 107.

⁵⁶ G. Canivet, N. Molfessis, « L'imagination du juge », in *Mélanges Jean Buffet. La procédure en tous ses Etats*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 131-147.

⁵⁷ J. Du Bois de Gaudusson, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° 180, 1996, pp. 250-256.

⁵⁸ N. Médé, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹ P. Massina, « Le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit », *RFDC*, 2017/3, n° 111, p. 641.

⁶⁰ J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, 782 p.

Constitution ; c'est le cas du juge constitutionnel en Côte d'Ivoire »⁶¹.

Autant admettre que, même en période de crise, la juridiction constitutionnelle se montre également libérale, en élargissant *contra legem* la liste des personnes admises à la saisir, ceci dans le but, cette fois-ci, d'assurer l'arbitrage entre les institutions.

2 - Une ouverture à finalité d'arbitrage

Les juridictions constitutionnelles travaillent dans un environnement politique et assurent la fonction d'arbitre du jeu politique⁶². L'extension de la saisine des juridictions constitutionnelles s'est manifestée dans deux Etats d'Afrique noire francophone, à savoir le Mali et la Côte d'Ivoire. Si le juge constitutionnel malien s'est prononcé sur la qualité du requérant, le juge ivoirien a, en revanche, statué sur l'objet de la saisine.

S'agissant du requérant, une décision de la Cour constitutionnelle du Mali du 6 avril 2002⁶³ illustre bien cette fonction. En effet, dans la période

comprise entre 1991-2002, le Mali a connu une crise institutionnelle. C'est dans cette atmosphère que le requérant, inscrit sur une liste électorale, a, par requête écrite, saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en invalidation de la candidature du Général A. T. Touré.

Après examen, la Cour constitutionnelle a jugé recevable la requête en la forme dans les termes : « ...qu'au point de vue procédural la saisine de monsieur Lamine DOUMBIA se fonde sur l'article 9 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle en date du 21 décembre 1994 qui prend sa source dans la loi organique n°92-028 du 5 octobre 1992 ; que cette loi ayant été modifiée par les lois n°97-010 du 11 février 1997 et 02-011 du 5 mars 2002, le règlement intérieur n'a pas été modifié en conséquence ; que cependant le point de droit posé par la requête revêtant un intérêt national évident, il convient de la recevoir et de statuer ; »⁶⁴.

Il faut préciser que l'article 31 de la loi n°97-010 du 11 février 1997 portant loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la

⁶¹ D. F. Méléde, « Les distorsions entre la constitution et les pratiques jurisprudentielles dans l'interprétation par le juge constitutionnel ivoirien de ses attributions : le juge entre immobilisme et spéculations », in *Mélanges en l'honneur de B. Kanté, op. cit.*, p. 109.

⁶² . Meunier, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs* 2003/2, N°105, pp. 29-40.

⁶³ Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt N° 02 – 133/EP du 6 Avril 2002.

⁶⁴ Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt N° 02 – 133/EP du 6 Avril 2002, précité, p. 3.

Cour constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant cette juridiction, modifiée par la loi n°02-011 du 5 mars 2002, dispose que seul le président de la Commission Electorale Indépendante (CENI), les partis politiques ou les candidats peuvent contester la validité des candidatures. Force est alors de constater qu'au regard du droit positif, la requête émane d'une personne qui n'avait pas qualité pour saisir la juridiction constitutionnelle et donc celle-ci devrait être formellement irrecevable. Mais, la Cour évoque les motifs d'intérêt national pour fonder l'extension du champ personnel des requérants.

A n'en point douter, la Cour constitutionnelle du Mali fait preuve d'audace. Il s'agit en clair d'une volonté librement exprimée par la juridiction constitutionnelle de minimiser les contraintes procédurales au profit de la fonction d'arbitre du jeu politique à l'orée de l'élection présidentielle de 2002. Elle a ainsi veillé à ce que les acteurs politiques se conforment aux dispositions de la Constitution, relatives à la candidature à l'élection présidentielle, ceci dans l'intérêt de la nation.

En filigrane, l'élargissement du droit de saisine n'est pas étranger à l'idée

d'une participation à l'effectivité de la saisine devant la Cour constitutionnelle malienne, si bien qu'il est apparu nécessaire de la mettre en lumière. Il faudrait préciser que la saisine devant la Cour constitutionnelle en cette période sensible et difficile d'élection présidentielle n'est pas anodine, car elle se doit de pacifier la vie politique.

C'est en raison de cette crise institutionnelle que la Cour montre qu'elle exerce une influence indéniable sur la vie politique. On peut se demander si la Cour est détentrice d'une réelle influence à travers le droit de saisine. La pratique révèle que la juridiction constitutionnelle exerce un « *pouvoir normatif au hasard des saisines et exceptionnellement de manière automatique* »⁶⁵. Seulement, une telle position cache mal la volonté de la Cour de mettre en évidence sa politique jurisprudentielle de la saisine.

Quant à l'objet de la saisine, une décision du Conseil constitutionnel ivoirien du 6 décembre 2006⁶⁶ met en évidence la fonction d'arbitre du jeu politique. En effet, pendant la période de crise politique ivoirienne, comprise entre 2003-2010, le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours portant sur le contrôle de conformité de la Constitution du 1^{er} août

⁶⁵ P. W. Toko, « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ? », in *Les cahiers de droit*, vol. 54, n°1, mars 2013, p. 161.

⁶⁶ CC de la Cote d'Ivoire, décision N° CI -2006 - 12-06/-019/CC/SG du 6 décembre 2006.

2001 de la résolution 1721 du 1^{er} novembre 2006 prise par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Au regard de l'article 95 de ladite Constitution, seuls peuvent faire l'objet de saisine devant le Conseil constitutionnel, les traités ou les accords internationaux, les lois organiques, les lois ordinaires et les règlements de l'Assemblée nationale.

A première vue, cette position peut surprendre. Mais, à l'analyse, on comprend que le juge constitutionnel ait voulu réaffirmer la mutation de son office et son adaptabilité par rapport à la situation politique du pays. En effet, le juge constitutionnel n'exerce pas une magistrature désincarnée et soucieuse du respect des textes par simple conformisme. Son rôle de gardien de la Constitution ne peut s'exercer avec efficacité que si ses décisions, quoique contraire à la lecture des textes, font corps avec les aspirations socio-politiques du moment.

On est donc bien au cœur d'une ouverture de la saisine par le Conseil constitutionnel. Or, la nécessité de se conformer aux règles relatives à l'introduction de la saisine ne devrait pas constituer, de manière rédhibitoire, un obstacle pour la juridiction constitutionnelle d'examiner au fond la question soulevée, lorsque de cet examen dépend le sort de la vie politique et institutionnelle de tout un pays. En d'autres

termes, en raison de cette période de crise politique, si la saisine ne pouvait, aboutir faute d'une irrégularité sur la forme, la juridiction constitutionnelle ne pouvait certainement pas exercer sa fonction d'arbitre.

Nul doute qu'une telle évolution jurisprudentielle sur le déclenchement de l'action juridictionnelle permet à la juridiction constitutionnelle de simplifier l'accès devant cette institution. Sans contexte, on doit à la juridiction constitutionnelle la promotion de l'idée d'effectivité du droit de saisine.

En somme, l'élargissement du droit de saisine, tant sur le plan des requérants que sur celui de l'objet, atteste des métamorphoses de l'office des juridictions constitutionnelles dans les circonstances de crise politique ou institutionnelle. Il ne saurait être étonnant que ces juridictions constitutionnelles étendent cette politique jurisprudentielle d'ouverture en période normale.

B – la saisine ouverte en période normale

Dans des circonstances normales, les juridictions constitutionnelles se montrent également

imaginatives⁶⁷ dans l'ouverture de la saisine. L'extension de la saisine vise tantôt à favoriser le droit d'accès à la justice constitutionnelle ; et est donc favorable au requérant (1) ; tantôt, à s'émanciper des considérations individualistes pour favoriser le libre jeu démocratique (2).

1 - Une ouverture favorable au requérant

On connaît les étapes qui ont marqué l'essor et la transformation du rôle du juge constitutionnel, de simple « *organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* »⁶⁸ à la mission exaltante de protecteur des droits et libertés à l'encontre de la loi⁶⁹. Cette ouverture de la justice constitutionnelle à la saisine des particuliers marque, de manière tout à fait singulière, les rapports entre le juge constitutionnel et le droit privé⁷⁰.

Dans les pays africains de tradition francophone, les juridictions

constitutionnelles exercent désormais une fonction de protection des droits fondamentaux de la personne humaine. A ce titre, elles se doivent favoriser l'accès à la justice constitutionnelle au profit de la personne détentrice de tels droits, c'est-à-dire à l'individu, au citoyen, à la personne physique ou morale⁷¹. En effet, il est d'une importance cruciale que la juridiction constitutionnelle fasse preuve de pédagogie pour donner l'occasion aux particuliers d'accéder au prétoire de sa juridiction pour défendre, en personne le sort de leurs droits et libertés. On le sait, l'accès du citoyen au prétoire de la juridiction constitutionnelle met en œuvre l'idée même de promotion des droits fondamentaux, de légitimation de l'Etat et de promotion de la Constitution au service du peuple⁷².

Le regain d'intérêt pour la protection constitutionnelle des droits et libertés est né de l'aspiration des peuples africains à un véritable système libéral, exprimée essentiellement à travers les

⁶⁷ G. Canivet, N. Molfessis, « L'imagination du juge », in *Mélanges Jean Buffet. La procédure en tous ses Etats, op. cit.*

⁶⁸ Conseil constitutionnel français, Déc. 62 – 20 DC du 06 novembre 1962, Rec., p. 27 ; L. Favoreu, « Le conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP.*, 1967, pp. 7 et s.

⁶⁹ Voir en droit français, sur les étapes de la montée en puissance du juge constitutionnel, L. Favoreu, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français » in *La crise du juge*, Story scienta, *LGDJ*, 1990, pp. 66 et s.

⁷⁰ N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, *LGDJ*, 1997, 624p.

⁷¹ F. Delpéré, « A propos de la journée d'études sur la "saisine du juge constitutionnel" », in F. Delpéré, *La saisine du juge constitutionnel, aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 19.

⁷² M. Verdussen, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative », in F. Delpéré (Sous la direction de), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Bruxelles, Economica, Bruylant, 1991, p. 155.

réformes politiques et institutionnelles initiées sur le continent dès le début des années 1990. Dans l'exercice de sa mission, le juge constitutionnel, d'ailleurs fort sollicité, semble prendre en compte cette volonté populaire de ne plus laisser les dirigeants politiques ramer à contre-courant de ce vent de liberté qui souffle partout aujourd'hui, faisant parfois montre d'une grande inventivité⁷³.

La position qu'adoptent les juridictions constitutionnelles en Afrique se manifeste notamment par l'ouverture de leur saisine à tout citoyen, du moins en ce qui concerne la Cour constitutionnelle du Bénin. Cette extension de la saisine met à nu l'idée selon laquelle « *La justice constitutionnelle ...doit son prestige à son accessibilité* »⁷⁴.

Au Bénin, la décision du 26 septembre 1996⁷⁵ est caractéristique de cette tendance du juge constitutionnel qui tient à la valorisation de sa politique d'ouverture au profit d'une saisine émanant de tout citoyen. La lecture de la décision donne à voir, *prima facie*, un juge constitutionnel conscient de la nécessité de tout citoyen d'accéder au prétoire de sa juridiction. La Cour constitutionnelle a été

saisie d'une requête, par laquelle la requérante de nationalité colombienne dénonce une atteinte aux droits de l'Homme, en particulier celui d'aller et venir du fait de la rétention de son passeport. C'est à travers son considérant de principe que la Cour constitutionnelle justifie la régularité formelle de cette saisine. La Cour considère que « *...la Constitution du 11 décembre 1990 instaure au Bénin un Etat de droit, proclame et consacre les droits de l'Homme et les libertés publiques ; que la liberté d'aller et venir, corollaire de la liberté individuelle, constitue l'un des principaux droits de la personne humaine garantis par la Constitution ; qu'il ne peut y être porté atteinte que par la loi conformément à la Constitution* ».

Il faut préciser qu'aux termes de l'article 122 de la Constitution, tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité. Or, la qualité de citoyen s'entend exclusivement des personnes de nationalité béninoise. Force est de constater que la requête émanait

⁷³ C. Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *RFDC*, n°75, 2008, 3, pp. 551-583.

⁷⁴ A. Sall, S. A. Ndiaye, *Manuel pratique des droits de l'homme*, deuxième édition, presse universitaire de Dakar, 2022, p. 435.

⁷⁵ Voir DCC 96-060 du 26 septembre 1996.

d'une requérante étrangère, qui n'avait pas, suivant la lettre de la disposition précitée, qualité à saisir la juridiction constitutionnelle. C'est donc sous le prisme des droits fondamentaux de la personne humaine que le juge constitutionnel béninois fonde l'extension de sa saisine au requérant « non citoyen ».

Il s'agissait, à l'époque, sans doute, d'un véritable revirement jurisprudentiel, car, jusqu'à cette date, l'extension de la saisine au profit d'un particulier est d'ailleurs difficilement acceptée devant la Cour constitutionnelle du Bénin. La pratique jurisprudentielle en cours à cette époque conduisait naturellement le juge à rejeter la requête pour irrégularité formelle liée au défaut de qualité de la personne requérante. Toutefois, lorsqu'était en cause la violation d'un droit fondamental, le juge pouvait statuer sur le fond, en mobilisant le mécanisme de l'auto-saisine⁷⁶.

⁷⁶ S. M. Ouédraogo, « L'extension de la compétence du juge constitutionnel africain par le biais du droit d'autosaisine », *Politeia*, la revue de l'AFSAIDC, n°3, juin 2013, pp. 387- 412 ; D. Gnamou, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, pp. 687-716 ; E. Sossou Ahouanka, « Le juge constitutionnel et la protection des droits fondamentaux », *RBSJA*, n°15, 2005, pp. 93-129; Pour J. F. Aïvo, "Le millésime de ces mandatures fait la part belle à la démocratie et aux droits fondamentaux" in « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *NCCC*, 2015, n°47,p. 99-112, spéc. p. 100).

Bien que l'élargissement de la saisine des juridictions constitutionnelles soit favorable à certains requérants, la pratique jurisprudentielle révèle qu'il peut également être propice à la consolidation de l'Etat de droit⁷⁷.

2 – Une ouverture propice au libre jeu démocratique

Pour les Etats, la pratique est la meilleure révélatrice du niveau de culture démocratique ainsi que de l'adhésion à la philosophie de l'Etat de droit⁷⁸. Désormais, la nécessité d'intégrer l'Etat de droit à la démocratie devient de plus en plus une exigence dans toute société. En effet, chacun sait que l'association de la démocratie électorale et de l'Etat de droit est déjà en marche en Afrique⁷⁹.

⁷⁷ I. Salami, *La protection de l'état de droit par les cours constitutionnelles africaines: analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, op. cit. ; M. M. Mborantsuo, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, op. cit. ; D. F. Mélédeje, « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, pp. 587 – 605.

⁷⁸ D. F. Mélédeje, « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, p. 596.

⁷⁹ R. Dégni – Ségui, « L'influence de la démocratie libérale dans le monde : le cas de quelques Etats de

Dans cette quête de la démocratie et de la consolidation de l'Etat de droit, l'accès à la juridiction constitutionnelle est une exigence essentielle. Cela montre combien, s'il en était besoin, que le juge constitutionnel est, dans les sociétés modernes, un acteur important du processus démocratique. Ainsi, dans les Etats africains de tradition francophone, l'intervention du juge constitutionnel est cruciale en période électorale où il apparaît comme une garantie de saine compétition électorale.

Au Sénégal, par exemple, c'est à travers la décision rendue en 2022⁸⁰ que le Conseil constitutionnel se montre favorable au libre jeu de compétition électorale, et donc à la promotion de la démocratie. Saisi par requête du 18 mai 2022 par un mandataire de la coalition *Yewwi Askan Wi* aux fins d'« *Annuler la décision n°006062 du 17 mai 2022 prise par le Ministère chargé des élections ; Autoriser le mandataire de la coalition Yewwi Askan Wi à déposer une liste de substitution des candidats ayant sollicité leur retrait* », le Conseil constitutionnel a d'abord procédé à la justification de la recevabilité de la requête en considérant que « ...L'article L. 173 de la loi n° 2017-

12 du 18 janvier 2017 portant Code électoral, qui prévoyait l'interdiction de retirer des candidatures et d'effectuer des substitutions de candidatures, a été abrogé par la loi n°2021-35 du 23 juillet 2021 portant Code électoral». De plus, le Conseil constitutionnel a pris appui sur le terrain de la liberté des candidatures pour marquer son libéralisme en la matière. Les juges indiquent ainsi que l'article 4 de la Constitution consacre la liberté des candidatures en matière électorale. Enfin, il ressort du considérant de principe qu'« ... en l'absence de texte, il appartient au Conseil constitutionnel d'user de son pouvoir d'interprétation pour assurer la mise en œuvre de ce droit fondamental, sans empêcher l'administration d'exercer ses prérogatives légales ».

Le Conseil constitutionnel joue sur des vides juridiques et des incertitudes des textes et son audace semble indiquer qu'il s'ouvre de plus en plus. Force est d'observer que le Conseil pousse sa logique jusqu'à agir au niveau du périmètre de la saisine pour mettre en œuvre son pouvoir d'interprétation. Le Conseil constitutionnel montre qu'il peut prendre

l'espace francophone », in J – P. Vettovaglia, J. Du Bois de Gaudusson, A. Bourgi, C. Desouches, J. Maïla, H. Sada et A. Salifou (édité par), *Prévention des crises et promotion de la paix*. Vol. II.

Démocratie et élections dans l'espace francophone, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 31 et s.

⁸⁰ Conseil constitutionnel du Sénégal, DCC, N° 8 – E-2022 Affaire n°3 –E-22 du 21 mai 2022.

son indépendance⁸¹ et c'est d'ailleurs ce qui lui permet d'intervenir sur le mécanisme de déclenchement de l'action juridictionnelle pour parvenir à exercer son office.

Que peut – on dire de cette intervention du Conseil constitutionnel sénégalais à travers cette extension de la saisine ? Chacun sait que le Conseil constitutionnel est un organe juridictionnel et l'on ne peut plus s'inquiéter parce qu'il peut participer à la construction et surtout à la consolidation de l'Etat de droit.

L'évolution jurisprudentielle du Conseil constitutionnel reste en harmonie avec sa mission de la contribution à l'Etat de droit⁸². Même si l'interprétation ainsi donnée par le Conseil constitutionnel pouvait, de prime abord, apparaître dans la société sénégalaise comme une atteinte à la démocratie, le Conseil constitutionnel du Sénégal cherche à encadrer l'élection législative en faisant en sorte que les candidats participent avec certitude aux règles du jeu de la compétition. A travers cette saisine, on voit sans doute que le

Conseil constitutionnel veut faire prévaloir l'Etat de droit pour permettre la bonne conduite du processus électoral.

Signalons tout de même qu'il n'est pas exclu, en Côte d'Ivoire, en période normale, que le Conseil constitutionnel, puisse, à propos d'une question portant sur un blocage, susceptible de compromettre la mise en œuvre du programme économique du gouvernement, décider de recevoir en la forme une requête émanant du Ministre de l'économie et des finances lors même que ce dernier n'a pas qualité à agir devant le prétoire de ladite juridiction constitutionnelle⁸³.

L'examen de la jurisprudence révèle la volonté des juridictions constitutionnelles de mettre en œuvre une saisine ouverte. Toutefois, les juridictions constitutionnelles demeurent ou demeureront encore longtemps, « ...une institution fragile. Il n'y faut donc toucher qu'avec des "doigts de fées" »⁸⁴. On relèvera d'ailleurs la prégnance grandissante dans la pratique de l'exigence de préservation de la saisine restreinte.

⁸¹ D. F. Méléndje, « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? », *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, p. 598 ; F. Hourquebie, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Cahiers de la justice*, Dalloz, 2012/2 N° 2, pp. 41-61.

⁸² M. M. Mborantsuo, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, op.

cit. ; Salami, *La protection de l'état de droit par les cours constitutionnelles africaines: analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, op.cit.

⁸³ Avis N°CI-2021-144/A/12-07/CC/SG du 12 juillet 2021.

⁸⁴J. Robert, *La garde de la République*, Plon, 2000, p. 215.

II – LA PERSISTANCE DE LA SAISINE RESTREINTE

La pratique jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone en matière de saisine est considérée comme rigoureusement restrictive, bien que ces juridictions exercent leurs compétences telles qu'elles sont prévues par la Constitution⁸⁵. Ce choix révèle les manifestations d'une saisine restreinte (A). En toute logique, il est absolument essentiel de s'intéresser aux remèdes pouvant être apportés à ces restrictions (B) préjudiciables aux requérants.

A – Les manifestations de la restriction

A la lumière de la jurisprudence constitutionnelle dépouillée, la restriction de la saisine des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone est révélatrice d'une véritable politique jurisprudentielle (1) faite de pédagogie à l'égard des requérants

peu familiers de la procédure constitutionnelle. A l'analyse, cependant, on peut relever l'existence d'une jurisprudence politique (2), qui démontre, si besoin en est, que le juge constitutionnel n'a pas suffisamment pris conscience de la dimension protectrice de son office.

1 – La manifestation d'une politique jurisprudentielle

La politique jurisprudentielle s'entend ici d'un certain nombre d'orientations décidées par le juge constitutionnel au sujet de la problématique de sa saisine. La politique jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles en matière de saisine se manifeste par une appréciation restrictive des conditions de recevabilité de la saisine, telles qu'elles sont fixées par la loi.

Cette politique prône à la fois la fermeté et la sévérité dans l'appréciation des conditions de saisine. En ce qui concerne particulièrement la République du Congo, la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle se traduit par une interprétation stricte des conditions de recevabilité de la requête.

⁸⁵ F. Delpéréé, La compétence du juge constitutionnel, in Association tunisienne de droit constitutionnel, table ronde de Tunis sur *La justice*

constitutionnelle (13 - 16 octobre 1993) Tunis, Centre d'études, de recherches et de publication, 1995, p. 73 et s.

A première vue, cette orientation s'inscrit dans une logique de pédagogie, c'est-à-dire la Cour constitutionnelle entend faire prendre conscience aux requérants ou à leurs représentants de la notable différence entre la procédure judiciaire classique et la procédure devant la juridiction constitutionnelle. L'expérience a montré que les requérants n'ont pas toujours une maîtrise parfaite des règles de forme devant la Cour. Cela est particulièrement vrai dans le contentieux électoral où la quasi-totalité des requêtes sont jugées irrecevables pour vices de forme, ce qui a fait dire à un auteur que les requérants font un mauvais usage des règles de procédure en cette matière⁸⁶.

Ainsi, dans une décision rendue en 2017⁸⁷, la Cour constitutionnelle manifeste la restriction de la saisine à travers un défaut de signature émanant du requérant. Une demande introduite auprès de la Cour est signée non pas par le candidat à l'élection législative mais, par son avocat et donc son mandataire. L'éviction des règles de représentation en la matière est caractéristique de cette politique. Cette position rigoureuse de la Cour n'est pas

nouvelle, elle relève d'une pratique constante⁸⁸.

On voit bien que la politique jurisprudentielle restrictive de la saisine est une de ces formules que la juridiction constitutionnelle expose le plus souvent pour poser ses limites en décidant de rechercher la véritable qualité du requérant. Cette interprétation ainsi donnée par la Cour relève de son choix de déclarer irrégulière en la forme une requête dont le requérant n'a pas qualité pour agir.

Si le choix de la sévérité et de la fermeté a le mérite de la pédagogie, il n'en reste pas moins qu'il constitue un obstacle à l'accès au juge. Cette pratique s'éloigne nettement des évolutions contemporaines en matière de saisine et, particulièrement, dans le contentieux administratif où la tendance penche davantage en faveur de l'assouplissement des conditions de saisine. Une distinction est désormais faite entre les vices de forme substantiels entraînant l'irrecevabilité de la requête et les vices non substantiels qui ne sont pas sanctionnables.⁸⁹

Au Niger, dans un arrêt du 14 décembre 2015⁹⁰, la Cour constitutionnelle

⁸⁶E. Adouki, « Du mauvais usage des procédures contentieuses en matière électorale devant la Cour constitutionnelle de la République du Congo », *Palabres actuelles*, n°7- *Les usages du droit en Afrique*, 2017, pp. 291-338.

⁸⁷ Décision N° 026/DCC/EL/17 du 29 septembre 2017.

⁸⁸ Décision N° 9/DCC/SVA 07 du 22 juin 2007.

⁸⁹ Voir dans ce sens : Friendrich C, « Une victoire de l'Etat de droit à la Pyrrhus : les vices de forme et de procédure laissés sur le champ de bataille », *JCP A*, juillet 2018, n°2197 ; Melleray F, « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA*, juin 2018, p.1241.

⁹⁰ L'arrêt N° 001/CC/ME du 14 décembre 2015.

est saisie par le Président du RDP⁹¹ Jama'a pour faire constater que le sieur Mohamed Ben Omar n'est plus député au titre dudit parti et par conséquent prononcer son remplacement par son suppléant. La Cour décide de l'irrégularité de la saisine au motif que la vacance doit être constatée par ladite juridiction sur saisine du bureau de l'Assemblée nationale. Le défaut constaté sur l'identité du requérant paraît regrettable puisque l'auteur de la demande est le Président du parti politique, dont le député est démissionnaire. Pourtant, il est le premier à prendre connaissance de ladite information. Une telle position est également confirmée par la même juridiction dans un autre arrêt du 14 décembre 2015⁹². En effet, la Cour garde une appréciation restrictive à l'égard des députés lui demandant de constater et de procéder au rétablissement du dysfonctionnement des institutions judiciaire et parlementaire.

La Cour constitutionnelle du Niger dans son premier arrêt de 2015 peut pourtant jouer un rôle important au niveau de l'exercice de la saisine. Même si elle n'est pas saisie par un requérant ayant intérêt pour agir, rien n'empêcherait à la juridiction constitutionnelle de recevoir

formellement la requête pour la raison qu'une restriction d'un droit de saisine à l'égard d'un requérant Président du parti politique peut bien porter un préjudice à son parti. Mais la Cour ne saurait, bien entendu, ouvrir un droit de saisine à son égard, c'est être aux antipodes de sa politique jurisprudentielle. Elle doit simplement prononcer la sanction de la saisine à l'égard du requérant qui n'a pas qualité pour saisir l'institution.

Au Sénégal, dans une décision rendue en 1996⁹³, la restriction de la saisine du Conseil constitutionnel se manifeste à travers la conception étroite que cette juridiction se fait de sa compétence. Il ressort que le Conseil a été saisi par le Secrétaire général du RND⁹⁴ sur une décision jugée anticonstitutionnelle par ce parti. Le Conseil a déclaré un défaut portant sur l'identité du requérant. Cette position est sans surprise car le Conseil constitutionnel sénégalais est ferme sur l'identité de l'auteur de la saisine. Un auteur finit même par conclure que « *La conception du juge sénégalais a encore l'inconvénient d'être quelque peu « timorée », « statique », et pas assez « dynamique » [...] En d'autres termes, le verdict rendu était prévisible* »⁹⁵.

⁹¹ Rassemblement pour la démocratie et le progrès.

⁹² L'arrêt N° 002/CC/ME du 14 décembre 2015.

⁹³ Décision N° 22/96 du 23 avril 1996 – Affaire 2C/96.

⁹⁴ Rassemblement National Démocratique.

⁹⁵ A. Sall, « Sénégal, Jurisprudence 1993 -2007 », en ligne, format pdf, pp. 127-129 consulté le 11 novembre 2022.

Les juridictions constitutionnelles n'ont fait que reproduire et appliquer leur politique jurisprudentielle en matière de saisine. Cette orientation jurisprudentielle est, en réalité la manifestation d'une jurisprudence politique.

2 – La manifestation d'une « jurisprudence politique »

Dans son chapitre consacré à « *l'esprit légiste aux Etats-Unis* », Alexis Tocqueville a esquissé cette lutte souterraine mais continue du pouvoir politique et du pouvoir juridique⁹⁶. Léon Duguit écrivait, au début du XXe siècle, qu'« *Il est temps d'en finir avec cette séparation de la politique et du droit, qui depuis trop longtemps est invoquée pour couvrir les tyrannies de tout ordre. La politique peut-être une branche de l'art juridique ; elle n'est pas distincte du droit* »⁹⁷. Le lien entre le droit et la politique est d'ailleurs l'une des données majeures de la justice⁹⁸. Les juridictions constitutionnelles n'échappent pas à l'inféodation de la politique dans l'administration de la justice⁹⁹.

La jurisprudence politique postule pour une approche moins exclusivement positiviste de la jurisprudence constitutionnelle en Afrique. La question de la saisine offre une parfaite illustration des interférences politiques dans la tendance restrictive de la saisine des juridictions constitutionnelles, lesquelles manifestent une jurisprudence politique dans le contentieux électoral dont les points saillants trouvent une illustration au Congo et en Côte d'Ivoire.

Au Congo, dans une décision de 2017¹⁰⁰, la Cour constitutionnelle a été saisie par un candidat demandant la réformation des résultats de l'élection législative dans la deuxième circonscription électorale de Mfilou, l'un des 10 arrondissements de Brazzaville. La Cour cherche à justifier l'irrégularité formelle de la requête au motif que le requérant avait « *lui-même et de façon arbitraire, apposé des timbres sur sa requête* », en lieu et place de l'administration fiscale combien même cette exigence n'est pas prévue par les textes. Une telle solution est également reproduite dans une autre décision rendue

⁹⁶ Cité par L. Cohen – Tanugi, « Chapitre III. Le juridique et le politique », in *Le droit sans l'Etat*, PUF, 2003, p. 91.

⁹⁷ Cité par Th. Perroud, J. Caillosse, J. Chevallier, D. Lochak (dir), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, 570 p.

⁹⁸ A. Sall, « Le juge constitutionnelle et la politique : réflexions sur l'incidence du facteur

politique dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Haye », *Nouvelles Annales Africaines*, 2012, pp. 163 et s.

⁹⁹ P. Massina, « Le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit », *op. cit.*, PP. 641-670.

¹⁰⁰ Cour constitutionnelle du Congo, Décision 019 /DCC/EL/L/17 du 29 septembre 2017.

en 2017¹⁰¹. L'exigence de fermeté et de sévérité dont fait preuve la Cour constitutionnelle est très surprenante au regard de sa motivation. Dans cette décision, en effet, la Cour s'attarde sur une argumentation qui ne cherche en réalité qu'à empêcher l'accès du requérant au prétoire de la juridiction constitutionnelle ; la Cour manifestant son refus d'épuiser sa compétence au profit sans doute du pouvoir politique, au regard de la sensibilité du contentieux électoral qui révèle parfois, et même assez souvent, la fragilité et la vulnérabilité de la justice constitutionnelle¹⁰². Ainsi, sur ce registre du contentieux politique, « *La jurisprudence constitutionnelle est devenue (...) de plus en plus exigeante vis-à-vis des requérants, qu'il s'agisse de faire la preuve de leur qualité ou de justifier leurs allégations* »¹⁰³.

En Côte d'Ivoire, dans une décision du 24 novembre 2016¹⁰⁴, le Conseil constitutionnel est saisi d'un recours en contestation des candidatures aux élections législatives dans la circonscription électorale n° 064 de Sago et Dakpadou. Pour déclarer la requête irrégulière, le Conseil constate que celle – ci est datée du

18 novembre 2016 et enregistrée le 22 novembre 2016, donc avant que la Commission électorale n'ait publié la liste des candidatures. En conséquence, le Conseil, appréciant strictement le délai de recours, insiste sur le défaut de délai et qualifie donc la saisine d'irrégulière. Force est de constater qu'une telle solution est également observée au Bénin¹⁰⁵.

Au total, l'attachement des juridictions constitutionnelles africaines aux prescriptions formelles parfois insignifiantes de leur saisine, au détriment des intérêts des requérants, laisse place à la suspicion sur les influences politiques de leur office. De telles restrictions peuvent s'avérer anachroniques au regard de l'évolution des contentieux juridictionnels, laquelle privilégie l'accès à la juridiction, y compris lorsque la requête comporte quelques irrégularités non substantielles. C'est sur cette voie qu'il faut indiquer les remèdes à une telle politique restrictive.

B – les remèdes à la restriction

¹⁰¹ Cour constitutionnelle du Congo, Décision 024 /DCC/EL/L/17 du 29 septembre 2017.

¹⁰² G. Conac, « Le juge constitutionnel en Afrique. Censeur ou pédagogue ? » in G. Conac, (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome II, *La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, p. VII.

¹⁰³ D. – F. Méléddje, « *Le contentieux électoral en Afrique* », Pouvoirs n°129, *la démocratie en Afrique*, 2009, p. 148.

¹⁰⁴ Décision N° CI – 2016 – EL - 178/24 -11/CC/SG du jeudi 24 novembre 2016.

¹⁰⁵ Décision EL 11 – 012 du 09 juin 2011.

La politique restrictive en matière de saisine des juridictions constitutionnelles en Afrique n'est pas une fatalité. A cet égard, et sur le plan de l'analyse prospective, les enseignements tirés des autres contentieux juridictionnels s'avèrent enrichissants dans la perspective d'amélioration de l'accès à la juridiction constitutionnelle. C'est pourquoi les remèdes à la tendance restrictive de la juridiction constitutionnelle en matière de saisine sont à rechercher dans deux directions : les uns sont propres au contentieux constitutionnel (1), les autres communs aux différents contentieux (2).

1 - Les remèdes propres au contentieux constitutionnel

Compte tenu des difficultés semblables d'accès devant le prétoire des juridictions constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone, il convient d'envisager les remèdes qui peuvent se concevoir selon deux possibilités : par l'auto-saisine¹⁰⁶ des juridictions constitutionnelles ou par une *actio popularis*.

L'auto-saisine vise à assurer le respect de droits subjectifs. En effet, elle « ...permet au juge - spontanément – de créer de toutes pièces le procès »¹⁰⁷. La réparation par l'auto-saisine « ... conduit le juge constitutionnel, indépendamment de toute demande, à porter proprio motu son attention sur une difficulté constitutionnelle »¹⁰⁸.

En pratique, cette possibilité prend la forme d'une procédure de

¹⁰⁶ S. M. Ouédraogo, « L'extension de la compétence du juge constitutionnel africain par le biais du droit d'autosaisine », *op. cit.* ; D. Gnamou, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*

¹⁰⁷ T. Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevées d'office, op. cit.*, p. 70. Au Bénin, l'auto-saisine est prévue à l'article 25 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle que celle – ci peut « s'auto saisir » lorsqu'elle « constate qu'une de ses décisions est entachée d'une erreur matérielle ». La Cour constitutionnelle a donc la possibilité de corriger elle-même cette erreur et de procéder à toutes modifications jugées nécessaires. Voir également G. Badet, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Benin*, pp. 222 et s, disponible

en ligne : [http //www. La constitution –en –afrique. org/](http://www.Laconstitution-en-afrique.org/).

¹⁰⁸G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé – Une introduction critique au droit processuel constitutionnel, op. cit.*, p.975.Soulignons qu'en France, dès 1970, le président Valéry Giscard d'Estaing sur proposition du président du Conseil constitutionnel a tenté d'introduire l'auto-saisine du Conseil constitutionnel à propos des lois « qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques, garanties par la Constitution ». Devant la réticence des parlementaires, cette idée fut rejetée. Voir : D. Maus et A. Roux (Sous la direction de), *Colloque et publication en hommage à L. Favoreu, 30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, collection droit public positif, éd. Economica, 2006, pp. 7-13 et suivantes ; H. Roussillon, « La saisine du conseil constitutionnel. Contribution à un débat », *op. cit.*, p. 494.

déclenchement de l'action juridictionnelle au profit des justiciables pour mettre en cause toute atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques, ce qui paraît impossible par le truchement formel. S'agissant donc de la restriction du droit d'accès à un tribunal, la conséquence normale du constat qui en est fait devrait être que les juridictions constitutionnelles mettent en œuvre leur pouvoir d'interprétation favorable à une évolution jurisprudentielle.

Dans le cadre de la protection d'un Etat de droit, la formule de réparation par auto-saisine a été utilisée par certains Etats comme le Guatemala. En effet, le 25 mai 1993, le Président de la République avait suspendu par décret certaines dispositions constitutionnelles et prononcé par la suite la dissolution du parlement, de la Cour suprême et de la Cour constitutionnelle. Des membres de la juridiction constitutionnelle s'étaient réunis et avaient annulé ce décret. Après s'être opposé à cette décision, le Président de la République avait refusé de la publier. A l'issue de la crise politique qui a entraîné le

départ en exil du Président de la République, le juge constitutionnel, craignant l'instabilité politique, s'était auto-saisi¹⁰⁹ pour défendre l'ordre constitutionnel. Une telle démarche est louable au regard de l'idéal d'édification de l'Etat de droit¹¹⁰ en Afrique noire francophone.

Au Sénégal, la juridiction constitutionnelle, saisie par son président nommé à un autre poste, d'un avis tendant à mettre fin à ses fonctions, adopte la même démarche dans une décision du 5 novembre 2002¹¹¹. Cet avis est atypique compte tenu de la qualité du requérant. Ainsi, « *A la lumière de ces considérations, l'on ne peut s'empêcher de se poser la question suivante à propos de cette décision du 5 novembre 2002 : le président du Conseil et ses collègues n'ont-ils pas pêché par excès de formalisme ? La réponse doit être positive au regard du précédent du départ du juge Kéba M'Baye qui s'était fait dans la plus grande simplicité. Mais, elle doit être négative si cela contribue à renforcer leur indépendance, leur autorité et leur prestige* »¹¹².

¹⁰⁹ A. Martin, « L'indépendance de la justice constitutionnelle en Amérique latine », in *Le glaive et la balance. Droits de l'homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 151– 190.

¹¹⁰ M. M. Mborantsuo, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, op. cit. ; I. Salami, *La protection de l'état de droit par*

les cours constitutionnelles africaines : analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais, op. cit.

¹¹¹ Décision N°89 – Affaire n°4 /2002 du 5 novembre 2002.

¹¹² Voir l'observation faite par I. M. Fall, « Sénégal, Jurisprudence 1993 -2007 », en ligne, format pdf, p. 369.

La réparation par auto-saisine des juridictions constitutionnelles n'est toujours pas envisageable. Force est alors de se tourner vers un autre mode de réparation, en l'occurrence, « *l'actio popularis* ». En effet, « *l'action populaire dispense de prouver le moindre intérêt circonstancié. Elle s'en distingue en ce qu'elle ne bénéficie pas à un acteur ou une clause d'acteurs définis, mais indifféremment à l'ensemble des individus et des groupes, ainsi susceptibles d'intenter un recours principal et abstrait de manière très libre. Elle peut être comprise comme un avatar juridictionnalisé du contrôle populaire de constitutionnalité* »¹¹³.

Bien qu'il eût craint de recommander la solution par *actio popularis* dès 1928, Hans Kelsen avait eu l'immense mérite de révéler que « *La plus forte garantie consisterait certainement à autoriser une actio popularis : le tribunal serait tenu de procéder à l'examen de la régularité des actes soumis à sa juridiction, et en particulier des lois et des règlements, à la demande de quiconque. C'est incontestablement de cette façon que*

l'intérêt politique qu'il y a à l'élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale »¹¹⁴. Il va sans dire que l'action populaire a pour conséquence positive d'accroître la confiance des citoyens à l'égard des juridictions constitutionnelles.

Aujourd'hui, cette action est intentée par toute personne au nom d'une communauté et, à titre obligatoire, par le ministère public et le Défenseur du peuple, lorsqu'ils ont connaissance de ces textes dans l'exercice de leurs fonctions. Elle peut être aussi intentée pendant une certaine durée de la violation aux droits et intérêts collectifs. Pour déclencher l'action juridictionnelle, il ne sera pas nécessaire d'épuiser les voies judiciaires ou administratives¹¹⁵. La pratique révèle que ce procédé a finalement été constitutionnalisé par certains Etats, à l'instar du Bénin, du Venezuela, du Kenya et du Brésil.

S'engageant dans cette voie, la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême de justice du Venezuela a précisé, dans une sentence du 22 septembre 2000¹¹⁶, que « *Tout individu doté de*

¹¹³ G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé - Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, op. cit., p. 998.

¹¹⁴ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », op. cit., p. 245.

¹¹⁵ G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé - Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, op. cit., p. 1000.

¹¹⁶ Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême de justice du Venezuela, Sentence n°1077 du 22 septembre 2000 ; voir également Sentence n°37 du 27 janvier 2004.

*capacité processuelle a un intérêt processuel et juridique à l'intenter, sans qu'il soit besoin d'un fait historique spécifique qui porte atteinte à la sphère juridique privée du demandeur [de sorte que ce demandeur apparaîtrait comme un] gardien de la constitutionnalité, cela lui donnant intérêt à agir, qu'il ait subi ou non un dommage résultant de l'inconstitutionnalité d'une loi ». Au Bénin, par l'*actio popularis*, le citoyen béninois affirme qu'il est « la pierre angulaire de la justice constitutionnelle »¹¹⁷. Rien ne peut donc faire hésiter la jurisprudence constitutionnelle des autres Etats à se prévaloir de cette réparation par *actio popularis* pour l'intérêt des justiciables. Aussi, « la saisine populaire traduit une popularisation du droit constitutionnel en général »¹¹⁸.*

Les remèdes propres des juridictions constitutionnelles doivent se côtoyer avec les remèdes relevant du droit processuel commun.

2 – Les remèdes communs aux différentes procédures

¹¹⁷ Th. Holo, « Le citoyen : pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », in *citoyen et la justice constitutionnelle*, Actes du 6^{ème} congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), Marrakech, juillet 2012, sur <http://wwwaccpuf.org>, pp. 61 – 66.

¹¹⁸H. Akérékoro, « La gestion au constitutionnel des crises parlementaires au Bénin », in *Mélanges*

Il est indéniable qu'aujourd'hui les juridictions constitutionnelles, dans les Etats d'Afrique noire francophone, se caractérisent par une tendance allant dans le sens de la reconnaissance d'un droit commun de la procédure¹¹⁹. La consécration d'un formalisme procédural inhérent à toute procédure devrait présenter un caractère original et constituer une exigence de qualité qui améliorerait l'accès devant les juridictions constitutionnelles. En d'autres termes, les règles communes aux différentes procédures pourraient combler les lacunes des procédures au niveau des différentes juridictions constitutionnelles. C'est la pratique jurisprudentielle qui devrait parvenir à réaliser une telle ambition en procédant aux revirements indispensables destinés à promouvoir le droit au procès équitable¹²⁰.

La saisine devant les juridictions constitutionnelles ne peut être en reste ; malgré les obstacles rendant non effectifs l'accès aux juridictions constitutionnelles, la simplification et la modernisation des procédures s'imposent. Ainsi, ces

en l'honneur du professeur Koffi Ahadzi-Nonou, L'Etat inachevé, op. cit., p. 456.

¹¹⁹ W. Baaranès, M – A. Frison – Roche, J – H. Robert, « Le droit processuel », Rec. Dalloz Sirey, 1993, 2^{ème} Cahier – Chronique, p. 11.

¹²⁰ L. Cadiet, J. Normand, S. A. Mekki, *Théorie générale du procès*, 3^e édition mise à jour, 2020, p. 1.

juridictions constitutionnelles devraient manifester une indifférence procédurale à l'égard de la qualité du requérant et adapter un encadrement du délai de saisine.

Les pratiques jurisprudentielles qui précèdent ont montré qu'il existe de nombreuses restrictions à la qualité du requérant. A titre de rappel, on peut noter que la Cour constitutionnelle du Congo a précisé sa jurisprudence dans la décision du 29 septembre 2017 précitée, et a fait une interprétation restrictive liée à l'existence de la signature de l'avocat, mandataire du requérant. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle du Bénin, à travers une décision du 25 septembre 2018, a retenu une interprétation stricte en considérant que « *...la requête doit émaner du requérant et être signée de lui et non d'un tiers, car l'assistance n'est pas assimilable à la représentation de sorte qu'une requête qui ne comporte pas la signature du requérant lui – même est irrecevable ; qu'en l'espèce, la requête de Maître Victorien Olatoundji Fade n'est pas revêtue de la signature de ses clients* »¹²¹. Or, la Cour peut infléchir sa jurisprudence

en respectant le contrat de mandat dont le régime obéit aux dispositions de droit commun et aux règles de procédure civile¹²². La conséquence logique devrait être d'accepter que l'action juridictionnelle et les actes de la procédure soient accomplis par l'avocat mandataire.

Force est alors de se tourner vers la théorie générale du procès¹²³ dans laquelle la représentation en justice permet d'améliorer la qualité des requêtes. Ainsi, la Cour constitutionnelle peut, par sa volonté, trouver un juste équilibre entre la bonne administration de la justice et l'obligation de respecter les droits fondamentaux¹²⁴.

Il faut également ajouter que la qualité de citoyen ne doit pas être enfermée dans des critères d'exigence. La pratique jurisprudentielle devrait rechercher la qualité juridique d'une personne physique ou morale sans aucune exigence de nationalité. Ce qui signifie que tout citoyen devrait accéder au prétoire de la juridiction constitutionnelle pour dénoncer la violation des droits fondamentaux¹²⁵.

¹²¹Décision DCC 18 – 188 du 25 septembre 2018

¹²² Code civil, articles 1153 - 1161 du nouveau code civil et pour le Code de procédure civile : article 411 - 420.

¹²³¹²³L. Cadiet, J. Normand, S. A. Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., 953 p.

¹²⁴ *Idem.* p. 534.

¹²⁵ Parmi les Etats faisant objet de notre étude, seul le Bénin, dans ses dispositions constitutionnelles

(articles 3, 39, et 122) reconnaît la saisine à tout citoyen y compris les étrangers. Voir DCC 96 – 060 du 26 septembre 1996, DCC 97-045 du 13 août 1997. J. Djogbénu finit par conclure que « *Chaque citoyen est constitué "procureur de la Constitution" et est fondé à la protéger* », in « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in *Mélange en l'honneur de R. Dossou, Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 528.

De plus, l'adaptation d'un encadrement du délai de saisine permettrait aux juridictions constitutionnelles de participer à l'accomplissement des actes et des formalités de la procédure dont l'objectif est d'assurer le respect des droits de la défense et de garantir la sécurité juridique. En effet, les différents types de requêtes devant le prétoire des juridictions constitutionnelles sont soumis à une variabilité des délais. L'encadrement de ceux-ci ne peut se réaliser véritablement que par le pouvoir exprimé par les juridictions constitutionnelles en procédant à la prise en compte du délai raisonnable.

Le pouvoir des juridictions constitutionnelles peut également permettre de prolonger le délai de saisine qui jouerait pleinement au profit du justiciable incapable de le respecter pour des raisons indépendantes de sa volonté ou pour d'autres motifs impératifs. En effet, en matière de protection des droits et libertés fondamentaux « *La négligence du demandeur qui se désintéresse de son recours à la justice constitutionnelle ne devrait pas atteindre l'efficacité du déroulement de l'instance. L'absence de délai paraît ainsi justifiée et, a contrario, la perpétuité du recours devant la*

juridiction constitutionnelle, lorsque ce recours n'est pas préventif »¹²⁶. Ainsi, on peut dire que l'encadrement du délai de saisine concourt à l'effectivité du droit d'accès à la juridiction constitutionnelle.

CONCLUSION

L'étude de la saisine des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone permet de dresser un constat, celui de l'ambiguïté d'une combinaison de diverses voies d'accès aux juridictions constitutionnelles qui engendre la complexité du déclenchement de l'action juridictionnelle. La saisine des juridictions constitutionnelles est une question complexe, aux multiples visages. Elle est plus que jamais difficile à réaliser. Et pourtant, « *La justice constitutionnelle ...doit son prestige à son accessibilité* »¹²⁷.

Toutefois, au terme de cette réflexion, il semble s'établir que les juridictions constitutionnelles en quête d'effectivité de la saisine se libèrent des contraintes procédurales. Cette pratique jurisprudentielle est novatrice dans la mesure où l'audace, l'indépendance et l'impartialité de celle-ci s'affirment en

¹²⁶J. Djogbénu, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in *Mélange en l'honneur de R. Dossou, Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 529.

¹²⁷ A. Sall, S. A. Ndiaye, *Manuel pratique des droits de l'homme*, deuxième édition, presse universitaire de Dakar, 2022, p. 435.

situation de crise et en période normale. La jurisprudence constitutionnelle des Etats d'Afrique noire francophone contribue, avec bonheur, à la modernisation et à la simplification des modalités d'accès à leur prétoire. On assiste alors à une immense influence des juridictions constitutionnelles dans l'interprétation extensive des Constitutions et des lois organiques à travers leur jurisprudence. Faut-il s'en étonner d'autant que la simplification procédurale conduit inéluctablement à faciliter l'accès au prétoire des juridictions constitutionnelles?

En tout état de cause, il paraît difficile d'imaginer encore la persistance de la saisine restreinte des juridictions constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone. Cette approche n'établit pas la preuve de l'évolution de la jurisprudentielle constitutionnelle. Il faut donc rechercher des remèdes à la saisine restreinte pour l'effectivité de l'usage de la saisine des juridictions constitutionnelles. La valorisation d'un véritable droit processuel constitutionnel sur les terres du droit de la Constitution et de la construction des Etats¹²⁸ trouve dans la saisine son équilibre. C'est peut-être par la pratique jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles que se réaliserait la

revitalisation de la saisine si conservée avec tant de préjugés : la démocratie procédurale demeure l'ultime moyen permettant de favoriser l'effectivité du déclenchement de l'action juridictionnelle.

¹²⁸ J. Djogbéno, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », *op. cit.*, p. 531.

DROIT D'ASILE ET GESTION DES FLUX MIGRATOIRES AU NIGER : LE PROBLEME DE GESTION DE FLUX MIGRATOIRE PEUT-IL ETRE SOLUBLE DANS LE DROIT D'ASILE AU NIGER ?

SANI Abdoukarim

Docteur en Droit public,

*Enseignant chercheur à la Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion
Université Djibo Hamani de Tahoua (Niger)*

INTRODUCTION

Depuis la fin de l'année 2015, le Niger est devenu « ...un pays de transit où les migrants désormais s'installent »¹. On peut également ajouté que c'est un pays qui accueille des milliers des réfugiés en provenance du Mali, du Nigéria et de la Lybie, pays secoués par les tensions armées. Ces deux constats permettent de mettre en exergue la place du Niger dans ce qu'on appelle, souvent de façon exagérée, « la crise migratoire » au niveau mondial.

En effet, la migration définie comme « Déplacement d'une personne ou d'un groupe de personnes, soit entre pays, soit dans un pays entre deux lieux situés sur son territoire. La notion de migration englobe tous les types de mouvements de population impliquant un changement du lieu de résidence habituelle, quelles que soient leur cause, leur composition, leur

durée, incluant ainsi notamment les mouvements

des réfugiés, des personnes déplacées, des migrants économiques et des personnes se déplaçant pour d'autres motifs, y compris le regroupement familial »², s'est accentuée ces dix dernières années au plan mondial. Les chiffres récents montrent une progression presque du simple au double, le nombre global de migrants internationaux passant de 150 millions en 2000 à 272 millions en 2020, et de 14 millions à 25,9 millions pour les réfugiés³. Les raisons qui poussent à ces déplacements hors ou dans les frontières d'un même Etat, sont très diverses. Il peut s'agir de la recherche d'un mieux-être pour soi ou sa famille : travail, regroupement familiale et études, ou de la fuite des situations malheureuses et tragiques telles que les conflits, les

¹ C'est le titre de l'émission Grand Reportage sur le Radio France Internationale (RFI), publiée le 19/03/2020 sur site rfi.fr/podcast/20200319

² République du Niger, Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité publique, de la Décentralisation et des Affaires coutumières et religieuses, *Politique*

Nationale de la Migration, 2020-2035, mise à jour de novembre 2020, p. vii, définition reprise de Glossaire de la migration OIM, 2007.

³ OIM, Rapport Etat de la migration dans le monde, 2020, p.11.

persécutions et les catastrophes. Le point d'orgue a été atteint en 2015 et 2016 mettant ainsi « l'humanité au pied du mur »⁴. La médiatisation du phénomène des déplacés traversant la méditerranée pour rejoindre l'Europe, présenté comme une invasion mais aussi accompagné de drame avec des pertes en vie humaines⁵, a poussé à la recherche d'une réponse internationale *via* l'instauration d'une gouvernance globale de la question migratoire.

L'approche humanitaire traditionnelle portée par le droit international des droits de l'homme⁶, et celui des réfugiés axée sur le non refoulement, la non-discrimination et la protection, sans être remise en cause doit être complétée et renforcée afin d'avoir un système efficace à même de résoudre le problème. Déjà, les débuts des années 2000 ont vu naître des nouvelles

politiques visant, tout en protégeant le migrant irrégulier, à réprimer les trafiquants d'êtres humains dont les migrants. Le support juridique de cette politique est la Convention sur la criminalité transnationale organisée et ses deux Protocoles additionnels, l'un visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes et l'autre à lutter contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air⁷. Entrée en application le 29 septembre 2003, la Convention fixe les orientations générales visant à renforcer la coopération entre les États de manière à lutter contre la criminalité transnationale organisée. Le premier protocole, entré en vigueur le 25 décembre 2003, définit la traite des personnes et a pour champ, la prévention, les enquêtes et les poursuites des infractions transnationales commises par des groupes criminels organisés. Il vise

⁴ Vincent Bernard, « Migration et Déplacement : l'humanité au pied du mur », in *Revue Internationale de la Croix Rouge*, Volume 99 Sélection française 2017/1 p.14.

⁵ Entre 2014 et 2016, l'Europe est la destination la plus dangereuse du monde. Les nombres de morts en méditerranée étaient les suivants : 3072 en 2014, 3700 en 2015 et 5000 en 2016. Voir, RODIER (C.), « Le faux semblant des hotspots », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 13 | 2017, mis en ligne le 08 novembre 2017, pp. 2 et suivants, URL : <http://revdh.revues.org/3375>

⁶ LOCHAK (D), « *Les étrangers et les droits de l'homme* », in *Mélanges à Robert Édouard CHARLIER*, Paris, l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 615 ; ZEROUALI (M.) et JANATI-IDRISSI (A), *Droit international des droits de l'Homme : instruments, mécanismes et procédures*, Oujda, Hilal, 2005, Decaux (E.), « *Droits des travailleurs migrants et droit international des*

droits de l'Homme », *Migrations Société*, vol. 117-118, no. 3, 2008, p. 185 ; DECAUX (E.) et BIENVENU (N.), *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2016 ; FELLER Erika et al, dir. *La protection des réfugiés en Droit international*, Larcier 2008, ALLAND Denis, « Le dispositif international du droit d'asile », In, *Droit d'Asile et des réfugiés*, Colloque SFDI à Caen, Paris-Pédone, 1997 ; CASTILLO MAROIS Justine, *Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : étude du point de vue de la France*, Thèse en droit, Université de Bordeaux, 2016 ; HAMADOU Abdoulaye, *La gestion des flux migratoires au Niger entre engagements et contraintes*, in, *Revue des droits de l'homme*, 14 | 2018, Varia, Édition électronique.

⁷ Résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000.

également, la protection et l'assistance aux victimes. Quant au second protocole, entré en vigueur le 28 janvier 2004, il définit le trafic de migrant et a pour objet : combattre le trafic illicite de migrants, promouvoir la coopération entre les États Parties, tout en protégeant les droits des migrants qui font l'objet d'un tel trafic.

Mais, la « crise migratoire » aux portes des États riches, a imposé la nécessité de trouver une solution concertée au plan mondial ciblée cette fois sur les personnes en déplacement. C'est à cet effet, que le premier sommet des chefs d'État et de gouvernement sur les mouvements massifs de réfugiés et de migrants, appelé Réunion de haut niveau des Nations Unies sur la gestion des mouvements massifs de réfugiés et de migrants a été sanctionné par une déclaration dite de New York⁸, adoptée le 19 septembre 2016 par l'Assemblée générale des Nations Unies à l'unanimité des 193 États membres. La Déclaration reconnaît que les États ont « la responsabilité partagée [...] de gérer les déplacements massifs de réfugiés et de migrants avec humanité, sensibilité et compassion [...] en veillant à répondre aux besoins de chacun, et qu'il y a lieu d'employer à cette fin la coopération internationale, étant entendu qu'il existe

divers moyens et ressources pour riposter »⁹. A ce titre, l'AG/NU a décidé d'engager un processus de négociation en vue d'adopter un « pacte mondial pour les migrations sûres, ordonnées et régulières » et un « Pacte mondial sur les réfugiés ». Le premier a été adopté par la conférence internationale chargée d'adopter le Pacte mondial sur la migration et approuvée par l'AG/NU en décembre 2018, à la même date, le second a été adopté par la 73^e session de l'AG/NU. Le Pacte sur la migration a comme vision « une meilleure coopération entre les États pour améliorer la gouvernance des migrations internationales »¹⁰, tout en réaffirmant « le droit souverain des États de définir leurs politiques migratoires nationales et leur droit de gérer les migrations relevant de leur compétence, dans le respect du droit international »¹¹. Au cœur du Pacte sur les réfugiés, se trouve la problématique du « partage de la charge » ou du « partage des responsabilités » entre les États à propos de la protection de réfugiés. A cet effet, les objectifs poursuivis par ce dernier, sont : « alléger la pression sur les pays d'accueil, renforcer l'autonomie des réfugiés, élargir l'accès aux solutions dans des pays tiers et favoriser les conditions

⁸ A/RES/71/1 AG

⁹ Assemblée générale des Nations Unies, 2016.

¹⁰ Para. 115.

¹¹ Ibid., para.115.

d'un retour dans les pays d'origine en sécurité et dans la dignité »¹².

Cependant, parallèlement à toutes ces initiatives, les pays occidentaux riches, l'Union européenne et ses Etats membres notamment, continuent, d'une part, à durcir les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur leurs territoires¹³, à réprimer « la migration irrégulière »¹⁴, et à mettre le droit d'asile au service des politiques de contrôle des flux migratoires en instaurant une pratique de sélection des profils de demandeurs d'asile¹⁵. D'autre part, à externaliser la gestion des flux migratoires et des demandes d'asile, influençant ainsi les politiques migratoires des Etats du sud¹⁶.

Pourtant, « la crise mondiale des réfugiés est, pour l'essentiel, une crise qui affecte les pays du sud. Environ 84% des réfugiés

sont accueillis dans des pays en développement et non dans les pays du nord »¹⁷. En effet, si on prend l'exemple de l'Afrique, en 2019, plus de 21 millions d'africains qui vivent hors de leurs pays, sont dans d'autres pays du continent, contre 19 millions qui vivent hors Afrique¹⁸. Aussi, en 2021, sur les 94.663.734 personnes relevant de la compétence du HCR, 19.164.667 sont en Afrique de l'Est, Corne de l'Afrique et Grands lacs, 8.438.318 en Afrique australe et 10.659.935 en Afrique de l'Ouest et du centre, alors que seulement 12.097.566 sont en Europe¹⁹.

Tout en adhérant aux politiques mondiales relatives à la migration, les Etats africains ont adopté des instruments juridiques et politiques adaptés à leurs situations spécifiques et visant à réguler les

¹² Pacte mondial sur les réfugiés, projet final au 26 juin 2018, p.3

¹³ Voir : Idil Atak, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains : une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011; Olivier Delas, « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne? » dans Mitch Robinson et al, *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international et des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux.*, Paris, Éditions Pedone, 2017.

¹⁴ Salvatore PALIDDA, « La criminalisation des migrants », (1999) 129-1 Actes de la recherche en sciences sociales 39-49, 43 ; Roberto Angrisani. *L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières*. Droit. Université de Bordeaux; Université Laval (Québec, Canada). Faculté de

droit, 2020. Français. ffNNT : 2020BORD0318ff. fftel03145185f

¹⁵ Catherine WITHOL De WENDEN, « quelle coopération face aux défis posés par les flux migratoire ? », in, *La coopération, enjeu essentiel du droit des réfugiés*, s d A-M Tournepiche, Paris, Pedone, 2015, pp. 75-87 ; CICR, Note sur la migration et le principe de non-refoulement, in, in Revue Internationale de la Croix Rouge, Volume 99 Sélection française 2017/1, pp. 179-192.

¹⁶ Rodier Claire, « Externaliser la demande d'asile », GISTI, *Plein droit*, 2015/2 n° 105, p 10-13 ; Tabaud, Anne-Lise, *Comment la migration s'est invitée dans la coopération de l'Union européenne avec les pays africains*, www.eu-logos.org, 27 janvier 2021

¹⁷ Entretien avec Filippo Grandi, Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, in, Revue Internationale de la Croix Rouge, Volume 99 Sélection française 2017/1, p. 26.

¹⁸ OIM, État de la migration dans le monde, 2020, p. 60.

¹⁹ UNHCR, Rapport global 2021, p. 10.

déplacements sur le continent²⁰. Le premier élément, est la Convention de l'Unité africaine, qui en prolongeant la convention de Genève de 1951, est son « complément régional efficace »²¹. « Cela est particulièrement visible en ce qui concerne le principe de la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans discrimination, la définition des réfugiés et l'expulsion et le non refoulement des réfugiés »²². D'autres initiatives plus récentes peuvent être signalées notamment l'Agenda 2063 de l'Union Africaine adoptée en janvier 2015, le cadre révisé de la politique de migration pour l'Afrique adopté par l'UA en 2016 et l'instauration de la Zone de Libre Echange Continentale Africaine en 2018.

Au niveau sous régional Ouest africain auquel appartient le Niger, la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)²³ et l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)²⁴ se présentent

comme des espaces d'intégration²⁵ pour la production et la mise en œuvre des outils et mécanismes sur la libre circulation des personnes et des biens, la transhumance, la migration, le commerce transfrontalier, le développement des zones transfrontalières et la coopération transfrontalière²⁶. Ces questions constituent des enjeux importants pour le Niger au vue de sa position géographique au sein de cet ensemble intégré.

Le Niger, est un Etat en position charnière entre l'Afrique subsaharienne et le Maghreb. Avec une superficie de 1 267 000 km², et les trois quarts occupés par le désert du Sahara, il est frontalier à l'Ouest du Mali et du Burkina Faso, au sud du Nigéria et du Bénin, à l'Est du Tchad, au nord de l'Algérie et de la Libye, ce qui le place dans la bande Sud du Sahara et au cœur du Sahel ouest-africains. Le Niger est aussi frontalier de « deux corridors de

²⁰ DEGNI-SEGUI, René. L'action des institutions africaines en matière de réfugiés. In : *Droit d'asile et des réfugiés*. Colloque de la SFDI à Caen. Paris : Pedone, 1997. 379 p., p. 229-251.

²¹ Convention de l'Unité africaine régissant les aspects propres au problème des réfugiés en Afrique, 10 septembre 1969, article 8 – Collaboration avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, para. 2 : « 2. La présente Convention constituera pour l'Afrique, le complément régional efficace de la Convention de 1951 des Nations Unies sur le statut des réfugiés ».

²² CASTILLO MAROIS Justine, Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative

au statut des réfugiés : étude du point de vue de la France, Thèse en droit, Université de Bordeaux, 2016, p. 318.

²³ Traité d'Abuja du 28 mai 1975 instituant la CEDEAO.

²⁴ Traité créant l'UEMOA signé le 10 janvier 1994 à Dakar.

²⁵ Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest-africain*, Ouagadougou, PADEG, 2008.

²⁶ SOUWEMA Kassem Salam, « L'intégration régionale par le prisme de la frontière étatique : cas de l'Afrique de l'ouest », In Revue « Afrilex-Droits- d'Afrique, Février 2020

conflits »²⁷ que sont le nord Mali et le nord-Est du Nigéria et la Libye²⁸. C'est un Etat géostratégique. Cette position, ajoutée à la longueur des frontières (5834 km), et le déficit de leur contrôle comme de certaines parties du territoire²⁹, fait du Niger un terrain particulièrement propice aux passages des migrants et aux divers trafics.

Le Niger « un pays à la fois de transit pour des milliers de candidats à la migration, et dans une certaine mesure un pays de destination, et une voie de retour aux caractéristiques multiples. Les conflits et autres crises sécuritaires qui sévissent dans la région ont fait du Niger un pays de destination pour de nombreux réfugiés et demandeurs d'asiles et réfugiés »³⁰.

Cependant, jusqu'en 2015, il était un pays essentiellement de transit³¹, et était devenu d'accueil de réfugiés suites aux conflits au nord Mali et au nord Est du Nigéria³². L'arsenal juridique était constitué d'une part, de l'ordonnance n°81-40 du 29 octobre 1980 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Niger et son texte d'application, le décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987 réglementant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers au Niger et les Conventions bilatérales entre le Niger et certains pays voisins ou amis en matière de libre circulation des personnes, en conformité avec le droit communautaire³³ et la Constitution³⁴. D'autre part, de la Loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés au Niger, et son texte

²⁷ Nations Unis, Commission économique pour l'Afrique, Les conflits dans la région du sahel et leurs conséquences sur le développement, 2017, p.14.

²⁸ Ibid., p.14.

²⁹Voir : Communautés transfrontalières au sahel. Enjeux économiques et défis sécuritaires : études de cas des communautés de Makalondi (Niger-Burkina Faso) et Yassane (Niger-Mali), OIM Niger-2016 ; Projet de renforcement de la sécurité aux frontières dans la région de Diffa (SEDINI) : étude des flux sur les frontières Niger-Nigéria et Niger-Tchad dans la région de Diffa. OIM Niger-2016.

³⁰ République du Niger, Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité publique, de la Décentralisation et des Affaires coutumières et religieuses, Politique Nationale de la Migration, 2020-2035, mise à jour de novembre 2020, p.9. selon le même document, « Il est ressorti des statistiques disponibles, qu'à la date du 31 août 2018, on dénombre 149.471 déplacés internes, 25.799 demandeurs d'asile, 177.333 réfugiés, 14.546 retournés, 33.695 rapatriés (DGECM/R, OIM, HCR), ce qui

traduit l'ampleur de ces types de flux migratoires au cours de ces dernières années ».

³¹ Voir, Migration au Niger, Profil nationale, 2009, préparé pour l'OIM par Issaka Maga Hamidou ; 123. 886 personnes ont transité par le Niger en 2012. Cf. INS-Niger, Rapport sur les migrations, Institut National de la Statistique, 2012, p. 1.

³² Hamani Oumarou, Jean-François Caremel, Hadiza Kiari Fougou, « *EN GUDUN HIJIRA* » : *Fuites, accueils, solidarités et reconfiguration économiques en contexte d'insécurité et d'aide humanitaire dans la région de Diffa*, Rapport de recherche, LASDEL, 2017.

³³ ZOGO NKADA (S-P), « *La libre circulation des personnes : réflexions sur l'expérience de la C.E.M.A.C. et de la C.E.D.E.A.O.* », Revue internationale de droit économique 2011/1 (t. XXV), pp. 127-128.

³⁴Constitution du 25 novembre 2010, article 42 « ... les ressortissants des autres pays bénéficient sur le territoire de la République du Niger des mêmes droits et libertés que les ressortissants nigériens dans les conditions déterminées par la loi ».

d'application, le décret n°98-382/PRN/MI/AT du 24 Décembre 1998, portant application de la loi de loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés. Cette loi a le mérite de donner une définition large de réfugié à son article 2³⁵. Mais la situation a pris une tout autre tournure à partir des années 2015 et 2016. Selon l'OIM, entre 2013 et 2015, 5000 à 7000 migrants ont transité par le Niger pour passer au Maghreb avec comme destination finale l'Europe, ils étaient 400.000 en 2016³⁶. Ces passages ont malheureusement occasionné des drames avec des pertes en vies humaines dans le désert nigérien. Malgré que, selon l'IOM, il est difficile d'avoir des chiffres précis et actualisés des personnes qui périssent dans ce désert, on peut noter qu'ils étaient 50 en 2014, 48 en 2015 et 34 en 2016³⁷. Face à ces drames et sous la « contrainte », des

pays européens de destination, l'Etat du Niger a réagi.

Cette réaction a consisté, d'abord à renforcer la cadre juridique nigérien de la gestion des flux migratoires, et ensuite à nouer des accords avec l'UE et certains de ces Etats membres en vue de bénéficier de l'appui de ces derniers. C'est ainsi que, en plus l'Ordonnance n° 2010-86 du 16 décembre 2010 relative à la lutte contre la traite des personnes, la Loi n°2015-36 du 26 mai 2015 relative au trafic illicite de migrants au Niger a été adoptée. Elaborée avec l'appui de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC) et des états membres de l'UE, l'Agence Nationale de lutte contre la traite des personnes, cette loi a pour objet : prévenir et combattre le trafic de migrants, protéger les droits des personnes qui font l'objet d'un trafic de migrants et promouvoir la coopération nationale et internationale

³⁵En effet, cet article est formulé comme suit : **« Aux termes de cette Loi, le terme «Refugie» s'applique, au Niger, a toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social et de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels évènements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.**

Le terme «Refugie »s'applique également a toute personne qui du fait d'une agression, d'une

occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'Evènement troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit a L'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité ».

³⁶ OIM-Niger, *Rapport annuel 2016*, Niamey, Bureau OIM-Niger, p. 5.

³⁷

http://www.liberation.fr/planete/2015/06/18/le-desert-nigerien-l-autre-tombeau-des-migrantsafricains_1331731 ; <http://sahelien.com/niger-agadez-44-migrants-morts-dans-le-desert>

pour prévenir et combattre le trafic de migrants (article 1). Ce trafic est défini comme le fait de chercher l'entrée illégale dans un État, d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État, en vue d'obtenir un avantage financier ou autre avantage matériel direct ou indirect (article 2). Aussi, suite au sommet de la Valette³⁸, les autorités nigériennes, ont noué des relations de coopération avec l'Union européenne, à travers divers instruments politiques, juridique et financiers³⁹, notamment le Mémoire d'accord (MoU) établissant un mécanisme d'évacuation d'urgence et de transit de la Libye vers le Niger, signé le 20 décembre 2017 entre la République du Niger et la Représentation du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés au Niger, révisé en février 2020 en incluant l'OIM. Communément appelé « *Emergency Transit Mechanism* » ou « ETM », il permet de transférer certains migrants et demandeurs d'asile de la Libye

au Niger. On peut aussi citer le financement de certains projets tel que l'offre d'asile à Agadez⁴⁰, dont les missions consistent à identifier, référencer et orienter « les potentiels demandeurs d'asile vers la structure étatique en charge de l'asile afin d'y introduire une demande formelle d'asile, mais également la sensibilisation aux opportunités offertes par l'ouverture de l'espace d'asile au Niger »⁴¹. Toutes ces activités sont financées par le fonds fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique⁴². La mise en œuvre de ces outils conduit à un tri parmi les demandeurs d'asile sur le sol nigérien, certains sont considérés comme des réfugiés, et ont droit à la protection, « les autres sont réacheminées vers leur pays d'origine par l'Organisation Internationale des Migrations, ou disparaissent dans la nature, restant bloqués au Niger ou

³⁸ Déclaration politique, Sommet de La Valette, 11-12 novembre 2015 ; Plan d'action, Sommet de La Valette, 11-12 novembre 2015, les piliers sont : « s'attaquer aux causes profondes des migrations (dégradation du potentiel productif, crises climatiques, persistance de la pauvreté, insécurité, etc.) ; intensifier la coopération en matière de migration et de mobilité légale ; renforcer la protection des migrants et des demandeurs d'asile ; prévenir la migration irrégulière, le trafic des migrants et des demandeurs d'asile ; prévenir la migration irrégulière, le trafic des migrants et la traite des personnes ; coopérer plus étroitement afin d'améliorer la coopération en matière de retour, de réadmission et de réintégration. Voir,

Thiombiano, Daniel, *Contribution de la société civile à la coopération union européenne-afrique en matière de migration : le cas du Niger*, Bruxelles, ECRE WORKING PAPER, n°04, 2020.

³⁹ Voir, Bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas Spijkerber, *Asile*, Rapport pays Niger, 2022, téléchargeable sur www.asileproject.eu.

⁴⁰ Ville chef-lieu de la Région du même nom frontalière de la Libye et de l'Algérie.

⁴¹ Bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, op. cit., p.44.

⁴²

<https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/t05-eutf-sah-ne-06.pdf>

repreuant leur route vers l'Afrique du Nord et parfois l'Europe »⁴³.

C'est cette conséquence que nous analysons dans cette étude, en interrogeant le rôle du droit nigérien d'asile dans la recherche des solutions à la crise migratoire qui « assaille » l'Europe. Le flux migratoire est défini comme « Nombre de migrants qui se déplacent ou qui sont autorisés à se déplacer d'un pays à un autre en vue d'obtenir un emploi ou de s'établir dans le pays pour une période déterminée »⁴⁴. Parmi ces flux, seuls nous intéressent ceux qui ont comme projet l'accès au territoire européen de façon irrégulière en transitant par le Niger. Leur gestion renvoie à la mise en œuvre des moyens et décisions destinés à contrôler et freiner ces mouvements.

Le droit d'asile peut être défini comme la « *protection d'un Etat d'accueil reconnue à une personne qui cherche cette protection en raison des craintes qu'elle éprouve en cas de retour dans son pays d'origine ou de résidence habituel* »⁴⁵. Il faut préciser que l'asile peut être « un préalable au statut de réfugié [...car il

faut...] accorder au demandeur un droit de séjour le temps que sa demande soit instruite... [Il est aussi]...une conséquence du statut, qu'il revient au droit interne de décider en articulation avec le Droit international »⁴⁶. Le Niger a signé et ratifié la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et son protocole additionnel de 1967 ainsi que la convention de l'OUA de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique. Ces textes internationaux définissent les personnes susceptibles de bénéficier du statut de réfugié et leur régime de protection, mais il revient aux Etats d'accorder ou non ce statut. Dans cette étude, nous utilisons le terme réfugiés pour les demandeurs d'asile et les réfugiés ayant le statut.

La solubilité est entendue comme « la qualité de ce qui est soluble »⁴⁷, alors que soluble est un adjectif qui qualifie quelque chose « qui peut être dissous dans un solvant, (...) qui peut être résolu »⁴⁸.

Cette réflexion s'articule autour de la compréhension de la démarche des

⁴³ HAMADOU Abdoulaye, La gestion des flux migratoires au Niger entre engagements et contraintes, in, Revue des droits de l'homme, 14 | 2018, p. 12.

⁴⁴République du Niger, Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité publique, de la Décentralisation et des Affaires coutumières et religieuses, Politique Nationale de la Migration, 2020-2035, mise à jour

de novembre 2020, p. vii, définition reprise de Glossaire de la migration OIM, 2007.

⁴⁵ Cour Nationale du Droit d'Asile (France), Lexique du contentieux du droit d'asile.

⁴⁶ ALLAND Denis, « Le dispositif international du droit d'asile », In, Droit d'Asile et des réfugiés, Colloque SFDI à Caen, Paris-Pédone, 1997, p.32.

⁴⁷ Larousse 2008, p.950.

⁴⁸ Ibid., p.950.

autorités nigériennes dans la formulation et la mise en œuvre du droit d'asile, dans un contexte de crise migratoire, d'insécurité régionale et de l'inscription par les européens notamment, de la question migratoire au cœur des politiques de la coopération au développement. Elle se fait à partir des questions suivantes : le problème de gestion des flux migratoires peut-il être soluble dans le droit d'asile au Niger ? C'est-à-dire si le droit d'asile peut être un outil de régulation de la migration vers les pays européens ?

Le territoire, délimité par des frontières sûres, matérialise les Etats et l'espace d'exercice de leur souveraineté conformément aux principes issus des accords de Westphalie⁴⁹, nonobstant les pesanteurs des rapports internationaux allant dans le sens de l'atténuation de ce principe de souveraineté⁵⁰. C'est pourquoi il appartient à l'Etat, en ce qui concerne les étrangers, de conditionner l'accès à son territoire, élément de sa souveraineté, et d'en préciser les conditions. Cependant,

les thématiques migratoires et d'asile, étant inscrites au cœur de la coopération entre l'UE et le Niger, leur traitement se fera sous influence de l'UE⁵¹, ses relations avec les Etats en développement étant toujours « déséquilibrées » en sa faveur⁵². Egalement, le Niger, comme tout Etat dans les relations internationales⁵³, peut être un acteur rationnel mu par ses propres intérêts, en l'occurrence, l'accès à plus d'aide publique au développement. Pour certains migrants aussi, la possibilité d'accéder au statut de réfugiés, plus protecteur existe.

L'analyse des documents juridiques, politiques et les rapports d'études, d'activités et d'enquêtes, ne permet pas de démontrer la volonté manifeste des principaux acteurs à utiliser le droit d'asile nigérien comme solution au problème des flux migratoire vers l'Europe. Toutefois, au vu des formulations et de l'application du droit nigérien des étrangers et des accords entre l'UE et le Niger, on peut affirmer que les conditions favorables à la

⁴⁹ Traité de Münster signé le 30 janvier 1648 mettant fin à la guerre de Trente Ans et les des deux traités signés le 24 octobre 1648 pour mettre fin à la guerre de Quatre-vingts ans.

⁵⁰Voir : Bertrand Badie, *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayart, 1999 ; NDIAYE Sidi Alpha, « La crise du modèle souverainiste de la nationalité en droit international public », In Revue « Afrilex-Droits- d'Afrique, Janvier 2017.

⁵¹Claire Castillejo, « l'influence de la politique migratoire de l'UE sur la libre circulation régionale

de l'IGAD et de la CEDEAO (Document de travail 2019) ; Chatelot, Christophe, Le Niger, sous-traitant africain de la politique migratoire de l'Europe, *Le Monde Afrique* 28 juin 2018.

⁵² Boidin, Jean-Claude, *Relations UE-ACP : la fin des préférences ? Analyse du nouvel accord Post-Cotonou*, ECDPM, janvier 2021.

⁵³ Luc Sindjoun, « L'Afrique au prisme des relations internationales » dans Mamoudou Gazibo et Céline Thiriot (sous la direction), *Le politique en Afrique : État des débats et pistes de recherche*, Paris, Karthala, 2009.

solubilité de la gestion des flux migratoire dans le droit d'asile nigérien (I), sont réunies, mais aussi que l'utilisation stratégique, comprise comme l'instrumentalisation du droit d'asile pour d'autres fins que la protection des réfugiés, comporte des risques (II).

I- Des conditions favorables à la solubilité de la gestion des flux migratoires dans le droit d'asile au Niger.

Afin que le problème de la gestion du flux migratoire puisse trouver sa solution dans le système d'asile au Niger, il faudrait, d'une part, que, du point de vue juridique et technique, une possibilité soit offerte aux migrants de basculer ou de se faire basculer dans le groupe de demandeur d'asile et/ou réfugiés. Et, d'autre part, cette situation doit profiter à tous les acteurs : Etats, organisations internationales et personne déplacées. Le droit nigérien des étrangers, favorable aux réfugiés (A), peut-être une occasion pour les gouvernants et une incitation pour les migrants au changement de statut de migrant à réfugié, tandis que les mutations de la solidarité internationale en matière de protection de réfugiés (B), en mettant la

protection de réfugiés au cœur des politiques de l'aide publique au développement, crée un espace où se jouent les intérêts des acteurs internationaux, chacun essayant d'en tirer le maximum de profit.

A- Le droit nigérien des étrangers, favorable aux réfugiés.

L'étranger est défini en droit nigérien comme, «...tout individu qui n'a pas la nationalité nigérienne, soit qu'il ait une nationalité étrangère, soit qu'il n'ait pas de nationalité »⁵⁴. Cette définition, ne précisant pas les raisons de la présence de l'individu sur territoire nigérien, peut-être en plus du migrant étendue au réfugié. Les deux « individus » n'étant pas soumis au même régime juridique, les conditions d'entrée et de séjour des migrants sont relativement restreintes (1), alors que celles d'octroi de droit d'asile, articulé autour de la protection sont plutôt ouvertes (2).

1- Des conditions relativement restreintes d'entrée et de séjour des migrants

⁵⁴ Ordonnance n°81-40 du 29 octobre 1980 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Niger, article 1^{er}

L'entrée et le séjour des étrangers migrants sont soumis à des conditions fixées par les Etats. Même l'appartenance à des espaces intégrés sur le plan économique et politique n'a pas complètement supprimé l'existence de ces conditions. C'est tout le moins le cas de la CEDEAO et de l'UEMOA organisations auxquelles appartient le Niger.

L'entrée et le séjour des étrangers au Niger, immigrants compris, sont régis par l'ordonnance n°81-40 du 29 octobre 1980 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Niger et son texte d'application, le décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987 réglementant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers au Niger. Selon ces textes, pour entrer sur le territoire nigérien, l'immigrant doit se munir de certains documents⁵⁵ et visas sous peine d'être refoulé à la frontière⁵⁶. Une fois sur le territoire nigérien, tout séjour de plus de trois mois est soumis à une autorisation sous forme de permis⁵⁷ délivré par le ministre chargé de

l'intérieur⁵⁸. Aussi, les activités professionnelles salariées ou non peuvent être interdites ou règlementées⁵⁹. Enfin l'immigré peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion⁶⁰. Mais ce régime s'applique « sous réserve des lois et règlements spéciaux y apportant dérogation et des conventions internationales, auxquelles le Niger est partie »⁶¹. Les ressortissants des Etats membres de la CEDEAO et de l'UEMOA et de ceux ayant conclu des accords bilatéraux avec le Niger en matière de migration sont, à cet effet, soustraits de ces contraintes.

Dans les organisations d'intégration, les questions de l'entrée et de séjour sont réglées à travers le principe de libre circulation des personnes, ce dernier se décline en droit d'entrée, droit de résidence et droit d'établissement⁶². Le traité d'Abuja du 28 mai 1975 instituant la CEDEAO consacre le principe de libre circulation des personnes en son article 2 paragraphe d, qui dispose « les citoyens de la communauté ont le droit d'entrée, de

⁵⁵ Le décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987 à son article 2 précise la nature des documents (passeport de voyage ou autre document de voyage, certificat de vaccination international, garantie de rapatriement).

⁵⁶ Ordonnance n°81-40 du 29 octobre 1980 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Niger, article 3.

⁵⁷ Le décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987 indique que le permis de séjour et de deux ans renouvelable (art. 21), qu'il peut être retiré si l'immigrant reste sans emploi ou sans ressources plus de trois mois (art.18), et les autorités peuvent

désigner des lieux où les étrangers ne peuvent se rendre ou s'établir (art.29).

⁵⁸ Ordonnance n°81-40 du 29 octobre 1980 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Niger, article 5, sous réserve des conditions fixées par le décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987.

⁵⁹ Ibid, article 6.

⁶⁰ Idem, article 16.

⁶¹ Idem, article 2.

⁶² Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest-africain*, Ouagadougou, PADEG, 2008.

résidence et d'établissement et les États membres s'engagent à reconnaître ces droits aux citoyens de la communauté sur leurs territoires respectifs, conformément aux dispositions des protocoles y afférents (...) »⁶³. L'article 4, paragraphe C du traité créant l'UEMOA signé le 10 janvier 1994 à Dakar consacre également la libre circulation. Ce principe en apparence libéral censé garantir la liberté d'entrée et de séjour aux migrants ressortissants des États membres de ces organisations, ne l'est pas complètement, du moins si on le compare au système européen et même aux régimes prévus par certaines conventions bilatérales signées par le Niger.

En effet, le droit communautaire (CEDEAO et UEMAO), tout en supprimant les formalités classiques d'entrée, c'est-à-dire le visa ou permis⁶⁴,

impose aux citoyens communautaires, d'être détenteurs de documents de voyage valides, sur lesquels les services de contrôle aux frontières peuvent apposer leurs cachets et être à jour des vaccins obligatoires⁶⁵, et les candidats au long séjour, doivent être titulaires d'un titre de résidence⁶⁶, alors que les citoyens européens accèdent à l'espace Schengen sur simple présentation de leur carte d'identité ou de leur passeport, et ne doivent pas être titulaires d'une carte de séjour.

A ces conditions minimales il est vrai, viennent s'ajouter d'autres restrictions, qui découlent notamment d'une définition restrictive du citoyen⁶⁷ de la communauté CEDEAO, des tempéraments⁶⁸ apportés à la libre circulation dans ces espaces et d'une certaine insuffisance du texte de l'UEMOA⁶⁹.

⁶³ Cette disposition a été reprise par l'article 59 du traité révisé le 24 juillet 1993. La libre circulation sera réalisée sur une période de 15 ans et par étape comme indiqué par le protocole A/P1/5/79 adopté le 29 mai 1979 à Dakar. Ainsi, Première étape : Droit d'entrée et abolition de visa d'entrée 5 ans (1980 - 1985) ; Deuxième étape : Droit de résidence 5 ans (1985-1990), protocole additionnel n° A/SP1/7/86 adopté à Abuja le 1er juillet 1986 et Troisième étape : Droit d'établissement 5 ans (1990-1995), Protocole additionnel n° A/SP2/5/90 adopté à Banjul le 29 mai 1990.

⁶⁴ Protocole N°A/P1/5/79 adopté le 29 mai 1979 à Dakar, article 3.

⁶⁵ Ibid, article 1^{er}

⁶⁶ Idem, article 1^{er}.

⁶⁷ Le protocole A/P5/5/82 portant code de la nationalité de la communauté adopté à Cotonou le 29 mai 1982, définit le citoyen communautaire comme « toute personne qui, par descendance, a la

nationalité d'un État membre et qui ne jouit pas de la nationalité d'un État non-membre de la Communauté (...) », excluant ainsi la pluri-nationalité extra communautaire.

⁶⁸ En effet, l'article 4 du Protocole de 1979, dispose que « (...) les États membres se réservent le droit de refuser l'entrée sur leurs territoires à tout citoyen de la Communauté entrant dans la catégorie des immigrants inadmissibles aux termes de leurs lois et règlements en vigueur ». Aussi, selon l'article 91 du traité de l'UEMOA, les États peuvent refuser l'entrée sur leurs territoires pour des raisons liées à l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique.

⁶⁹ En effet, contrairement à l'article 1^{er} du protocole de 1979 de la CEDEAO, les textes de l'UEMOA ne prévoient pas la nature et la forme du document de voyage utilisable sur son espace. La pratique de l'utilisation de la carte d'identité

Cependant les ressortissants des Etats comme le Burkina Faso⁷⁰ et le Mali⁷¹ entretenant des relations bilatérales avec le Niger en la matière, peuvent se prévaloir des conditions plus favorables que celles du Droit communautaire⁷². Selon les dispositions de ces accords, les ressortissants des Etats partis peuvent entrer et résider sur leurs territoires respectifs sans visa ni permis de séjour, il suffit juste d'être muni d'une pièce d'identité valide.

Toutefois, même si des cas de refoulement à la frontière pour défaut de documents de voyage⁷³ peuvent arriver, le contrôle de la traversée des frontières se caractérise par des « pratiques anormales »⁷⁴. Ces pratiques qui sont le fait des agents chargés du contrôle des frontières sur les points de passage officiels, sont entre autres : « corruption, rackets, trafics d'influences

etc... »⁷⁵. Elles constituent, pour les voyageurs communautaires en situation régulière, des tracasseries administratives et une violation flagrante du droit à la libre circulation, et paradoxalement un contournement de la légalité pour les voyageurs en situation irrégulière avec la complicité des agents, car « De nombreux voyageurs ne disposant pas des documents exigés pour le franchissement des frontières sont obligés de payer pour la traversée »⁷⁶, ouvrant ainsi la voie à tous les trafics et à une circulation incontrôlée des personnes, y compris dangereuses pour la sécurité nationale. A cela vient s'ajouter, l'existence des voies de passages non officiels, c'est-à-dire sans agents de contrôle, manifestation de la porosité des frontières. Ces points se comptent par centaines sur les différentes frontières nigériennes⁷⁷. Ils servent des voies de

nationale, est plutôt l'application de l'article 1^{er} de de l'Accord de Bamako du 27 octobre 1978 sur la libre circulation des personnes et le droit d'établissement dans le cadre de la CEAO, ancêtre de l'UEMOA.

⁷⁰ Protocole d'accord (délimitation des frontières, mouvements des populations, coopération entre les autorités frontalières) du 23 juin 1964 entre le Niger et la Haute Volta.

⁷¹ Convention d'établissement et de circulation des personnes du 22 avril 1964 entre le Niger et le Mali entrée en vigueur le 20-02-65.

⁷² Pour une analyse approfondie, voir : MAIGA Djibo, *Analyse des Conventions bilatérales entre le Niger et certains pays voisin ou amis en matière de libre circulation des personnes*, CARIM Notes d'analyse et de synthèse 2011/30 Module juridique.

⁷³ Voir, Migration au Niger, Profil nationale, 2009, préparé pour l'OIM par Issaka Maga Hamidou ; République du Niger, Ministère de la justice, Direction générale de l'Agence Nationale de Lutte contre la Traite des Personnes (ANLTP), Rôle du Niger dans la lutte contre la traite des personnes et le trafic illite des migrants, Septembre 2017.

⁷⁴ SOUWEMA Kassem Salam, « L'intégration régionale par le prisme de la frontière étatique : cas de l'Afrique de l'ouest », Op.cit., p.24.

⁷⁵ Ibid., p.24.

⁷⁶ SOUWEMA Kassem Salam, « L'intégration régionale par le prisme de la frontière étatique : cas de l'Afrique de l'ouest », P.25.

⁷⁷ Voir : Communautés transfrontalières au sahel. Enjeux économiques et défis sécuritaires : études de cas des communautés de Makalondi (Niger-Burkina Faso) et Yassane (Niger-Mali), OIM Niger-2016 ; Projet de renforcement de la sécurité aux

passage à destination du Maghreb pour les migrants ressortissant de l'espace CEDEAO en situation irrégulière, souvent sous la coupe des passeurs. Malheureusement, régulièrement, des cas d'abandon des migrants sont enregistrés dans le désert nigérien⁷⁸. Cependant, pour les migrants qui demandent une protection internationale, il faut, selon la loi n° 2015-36 du 26 mai 2015 relative au trafic illicite de migrants leur faciliter l'accès aux institutions en charge de ces questions⁷⁹, créant ainsi, une passerelle entre le statut de migrant et celui de réfugié.

2- Les conditions ouvertes d'octroi du droit d'asile.

En application du Droit internationale des réfugiés, la définition de ces derniers relève du niveau international, alors que la détermination du statut relève du droit interne⁸⁰. Dans la mise en œuvre de cette

compétence, certains Etats, notamment occidentaux, adoptent une position restrictive et négative⁸¹ afin de lutter contre le flux migratoire et le terrorisme. Contrairement à cette position, le Niger, adopte une position extensive et positive⁸², ouvrant ainsi ses frontières, ce qui n'est pas sans conséquences sur les capacités socio-économiques de l'Etat à accueillir un nombre élevé de réfugiés.

La position extensive et positive a « pour conséquence d'élargir, voire d'ouvrir l'accès au statut de réfugiés »⁸³, suivant « une interprétation téléologique »⁸⁴ du Droit international des réfugiés et/ou d'une écriture ouverte des textes nationaux en la matière. Cette position irrigue les textes nigériens sur les procédures de détermination du statut de réfugié et de sa définition.

La protection est au cœur du système d'admission au statut de réfugié. Cette

frontières dans la région de Diffa (SEDINI) : étude des flux sur les frontières Niger-Nigéria et Niger-Tchad dans la région de Diffa. OIM Niger-2016.

⁷⁸ Voir, Migration au Niger, Profil nationale, 2009, préparé pour l'OIM par Issaka Maga Hamidou ; République du Niger, Ministère de la justice, Direction générale de l'Agence Nationale de Lutte contre la Traite des Personnes (ANLTP), Rôle du Niger dans la lutte contre la traite des personnes et le trafic illicite des migrants, Septembre 2017 ; HAMADOU Abdoulaye, La gestion des flux migratoires au Niger entre engagements et contraintes, in, Revue des droits de l'homme, 14 | 2018, Varia, Édition électronique.

⁷⁹ Loi n° 2015-36 du 26 mai 2015 relative au trafic illicite de migrants, article 35.

⁸⁰ ALLAND Denis, « Le dispositif international du droit d'asile », In, Droit d'Asile et des réfugiés, Colloque SFDI à Caen, Paris-Pédone, 1997.

⁸¹ CASTILLO MAROIS Justine, Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : étude du point de vue de la France, Thèse en droit, Université de Bordeaux, 2016, p.185.

⁸² Ibid, p.229.

⁸³ CASTILLO MAROIS Justine, Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : étude du point de vue de la France, op.ci.t, p. 230.

⁸⁴ Ibid, p.30.

protection doit être soit contre la persécution, soit contre « la violence généralisée », tel que prévu par la loi. Cependant, si pour le critère de « violence générale », il n'y a pas de difficulté à identifier un pays en guerre par exemple, comment faire pour s'assurer qu'une personne est persécutée de façon individuelle ? Surtout que la persécution n'est pas définie y compris en droit international⁸⁵, à part la définition donnée par les statuts de la Cour pénale internationale, qui elle-même est « limitée à la persécution dans le cadre de la définition d'un crime particulièrement grave, qui justifie la compétence pénale internationale... »⁸⁶.

En France par exemple, pour écarter les demandes infondées, le Code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), prévoit à son article L-741 les notions de demande abusive, frauduleuse ou dilatoire et de « pays d'origine sûr ». Un pays est « considéré comme tel s'il veille au respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁸⁷, une liste de pays sûrs est établie à cet effet. Tous les demandeurs

d'asile originaires des pays inscrits sur cette liste sont soumis à une procédure accélérée offrant moins de garanties que la procédure classique.

En droit nigérien, ces mécanismes qui permettraient d'éviter que le droit d'asile ne soit contourné n'existent pas dans la législation. Aucun filtre permettant d'écarter les demandes infondées n'existe, mieux, la loi indique clairement que « la décision admettant une personne *au bénéfice du doute*⁸⁸ au statut de réfugié... »⁸⁹. C'est donc au bénéfice du doute que le statut de réfugié est octroyé, et non sur la base de résultat d'une enquête ou autres références. Il suffit, pour le demandeur d'asile de se soumettre à l'une des procédures prévues par les textes.

Le décret n°98-382/PRN/MI/AT du 24 Décembre 1998, portant application de la loi de loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés a prévu deux types de procédure d'admission au statut de réfugié, l'une individuelle et l'autre collective.

La procédure individuelle est de façon classique celle qui incombe à chaque demandeur d'asile d'entreprendre des

⁸⁵ FELLER Erika et al, dir. *La protection des réfugiés en Droit international*, Larcier 2008, p.65

⁸⁶ Ibid, p. 65.

⁸⁷ République française, SENAT, Rapport n°130, *La procédure de demande d'asile*, 14 novembre 2012 ; p.31

⁸⁸ C'est nous qui soulignons.

⁸⁹ Loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés, article 5.

démarches auprès de la commission. Trois étapes rythment cette procédure: la demande de statut de réfugié ; l'entretien et la constitution du dossier ; et enfin la délibération de l'assemblée plénière de la Commission Nationale de l'Eligibilité au Statut de Réfugié (CNE). Légalement le HCR doit assister le demandeur d'asile dans ses démarches puisque « tout candidat au statut des réfugiés doit en faire la demande au président de la CNE par le canal du représentant du Haut-Commissariat aux réfugiés »⁹⁰, aussi, « Le Secrétariat Permanent reçoit les demandes d'éligibilité au statut des réfugiés par l'entremise du HCR. »⁹¹. Cependant, en pratique la demande manuscrite est adressée directement au président de la CNE déposée auprès de la Direction Générale de l'Etat Civil et des Réfugiés (DGEC-R), qui assure le Secrétariat Permanent de la Commission Nationale de l'Eligibilité au Statut de Réfugié par le demandeur d'asile.

La décision d'octroi de statut de réfugié relève de l'assemblée plénière de la CNE, qui regroupe tous les membres. Pour finir, « dès la reconnaissance de son statut, le réfugié se verra établi par le Ministre

chargé de l'intérieur une carte de réfugié et, en cas de besoin, un titre de voyage prévu à l'article 28 de la convention des Nations Unis du 28 juillet 1951 »⁹². En cas de rejet de la demande d'asile, le demandeur peut contester cette décision devant les instances prévues à cet effet, notamment « ...auprès du Ministre chargé de l'intérieur et ce, sans préjudice des autres voies de recours devant les juridictions compétentes... »⁹³.

Egalement, la réglementation sur l'admission au statut de réfugié, prévoit que, « en cas d'arrivée massive des personnes en quête d'asile, et devant notamment l'impossibilité matérielle de déterminer leur statut sur une base individuelle, la commission peut décider de leur reconnaître collectivement le statut des réfugiés. Toutefois, lorsque la situation l'exige, la commission peut soumettre les cas de certaines personnes du groupe à un examen individuel »⁹⁴. C'est sur la base de cet article que le Ministre chargé de l'intérieur a décidé que « Les Maliens rentrés au Niger suite au conflit armé qui a éclaté en janvier 2012 dans le Nord du Mali, sont admis au bénéfice du statut de réfugié *prima facies*,

⁹⁰Décret n°98-382/PRN/MI/AT du 24 Décembre 1998, portant application de la loi de loi n° 97-016 du 20 juin 1997, article 7

⁹¹Arrêté n°208/MI/AT/SP/CNE, du 14 juillet 2000 portant règlement intérieur de la Commission Nationale au statut des réfugiés, article 9.

⁹² ⁹² Décret n°98-382/PRN/MI/AT du 24 Décembre 1998, portant application de la loi de loi n° 97-016 du 20 juin 1997, article 10.

⁹³La loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés, article 5.

⁹⁴Idem, article 14.

conformément aux dispositions de l'article 1er l'alinéa 2 de la Convention de l'OUA de 1969... »⁹⁵. Ainsi, « les intéressés sont considérés réfugiés relevant du mandat du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés »⁹⁶. C'est le même traitement pour les ressortissants du Nord-Est du Nigeria à travers l'arrêté n° 806/MI/SP/D/AC/R/DEC-R du 04 décembre 2013 accordant le bénéfice du statut temporaire de réfugiés ces derniers. S'ils sont reconnus comme réfugiés, ce que ces candidats à l'asile remplissent les conditions requises fixées par une définition large de réfugié en droit nigérien.

A la lecture de l'article 2 de loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés, on se rend compte que deux groupes de personne sont susceptibles d'accéder au statut de réfugié au Niger. Les deux groupes sont hors de leurs pays d'origine ou de résidence et ne veulent ou peuvent pas y retourner. Mais pour le premier, parce qu'il est victime de persécution à cause de son statut personnel, alors que pour le second c'est à cause de ce qu'on peut appeler une

violence généralisée. Les deux alinéas de cet article 2 sont construits autour de cette distinction. Par conséquent seules les personnes répondant à ces critères peuvent bénéficier du statut de réfugiés. Aussi, ces critères constituent la limite aux pouvoirs de la commission d'éligibilité en matière d'attribution de statut, sa décision devant être conforme à cet article 2⁹⁷. Il est important de remarquer que, en reprenant la définition consacrée par la Convention de l'Unité africaine, le texte nigérien « prolonge la Convention de Genève de façon positive, car elle peut accroître le nombre de personnes entrant dans la définition du réfugié »⁹⁸.

Toutefois, même répondant à ces critères, les demandeurs d'asile tombant sous le coup de l'article 3 de la loi portant statut de réfugiés sont exclus du bénéfice de ce statut. Cet article donne en fait une définition négative du réfugié. Sa lecture permet d'identifier ces personnes comme celles qui ont commis des crimes politiques ou non politiques, ou qui ont agi contre les intérêts des grandes organisations internationales, notamment

⁹⁵ Arrêté n°142/MI/SP/D/AR/DEC-R du 16 mars 2012, accordant le bénéfice du statut de réfugiés *prima facie* au Niger, aux maliens victimes du conflit armé du nord du Mali, article 1^{er}.

⁹⁶ *Idem*, article 2.

⁹⁷ Décret n°98-382/PRN/MI/AT du 24 Décembre 1998, portant application de la loi de loi n° 97-016

du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés, article 5.

⁹⁸ CASTILLO MAROIS Justine, *Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : étude du point de vue de la France*, opcit, p. 347.

l'Union africaine et l'Organisation des Nations Unis⁹⁹.

Ces clauses d'exclusions étant rarement, ou même jamais appliquées, le Niger a accueilli des milliers de réfugiés dont la prise en charge n'est pas sans poser quelques difficultés, notamment liées aux capacités socio-économiques de l'Etat du Niger à accueillir ce flux massif de réfugiés.

A la date du 31 octobre 2022, le Niger accueille 296,435 réfugiés¹⁰⁰ et Demandeurs d'asile. Comme l'a souligné Madame Dominique Hyde Directrice de la Division des relations extérieures du HCR, « Le Niger est un pays extraordinairement généreux. Bien que ce soit un des pays les plus pauvres au monde, il a gardé ses portes ouvertes, il a accueilli les réfugiés »¹⁰¹. Mais cette ouverture n'est pas sans poser quelques problèmes pouvant limiter cette capacité d'accueil. Plusieurs problèmes peuvent être liés à l'afflux massif des réfugiés¹⁰². Sans minimiser les autres problèmes, il est question ici d'évoquer ceux en lien avec les capacités sociales et économiques de l'Etat à accueillir cet afflux massif. Il est établi

dans ce sens, le lien entre afflux massif des réfugiés et la lourde charge que constitue leur accueil surtout dans de Etats en manque de ressources suffisantes comme le Niger. En effet, dans le classement mondial, le Niger a souvent occupé le dernier rang en matière de développement humain et de lutte contre la pauvreté. Cette situation de pauvreté se conjugue avec une démographie galopante. C'est dans ce contexte que le Niger accueille ce flux massif, avec tous les impacts sur les économies, les infrastructures, les services, les communautés et l'environnement où « certains des indicateurs [...sont...] les pires au monde en matière d'éducation, de santé et de tout ce qui a trait à la réalisation des objectifs de développement durable »¹⁰³. Il est donc indéniable que sans solidarité internationale, le Niger ne saurait seul assurer la protection de ces réfugiés.

⁹⁹ La loi de loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés, article 3.

¹⁰⁰ <https://data.unhcr.org/fr/country/Niger>.

¹⁰¹ Entretien accordé à *ONU info* sur <https://news.un.org/fr/story.2021>.

¹⁰² Voir MUBIALA Mutoy, *La mise en œuvre du droit des réfugiés et des personnes déplacées en Afrique. Problématique et perspective*, Bibliothèque de droit africain 4, 2006, pp. 29-44.

¹⁰³ Dominique Hyde, Entretien accordé à *ONU info* sur <https://news.un.org/fr/story.2021>.

B- Les mutations de la solidarité internationale en matière de protection des réfugiés

Les Etats frontaliers de conflits comme le Niger, supportent des charges particulièrement lourdes liées à l'accueil et la prise en charge des flux des réfugiés sur leurs territoires. Ces Etats souvent très pauvres ont besoin d'une solidarité renforcée pour assurer cette responsabilité¹⁰⁴. C'est ce que semble affirmer la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés¹⁰⁵, mais sans préciser la forme que doit prendre cette solidarité. La répartition proportionnelle des charges entre les Etats à travers la coopération, impulsée par le HCR¹⁰⁶, est devenue la modalité de cette solidarité¹⁰⁷. Cette coopération s'incarne dans des mécanismes comme la réinstallation dans le cadre des solutions durables, et surtout l'assistance matérielle et financière des Etats riches. C'est ces mécanismes sont ciblés uniquement sur la protection des réfugiés (1), jusqu'à

l'avènement du pacte sur les réfugiés¹⁰⁸ qui prend en compte le développement local des communautés hôtes (2).

1- Le financement de la protection ciblée des réfugiés

Les modalités de prise en charge des réfugiés tels que pratiquées par le HCR, se déclinent en deux grandes catégories : d'une part la protection et l'assistance qui correspondent à la gestion de l'urgence, et d'autre part les solutions durables. La protection et l'assistance consiste à accorder le droit d'asile aux réfugiés et à les protéger contre le retour forcé, tout en leur apportant l'aide indispensable à la survie. En ce qui concerne les solutions durables, le HCR et ses partenaires proposent aux réfugiés le rapatriement volontaire vers leur pays d'origine, l'intégration dans le pays de refuge ou la réinstallation dans un pays tiers. Cette protection est principalement assurée par le financement du HCR.

Il faut rappeler que le budget du HCR s'inspire du cadre stratégique des Nations-

¹⁰⁴ TOURNEPICHE Anne-Marie, « La coopération en droit des réfugiés : enjeu d'avenir. Remarques introductives », in, *La coopération, enjeu essentiel du droit des réfugiés*, s d A-M Tournepiche, Paris, Pedone, 2015, p.9.

¹⁰⁵ Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, Préambule, Considérant n°4.

¹⁰⁶ BEIGBEDER Yves, *Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, Paris, PUF, 1999, 127p.

¹⁰⁷ CASTILLO Justine, « La coopération dans la répartition de la charge du réfugié entre les Etats », in, *La coopération, enjeu essentiel du droit des réfugiés*, s d A-M Tournepiche, Paris, Pedone, 2015, pp. 61-73.

¹⁰⁸ Graff, Thibaut Fleury, *Les deux pactes mondiaux sur les réfugiés et les migrations : forces et faiblesses d'une nouvelle coopération internationale*, *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 34 - n°4 | 2018

Unis et du chapitre sur le budget-programme¹⁰⁹. C'est donc un budget-programme adopté par le Comité exécutif¹¹⁰ et fondé sur les besoins des personnes relevant du HCR. Il est composé de quatre (04) piliers : programme pour les réfugiés, programme pour les apatrides, projets pour la réintégration, et projets pour les déplacés internes. Ces piliers sont aussi présentés par objectifs thématiques tels que : Solutions durables, Participation communautaire et autonomie, Appui à la logistique et aux opérations, Environnement et protection favorable, Processus de protection et documents Adéquats, Sécurité face à la violence et à l'exploitation, Direction, coordination et partenariat et Besoins de base et les services essentiels...

Comme partout, y compris dans le budget général, « les besoins de base et les services essentiels », consomment la plus grande partie de budget du HCR au Niger. En effet, en 2013 et en 2018, la part du budget consacrée à cet objectif, se lève respectivement à 10210586 US¹¹¹ et 15505259 US¹¹². Sont pris en charge dans cette rubrique, les besoins en matière de santé, de service de santé reproductive et

de lutte contre le VIH, la nutrition, l'eau, l'hygiène et l'assainissement, l'abris et les infrastructure, l'énergie, les articles élémentaires, ménagers et d'hygiène, les services pour les personnes ayant des besoins spécifiques, et l'éducation.

Il faut aussi noter que le budget du HCR est principalement financé par les contributions volontaires directes, notamment des Etats. Pour l'année 2013 par exemple, les plus grands contributeurs du Budget pour la région Afrique concernant le pilier 1 Programme pour les réfugiés, sont¹¹³ : l'Union européenne avec 45 165 375 US, les Etats-Unis d'Amérique avec 29 145 788 US, l'Allemagne avec 23 786 836 US, la France n'a contribué qu'à hauteur de 2 655 336 US. Le caractère volontaire des contributions pose la question de la mobilisation des ressources suffisante à couvrir les besoins exprimés par le HCR. Au Niger, les années 2013 et 2018 ont été déficitaires, ce qui n'a pas permis de réaliser certaines activités, pourtant importantes pour les réfugiés. Au-delà de l'insuffisance des moyens pour l'assistance des réfugiés, il se pose également la problématique des conséquences des actions d'assistance

¹⁰⁹ TOURNEPICHE Anne-Marie, « Le financement de la protection internationale des réfugiés », in *La protection internationale et européenne des réfugiés, La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés à l'épreuve du*

temps, A.M. TOURNEPICHE (dir.), Pedone, 2014, p.119.

¹¹⁰ Ibid, p.118.

¹¹¹ HCR-Niger, Rapport global, 2013, p.5.

¹¹² HCR-Niger, Rapport global, 2018, p.10.

¹¹³ HCR-Niger, Rapport global, 2013, p. 4.

humanitaire le développement des pays hôtes.

2- Le lien entre l'accueil des réfugiés et le développement local

La protection ciblée des réfugiés se matérialise par l'assistance humanitaire apportée à ces derniers. Cette assistance est souvent porteuse des conséquences négatives sur le développement socio-économique des localités et communautés qui accueillent les réfugiés. On peut notamment citer « la prise en compte de la situation des populations locales au moment de la fourniture de l'assistance aux réfugiés, (...) et le sort de ces populations après le retrait de l'humanitaire »¹¹⁴. Relativement au second aspect lié à l'après assistance humanitaire, il s'agit, pour réduire les impacts sur les infrastructures et les services des pays d'accueil, comme l'avait recommandé le Secrétaire Général des Nations-Unis, d' « articuler l'aide d'urgence sur l'action de reconstruction et de développement, (...), [en ne prenant pas] simplement le relais des opérations de secours en passant à la phase d'assistance au développement, mais de conjuguer les

efforts de chacune des parties travaillant avec ses compétences et ses moyens propres dans les domaines de relèvement qui correspondent le mieux à ce qu'elle peut faire au sein d'un ensemble cohérent où tout est bien coordonné»¹¹⁵. Dans ce sens, malgré des discussions à l'initiative du HCR¹¹⁶, la question de l'intégration de l'assistance aux réfugiés dans les programmes de développement était restée sans suite jusqu'en 2016.

En effet, suite à plusieurs grandes crises migratoires et de réfugiés, s'est tenue une réunion de haut niveau des Nations-Unis sur la gestion des mouvements massifs de réfugiés et de migrants à l'issue de laquelle la déclaration de New York a été adoptée à l'unanimité des 193 Etats membres de l'ONU. Le rapport du Secrétaire Général de l'ONU, ayant servi de document préparatoire de cette rencontre, demandait « que de nouveaux engagements soient pris au niveau mondial concernant les déplacements massifs de réfugiés et de migrants, et [que] des recommandations so[ie]nt formulées pour que les droits fondamentaux, la sûreté et la dignité des réfugiés et des migrants soient garantis à tout moment »¹¹⁷. Plusieurs engagements

¹¹⁴ MUBIALA Mutoy, *La mise en œuvre du droit des réfugiés et des personnes déplacées en Afrique ? Problématique et perspective*, Bibliothèque de droit africain 4, 2006, p. 41.

¹¹⁵ Nations Unis, *Les causes des conflits et la promotion d'une paix et d'un développement*

durables en Afrique. Rapport du Secrétaire général présenté au Conseil de sécurité des Nations Unis, New York, 1998, P.14.

¹¹⁶ MUBIALA Mutoy, op.cit., p.44.

¹¹⁷ Cité dans OIM, *Rapport Etat de la migration dans le monde*, p.150.

ont été approuvés par les Etats signataires de cette déclaration. Certains concernent les migrants et réfugiés de façon indifférencié, d'autres portent sur l'un ou l'autre des deux groupes¹¹⁸. Ces engagements portent entre autres sur la responsabilité des Etats dans la gestion des réfugiés et des migrants, et du partage de la charge liée à l'accueil des réfugiés. A cet effet, la Déclaration reconnaît que les États ont « la responsabilité partagée [...] de gérer les déplacements massifs de réfugiés et de migrants avec humanité, sensibilité et compassion [...] en veillant à répondre aux besoins de chacun »¹¹⁹, et les États se sont engagés « à promouvoir un partage plus équitable de la charge et des responsabilités que représentent l'accueil des réfugiés du monde et l'aide dont ils ont besoin, compte étant tenu des contributions actuelles et de la diversité des capacités et des ressources entre les États». Pour faire le lien entre l'accueil des réfugiés et le développement des Etats et communautés hôtes, et atténuer les pressions sur les ressources de ces communautés, les signataires de la déclaration de New-York, indiquent que « (...) Nous appuierons les programmes de développement locaux qui servent à la fois

les intérêts des réfugiés et ceux des communautés d'accueil »¹²⁰. Cette déclaration a abouti à l'élaboration et l'adoption du Pacte Mondial sur les réfugiés.

Le pacte mondial sur les réfugiés, même sans être juridiquement contraignant, est désormais l'instrument international pour le partage de responsabilité de la charge due à l'accueil des réfugiés. Il sert à la mise en œuvre pratique des réponses, en indiquant les mesures à prendre. A cet effet, l'un des piliers du plan d'action est « Appui aux pays et communautés d'accueil »¹²¹, avec comme domaine d'appui, «Satisfaire les besoins et soutenir les communautés »¹²². l'une des mesures pour mettre en œuvre ce domaine, est de « Veiller à fournir des ressources suffisantes, sans préjudice de l'aide publique au développement, aux autorités publiques nationales et locales et à d'autres prestataires de services compte tenu de l'augmentation des besoins et des pressions exercées sur les services sociaux. Les programmes devraient profiter aux réfugiés et aux pays et communautés d'accueil»¹²³.

¹¹⁸ Ibid, p.155.

¹¹⁹ Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, A/RES/71/1, Point 11.

¹²⁰ Ibid, Point 68.

¹²¹ Pacte mondial sur les réfugiés, Nation Unis, New York, 2018, Plan d'action, p.53.

¹²² Ibid, p.27.

¹²³ Plan d'action, p.53.

Afin de s'assurer de l'intégration de la protection des réfugiés dans les politiques de développement, le HCR a développé des partenariats avec les acteurs de la finance et du développement. C'est le cas notamment de la Banque mondiale et des banques régionales de développement¹²⁴.

C'est dans ce sens qu'au Niger, le 12 septembre 2018, « la Banque mondiale a approuvé un financement de 80 millions de dollars en faveur du projet d'appui aux réfugiés et aux communautés d'accueil (PACA). Cette opération a pour objectif d'aider le Niger à améliorer l'accès aux services de base et aux débouchés économiques des réfugiés et des communautés hôtes dans 15 communes des régions de Diffa, Tahoua et Tillabéri, et d'apporter un soutien institutionnel aux autorités locales régionales et centrales de ces trois régions et celle d'Agadez»¹²⁵. La représentante du Haut-commissariat des Nations-Unies au Niger pour les réfugiés, se félicitant de cette opération, a indiqué que « cette nouvelle démarche montre que la présence de réfugiés peut contribuer au développement des communautés hôtes »¹²⁶.

On peut à juste titre penser que la présence de réfugiés comme moyen pour attirer les investissements pour le développement, peut être instrumentalisée à cette fin.

II- Les risques d'une utilisation stratégique du droit d'asile.

Le mot risque est ici entendu dans un double sens : comme la probabilité qu'un événement se réalise, et comme le danger engendré par la réalisation de l'évènement en question. Ainsi, l'utilisation stratégique du droit d'asile (A) comprise comme l'instrumentalisation du droit d'asile pour d'autres fins que la protection des réfugiés, est un événement probable à la faveur des conditions d'octroi d'asile perméables, auxquels s'ajoutent des nouveaux enjeux du financement de la protection des réfugiés. Si cet événement se réalise, il va engendrer des faits susceptibles d'être des dangers (B).

A- Contexte et stratégies des acteurs

Les stratégies des acteurs sont comprises ici comme leur capacité à instrumentaliser les conditions favorables à la solubilité du

¹²⁴ Nations Unis, Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 2018, p.14.

¹²⁵ Niger : la Banque mondiale approuve une aide de 80 millions de dollars en faveur des réfugiés et des communautés d'accueil, Communiqués de

Presse, 13 septembre 2018, sur www.banquemoniale.org/fr/neuws.

¹²⁶ Communiqués de Presse, 13 septembre 2018, sur www.banquemoniale.org/fr/neuws.

problème de gestion de flux migratoire dans le droit d'asile. Ces stratégies d'acteurs (2), trouvent un terreau fertile dans un contexte dont les politiques relatives à la lutte contre les trafics des migrants et à la sécurité nationale sont devenues des aspects fondamentaux de la gestion du flux migratoire (1).

1- Le contexte : La lutte contre l'insécurité aux frontières et le trafic des migrants, facteurs de maîtrise de flux migratoire

L'espace sahélien est connu pour être un espace en proie à des crises multiformes, dont la crise sécuritaire est celle qui, actuellement retient le plus l'attention¹²⁷. La situation dans cet espace est en effet caractérisée par la présence des groupes radicaux, la circulation des armes et l'augmentation de la criminalité organisée, notamment les « deux corridors de conflits » que sont le nord Mali et le nord-Est du Nigéria et la Libye où sévissent des conflits armés et des actes de violence. Le

Niger, frontalier de ces zones, sans être un Etat en conflit, fait les frais de cet état de fait, essentiellement dans ses parties frontalières¹²⁸.

Concrètement, depuis 2012, le Niger fait régulièrement l'objet d'attaques armées contre ses communautés frontalières et ses positions militaires avancées par des éléments venus de l'autre côté des frontières¹²⁹. Pour faire face à cette menace sécuritaire, le Niger a engagé diverses actions, notamment militaire, collectivement¹³⁰ avec la coopération des autres Etats du sahel et la communauté internationale, et individuellement sur le plan interne.

Sur ce dernier plan, les mesures les plus emblématiques sont les fermetures des frontières ou l'accroissement des patrouilles militaires sur ces dernières¹³¹, et surtout l'instauration de l'état d'urgence dans au moins trois régions, régulièrement prorogée depuis 2012¹³². Ces interdictions concernent aussi les candidats à

¹²⁷ Voir, Nation Unis, Commission économique pour l'Afrique, *Les conflits dans la région du sahel et leurs conséquences sur le développement*, 2017.

¹²⁸ PNUD, *Analyse des facteurs de conflits au Niger*, Septembre 2017.

¹²⁹ On peut citer les plus marquantes : l'attaque des camps militaires d'Inates à la frontière malienne qui a fait 71 morts en 2019, et de Chinagodar en 2020 avec 89 morts.

¹³⁰ UMATE Mohamed, *La stratégie de Défense collective en Afrique : cas de la Force Multinationale Mixte de la commission du bassin du lac Tchad (CBLT) dans la lutte contre Boko Haram* ; AHMET Illa, *Menaces sécuritaires au*

Sahel : causes et réponses apportées, In *Sécurité, migration et changement de comportement pour le développement de la région de Tahoua*, Colloque scientifique international Tahoua Sakola, Juillet 2018, pp. 141-207.

¹³¹ OIM Niger-2016, *Projet de renforcement de la sécurité aux frontières dans la région de Diffa (SEDINI) : étude des flux sur les frontières Niger-Nigéria et Niger-Tchad dans la région de Diffa*. OIM Niger-2016.

¹³² Voir, Loi n°98 – 24 du 11 août 1998, portant réglementation de l'état d'urgence modifiée par Loi N° 2015-07 du 10 AVRIL 2015.

l'immigration transitant par le Niger, limitant ainsi leur droit à la libre circulation.

Cependant, le contrôle des zones frontalières reste toujours faible. Ainsi, ces espaces sont des zones de non droit, livrés aux terroristes et autres trafiquants, notamment ceux des migrants illégaux.

La lutte contre la criminalité transnationale organisée, dans son volet lutte contre le trafic illicite de migrants¹³³, constitue ainsi la politique publique de gestion de flux migratoire, complétant à cet effet la politique de pénalisation de la mobilité irrégulière comme en Europe. En effet, cette dernière revêt deux aspects : la pénalisation de la migration irrégulière et l'aide à celle-ci et la pénalisation du trafic illicite de migrants. Le premier aspect est régi par l'ordonnance n°81-40 du 29 octobre 1980 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Niger et son texte d'application, le décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987 réglementant les conditions d'entrée et de

séjour des étrangers au Niger. Il ressort de la lecture de ces textes, que pour un étranger, le séjour sans permis, l'activité professionnelle sans autorisation et pour tout citoyen, l'aide à l'entrée, au séjour, ou la circulation irrégulières, ou le fait de loger un étranger sans autorisation, sont des infractions passibles de peines de prison ou d'amende, et de retrait d'autorisation de transport ou de confiscation de moyen de transport¹³⁴. On voit bien que, contrairement à certaines affirmations¹³⁵, la pénalisation de la migration irrégulière n'est pas seulement le fait de la loi relative au trafic illicite de migrants. Cette dernière lutte essentiellement, « contre la dimension organisée et transnationale »¹³⁶ de l'aide à la migration irrégulière, conformément à la Convention contre la criminalité transnationale organisée et son protocole additionnel relatif au trafic illicite de migrant.

Si la pénalisation de la possession de documents d'identité ou de voyage

¹³³ Dauchy Alizée, La loi contre le trafic illicite de migrant-es au Niger. État des lieux d'un assemblage judiciaire et sécuritaire à l'épreuve de la mobilité transnationale, *Anthropologie & développement*, 51 | 2020

¹³⁴ Décret n°87-076/PCMS/MI/MAE/C du 18 juin 1987 réglementant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers au Niger, articles 4, 5, 11, 13 et 15.

¹³⁵ HAMADOU Abdoulaye, La gestion des flux migratoires au Niger entre engagements et

contraintes, in, *Revue des droits de l'homme*, 14 | 2018, Varia, Édition électronique.

¹³⁶ PERRIN Delphine, « Dynamiques juridiques et politiques autour des mobilités en Afrique méditerranéenne et sahélienne : inspirations, ambitions et contraintes », *Migrations Société*, 2020/1 (N° 179), p. 75-89. DOI : 10.3917/migra.179.0075. URL : <https://www.cairn.info/revue-migrations-societe-2020-1-page-75.htm>

frauduleux concerne le migrant¹³⁷, l'essentiel des incriminations touche plutôt, d'une part, l'aide à l'entrée, au séjour, au transit irréguliers et au manque de contrôle et de signalement par des transporteurs des voyageurs illégaux. Et d'autre part, l'association, le blanchiment d'argent et la corruption en lien avec le trafic illicite de migrant¹³⁸. Il faut néanmoins signaler, qu'à rebours de l'application de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers au Niger, celle de la loi sur le trafic illicite a eu un bilan retentissant au bout de deux ans, grâce notamment au soutien des partenaires européens, d'où les questionnements¹³⁹ sur cette loi. En effet, on dénombre : 59 personnes condamnées à Agadez région frontalière de la Lybie et de l'Algérie, 109 véhicules propriétés des transporteurs/passeurs ont été immobilisés par les forces de l'ordre, 10.574 personnes refoulées, 2.373 personnes interpellées et reconduites aux frontières et 2.208 confiées à l'OIM dans le cadre du retour volontaire¹⁴⁰. Il faut noter que ces personnes doivent bénéficier de mesures de protection et d'assistance¹⁴¹. Aussi, le

processus de leur retour est soumis au respect de la coopération entre Etats, le Droit international et les droits de l'homme en général¹⁴².

2- Les stratégies des acteurs

Les acteurs ici, avec bien sur des capacités et responsabilités différentes, sont : les étrangers, (a), l'Etat du Niger (b) et l'Union européenne et certains de ces Etats membres (c). Chacun à sa façon, cherche à tirer profit du contexte et des possibilités d'interprétation et d'application des différents textes.

a- Les étrangers entrants ou entrés au Niger : une plus grande protection pour les réfugiés.

C'est le groupe le moins susceptible d'instrumentaliser le droit et le contexte général d'accueil de réfugiés au Niger. Mais l'hypothèse reste plausible au vu des avantages qu'offrent le statut de réfugié et les ambitions des personnes concernées.

¹³⁷ Loi n°2015-36 du 26 mai 2015 relative au trafic illicite de migrants au Niger, article 11.

¹³⁸ Ibid, articles 12, 18, 20, 21, 22 et 23.

¹³⁹ DAUCHY Alizée, opcit. ; HAMADOU Abdoulaye, opcit.

¹⁴⁰GOJE Maimouna, « Rôle du Niger dans la lutte contre la traite des personnes et le trafic illicite de

migrants », communication présentée à l'occasion de la 3e édition de la journée nationale de mobilisation contre la traite des personnes le 28 septembre 2017 à Agadez, P.12-15.

¹⁴¹ Loi n°2015-36 du 26 mai 2015 relative au trafic illicite de migrants au Niger, Chapitre 4.

¹⁴² Ibid, article 34 et 35.

En effet, le statut de réfugié est naturellement plus protecteur de celui de migrant, la protection étant l'élément conditionnant la définition du réfugié. Ainsi, au-delà des droits communs¹⁴³ à toutes les personnes établies sur le territoire nigérien, les réfugiés bénéficient des droits spécifiques liés à leur besoin de protection, comme indiqué plus haut. Il faut préciser que parmi ces deux types de modalités de prise en charge des réfugiés, les acteurs accordent une plus grande importance aux solutions durables. Et parmi ces dernières, une importance particulière est accordée au rapatriement volontaire, à condition que l'individu concerné manifeste son libre consentement, que les circonstances dans le pays d'origine changent et le retour soit dans la dignité et la sécurité.

Néanmoins, la réinstallation dans un pays tiers est, dans une moindre mesure aussi une option. Dans ce cadre, l'Emergency Transit Mechanism (ETM), qui est un accord de coopération entre le Niger, le HCR, l'OIM et plusieurs Etats européens,

mis en œuvre par le HCR, a permis de transférer de façon volontaire des personnes identifiées comme vulnérables donc ayant besoin de protection, de la Lybie vers le Niger, et ensuite réinstallées dans des pays tiers. Sur 3.361 personnes concernées, 3124 (90%) ont été réinstallées en Europe et au Canada¹⁴⁴. Aussi, le projet « Développer les voies complémentaires au Niger », avec pour objet l'élargissement de la recherche de solutions durables par un recours à des voies légales et sûres pour les réfugiés au Niger¹⁴⁵, permet l'entrée légale des individus en quête de protection dans les Etats tiers notamment européens. Il est vrai, le nombre des personnes qui bénéficient de ces mécanismes paraît dérisoire par rapport au nombre global des réfugiés et demandeurs d'asile qui se trouvent sur territoire nigérien, mais ces possibilités correspondent aux projets et ambitions de toutes les personnes en route pour l'Europe.

Sans tomber dans le procès d'intention et tout en restant dans une hypothèse, on peut

¹⁴³Loi n° 97-016 du 20 juin 1997 Portant statuts des réfugiés, article 10 : « Les réfugiés régulièrement admis au Niger, reçoivent le même traitement que les nationaux en ce qui concerne l'accès à l'éducation, à la santé, au logement, à la sécurité de leur personne et de leurs biens aussi que le libre choix de leur résidence et la liberté de circulation. Pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée ou non salariée, les réfugiés régulièrement admis sur le Territoire Nigérien

bénéficient des mêmes droits que les ressortissants du pays qui a conclu avec le Niger la Convention d'établissement la plus favorable. Toutefois, ces réfugiés sont astreints à l'autorisation d'exercice préalable».

¹⁴⁴ bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, Op.cit., p.76

¹⁴⁵ Ibid., p.5

penser que certaines personnes, à l'origine migrantes économiques peuvent vouloir changer de statut afin de bénéficier des conditions favorables réservées aux réfugiés, quand on pense aux phénomènes de « faux réfugiés »¹⁴⁶, dénoncé souvent à tort par les autorités des Etats européens. En tout état de cause, les conditions ouvertes d'octroi d'asile et la passerelle entre statut de migrant et celui de réfugié en droit nigérien le permettent.

**b- L'Etat du Niger :
une plus grande
capacité à capter
l'aide
internationale.**

Les relations entre les Etats du sud et les Etats du nord ont toujours été interprétées comme caractérisées par la domination des deuxièmes sur les premiers, et cela, quel que soit le domaine¹⁴⁷. Les relations sur les

questions migratoires n'échappent pas à cette analyse¹⁴⁸. Cependant, il y'a lieu de relativiser cette approche, et de considérer que, souvent, dans leurs relations avec les Etats du nord, les Etats du sud adoptent une posture stratégique, leur permettant ainsi de contenter les bailleurs de fonds et d'en tirer quelques avantages¹⁴⁹. Cette posture n'est pas propre à la gestion de la migration, elle est caractéristique des problématiques liées à l'aide au développement¹⁵⁰.

C'est plutôt le cas en matière de gestion de flux migratoire. En effet, selon cet auteur, « S'il est vrai que la nouvelle situation migratoire des pays maghrébins est principalement le résultat de l'érection de l'Europe-forteresse dénoncée dès les années 1990, les gouvernements du sud de la Méditerranée ont décelé leur intérêt à

¹⁴⁶ Entretien avec Filippo Grandi, Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, in, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, opcit, «...Par exemple, bon nombre des personnes qui sont actuellement en mouvement, non pas en raison de persécutions ou de violences, mais pour des motifs économiques, seraient moins portées à demander l'asile dès lors que c'est la seule porte d'entrée dans les pays. Permettre des migrations sûres et régulières contribuerait à alléger la pression excessive qui pèse sur les mécanismes de l'asile qui sont déjà fragiles et contestés ».

¹⁴⁷ COLINEAU Hélène, *L'Union européenne, puissance normative? La politique de coopération au développement en actes*, Thèse de Doctorat en Administration publique, Université de Grenoble, Mai 2013.

¹⁴⁸ ABDYOU HASSAN (A.), « *Le Niger, pays stratégique de prévention de l'immigration illégale pour l'UE* » :

<http://www.slateafrique.com/650899/niger-migrants>.

¹⁴⁹ FISCHER Bénédicte, *Les relations entre l'administration et les administrés au Mali. Contribution à l'étude du droit administratif des Etats d'Afrique subsaharienne de tradition juridique française.*, Thèse de doctorat en Droit, UNIVERSITÉ DE GRENOBLE, décembre 2011, Version consultée tel-00944623, version 1 - 10Feb 2014, p.369.

¹⁵⁰ Voir, TIDJANI ALOU Mahaman, « Les Trajectoires d'une Reconversion du Militantisme Associatif au Courtage en Développement : Le Cas de Timidria au Niger », *Bulletin de l'APAD* [En ligne], 12 | 1996, mis en ligne le 24 avril 2007, Consulté le 25 août 2022. URL : <http://apad.revues.org/601>; MATHIEU Marie-Louise, *Les stratégies d'acteurs villageois face aux conditionnalités des projets de développement au Mali*, Thèse de doctorat en anthropologie de l'EHESS, 2001.

s'approprier une politique migratoire aujourd'hui internationalement partagée »¹⁵¹. Plus récemment, le même auteur étend cette analyse aux Etats du sahel, dont le Niger, en indiquant que ces derniers, se positionne pour entre autres capter plus de financement en lien avec la gestion de la migration¹⁵². La déclaration du Ministre nigérien en charge de l'intérieur, donc en charge des questions de migration en 2019, peut-être interprétée comme allant dans ce sens.

En effet, « Le ministre d'Etat en charge de l'Intérieur, Bazoum Mohamed¹⁵³ a accordé une interview exclusive à la Deutsche Welle (DW) en marge de la visite qu'elle effectue, du 2 au 3 mai, la chancelière allemande Angela Merkel au Niger. Dans l'entretien, le ministre Bazoum a évoqué la situation sécuritaire ainsi que les défis migratoires auxquels est confronté le Niger. Pour Bazoum Mohamed, le Niger a consenti d'énormes efforts pour endiguer les flux migratoires ces dernières années. Toutefois, il a estimé que les investissements promis notamment par l'Union européenne (UE) ne sont pas

à la hauteur des attentes des autorités nigériennes et surtout des efforts consentis. Il a en ce sens plaidé pour le renforcement de l'aide des pays européens notamment l'Allemagne »¹⁵⁴.

Si le flux de financement en la matière est peut être insuffisant, il n'en demeure moins que la maîtrise du flux migratoire et la protection de réfugiés, sont des domaines pourvoyeurs de financements notamment de la part de l'UE à travers le Fonds fiduciaire d'urgence en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique » (FFU)¹⁵⁵. Ce fonds, a financé plusieurs projets au Niger¹⁵⁶, dont les objectifs mêlent maîtrise des flux migratoires vers l'Europe et protection des réfugiés sur le territoire nigérien. On peut citer en exemple, « Le projet *Protection and sustainable solutions for migrants and refugees along the Central Mediterranean route* (Protection et solutions durables pour les migrants et les réfugiés le long de la route de la Méditerranée centrale) est financé par le FFU a été adopté le 01

¹⁵¹D. Perrin, « L'étranger rendu visible au Maghreb – La voie ouverte à la transposition des politiques juridiques migratoires européennes », *Asylon(s)*, n° 4, 2008.

¹⁵² PERRIN Delphine, « Dynamiques juridiques et politiques autour des mobilités en Afrique méditerranéenne et sahélienne : inspirations, ambitions et contraintes », *Migrations Société*, 2020/1 (N° 179), p. 75-89. DOI : 10.3917/migra.179.0075. URL :

<https://www.cairn.info/revue-migrations-societe-2020-1-page-75.htm>

¹⁵³ Elu président de la République en 2021.

¹⁵⁴

<http://www.news.aniamey.com/h/91346.html>.

¹⁵⁵ Commission européenne, *A European Emergency Trust Fund for Africa*, communiqué de presse, 12 novembre 2015.

¹⁵⁶ Bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, op.cit., p.35.

décembre 2017. Le projet a un budget d'EUR 139.3 million, ce qui représente le projet le plus large au Niger en termes financiers »¹⁵⁷, ainsi que, « Le projet *Contrat relatif à la reconstruction de l'État au Niger en complément du SBC II en préparation / Appui à la justice, la sécurité et la gestion des frontières au Niger (AJUSEN)* est financé par le FFU et a été adopté le 15 février 2017. Le projet disposait d'un budget de EUR 90 millions, dont EUR 80 millions d'appui budgétaire conditionnel à l'état du Niger »¹⁵⁸.

Ces possibilités de financement vont sûrement s'accroître en raison d'une part, des incitations contenues dans le Pacte mondial sur les réfugiés allant dans le sens d'une coopération accrue en matière de partage de charges relatives à la protection des réfugiés et de l'autre des conditions favorables à l'accueil des réfugiés au Niger. Il faut cependant signaler que ces financements se feront plutôt dans les intérêts des bailleurs de fonds, l'Union européenne notamment.

**c- Les donateurs (UE) :
l'externalisation de la gestion de**

flux des migrants et réfugiés.

La volonté de l'Union européenne et celle de ses Etats membres d'externalisation des politiques migratoires notamment au Niger, est largement analysée et confirmée par les spécialistes nationaux et internationaux de ces questions. A regarder de plus près, l'UE ne fait pas mystère des objectifs de ses interventions y compris en matière de politique migratoire. Ces dernières ont été toujours au service de ses intérêts ou servent à exporter leurs valeurs. Ceci est inscrit de façon plus ou moins claire dans leurs textes fondamentaux, leurs programmes et les accords qu'ils établissent avec leurs partenaires¹⁵⁹.

Pour le cas du Niger, plusieurs instruments, juridiques et politiques lient l'Etat et l'UE avec pour objets, la gestion des flux migratoires et la protection des réfugiés sur le sol nigérien. On peut identifier des instruments plus globalisant qui couvrent d'autres secteurs de coopération et/ou d'autres Etats, et des instruments spécifiques à la question migratoire et qui concernent seulement le Niger. Pour le premier groupe, il s'agit,

¹⁵⁷ Bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, op.cit., p.39.

¹⁵⁸ Ibid., p.34.

¹⁵⁹ Voir, PETITEVILLE, F., « La coopération économique de l'Union européenne entre globalisation et politisation », RFSP, 2001 ;

COLINEAU Hélène, *L'Union européenne, puissance normative? La politique de coopération au développement en actes*, Thèse de Doctorat en Administration publique, Université de Grenoble, Mai 2013.

d'abord, des accords de coopération entre l'Europe et les pays ACP¹⁶⁰, dont les derniers appliqués sont l'Accord de Cotonou signé le 23 juin 2000 et prorogé jusqu'en 2020 et l'« Accord post Cotonou » signé le 15 avril 2021. Ces accords accordent un intérêt très particulier aux questions migratoires¹⁶¹, en passant d'une vision alliant migration et développement, à celle alliant migration-sécurité. Ensuite, il y'a La Déclaration du Sommet de La Valette son Plan d'action, adoptés en novembre 2015 à l'occasion du sommet de La Valette entre les dirigeants européens et africains¹⁶². Pour le deuxième groupe, on peut citer le plus important, qui est « *Emergency Transit Mechanism* » ou « ETM », qui est un Mémoire d'accord (MoU) signé Le 20 décembre 2017, entre la République du Niger et la Représentation du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés au Niger révisé le 20 février 2020, qui instaure un

mécanisme d'évacuation d'urgence et de transit de la Libye vers le Niger. Sont concernées par ces opérations d'évacuation, « des réfugiés reconnus par le HCR en Libye en vertu de son Mandat, des demandeurs d'asile enregistrés auprès du HCR en Libye, des apatrides ou des personnes présentant un risque d'apatridie et pour lesquelles la détermination de nationalité n'a pas pu être finalisée en Libye, des mineurs non-accompagnés conformément au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁶³.

L'analyse des résultats de la mise en œuvre de ces outils, indique clairement qu'elle vise l'intérêt des Etats européens, qui est l'externalisation des politiques migratoires¹⁶⁴.

B- Les risques : effets négatifs des probables stratégies des acteurs

¹⁶⁰Voir, HAGUENAU-MOIZARD Catherine ; MONTALIEU Thierry, « L'évolution du partenariat U.E.-A.C.P. de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation », in Mondes en développement, 2004/4, n°128, vol. 32, pp. 65-88.

¹⁶¹ Union européenne, « 2000/483/CE: Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, article 13, « Les parties considèrent que les stratégies visant à réduire la pauvreté, à améliorer les conditions de vie et de travail, à créer des emplois et à développer la formation contribuent à long terme à normaliser les flux migratoires ; - chaque État membre de l'Union

européenne accepte le retour et réadmet ses propres ressortissants illégalement présents sur le territoire d'un État ACP, à la demande de ce dernier et sans autres formalités ; - chacun des États ACP accepte le retour et réadmet ses propres ressortissants illégalement présents sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, à la demande de ce dernier et sans autres formalités ».

¹⁶² Déclaration politique, Sommet de La Valette, 11-12 novembre 2015 ; Plan d'action, Sommet de La Valette, 11- 12 novembre 2015.

¹⁶³ Emergency Transit Mechanism ; MOU, article 1er.

¹⁶⁴ Voir, Bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, op.cit., p.74.

Si les acteurs font une utilisation stratégique du droit d'asile, cela va engendrer des faits susceptibles d'être des dangers. En effet, cette posture va conduire à une solidarité internationale dévoyée (1), et à une possible déstabilisation des zones accueillant des réfugiés (2).

1- La solidarité internationale dévoyée : l'accueil des réfugiés, nouvelles conditionnalités de l'APD ?

Deux principes fondaient juridiquement l'intervention des acteurs internationaux en matière d'aide au développement¹⁶⁵. Les principes de coopération et de solidarité prévus par la Charte des Nations unies en son chapitre I consacré aux buts et principes (article 1), et au chapitre IX relatif à la coopération économique et sociale internationale (articles 55-60), et par la déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations unies¹⁶⁶. Les interventions des bailleurs de

fonds entraient dans le cadre de l'assistance au développement. Cette assistance doit respecter un certain nombre de règles déterminées par les Nations unies¹⁶⁷. En effet, pour les organisations et les Etats donateurs, pèsent sur eux : l'obligation de non-ingérence ; l'obligation de respecter les gouvernements et de leur laisser l'initiative ; l'obligation de non-discrimination et l'obligation de respecter les conditions locales. Quant aux Etats bénéficiaires, ils ont l'obligation : d'assurer l'efficacité de l'aide reçue ; participer aux charges et fournir des informations.

Depuis le début de la mise en œuvre du Plan d'Action de la Valette, notamment la création du FFU, la gestion migratoire a pris une place centrale dans la stratégie européenne de l'aide au développement. Ce mouvement va sans doute s'accroître avec l'adoption et l'application du Pacte sur les réfugiés, réorientant ainsi la politique de l'aide au développement, avec la gestion des flux migratoires comme conditionnalité. Ainsi, après la

¹⁶⁵ Voir, BOURICHE Marie, *Les instruments de la solidarité en droit international public*, Connaissances et Savoir, Paris 2012.

¹⁶⁶ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970.

¹⁶⁷ Voir Résolutions 222 A (IX) du Conseil économique et social du 15 août 1949 et AG 304 (IV) du 16 novembre 1949, « Programme élargi d'assistance technique en vue du développement économique des pays insuffisamment développés ».

démocratie¹⁶⁸ et les droits de l'homme¹⁶⁹, et la protection de l'environnement¹⁷⁰, la gestion de flux migratoire et la protection des réfugiés sont en passe de devenir la nouvelle conditionnalité de l'aide publique au développement.

En effet, jusqu'ici, les conditionnalités concernent le domaine spécifique de la migration et portent sur le financement des activités liées à la migration et celles connexes¹⁷¹. Cependant, dans les sillages de l'adoption du Pacte mondial sur les réfugiés, certains bailleurs, l'UE notamment, et quelques-uns de ses Etats membres précisent leurs intentions, contrairement à leurs déclarations traditionnelles allant dans le sens du

respect des principes régissant l'aide publique internationale¹⁷². En effet selon la Commission européenne, « *il importe de renforcer la cohérence entre les politiques de migration et de développement pour faire en sorte que l'aide au développement permette aux pays partenaires de gérer plus efficacement les migrations, tout en les incitant à coopérer efficacement en matière de réadmission des migrants en situation irrégulière* »¹⁷³. Et pour les autorités française, « *il est logique que les ressources que nous consacrons à cette aide [au développement], servent notre politique migratoire (...) en soutenant les projets visant à développer les capacités de certains États à maîtriser leurs*

¹⁶⁸ DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Soutien au processus démocratique et conditionnalités de l'aide internationale : questions sur les dangers d'une liaison fatale », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Centre d'études et de recherche en droit des affaires et des contrats 2003 ; ATANGANA J-L., « Conditionnalité juridique des aides et respect des droits fondamentaux », in Revue « Afrilex-Droits-d'Afrique », n°2, septembre 2001
Revue électronique
www.africa.ubordeaux.fr/afrilex/fichiers/atangan_a.rtf

¹⁶⁹SCHNEIDER (C.), L'Union Européenne et la Conditionnalité politique. Une contribution particulière du droit communautaire à la défense de la démocratie, de l'état de droit et du respect des droits de l'homme dans la société internationale, Communication au forum De Nijni Novgorod (Juillet 2004) consacré à « la contribution du droit international et du droit européen à la définition et à la défense de la démocratie, de l'état de droit et du respect des droits de l'homme ». Disponible sur :

http://cesice.upmf-grenoble.fr/chercheurs/schneider/textes/conditionnalite_politique_Nijni_Novgorod.pdf

¹⁷⁰ KAMTO Maurice, introduction à, Prieur Michel (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, op.cit., ; L. B. de CHAZOURNES, et al, *protection internationale de l'environnement*, p.624

¹⁷¹ CONCORD Europe, *Aidwatch 2018 Aid & Migration. The externalisation of Europe's responsibilities*, 2019 ; voir pour le Niger, Bachirou Ayoub Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, op.cit

¹⁷²Coordination SUD, « Comment l'aide publique au développement est-elle utilisée pour servir les politiques migratoires ? », *Notes de SUD*, n° 27, novembre 2020, p.5.

¹⁷³ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil et à la Banque européen d'investissement relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration*, COM(2016) 385 final, p. 10, 7 juin 2016.

frontières, à combattre les réseaux de passeurs, ou encore à moderniser leur état civil. Et disons les choses clairement : il est logique également que nous attendions des États que nous soutenons grâce à l'APD, un haut degré de coopération dans la maîtrise de l'immigration clandestine »¹⁷⁴. Et plus clairement et concrètement, « Il y a beaucoup de pays avec lesquels l'Europe commerce, que l'Europe soutient par de l'aide au développement, par une présence en matière de sécurité et qui aujourd'hui n'acceptent pas de reprendre le moindre ressortissant dans le cadre de reconduites (...). Cela n'est pas acceptable, je crois qu'on a les moyens, même si c'est difficile bien sûr, de changer cela, de mettre parfois plus de pression »¹⁷⁵. Après ces affirmations, le doute est véritablement levé sur le risque que la gestion migratoire va être une conditionnalité de l'APD, il s'agit par conséquent d'un risque certain. Les effets négatifs de l'aide au développement sur les États bénéficiaires

ont été largement soulignés par la littérature « développementaliste ». BLUNDO les classe en trois thématiques : « la perte de souveraineté des États récipiendaires, la capture de l'aide par des régimes politiques de type néopatrimonial, les effets sur les institutions publiques des pays... »¹⁷⁶. Du point de vue juridique, il est important de noter les impacts sur le premier point relatif à la perte de souveraineté, puisqu'il constitue une violation du Droit public international¹⁷⁷, mais aussi au dernier point relatif à l'impact sur les institutions car il nous rapproche de la mise en œuvre des politiques publiques. Les effets négatifs se manifestent alors par les impositions des bailleurs quant à la conception et la mise en œuvre des programmes, ces derniers de par leur contenu extraverti, conduisent souvent à l'échec des politiques publiques¹⁷⁸, celles relatives à la gestion de la migration et la protection des réfugiés ne vont pas y échappées.

¹⁷⁴ Discours du Premier ministre, *Déclaration du Gouvernement sur la politique migratoire de la France et de l'Europe*, 7 octobre 2019.

¹⁷⁵ *Ouest France*, « La Commission européenne dévoile ce mercredi sa très attendue réforme de la politique migratoire », 23 septembre 2020.

¹⁷⁶ BLUNDO Giorgio, « Une administration à deux vitesses Projets de développement et construction de l'État au Sahel », *Cahiers d'études africaines*, 2011/2 N° 202-203, p. 427-452.,

¹⁷⁷ Voir FLORY, Maurice, « Souveraineté des États et coopération pour le développement », in

Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1974, I, pp. 276-302 ; Voir pour le Niger l'analyse sur la compatibilité des certains outils juridiques et politiques de gestion de la migration par rapport au Droit international, dans : *Asile...*

¹⁷⁸ LAVIGNE DELVILLE, P. & ABDELKADER, A., « À cheval donné, on ne regarde pas les dents ». *Les mécanismes et les impacts de l'aide vus par des praticiens nigériens*, Niamey, LASDEL « Études et Travaux, 83 », 2010

Pour le moment, le risque, peut-être le plus imminent, c'est le conflit entre communautés d'accueil et leurs hôtes réfugiés.

2- Risques d'instabilités dans les zones accueillant des réfugiés.

Si on suit la logique des thèses développées dans cette étude, l'Etat du Niger, sans véritablement aller à l'encontre de son droit et de ses engagements internationaux en matière de gestion de flux migratoire et d'accueil des réfugiés et demandeurs d'asile, sera tenter de se positionner comme Etat ouvert à l'accueil des réfugiés. Cette posture vise plus ou moins la capture de l'APD. Cette dernière, conditionnée à l'accueil des

réfugiés, sert plutôt les intérêts des bailleurs de fonds. Pourtant, négliger les intérêts et les réalités du Niger, peut produire des impacts négatifs, notamment les conflits entre réfugiés et populations hôtes. En tous les cas, le risque n'est pas à écarter au vu des événements et des difficultés d'application contenues en germes dans les dispositions régissant l'accès aux ressources naturelles notamment pastorales.

Plutôt que des conflits, quelques tensions, manifestation d'un certain rejet de la présence des réfugiés ont été enregistrées dans les régions accueillant un grand nombre de réfugiés. C'est le cas à Agadez¹⁷⁹ et Diffa¹⁸⁰.

¹⁷⁹ « Sur le plan sécuritaire, une partie des Soudanais provenant de Libye sont perçus comme des combattants et par conséquent, comme source d'insécurité pour la région d'Agadez, dans un contexte déjà précaire. Cette position est partagée par la société civile et les autorités locales. Ces derniers considèrent qu'Agadez ne saurait constituer un espace d'asile pour des combattants (...). La tension est accentuée par le comportement des demandeurs d'asile et migrants dans une ville conservatrice comme Agadez. En effet, ils passent la nuit à circuler dans les rues en groupe, ce qui amène les populations à douter des vrais motifs de leur présence dans cette région qui a déjà connu des tensions sécuritaires par le passé. Le comportement des demandeurs d'asile et leurs tenues vestimentaires ne favorisent pas un climat de confiance avec la population locale et motivent leur rejet par la population. Le voisinage des lieux d'hébergement se plaint régulièrement du tapage nocturne et de violences verbales à l'égard de leurs femmes et enfants », in Bachirou Ayouba Tinni, Abdoulaye Hamadou, Thomas spijkerber, *Asile*, op.cit, p.49.

¹⁸⁰ « Tout en continuant à les tolérer, les populations hôtes vont régulièrement rappeler aux populations étrangères les règles de conduite acceptables dans les quartiers. Le discours sur l'unité culturelle transnationale va changer de contenu ; mais encore les populations hôtes se mettent à souligner leurs différences avec les *en gudun hijira (...)* A mesure que dure la crise, les règles sociales de solidarité sont mises à l'épreuve. L'afflux des réfugiés apparaît parfois comme un élément perturbateur de l'ordre social et du système de valeurs. Il met en lumière un conflit de normes sociales qui s'incarne notamment dans les décalages entre des comportements importés (par des jeunes) et les manières d'être des jeunes des populations hôtes. Ces décalages suscitent des inquiétudes chez les personnes âgées qui craignent des effets d'entraînement chez les jeunes autochtones. Les problèmes de disponibilité en vivre et les incursions du BH transforment progressivement les logiques d'accueil », in, Hamani Oumarou, Jean-François Caremel, Hadiza Kiari Fougou, « *EN GUDUN HIJIRA* » : *Fuites, accueils, solidarités et*

Des événements plus graves sont intervenus dans la région de Tahoua, en effet, le 31 mai 2020, la Zone d'accueil des réfugiés (ZAR) d'Intikane dans le département de Tillia a été attaquée par des djihadistes venus du Mali. Cette zone abritait des réfugiés maliens et quelques nigériens déplacés internes. A la suite de cette attaque, les autorités nigériennes ont décidé de fermer cette ZAR, estimant que «...l'insécurité qui prévaut dans cette partie (...) est due à la présence de ce camp des réfugiés »¹⁸¹. Après cette fermeture, il a été fait le choix d'une protection hors camp toujours dans cette partie du territoire national. Il faut rappeler que, une zone d'accueil de réfugiés (ZAR) par définition « offre aux réfugiés un cadre de vie pratiquement identique à leur environnement de provenance »¹⁸². Dans ce sens, les réfugiés maliens, majoritairement pasteurs, ont pour

certain, effectué le déplacement avec leur bétail, dans une zone déjà en proie à des conflits liés à l'accès aux ressources naturelles pastorales. Il faut préciser que, malgré le fait que la zone nord du pays réservée au pastoralisme soit considérée comme faisant partie du domaine public¹⁸³, le code rural nigérien, garantit un accès prioritaire¹⁸⁴ à une communauté de pasteurs aux ressources naturelles situées sur leur terroir d'attache¹⁸⁵. Ces réfugiés pasteurs, auront alors toujours un accès secondaire¹⁸⁶, ne disposant pas de terroirs d'attache sur le territoire nigérien, dans une zone confrontée à une dégradation continue des ressources naturelles due au changement climatique.

reconfiguration économiques en contexte d'insécurité et d'aide humanitaire dans la région de Diffa, Rapport de recherche, LASDEL, 2017, p. 32.

¹⁸¹ Intervention du Secrétaire Général du ministère en charge de l'intérieur, rapportée par le journal en ligne actuniger, le 18 juin 2021.

¹⁸² Voir, Elena Isayev, « Entre hospitalité et asile : une perspective historique de l'agentivité des personnes déplacées », Revue Internationale de la Croix Rouge, Volume 99 Sélection française 2017/1 pp. 45-70.

¹⁸³ Voir, loi 61-05 du 26 mai 1961, fixant la limite nord des cultures en République du Niger.

¹⁸⁴ Ce droit est défini comme « un pouvoir d'occupation, de jouissance et de gestion reconnu aux pasteurs sur leur terroir d'attache » par le décret n°97-007/PRN/MAG/E du 10 janvier 1997

fixant le statut juridique des terroirs d'attache des pasteurs, article 4.

¹⁸⁵ Ce terroir est « l'unité territoriale déterminée et reconnue par les coutumes et/ou les textes en vigueur à l'intérieur de laquelle vivent habituellement pendant la majeure partie de l'année des pasteurs, unité territoriale à laquelle ils restent attachés lorsqu'ils se déplacent que ce soit à l'occasion de la transhumance, du nomadisme ou des migrations », Décret n°97-007/PRN/MAG/E du 10 janvier 1997 fixant le statut juridique des terroirs d'attache des pasteurs article 2.

¹⁸⁶ IDE Souleymane, L'évolution du régime foncier au Niger : de 1959 à 2010, Thèse de doctorat unique, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2019, p.176.

LES ÉLECTIONS SAISIÉS PAR LE DROIT PENAL

“ELECTIONS CAPTURED BY CRIMINAL LAW”

Yaya BODIAN

Agrégé des Facultés de droit, Maître de Conférences

Faculté des sciences juridiques et politiques

Université Cheikh Anta DIOP Dakar – SÉNÉGAL

Directeur du Laboratoire Droit et Environnement de l'Entreprise ;

Directeur de l'Enseignement Académique de l'Institut de Défense du Sénégal (IDS).

Résumé

L'actualité juridique et politique dans les États d'Afrique noire francophone fournit de nombreux sujets de réflexion sur la régulation des systèmes électoraux, dans une perspective d'alternance politique, dans le respect de l'ordre juridique établi. Le bon fonctionnement d'un système démocratique est ainsi subordonné à l'existence d'élections libres, garantissant la concurrence des différents projets de société qui compétissent pour la gestion du pouvoir. C'est tout le sens de l'encadrement juridique du processus des élections, notamment à travers une instrumentalisation du droit pénal.

L'objectif de l'étude est de mesurer le degré de prégnance du droit pénal sur les élections. L'impact du droit pénal peut dès lors résulter de l'analyse de son influence sur le mandat électoral dès lors qu'il peut s'ériger en obstacle à la participation à une élection en ce que celle-ci exigerait une certaine

capacité électorale. L'impact du droit pénal peut également résulter de sa fonction de régulation du processus électoral. Il s'agit alors d'envisager l'intervention de cette discipline dans l'incrimination de faits spécifiques au processus électoral ou susceptibles d'être commis dans la vie commune.

Mots clés : « élections » ; « pénal » ; « capacité » ; « mandat » ; « éligibilité »

Abstract

The legal and political news in the French-speaking states of black Africa provides many subjects for reflection on the regulation of electoral systems, in a perspective of political alternation, in respect of the established legal order. The proper functioning of a democratic system is thus subordinated to the existence of free elections, guaranteeing competition from the various social projects that compete for the management of power. This is the whole point of the legal framework of the electoral process, in particular through the instrumentalization of criminal law.

The objective of the study is to measure the degree to which criminal law has a significant impact on elections. The impact of criminal law may therefore result from the analysis of its influence on the electoral mandate, since it may constitute an obstacle to participation in an election in that it would require a certain electoral capacity. The impact of criminal law may also result from its function of regulating the electoral process. It is then a question of considering the intervention of this discipline in the criminalization of acts specific to the electoral process or likely to be committed in common life.

Keywords : "elections"; "penal"; "capacity";
"mandate"; "Eligibility"

INTRODUCTION

Les élections constituent, pour bien des auteurs publicistes¹, le baromètre de la démocratie. Celle-ci peut en effet se jauger au regard des mécanismes mis en place pour assurer l'alternance au pouvoir par les urnes. L'organisation d'élections libres s'apparente dès lors comme le socle sur lequel repose tout le système démocratique. Telles qu'elles sont organisées dans les États Africains, les élections suscitent plusieurs réflexions sur leurs apports au système démocratique. Ces réflexions ont cherché à mieux définir le rapport entre élection et démocratie dans les systèmes politiques africains en général et au Sénégal en particulier. Si la démocratie est érigée en donnée incontournable dans la recherche d'un développement harmonieux des sociétés modernes, la dévolution du pouvoir démocratique par le mécanisme électoral est souvent dévoyée, à tout le moins au regard des pratiques politiques et stratégies de conquête du pouvoir.

L'observation des joutes électorales dans les pays africains permet de relever une certaine constance : la contestation des résultats, contestation dont l'argument majeur reste également constant en ce qu'il consiste presque toujours à se plaindre des fraudes qui auraient entaché la sincérité du scrutin.

La construction d'un système démocratique ne peut se faire sans l'apport du droit pénal qui, parmi les branches du droit, est le plus outillé pour mieux prendre en compte les besoins de régulation des élections tout en veillant à la préservation de ce qui en garantit le bon déroulement.

Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme font des élections la base de l'exercice légitime du pouvoir par les gouvernants. Le vote est en effet un droit de l'homme. L'article 13 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples stipule ainsi que chaque citoyen peut « participer librement à la direction des affaires publiques de son pays soit directement soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis conformément aux lois ».

Il faudrait également relever que le déroulement du processus électoral est souvent émaillé de nombreux faits susceptibles de qualifications pénales. Ainsi, les dernières élections organisées au Sénégal en 2019 ou en 2022, furent tendues sur l'étendue du pays, eu égard à leurs contextes politiques particuliers, les campagnes des dernières élections. Dans beaucoup de localités, des militants se sont affrontés avec, en plus, l'usage d'armes à feu². L'on redoutait toujours les débordements,

¹ Voir en ce sens, B. Gueye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs* 2009/2 (n° 129), pages 5 à 26.

²Ce fut le cas, notamment, à Kébémér : V. Le Soleil du 19 avril 2001.

notamment lorsque deux candidats organisaient des activités dans les mêmes localités. Face à la multiplication de comportements susceptibles de poursuites, il est normal que le droit pénal s'invite régulièrement dans la matière électorale.

L'existence de faits constitutifs d'infractions dans le déroulement des élections n'est pas en soi inconcevable ou incongrue. Le défi serait de pouvoir poursuivre et réprimer les auteurs de ces faits, tout en permettant l'expression du suffrage par les électeurs appelés à désigner leur représentant, dans les conditions qui garantissent les exigences de démocratie. L'on conçoit ainsi que les élections soient, à bien des égards, saisies par le droit pénal et c'est en ce sens que la présente réflexion est envisagée.

Le droit pénal renvoie à l'ensemble des règles qui incriminent des comportements assortis de sanctions pénales ainsi que celles qui organisent la réaction face ces infractions. Il s'agit ainsi des règles prévues aussi bien par le Code pénal et le Code de procédure pénale que celles organisées par des textes particuliers comme le Code électoral, référence première en matière d'infractions commises dans le cadre des élections.

Le Code électoral sénégalais comprend ainsi plusieurs dispositions réprimant certains comportements érigés en infractions³.

L'élection est entendue, dans le cadre de notre étude, au sens politique du terme dès lors qu'elle constitue une technique de désignation des gouvernants recourant à une procédure de vote.

L'encadrement du processus électoral a pour ambition de permettre l'expression la plus juste possible du suffrage. « Pour être juste, une élection suppose que la liberté de l'électeur soit garantie contre toute forme de pression extérieure, que les candidatures soient libres, que des règles de contrôle et de transparence soient mises en place (lutte contre la fraude électorale) et, enfin, que les citoyens aient fait l'apprentissage du geste démocratique, condition d'une participation civique satisfaisante⁴ ».

Le défi permanent de tout système démocratique est, à notre sens, de garantir l'expression des différentes sensibilités et du suffrage démocratique. Comment dès lors concevoir l'influence du droit pénal sur les élections sans en dénaturer la portée démocratique ?

L'importance de l'élection comme mode de désignation des représentants du peuple

³ D'une manière générale, le Code prévoit des dispositions pénales sanctionnant les infractions commises dans l'application des règles communes aux différentes élections. C'est l'objet du chapitre VI du titre premier dudit code. Il convient cependant de ne pas perdre de vue les dispositions pénales spécifiques souvent consacrées à l'incrimination de

faits commis dans le cadre des règles particulières à chaque élection (V. chapitre 8, titre IV, article L. 225 ; chapitre 5, titre VII, articles L. 338 à L. 340).

⁴ Olivier Nay. *Lexique de science politique, vie et institutions politiques*, Dalloz Lexiques, 4^e édition 2017.

exige la mise en place d'un cadre juridique qui, dans tous les systèmes démocratiques, est assorti de sanctions dissuasives⁵.

L'appréhension et l'encadrement de cette phénoménologie politique par le juridique constituent, de manière générale, une source inépuisable d'écueils théoriques redoutables. L'on peut au demeurant s'interroger sur la question sempiternelle de l'opposition entre le « règne du nombre » et le « règne du droit »⁶.

L'intervention du droit pénal devrait contribuer à encadrer et résorber de manière optimale, le contentieux résultant des élections ainsi que les exigences de probité requises des candidats et des titulaires de mandats électifs. Les expériences africaines et d'ailleurs « nous montrent à suffisance que l'élection présidentielle peut ouvrir sur un champ des possibles contrastés, car elle peut ainsi, d'une part, déboucher sur l'apothéose nationale, sur l'apathie nationale, ou – et c'est le pire – sur la catastrophe nationale. Toutes ces virtualités sont inscrites dans l'élection (...), selon qu'elle soit bien ou mal organisée, bien ou mal encadrée, bien ou mal jugée, que son environnement soit bien ou mal préparé⁷ ».

Le droit pénal s'érige alors en régulateur des processus de désignation des candidats et de gestion des mandats issus des urnes. Il s'invite ainsi régulièrement dans la matière électorale⁸ notamment au Sénégal et, le plus souvent, de sorte à modifier la physionomie des infractions de droit commun.

L'intervention du droit pénal ne se limiterait pas à encadrer le processus d'expression du suffrage. Elle devrait également consister à encadrer les modalités d'exercice du mandat électoral. L'influence du droit pénal sur le mandat électoral s'avère une nécessité. L'actualité sénégalaise offre des illustrations de cette influence qui peut, à certains égards, constituer un obstacle à la participation de certaines personnes, a priori exemptes de reproches, à la gestion des affaires publiques.

En principe, l'influence du droit pénal ne doit se concevoir que dans le cadre de sa mission « régulatrice » des rapports sociaux. Il est ainsi important de mesurer le degré de prégnance du droit pénal et le régime des infractions pénales en relation avec les élections. Celles-ci sont régulées par des incriminations de deux ordres : des

⁵ L'élection contribue en effet à la reconnaissance de la supériorité de l'élu dans l'exercice du gouvernement politique.

⁶ V., Lécuyer Yannick, « Introduction », dans : *Le droit à des élections libres*, sous la direction de Lécuyer Yannick. Strasbourg, Conseil de l'Europe, « Hors collection », 2014, p. 9-33. URL : <https://www.cairn.info/--9789287177599-page-9.htm> (consulté le 17 juin 2022).

⁷ O. Narey, « Mot de bienvenue à l'occasion de la 2^{ème} édition des journées scientifiques de droit constitutionnel », in *L'élection présidentielle*, L'Harmattan 2020, p.18.

⁸ Cf. R. Rambaud, « Droit pénal électoral : précision sur le régime juridique de la diffamation en campagne électorale », AJDA 2016, p.963.

incriminations de droit commun et des incriminations spécifiques.

C'est ainsi que l'introduction dans le code électoral d'incriminations de droit commun permet d'envisager leur qualification d'infractions politiques ou, à tout le moins, de les soumettre à un régime dérogatoire, souvent empreint d'un certain libéralisme.

Au demeurant, la répression des infractions électorales pose un problème de politique criminelle. Le déclenchement des poursuites par le ministère public contribue à en limiter l'efficacité dissuasive. L'on peine à admettre la possibilité d'une plainte avec constitution de partie civile, notamment par des électeurs ou des candidats, lorsque le fait allégué serait de nature à impacter le résultat du scrutin.

Les difficultés de répressions se situent également, dans la quasi-impossibilité de rattacher des faits précis aux candidats qui, à bien des égards, n'agissent pas directement. Le rôle du droit pénal dans la régulation du processus électoral et son impact sur le mandat électoral peuvent ainsi susciter des enjeux majeurs pour le système démocratique. Le droit pénal exerce, à cet égard, une influence notable aussi bien sur le mandat électoral (I) que sur la régulation des opérations électorales (II).

I. L'influence du droit pénal sur le mandat électoral

La première relation établie entre le droit pénal et le droit électoral se manifeste à travers une sorte de capacitation juridique ; une aptitude affirmée ou non à participer à l'expression du suffrage. Il est ainsi admis que les électeurs doivent remplir certaines conditions pour pouvoir valablement exprimer leur vote.

Le droit pénal peut dès lors constituer un obstacle à la participation aux élections (A). Il peut également, in fine, non plus frapper les conditions d'expression du suffrage, mais les conséquences qui doivent en être tirées. Le droit pénal devient alors un obstacle à l'exercice d'un mandat (B).

A. Le droit pénal, un obstacle à la participation aux élections

Dans les systèmes démocratiques, il est tenu compte de l'honorabilité du citoyen lors de son inscription sur les listes électorales. L'article L.31 du Code électoral sénégalais prévoit ainsi des situations d'incapacité électorale. Ce texte interdit en effet l'inscription sur les listes électorales à certaines personnes ayant un passé pénal ou, même sans passé pénal, lorsqu'elles sont déclarées en faillite.

Ainsi, ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale (...) les individus condamnés pour crime ou ceux condamnés à une peine d'emprisonnement sans sursis ou à une peine d'emprisonnement avec

sursis d'une durée supérieure à un mois, assortie ou non d'une amende, pour l'un des délits suivants : vol, escroquerie, abus de confiance, trafic de stupéfiants, détournement et soustraction commis par les agents publics, corruption et trafic d'influence, contrefaçon et en général pour l'un des délits passibles d'une peine supérieure à cinq (5) ans d'emprisonnement.

Sont par ailleurs frappés d'incapacité électorale, toujours en vertu de l'article L.31, les faillis non réhabilités dont la faillite a été déclarée soit par les tribunaux sénégalais, soit par un jugement rendu à l'étranger et exécutoire au Sénégal⁹.

Les situations d'interdiction de participer aux élections peuvent être prononcées, à titre de peine complémentaire¹⁰ facultative, par les juridictions de droit commun. Il résulte de l'article 3 du Code pénal que « Les tribunaux jugeant en matière correctionnelle pourront, dans certains cas,

interdire, en tout ou en partie, l'exercice de droits civiques, civils et de famille suivants : 1) de vote ; 2) d'éligibilité (...) ». Cette sanction devient une peine complémentaire obligatoire, lorsqu'il s'agit d'une condamnation à une peine criminelle¹¹.

Si l'on considère la situation du failli non réhabilité « dont la faillite a été déclarée soit par les tribunaux sénégalais, soit par un jugement étranger rendu à l'étranger et exécutoire au Sénégal », il apparaît que la déchéance de la qualité d'électeur constitue une sanction largement justifiée. Il faut rappeler que la déclaration de faillite peut être prononcée à l'égard d'une personne coupable de certains actes liés à la gestion d'une entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. Les cas de faillite sont aujourd'hui fixés par l'article 196 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹².

⁹ Ces interdictions se retrouvent presque similaires dans plusieurs pays africains francophones : Bénin article 10 de la loi n°2013-06 du 25 novembre 2013 portant Code électoral en République du Bénin, journal officiel N°03 Bis numéro spécial du 07 février 2014), Burkina Faso (article 44 du Code électoral), Cote d'Ivoire (article 4 du Code électoral), entre autres.

¹⁰ La dégradation peut cependant être prononcée comme peine principale. L'article 28 du Code pénal prévoit à cet égard que « Toutes les fois que la dégradation civique sera prononcée comme peine principale, elle pourra être accompagnée d'un emprisonnement dont la durée, fixée par l'arrêt de condamnation, n'excédera pas cinq ans ». L'on relève que ce texte vise « l'arrêt de condamnation », alors que depuis l'érection des Chambres criminelles, les

crimes sont jugés par le tribunal de grande instance qui statue par jugement.

¹¹ L'article 23 du Code pénal dispose en ce sens que « La condamnation à une peine criminelle emporte la dégradation civique ». Cette dégradation civique consiste, selon l'article 27 du même code, « dans la privation du droit de vote, d'éligibilité et en général de tous les droits civiques et politiques (...) ».

¹² Selon ce texte, « En cas de redressement ou de liquidation des biens, la juridiction compétente peut prononcer fia faillite personnelle des personnes qui ont :

1°) soustrait la comptabilité de leur entreprise, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou reconnu frauduleusement des dettes qui n'existaient pas ;

2°) exercé une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole dans leur

La décision qui prononce la faillite personnelle emporte, de plein droit, l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique.

La justification de ces incapacités paraît simple. Il s'agit en effet d'éviter que des personnes qui ont été, à un moment de leur carrière professionnelle, en marge des normes de conduite sociales, puissent être chargées de la gestion des intérêts de la société. Le premier devoir d'un citoyen n'est-il pas de respecter les normes de conduites sociales ? Cette exigence de probité du citoyen participe à la moralisation de la vie publique avec, notamment¹³, l'appui du droit pénal. Condition de survie de la démocratie représentative, l'exemplarité des élus devient plus qu'un devoir. Il serait ainsi équitable et de simple bon sens que les candidats à un mandat, qui devraient avoir à cœur d'aspirer à une relative exemplarité, soient astreints à présenter, de même que les candidats à un

concours administratif, un casier judiciaire vierge¹⁴.

Cependant, la régulation par le droit pénal de la participation aux élections soulève deux séries de difficultés. La première est relative à la détection des infractions pouvant aboutir au prononcé d'inéligibilités. Cette détection, jugée insuffisante, peut conduire à des appréciations largement controversées. La seconde difficulté tient à la problématique la mise en œuvre de la sanction d'inéligibilité. L'on a pu se demander si c'est au magistrat ou aux électeurs que revient le pouvoir de sanctionner un candidat à la gestion des affaires publiques. Ces difficultés peuvent conduire à proposer l'adoption d'un mécanisme de sanction automatique ; le juge ne serait plus alors amené à apprécier l'opportunité de prononcer l'inéligibilité. Celle-ci serait automatique, dès lors que l'infraction de base serait établie. Il faudrait alors que toute condamnation susceptible d'entraîner une inéligibilité soit inscrite au casier judiciaire exigé pour l'accès aux concours administratifs. À ce titre, il serait

intérêt personnel, soit par personne interposée, soit sous couvert d'une personne morale masquant leurs agissements ;

3°) usé du crédit ou des biens d'une personne morale comme des leurs propres ;

4°) par leur dol, obtenu pour eux-mêmes ou pour leur entreprise, un concordat annulé par la suite ;

5°) commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce tels que définis par l'article 197 ci-après.

Peuvent également être déclarés en faillite personnelle les dirigeants d'une personne morale

condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse. »

¹³ Il convient en effet de relativiser dans la mesure où la faillite personnelle, qui peut justifier une incapacité électorale, n'est pas pour autant une sanction pénale.

¹⁴ Voir, en ce sens, le Rapport annuel du Service central de prévention de la corruption en France pour 2013, p. 258. Ce rapport est disponible sur <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/autres-rapports-dactivite-10287/rapport-du-service-central-de-prevention-de-la-corruption-2013-27626.html> (consulté le 13/08/19 À 20H12).

possible d'envisager une sorte de quitus fiscal pour les candidats afin de lutter efficacement sur les évasions et fraudes fiscales.

Cette solution n'est toutefois pas exempte de reproches. L'on peut en effet se demander si cette automaticité de la sanction pénale n'est pas une atteinte au principe de nécessité garanti par la Constitution. Celle-ci confère, dans son préambule, une valeur constitutionnelle, notamment à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article 8 stipule que « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (...) ». L'absence d'une liberté d'appréciation des sanctions qu'il prononce prive le juge de toute possibilité d'en apprécier la nécessité¹⁵. Or, la sanction pénale serait dépourvue de vertu si elle n'est pas jugée nécessaire à la répression poursuivie. L'on est tenté en ce sens de dire qu'il y a une idée de nécessité dans toute sanction pénale.

En droit sénégalais, la question de la nécessité des sanctions automatiques s'est déjà posée au moment de l'adoption du Code pénal, avant de disparaître de toute

discussion et les recherches ne permettent pas de l'appréhender suffisamment. Elle n'a été soulevée, qu'en 1995, à la faveur de l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité en droit sénégalais avec la réforme judiciaire de 1992.

Il s'agissait alors d'une question ayant trait à la constitutionnalité de l'article 140 du Code de procédure pénale aux termes duquel « À l'encontre des personnes poursuivies par application des articles 152 à 155 du Code pénal,¹⁶ le juge d'instruction délivre obligatoirement : 1^o/ Mandat d'arrêt si l'inculpé est en fuite; 2^o/ Mandat de dépôt, lorsque le montant du manquant initial est égal ou supérieur à 1 000 000 de francs et ne fait pas l'objet d'un remboursement ou du cautionnement de son intégralité ou d'une contestation sérieuse. Dans les cas ci-dessus où les mandats d'arrêt ou de dépôt sont obligatoires, il ne peut en être donné mainlevée que si au cours de l'information surviennent des contestations sérieuses ou le remboursement ou le cautionnement de l'intégralité du manquant (...) ».

La question de la conformité de cet article a été soulevée devant la Cour de cassation sénégalaise¹⁷ qui, par arrêt n°2 du 17 janvier

¹⁵ Voir à ce sujet, P. Le Monnier de Gouville, « Le principe de nécessité en droit pénal ». À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal*. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, *Lextenso*, coll. LEJEP, 2013, in *Les Cahiers de la Justice* n°3, pp.495 à 503.

¹⁶ Il s'agit de personnes poursuivies pour corruption ou détournement de deniers publics.

¹⁷ Il faut rappeler que la réforme judiciaire de 1992 avait institué, en plus du Conseil constitutionnel, un Conseil d'État et une Cour de cassation. La réforme a été faite à travers trois lois : la loi n°92-22 du 30 Mai 1992 portant révision de la constitution, la loi organique n° 92-23 du 30 Mai 1992 relative au Conseil Constitutionnel, la loi organique n° 92-24 du 30 Mai 1992 relative au Conseil d'État et la loi organique No 92-25 du 30 Mai 1992 relative à la Cour de Cassation

1995 de la première Chambre statuant en matière pénale, décidé de soumettre ladite question au Conseil constitutionnel. Cette saisie a suscité, au-delà de l'examen de la question de la constitutionnalité de l'article 140 du Code de procédure pénale, une discussion inédite entre le Conseil constitutionnel et la Cour cassation qu'il est intéressant de relever. En effet, par arrêt n°12 du 18 avril 1995, la première Chambre de la Cour de cassation statuant à nouveau, tout en reprenant le même dispositif que celui de l'arrêt du 17 janvier 1995, a estimé d'abord, que le Conseil constitutionnel par sa décision du 13 février 1995 lui a fait une injonction qui ne résulte pas des termes de l'article 67 de la loi organique sur la Cour de cassation. Elle a ensuite expliqué que par son arrêt du 17 janvier 1995, elle a pris soin de préciser que le pourvoi formé par Demba MBAYE est régulier, qu'elle a poursuivi en écrivant qu'elle n'a pu affirmer la régularité dudit pourvoi qu'après avoir vérifié sa compétence et constaté que le pourvoi a satisfait à toutes les conditions exigées par la loi pour être déclaré recevable.

Le Conseil constitutionnel répliqua en précisant, dans sa décision du 19 juin 1995¹⁸, que sa seule préoccupation demeure « le fonctionnement harmonieux et

complémentaire des juridictions qui commande aux juges de corriger les imperfections de la loi, de combler ses lacunes par des constructions jurisprudentielles réfléchies, patientes et parfois audacieuses (...). Le Conseil constitutionnel voulait signifier, tout simplement, que la recevabilité du pourvoi ne résultant pas du dispositif, le doute pouvait exister sur l'examen de toutes les fins de non-recevoir susceptibles d'entacher le recours avant saisine du Conseil constitutionnel; que cette préoccupation est très éloignée d'une « injonction » que le Conseil constitutionnel n'a aucun pouvoir de donner sauf dans certaines hypothèses résultant de l'application de l'article premier de la loi organique sur le Conseil constitutionnel »¹⁹.

Sur le fond, le Conseil constitutionnel décide dans cette affaire de rejeter l'exception d'inconstitutionnalité au motif que « l'article 140 CPP ne viole ni les droits de la défense ni la présomption d'innocence; qu'en tout état de cause, bien qu'il s'agisse de libertés fondamentales garanties par la Constitution, le législateur peut apporter des restrictions à leur exercice en invoquant d'autres principes de valeur constitutionnelle tels que la préservation de l'ordre public ou la

(Journal Officiel numéro spécial 469 du 1^{er} Juin 1992, p. 238).

¹⁸ Affaire n°3/C/95, in Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, janvier 1993 – mars 2019, 2020, p.89.

¹⁹ Idem.

sauvegarde de l'intérêt général, objectifs que poursuit précisément l'article soumis à l'examen du Conseil constitutionnel »²⁰.

L'article 140 dont la constitutionnalité était contestée a ainsi été jugée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel qui estime que le magistrat instructeur disposait malgré tout du pouvoir de ne pas décerner mandat de dépôt²¹.

La discussion sur l'inconstitutionnalité des inéligibilités se justifie par leur caractère de sanction pénale. Si l'on considère en effet que l'inéligibilité est une sanction qui frapperait la personne prétendant à des fonctions publiques, lorsqu'elle est convaincue de certains faits jugés incompatibles avec l'exercice des fonctions auxquelles il lui est fait obstacle, il est probable que la juridiction constitutionnelle soit amenée à invalider cette sanction comme cela fut constaté en France.

En effet, dans une décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres, le Conseil constitutionnel français avait prononcé la censure d'une disposition visant à empêcher l'inscription sur les listes électorales de personnes qui avaient été condamnées pour des atteintes à la probité et, par conséquent, à les priver de leur éligibilité. La disposition critiquée était issue

de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique²². Elle était ainsi rédigée : « Ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions limitativement énumérées ». Les requérants ont alors critiqué cette interdiction qui, à leur avis, méconnaissait les principes de nécessité et d'individualisation des peines inscrits à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Le Conseil constitutionnel avait alors considéré que l'interdiction constituait une « sanction ayant le caractère d'une punition ».

La similitude de rédaction de certains articles du Code électoral sénégalais avec les dispositions censurées par le Conseil constitutionnel français conduit à penser que l'appréciation de leur conformité à la Constitution pourra ultérieurement se poser avec intérêt.

Dans les systèmes électoraux africains en général et sénégalais en particulier, les regards critiques se focalisent souvent sur le juge constitutionnel, en période préélectorale notamment, comme dernier

²⁰ Idem.

²¹ Pour le juge constitutionnel, le principe de nécessité ne serait pas remis en cause dès lors que le juge d'instruction disposerait d'un pouvoir d'appréciation

de la nécessité de décerner mandat de dépôt, ce qui à notre avis est contestable.

²² Article 7 du Code électoral français.

rempart des candidats qui estimeraient leurs droits méconnus.

Le Conseil constitutionnel sénégalais a ainsi été sollicité, lors de l'élection présidentielle de 2019, pour statuer sur la recevabilité des candidatures, non pas seulement au regard des conditions instituées par la loi sur le parrainage, mais aussi au regard de faits imputés à certains candidats comme Khalifa SALL ou Karim WADE.

L'article L.38 du Code électoral sénégalais exige que toute personne désirant s'inscrire sur les listes électorales ait un « casier judiciaire vierge ». Le législateur a élargi cette exigence, de manière indirecte, pour les candidats à la présidentielle.

En effet, la loi n°2018-22 du 4 juillet 2018 portant révision du Code électoral, adoptée à la veille de l'élection présidentielle de 2019²³, dispose de manière subtile que « Tout candidat électeur peut faire acte de candidature et être élu, sous réserve des conditions d'âge et des cas d'incapacité ou d'inéligibilité prévus par la loi ».

Les candidats à l'élection présidentielle qui sont visés en l'espèce doivent, au préalable, être électeurs, ce qui est une innovation de taille, justement taillée, selon certains analystes, sur mesure. La condition ainsi visée signifie que le candidat à l'élection présidentielle doit être inscrit sur les listes électorales. Or, pour une telle inscription, il

faut remplir la condition de capacité électorale, autrement dit, ne pas avoir été condamné pour une des infractions prévues par l'article L.38 du Code électoral. L'introduction d'une telle condition est, en soi, justifiée. Cependant, le contexte actuel laisse penser qu'il s'agit d'un texte de circonstance, dangereux par la démocratie. Il s'agirait en effet de « barrer la route » à des candidatures potentiellement dangereuses.

Le dédoublement de l'incapacité peut susciter des difficultés au regard de sa nature de sanction pénale qui, si elle venait à être invalidée pour inconstitutionnalité, remettrait en cause non seulement le refus de la qualité d'électeur, mais aussi l'interdiction de participer aux élections. Il serait dans ce cas possible d'envisager les interdictions de participer aux élections en qualité de candidat comme des cas d'inéligibilités qui se détacheraient de toute nature de sanction pénale.

Au demeurant, les situations d'incapacité électorale sont si nombreuses qu'elles suscitent des réserves en ce qui concerne leur effectivité. Elles laissent cependant la porte ouverte pour des applications ciblées, contraires à l'idéal démocratique.

En tout état de cause, il importe de bien séparer et clarifier, dans l'intérêt du système démocratique, les situations d'éligibilité et celles relatives au vote. La

²³ JORS n° 7106 du 5 juillet 2018, p. 971.

révision du Code électoral, en liant la candidature à l'élection présidentielle à l'inscription sur les listes électorales, pourrait constituer une source de contentieux difficile à maîtriser.

Il convient de relever, dans cette confusion, l'article L.31 du Code électoral qui ajoute plus de confusion. Cet article dispose : « n'empêche pas l'inscription sur les listes électorales 1) les condamnations pour délit d'imprudence, hors le cas de délit de fuite concomitant ; 2) les condamnations prononcées pour une infraction autre que celles prévues par l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique et de la loi du 29 juillet 1985 sur les sociétés qui sont qualifiées de délit, mais dont la répression n'est pas subordonnée à la preuve de la mauvaise foi de leurs auteurs et qui ne sont passibles que d'une amende ; »

Il convient en effet de rechercher pourquoi le législateur se réfère-t-il à cette loi du 29 juillet 1985 sur les sociétés. La question mérite réflexion au moins pour deux raisons.

La première raison tient au fait que la seule référence à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique devrait suffire en ce que ce texte est censé abroger

la loi visée, dans ses dispositions contraires tout au moins.

La seconde raison, certainement plus décisive, est que le législateur sénégalais lui-même a abrogé la loi sur les sociétés commerciales au lendemain de l'adoption de l'Acte uniforme visé. Aux termes de l'article premier de la loi n°98-21 du 26 mars 1998 portant abrogation et modification de certains articles du Code de Commerce et du Code des Obligations civiles et commerciales²⁴, « Sont abrogés (...) - la loi n°85-40 du 29 juillet 1985 portant quatrième partie du Code des Obligations civiles et commerciales sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique et la loi n°93-07 du 10 février 1993, modificative (...). ». Il urge dès lors d'envisager « un toilettage » du Code électoral pour éviter les difficultés de mise en œuvre des incapacités électorales ainsi que des sanctions pénales qu'il prévoit. Celles-ci peuvent effet constituer, au-delà d'empêcher la participation aux élections, un obstacle à l'exercice d'un mandat électoral.

B. Le droit pénal, obstacle à l'exercice d'un mandat électoral

La condamnation pénale prononcée est susceptible d'être prise en compte pour

²⁴ JO n°5798 du 23 avril 1998, p. 301.

interdire à une personne d'exercer un mandat électoral ou d'en poursuivre l'exercice. Cette interdiction fait obstacle à la prise de fonction si la condamnation intervient après l'élection. L'article LO. 158 du Code électoral prévoit ainsi que « Sera déchu de plein droit de son mandat de député celui dont l'inéligibilité se révélera après la proclamation des résultats et l'expiration du délai de recours ». La condamnation constitue également un obstacle à la continuité du mandat si la condamnation intervient au cours de celui-ci. Cette hypothèse est envisagée dans le même article LO. 158.

La première situation constitue le prolongement de l'inéligibilité qui aurait dû interdire à la personne concernée de participer à une élection en qualité de candidat. Dès lors, il est tout à fait logique que son élection soit remise en cause si l'inéligibilité est découverte et prononcée après la proclamation des résultats. Encore faut-il que l'appareil judiciaire puisse être saisi, après la proclamation des résultats, ce qui semble platonique. La condamnation peut cependant être prononcée après la proclamation des résultats si la procédure a été initiée avant les élections, la personne bénéficiant de la présomption d'innocence,

elle a pu participer à l'élection à l'issue de laquelle son inéligibilité sera déclarée. L'inéligibilité ne sera un obstacle que si la condamnation prononcée est définitive.

Le caractère définitif de la sanction pose cependant de sérieuses difficultés d'appréciation. A quel moment une condamnation pénale est-elle considérée comme ayant un caractère définitif ?

La question présente, à notre avis, une certaine importance. Elle détermine les possibilités de tirer les conséquences des sanctions pénales sur l'éligibilité des candidats aux élections. Les termes souvent utilisés par les textes sont de nature à rendre la tâche plus ardue dans leur interprétation et leur application. Il arrive souvent que les textes visent le caractère définitif de la sanction prononcée ou encore le caractère irrévocable de la sanction pénale. L'article L. 30 du Code électoral dispose que « Ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les condamnés (...) pour un délit visé à l'article L.29 (...).

La notion de condamnation définitive renvoie à celle de décision définitive²⁵ dès lors que c'est par celle-ci que s'apprécie les

²⁵ L'on pourrait cependant considérer que la condamnation définitive doit être distinguée de la décision définitive en ce que, dans le premier cas, il s'agirait de la dimension personnelle de la mesure adoptée alors que, dans le second, l'on s'attacherait à

l'aspect institutionnel. Mais cette approche est à notre avis, difficile à admettre. Le terme « définitif » peut également être employé par opposition au terme « provisoire » et un jugement serait alors définitif lorsqu'il tranche le principal.

possibilités de remise en cause de ladite condamnation.

Une décision définitive s'entend d'une décision contre laquelle aucune voie de recours ordinaire ne peut plus être exercée. Il s'agit dès lors, en termes techniques, d'une décision passée en force de chose jugée. Il faudrait cependant relativiser concernant les décisions rendues en matière pénale. Dans le contentieux pénal en effet, le pourvoi en cassation ayant un caractère suspensif, la décision n'est définitive qu'après que les voies de recours ou les délais d'exercice de ces recours sont épuisés, y compris le pourvoi en cassation.

La notion de décision définitive a été discutée devant le Conseil constitutionnel, dans l'affaire Khalifa SALL²⁶. Celui-ci avait contesté le rejet de sa candidature, fondé sur la condamnation pénale pour être déclaré coupable de plusieurs délits, dont « escroquerie aux deniers publics », « faux et usage de faux dans des documents administratifs » et de « complicité en faux en écriture de commerce », mais a en revanche écarté les délits « d'association de malfaiteurs » et de « blanchiment d'argent »²⁷.

Monsieur Khalifa SALL avait estimé (devant quelle juridiction ?) que l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar qui avait confirmé le

jugement de condamnation ne pouvait servir de base légale au rejet de sa candidature. Dès lors que cet arrêt n'était pas définitif, sa candidature était recevable ; le Code électoral exigeant une « condamnation devenue définitive ». La décision de la Cour d'appel ayant été confirmée par la Cour suprême, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur l'arrêt de rejet de la Cour suprême pour considérer comme irrecevable la candidature de Khalifa SALL, bien qu'une requête en rabat d'arrêt a été introduite devant ladite cour.

Le Conseil constitutionnel fut ainsi saisi d'un recours contre la décision par laquelle il a déclaré la candidature de Khalifa SALL irrecevable. L'argument invoqué, parmi tant d'autres, tenait au fait que la décision de la Cour suprême ayant fait l'objet d'une requête en rabat d'arrêt, le Conseil aurait méconnu le fondement et la portée du caractère suspensif des recours en matière pénale. Ce que le Conseil, sur la base d'une motivation lapidaire, a rejeté en décidant simplement que « il y a lieu de relever que le Conseil constitutionnel a appliqué les

²⁶ C. Cons. Décision n°3/E/2019 du 20 janvier 2019, Recueil des décisions, janvier 1993 – mars 2019, p.655 et ss.

²⁷ La condamnation a été l'objet d'un jugement du tribunal de grande instance de Dakar : TGI Dakar, jugement n° 316 du 30 mars 2018, inédit.

dispositions de la loi organique (...)»²⁸. La juridiction constitutionnelle ajoute, s'agissant du pourvoi en cassation, qu'« en raison de son effet suspensif, il était impossible d'exécuter l'arrêt de la Cour d'appel dans le délai du pourvoi, et en cas d'exercice du pourvoi dans le délai, tant qu'une décision n'est pas rendue, ce qui revient à dire que seul l'anéantissement de la décision de rejet peut avoir pour effet d'empêcher l'exécution de la décision de la Cour d'appel ». S'agissant du rabat d'arrêt, le Conseil constitutionnel décide que « s'il est vrai qu'il peut être formé contre l'arrêt de la Cour suprême, le rabat d'arrêt ne peut être assimilé à un deuxième pourvoi en cassation qui aurait pour objet d'amener les chambres réunies, compétentes pour en connaître, à exercer un contrôle normatif ou disciplinaire sur l'arrêt rendu par l'une des chambres de la Cour suprême (...) ». En d'autres termes, le Conseil constitutionnel rappelle que le rabat d'arrêt ne peut avoir d'effet suspensif à l'exécution de la décision qui en fait l'objet. Le juge constitutionnel précise également, dans sa décision, que « l'article L.31 du Code électoral constitue, en matière électorale, une dérogation au principe selon lequel ce sont les tribunaux, statuant en

matière pénale, qui prononcent l'interdiction des droits civils et politiques en ce qu'il prévoit qu'un citoyen, puni d'une peine d'emprisonnement sans sursis pour une infraction passible d'un emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans, est privé du droit de s'inscrire sur les listes électorales et, en conséquence, de la qualité d'électeur; que la décision de condamnation comporte, par elle-même, la privation du droit de vote et la perte de la qualité d'électeur ».

L'on peut relever, à la lecture de cette décision, que le juge constitutionnel ne se préoccupe pas de la question de savoir si la décision rendue par la Cour d'appel était définitive au sens de l'article L.30 du Code électoral. Cette question n'est du reste pas aisée et a suscité des avis divergents de certains commentateurs des faits²⁹. Il importe à ce sujet de se garder de considérer une décision – ou sanction – définitive et une décision irrévocable.

La distinction a été clairement faite par un arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation française, rendu le 4 mai 2016³⁰.

La Cour a estimé que « la garantie de l'effectivité du droit de se pourvoir en cassation contre un arrêt (...) implique de faire courir le délai de deux mois, à compter

²⁸ C. Cons. Décision n°3/E/2019 du 20 janvier 2019, Recueil des décisions, janvier 1993 – mars 2019, p.655 et ss.

²⁹ Les commentaires n'ont malheureusement été faits que sur les réseaux sociaux. Il n'a pas eu d'écrits scientifiques à notre connaissance.

³⁰ cf., en ce sens : Cass. 3e civ., 27 juin 1990, n° 89-14389, disponible sur www.juricaf.org (consulté le 13 novembre 2022) ; Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 02-15.893, RTD civ. 2004. 775, obs. R. Perrot.

de la date à laquelle la décision juridictionnelle est devenue définitive, soit à compter de la date à laquelle l'arrêt, devenu irrévocable, n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire ou d'un pourvoi en cassation ». Il en résulte que la décision définitive est celle qui n'est pas susceptible d'un recours suspensif d'exécution. Elle est irrévocable lorsqu'elle n'est plus susceptible d'un pourvoi en cassation. A notre avis, le Code électoral devrait être modifié, notamment sur cette exigence d'une condamnation définitive pour éviter les errements dans l'application des textes.

La décision de la Cour d'appel confirmant le jugement du tribunal de grande instance qui condamne Khalifa SALL a été également la base de la révocation de celui-ci de ses fonctions de maire de la ville de Dakar.

L'article 60 du code général des collectivités locales prévoit alors que « La révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de président et de conseiller pour une durée de dix ans ». La révocation est également encourue dans les cas prévus par l'article 61 du Code général des collectivités territoriales.

Dans le contexte du droit français, le Conseil d'État a admis qu'un préfet était tenu de déclarer un conseiller municipal démissionnaire d'office de ses mandats dès lors qu'il a fait l'objet d'une condamnation à la peine complémentaire de privation de ses droits électoraux et de son droit d'éligibilité

pour une durée de 5 ans avec exécution provisoire. Il s'ensuit que la cessation des fonctions doit être prononcée, même si la décision de condamnation n'est pas définitive, comme dans l'espèce soumise au Conseil d'État.

Elle permet d'organiser des mécanismes de lutte contre la mal gouvernance et d'instaurer plus d'éthique dans la gestion de la chose publique. Cela est une évidence. Les personnes appelées à gérer les affaires de la cité devraient être exemptes de tout reproche. L'efficacité de ces mesures doit cependant être largement relativisée. Le contexte politique de bien des États, marqué par une certaine impunité de responsables politiques, le droit pénal s'érigera difficilement comme obstacle à l'exercice de leur mandat. Les obstacles existent. Mais ils sont plutôt en faveur de l'impunité.

Il est ainsi possible de constater que rarement un élu a pu être poursuivi et condamné à des faits qui tombent sous les prévisions du Code électoral. L'affaire Khalifa SALL constitue dès lors une exception riche en enseignements.

Il s'y ajoute que certaines fautes de gestion, qui révèlent une dimension pernicieuse de la gestion publique, ne sont pas visées parmi les faits susceptibles de constituer un obstacle à l'exercice du mandat, sauf si elles sont constitutives d'une infraction visée par le Code électoral. Mais même dans une telle hypothèse, ces fautes doivent, selon la

procédure prévue par le droit de la comptabilité publique, être portées à l'attention du premier président de la Cour des comptes qui en avise le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. La possibilité d'exercer des poursuites pénales suite à ces révélations est réduite du fait de l'influence potentielle du politique. L'article 41 de la Loi organique relative à la Cour des comptes dispose en ce sens que : « Lorsqu'à l'examen du compte il apparaît que le comptable peut encourir une sanction pénale, le Premier président de la Cour en saisit le Garde des Sceaux, ministre de la Justice et en informe le ministre des Finances »³¹.

Le droit pénal constitue ainsi un puissant obstacle à l'exercice d'un mandat électoral. Les candidatures à l'exercice d'un mandat, comme celles qui sont admises à l'issue d'un suffrage, peuvent en effet se heurter aux dispositions pénales. Le risque est alors que les objectifs poursuivis à ce sujet ne soient des prétextes pour écarter des candidats concurrents ou un homme politique gênant. Il n'en reste pas moins constant que le droit pénal apporte également un appui significatif dans la régulation des opérations électorales.

II. La régulation des opérations électorales par le droit pénal

Même s'il peut être perçu comme envahissant, le droit pénal est un puissant régulateur des opérations électorales. Son caractère intimidant contribue à réguler ces opérations grâce un doublement mouvement. Certaines infractions commises dans un cadre de droit commun sont prises en compte pour encadrer le processus électoral. Elles ont ainsi des incidences sur les élections alors que, dans d'autres situations, des incriminations spécifiques ont été aménagées pour réprimer des comportements liés au opérations électorales. L'on peut considérer dès lors que la répression est conçue pour appréhender deux catégories d'infractions : la catégorie des infractions de droit commun, qui sont prévues par le Code pénal et dont la commission peut influencer sur les élections (A) et celle des infractions qui regrouperait les infractions spécifiques aux élections (B)³².

A. Les infractions de droit commun ayant des incidences sur les élections

Les élections nécessitant l'accomplissement d'actes dont certains ne sont pas spécifiques

³¹ Loi organique n°2012-23 du 27 décembre 2012 abrogeant et remplaçant la loi organique n°99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes.

³² La distinction retenue ne se confond dès lors pas à e celle opérée en droit pénal entre infraction de droit commun et infraction politique.

au contexte et les infractions qui peuvent être commises dans l’accomplissement de tels actes devraient être réprimées. Cette répression favorise le bon déroulement des élections et renforce le rôle que joue le droit pénal dans la sécurisation des opérations électorales en vue d’une plus grande sincérité des scrutins.

L’on peut ainsi relever que les différents acteurs intervenant dans les processus électoraux peuvent commettre des actes qualifiés de diffamations, dans les opérations préélectorales. Cette infraction est, au vu des joutes électorales dans les démocraties modernes, l’un des faits les plus fréquents susceptibles de tomber sous le coup d’une qualification pénale. Il en est également des actes de violence et voies de fait contre les particuliers, voire des homicides involontaires. Ces derniers actes – violence et voies de fait n’ont pas, cependant, de spécificité au regard du contexte des élections, alors que la diffamation, bien que constituant une infraction de droit commun, obéit à un régime juridique spécifique, lorsqu’elle est commise en période d’élections³³.

a) Le particularisme de la diffamation en période électorale

Aux termes des dispositions de l’article 258 du Code pénal « Toute allégation ou imputation d’un fait qui porte atteinte à l’honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. Lorsqu’elle est faite par l’un des moyens visés en l’article 248, elle est punissable même si elle s’exprime sous une forme dubitative ou si elle vise une personne non expressément nommée, mais dont l’identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placard ou affiches incriminés ».

Le législateur définit de façon précise la diffamation dans l’article 258³⁴. Cette définition permet de la distinguer des notions connexes. « Elle consiste au fait de s’efforcer à noircir la réputation d’une personne en lui imputant des agissements ou des propos infamants. En termes plus concrets, c’est le fait de tenir à l’encontre d’une personne, par le biais d’un moyen de diffusion publique, en connaissance de cause, des propos reposant apparemment sur des faits susceptibles de preuve et de nature à porter atteinte à son honneur et à sa réputation »³⁵.

L’infraction de diffamation est susceptible

³³ Romain Rambaud, « Droit pénal électoral : précision sur le régime juridique de la diffamation en campagne électorale », AJDA 2016 p.963.

³⁴ Il faut cependant se garder de considérer que seul ce texte réprime la diffamation. Celle-ci est

également l’objet des articles 259, 260, 261, 263 et 264 du Code pénal.

³⁵ J. M. Dieng, “La diffamation au Sénégal: cadre juridique et état de la jurisprudence », <https://jackmactardieng.wordpress.com/2015/11/24/>

d'être commise en matière électorale. Sans toutefois disposer de données statistiques précises, il est aisé de constater qu'elle fait partie des infractions qui, avec les violences physiques et verbales, constituent les comportements déviants des plus fréquents dans beaucoup d'États africains.

Elle se particularise cependant par son régime juridique qui est fortement influencé par la protection de la liberté d'expression, surtout en période de campagne électorale. L'idée est de veiller à ce que, dans le cadre d'une propagande électorale³⁶, les opinions politiques et les intérêts de chaque acteur soient suffisamment défendus et compris par le corps électoral. C'est en ce sens que la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) « exige le respect d'un principe de proportionnalité dans la restriction de la liberté d'expression et il s'agit d'un des aspects les plus novateurs de l'évolution de la jurisprudence sur la diffamation »³⁷.

a-diffamation-au-senegal-cadre-juridique-et-etat-de-la-jurisprudence/ (consulté le 19 juin 2022).

³⁶ La notion de propagande électorale est définie par l'article L. 61 du Code électoral aux termes duquel « Sont considérés au sens de la présente loi comme actes de propagande électorale déguisée, toute manifestation ou déclaration publique de soutien à un candidat ou à un parti politique ou coalition de partis politiques, faite directement ou indirectement par toute personne ou association ou groupement de personnes quelle qu'en soit la qualité, nature ou caractère. Sont assimilées à des propagandes ou campagnes déguisées, les visites et tournées à caractère économique, sociale ou autrement qualifiées, effectuées par toutes autorités de l'Etat sur le territoire national et qui donnent lieu à de telles manifestations ou déclarations ».

La Cour européenne a dû faire appel à l'exigence de proportionnalité pour motiver sa décision. Elle considère en effet que « Le fait qu'un adversaire des idées et positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique (sic) inclut nécessairement la possibilité de pouvoir discuter de la régularité d'une élection. Enfin, dans le contexte d'une compétition électorale, la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances »³⁸. La Cour estime dans cette affaire que la condamnation du requérant s'analyse en une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression de l'intéressé, constituant une violation de l'article 10 de la Convention.

L'impératif de proportionnalité est de nature à laisser penser à une réintroduction des exigences de la bonne foi tels que l'absence d'animosité personnelle, le caractère loyal de l'attaque, ou l'impératif de prudence, de façon toutefois moins rigoureuse en matière électorale³⁹. La Cour de cassation française

³⁷ CEDH, *Affaire Brasilier c. France*, 11 avril 2006, *Requête n° 71343/01*, disponible sur ce lien : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiY5Ib6ouP7AhULXaQEHUNEDCEQFnoECAGQAQ&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fdocx%2F%3Flibrary%3FDECHR%26id%3D001-73200%26filename%3DAFFAIRE%2520BRASILIER%2520c.%2520FRANCE.docx%26logEvent%3DFalse&usg=AOvVaw2TSMRftztV-A4sSDsqp0GY> (consulté le 13 octobre 2022) ; v. dans le même sens, CEDH 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, n° 12697/03, D. 2007. 1704.

³⁸ CEDH, *Affaire Brasilier c. France*, 11 avril 2006, *précité*.

³⁹ C. Michalski, « Liberté d'expression et débat d'intérêt général », *AJ pénal* 2013, 19.

vérifie ainsi dans des espèces relativement récentes, à tout le moins subséquentes à la décision de la CEDH, que les propos n'excèdent pas les « limites admissibles de la liberté d'expression » dans le contexte d'une propagande électorale⁴⁰.

Il faut toutefois admettre que cette exigence de proportionnalité peut servir de fondement juridique en vue de l'annulation d'une élection lorsque celle-ci s'avère émaillée de propagande diffamatoire. De nombreux arrêts des juges français montrent en effet que des élections peuvent être annulées, lorsque des imputations mensongères et diffamatoires « excèdent largement les limites de ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale⁴¹ ou qu'un propos « a largement excédé ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale et excluait une défense utile»⁴².

b) La fréquence des violences en période électorale

La violence est une des caractéristiques des échéances électorales en Afrique et, particulièrement, au Sénégal. C'est ce

qu'exprime un auteur lorsqu'il écrit que « Bien que le Sénégal se prévaut d'une expérience électorale centenaire, il n'est, pour autant pas épargné par la violence politique en générale et électorale en particulier (sic) ⁴³ ».

Les comportements violents ont du reste souvent été déplorés, fustigés par tous les acteurs et l'opinion publique, y compris certaines autorités religieuses. Il s'avère cependant que, de manière quasi quotidienne, l'internet diffuse et divulgue des insanités inqualifiables, atteignant, voire, détruisant la vie de personnes, de couples, de familles sous forme de propos diffamatoires, de dénigrement, d'injures, de diffusion d'images répugnantes⁴⁴. « La finalité est d'une gravité telle que la violation de l'intégrité morale de la collectivité, celle de la dignité de personnes privées, d'hommes et de femmes actifs dans la vie politique, la souillure de la réputation d'opérateurs économiques, d'entreprises, la remise en cause du droit à la propriété, dans le seul but de nuire, sont devenues monnaie courante »⁴⁵.

⁴⁰ Crim. 11 oct. 2011, D. 2012. 765, obs. E. Dreyer; Crim. 22 nov. 2011, D. 2012. 765, obs. E. Dreyer ; Crim. 2 oct. 2012, D. 2013. 457, obs. E. Dreyer.

⁴¹ CE 29 juill. 2002, n° 240196, *Tichadou c/ M^{me} Mégret*, Lebon ; AJDA 2003. 35, note B. Maligner

⁴² (CE, sect., 8 juin 2009, n° 321974, *Elections municipales d'Aix-en-Provence [Bouches-du-Rhône]*, Lebon ; AJDA 2009. 1302, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; RFDA 2010. 273, concl. E. Glaser.

⁴³ Sémou Ndiaye, Martin Pascal Tine, Matar Sall et Luc Damiba, « Les violences dans le processus électoral au Sénégal de 2000 à 2011 », Rapport d'étude LAREM, décembre 2011, p. 3.

⁴⁴ Sémou Ndiaye, Martin Pascal Tine, Matar Sall et Luc Damiba, « Les violences dans le processus électoral au Sénégal de 2000 à 2011 », Rapport précité.

⁴⁵ Sémou Ndiaye, Martin Pascal Tine, Matar Sall et Luc Damiba, « Les violences dans le processus

Dans le souci de moraliser le déroulement des élections, le Code électoral incrimine ainsi l'outrage et les violences dans son article L. 100 selon lequel « Les membres d'un corps ou collègue électoral qui, pendant une réunion de celui-ci, se seront rendus coupables d'outrage ou de violences, soit envers le bureau, soit envers un de ses membres ou qui, par voie de fait ou menaces, auront retardé ou empêché les opérations électorales, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 30.000 à 600.000 FCFA.

Si le scrutin a été violé, l'emprisonnement sera d'un an à cinq (5) ans et l'amende de 300.000 à 600.000 FCFA ». Dans le même sens et de manière plus globale, l'article L.107 dudit Code prévoit et punit les violences et voies de fait dans le déroulement des joutes électorales. Il résulte de ce texte que « Ceux qui, soit par voies de fait, violences ou menaces contre un électeur, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'ont déterminé ou ont tenté de la déterminer à s'abstenir de voter ou ont influencé son vote, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à deux (02) ans, et d'une amende de 10.000 à 100.000 FCFA ».

Ces infractions sont certes réprimées par le Code électoral. Il nous semble cependant

que les victimes peuvent invoquer les dispositions du Code pénal pour demander la réparation des préjudices subis. Ce Code prévoit et punit les violences, voies de fait et autres infractions contre les personnes qui, si elles relèvent du droit pénal commun, peuvent bien être invoquées pour des faits commis dans le processus des élections. Cependant, en présence de deux qualifications celle spéciale doit l'emporter sur la qualification générale. En effet, lorsque deux qualifications se recoupent, mais que l'une vise une hypothèse plus précise que l'autre, la *lex specialia* doit s'appliquer (*specialia generalibus derogant*⁴⁶). Par exemple, la qualification spéciale de fraude électorale l'emporte sur celle de faux en écriture publique. L'on pourrait ainsi considérer que les dispositions du Code électoral devraient s'appliquer au détriment de celles du Code pénal dès lors qu'elles visent les mêmes faits. Le Code électoral devrait être considéré comme la règle spéciale. Lorsqu'il prévoit et sanctionne les violences et voies de fait, qui sont également prévues et punies par le Code pénal, il devrait être le seul texte applicable à ces comportements.

Il apparaît pourtant des quelques décisions de justice consultées que, dans bien des cas, seules les dispositions du Code pénal sont invoquées. Les décisions rendues peuvent

électoral au Sénégal de 2000 à 2011 », Rapport précité.

⁴⁶ La règle spéciale déroge à la règle générale.

ainsi ne faire aucune allusion au contexte électoral en se limitant à n'appliquer que les dispositions du droit commun. Cette pratique semble expliquer la volonté d'éviter que les protagonistes ne se sentent victimes de leurs positions ou opinions politiques, en raison du contexte dans lequel sont commises ces infractions. Néanmoins, elle réduit l'efficacité des dispositions pénales spéciales prévues par le Code électoral et rend difficile l'établissement des liens entre violences électorales et sincérité du scrutin. L'on peut ainsi invoquer les faits ayant donné à des décisions de justice, dans lesquelles aucune référence ne fut faite au contexte. En effet, de violents affrontements avaient éclaté en février 2019, à Tambacounda au quartier Dépôt, à l'occasion de la campagne électorale pour l'élection présidentielle, entre la garde rapprochée du Parti de l'Unité et du Rassemblement (PUR) et des militants de l'Alliance Pour la République (APR). Les échauffourées étaient liées aux affiches de campagne déchirées. La caravane des partisans du candidat Issa SALL (du PUR) avaient été attaqués par les militant du camp de l'APR, leur intimant l'ordre de dégager les lieux. C'est à ce moment que la garde rapprochée du PUR s'est interposée pour préserver l'intégrité physique de journalistes du PUR pris à parti. L'affrontement conduira

à la mort d'un homme appartenant à l'APR des suites de ses blessures. Les constats permettront de découvrir un corps sans vie et des blessés graves qui seront évacués à l'hôpital régional de Tambacounda avec à la sortie des incapacités temporaires de travail de plusieurs jours voire des semaines.

Le tribunal de grande instance de Tambacounda a ainsi condamné les « accusés pour meurtre et coups et blessures volontaires, violences et voies de fait, détention d'armes blanches sans autorisation administrative contre tous, faits prévus et punis par les articles 280, 289, 294 et 296 du code pénal et la loi 66-03 du 18 janvier 1966 sur le régime général des armes et munitions (...) [et déclaré] tous les treize (13) accusés coupables de détention illégale d'armes blanches »⁴⁷.

S'agissant des acteurs, il y a lieu de distinguer entre les instigateurs et les victimes même si certains acteurs sont à la fois instigateurs et victimes de la violence. Il en ainsi est par exemple des partis politiques en raison de leur statut d'acteurs principaux du processus électoral.

« Un autre délit, particulièrement connu des Sénégalais et massivement commis durant les dernières organisées au Sénégal est prévu

⁴⁷ Tribunal de grande instance de Tambacounda, Jugement N°19 du 25 mars 2021, Affaire Ministère

public et Mariama TOGO Contre Moustapha NDIAYE et autres, inédit.

par le Code électoral »⁴⁸. Il s'agit de la corruption active au vote et sa tentative, punie de la même peine que la corruption passive.⁴⁹

D'une manière générale, la corruption peut se définir comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions.

Elle peut se présenter sous une forme passive ou active. Elle est passive lorsqu'une personne exerçant une fonction publique profite de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction cette personne reçoit le nom de corrompu. La corruption passive au vote se définit comme le fait, pour un électeur d'agréer ou de solliciter des dons, des libéralités en argent ou en nature, des faveurs d'emplois publics ou privés ou autres avantages afin d'accorder son suffrage, ou pour s'abstenir de voter⁵⁰.

La corruption est dite active lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des

promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; le tiers reçoit le nom de corrupteur.

Dans le contexte électoral, la corruption prévue et punie par les articles L.106 et L.108 du Code électoral se définit comme étant le fait d'influencer ou de tenter d'influencer directement ou par l'entremise du tiers, par dons, libéralités, etc., le vote d'un ou plusieurs électeurs.

Il est à regretter que le défaut de dépôt de compte prévisionnel de campagne et le défaut de dépôt de compte de campagne ne sont pas des délits. La nécessité de sanctionner les candidats ou partis politiques régulièrement inscrits pour prendre part aux élections, d'avoir omis d'établir ou de déposer un compte prévisionnel de campagne précisant l'ensemble des ressources et des dépenses à effectuer par eux-mêmes et/ ou pour leur compte en vue des opérations électorales, ou un compte de campagne accompagné de pièces justificatives des dépenses effectuées pour la campagne électorale semble évidente afin de renforcer les mécanismes de régulation des compétitions électorales. Cette régulation

⁴⁸ Pape Ousmane Diallo, Les infraction pénales en période électorale », Communication au séminaire de formation des magistrats, Saly 13 au 15 novembre 2018, inédit.

⁴⁹ Art. L.106 et L.108.

⁵⁰ L'article L.106 al.3 du Code électoral punit la corruption passive au vote de 03 mois à 02 ans d'emprisonnement et d'une amende de 20.000 à 200.000 francs.

aurait pu compléter le dispositif répressif existant, à l'image des infractions propres au droit électoral.

B. Les infractions propres au droit électoral

Les infractions propres au droit électoral sont prévues dans la section 1, du chapitre 6 (dispositions pénales), relative aux « Délits en matière électorale ». Certaines infractions visent les électeurs et les personnes ayant un rôle à jouer dans le processus électoral, ainsi que les candidats eux-mêmes, alors que d'autres se rattachent aux matériels et au processus électoral.

Le Code électoral dans ses parties législative et réglementaire prévoit diverses infractions qui sont conçues en fonction de ce qui est protégé ou dont la protection est recherchée. Il est ainsi prévu des infractions contre les électeurs, les personnes impliquées dans l'organisation du scrutin, les candidats ou encore le matériel ou le processus électoral.

a) La précision des infractions contre les électeurs et le matériel électoral

La protection du système électoral accorde une large part aux infractions contre les électeurs et contre le matériel électoral. Ces infractions devraient en effet contribuer, de manière significative, à la régulation du processus électoral.

1) Contre les électeurs

Le droit pénal incrimine de nombreux comportements des électeurs qu'il considère comme de nature à porter atteinte à la sincérité du scrutin. Ainsi, tout le processus électoral est encadré pour réguler notamment les inscriptions sur les listes électorales.

La loi pénale sanctionne à cet égard toute inscription irrégulière, de la part d'un électeur, faite sur la base d'un faux nom ou d'une fausse qualité, ou même une inscription obtenue à la suite d'une dissimulation d'une incapacité prévue par la loi. Cette infraction est punie des mêmes peines que celle réprimant l'inscription multiple. En effet, l'électeur qui se fait inscrire sur plusieurs listes électorales tombe également sous le coup de l'article L.88 du Code électoral qui prévoit une peine d'emprisonnement allant de un mois à un an et une peine d'amende de 10.000 à 100.000 francs.

La loi relative au parrainage, adoptée dans un contexte politique délicat, a également prévu des dispositions susceptibles de soulever de sérieuses difficultés dans la mise en œuvre. Elle a introduit un article L.57 au Code électoral dont la portée juridique et

politique reste encore à mesurer⁵¹. Aux termes de l'alinéa 4 de cet article, « Toute candidature à une élection présidentielle et aux élections législatives, présentée par un parti politique légalement constitué, par une coalition de partis politiques légalement constitués ou une entité regroupant des personnes indépendantes est astreinte au parrainage par une liste d'électeurs. Les modalités d'organisation de la collecte de signatures sont déterminées par le présent Code (...). Dans une élection, un électeur ne peut parrainer qu'un candidat ou une liste de candidats et qu'une seule fois (...). Si le parrainage d'un électeur se trouve à la fois sur plusieurs listes, les peines prévues à l'article L.91 du Code électoral sont applicables au parrain fautif (...). Quiconque aura organisé ou planifié des actes qualifiés de fraude ou de tentative de fraude sur le parrainage sera puni des mêmes peines (...). La collecte de parrains est interdite dans les cantonnements militaires, paramilitaires, dans les services militaires, paramilitaires ainsi que dans les établissements de santé

sous peine des sanctions prévues à l'article L.91⁵² du Code électoral (...)»⁵³.

Il résulte de ce texte que la collecte de parrains dans les cantonnements militaires, paramilitaires ainsi que dans les établissements de santé est passible des peines prévues par l'article L. 91. Il en est de même de l'électeur qui se trouve à la fois sur plusieurs listes, ou de celui qui aura organisé ou planifié des actes qualifiés de fraude ou de tentative de fraude sur le parrainage.

Le code réprime par ailleurs l'électeur qui, déchu du droit de voter par suite d'une condamnation judiciaire, ou par suite d'une faillite non suivie de réhabilitation, a voté, soit en vertu d'une inscription sur les listes antérieures à sa déchéance, soit en vertu d'une inscription postérieure, même opérée sans sa participation.

La peine prévue par l'article L. 89 pour ces infractions est de 15 à 20 jours d'emprisonnement et une amende de 5.000 à 50.000 francs.

Cependant, les peines encourues semblent si dérisoires qu'il est probable qu'elles ne

⁵¹ L'article L.57 prévoit, dans le cadre du parrainage, que « Pour les besoins du contrôle, il est indiqué, pour chacun de ces électeurs, les éléments d'identification suivants : prénoms, nom, la circonscription électorale d'inscription, le numéro de la carte d'électeur et la signature. Ils peuvent être complétés par d'autres éléments d'identification fixés par arrêté du Ministre chargé des élections ». L'on songe, dans ce cas, aux difficultés de gestion des données à caractère personnel qui sont ainsi collectées. Il est ainsi apparu, lors de l'élection présidentielle de 2019, que des collecteurs confisquent les cartes nationales d'identité de certains électeurs, dans le but de réduire les

possibilités de collecte des parrainages par les opposants.

⁵² Selon l'article L.91 du Code électoral, « Toute personne qui se fait inscrire sous un faux nom ou une fausse qualité ou qui, en se faisant inscrire a dissimulé une incapacité prévue par la loi, ou qui réclame et obtient une inscription sur deux ou plusieurs listes, sera punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 10.000 à 100.000 FCFA. »

⁵³ L'article L.57 introduit plusieurs innovations comme celles, insidieuses de l'exigence de la qualité d'électeur pour être éligible. Ce texte est également la base légale de l'obligation de parrainage avec les sanctions qui s'y attachent.

produisent aucun effet dissuasif. En effet, à l'image de l'inscription multiple, le vote multiple est aussi sanctionné par l'article L.90 (06 mois à 02 ans d'emprisonnements et une amende de 20.000 à 200.000 francs). Il en est de même de tout acte tendant à empêcher l'inscription sur les listes électorales d'un électeur remplissant les conditions fixées par le code. Cette légèreté se remarque, à bien des égards, lorsque l'on s'attache aux infractions qui sont prévues à l'encontre des personnes intervenant dans l'organisation du processus électoral.

2) Contre le matériel électoral

Certaines infractions se rapportant essentiellement au matériel électoral et même au déroulement de l'élection proprement dite sont prévues et punies par le code électoral.

Il en est ainsi de l'article L.101 qui prévoit l'enlèvement ou la destruction d'urne. En effet, le code électoral érige en délit le fait d'enlever frauduleusement ou de détruire l'urne contenant les suffrages émis dans un bureau de vote. La peine prévue est de 05 ans d'emprisonnement et d'une amende de 300.000 à 600.000 francs.

Les articles L.62, L.94, L.95, L.96, L.97, L.100, L.107 et L.110 traitent des infractions contre le processus électoral.

C'est le cas, notamment, de la distribution à des citoyens, le jour du scrutin, des bulletins

de vote et autres documents de propagande électorale, du port d'arme dans une assemblée électorale, ou de toute irruption dans un bureau de vote, du détournement des suffrages à l'aide de fausses nouvelles ou de toute autre manœuvre frauduleuse, des attroupements, clameurs ou démonstrations menaçantes ayant troublé les opérations d'un corps ou collège électoral, ou porté atteinte à l'exercice du droit électoral ou à la liberté de vote, de violence ou voie de fait... Différentes peines d'amende et d'emprisonnement sont prévues pour ces différentes infractions comme pour celles contre le déroulement des élections.

b) Les infractions contre le déroulement du processus électoral

Parmi les infractions spécifiques à la matière électorale, l'on en relève plusieurs qui concernent soit les personnes impliquées dans l'organisation du processus électoral, soit les candidats eux-mêmes, bien qu'une immunité soit érigée à leur profit.

1) Infractions contre les personnes impliquées dans l'organisation du processus électoral

Les comportements prévus et punis apparaissent souvent imprécis, en raison, notamment, de la rédaction défectueuse des

textes. Ainsi, l'on peut s'en rendre compte avec l'article L.115 du Code électoral qui dispose en ces termes : « En dehors des cas spécialement prévus par les dispositions des lois et décrets en vigueur, quiconque, soit dans une commission administrative, soit dans un bureau de vote ou dans les bureaux des mairies, des préfectures ou sous-préfectures ou en dehors de ceux-ci, avant, pendant ou après un scrutin, a par inobservation volontaire de la loi ou des atteintes ou tenté de porter atteinte à sa sincérité, empêché ou tenté d'empêcher les opérations du scrutin ou qui a changé ou tenté de changer le résultat, sera puni d'une amende de 20.000 à 100.000 FCFA, et d'un emprisonnement d'un mois à un an. Si le coupable est fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, agent ou préposé du gouvernement ou d'une administration publique, la peine sera portée au double. » Il faut relire plusieurs fois pour saisir le sens de cette disposition qui incrimine, à notre sens, l'inobservation volontaire de la loi ou les atteintes à la sincérité du scrutin en empêchant le bon déroulement des opérations ou en changeant les résultats du scrutin. La diversité des situations envisagées en fait une disposition donnant les allures d'un « fourre-tout », réduisant, ab initio, l'efficacité du dispositif répressif.

Par ailleurs, l'article L.92 vise et punit les personnes qui, étant chargées dans un scrutin de recevoir, compter ou dépouiller des bulletins contenant des suffrages des citoyens, se sont rendues coupables d'actes de soustraction, de falsification ou d'altération des bulletins⁵⁴, l'article L.102 sanctionne toute violation du scrutin par les membres du bureau de vote ou par les personnes préposées à la garde des bulletins non encore dépouillés⁵⁵.

Un autre délit est prévu par l'article L.100 du code électoral. Il vise les membres du corps ou collège électoral qui, par voie de fait, auront empêché ou retardé les opérations électorales, ou qui se seront rendus coupables d'actes de violence ou d'outrage soit envers le bureau, soit envers un de ses membres. La peine prévue est de 01 mois à 01 an d'emprisonnement et une amende de 30.000 à 600.000 francs.

Si le scrutin est violé, la peine passe de 01 an à 05 ans d'emprisonnement et de 300.000 à 6000.000 francs.

Enfin l'article R.74 du Code électoral punit d'une peine d'amende les agents publics qui, dans l'exercice de leurs fonctions se seront livrés à des actes de propagande électorale. En effet, selon cet article, « Tout agent d'une collectivité publique qui se sera livré dans l'exercice de ses fonctions à des actes de

⁵⁴ 06 mois à 10 ans d'emprisonnements.

⁵⁵ 05 à 10 ans d'emprisonnement.

propagande électorale sera puni d'une amende de 5.000 à 20.000 F CFA. »

Dans la pratique cependant, le développement des réseaux sociaux ne facilite pas le respect de cette interdiction.

2) Infractions contre les candidats

En ce qui concerne les infractions contre les candidats, il est nécessaire de relever que ceux-ci bénéficient, aux termes des dispositions du Code électoral et dans le souci de garantir le libre jeu de la compétition électorale, d'une immunité pénale. En effet, selon l'article L.117, « De l'ouverture officielle de la campagne électorale jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin, aucun candidat ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé pour des propos tenus ou des actes commis durant cette période et qui se rattachent directement à la compétition ».

Toutefois, l'on relève que certaines dispositions du Code prévoient des infractions susceptibles d'être commises par les candidats et condamnées comme tel. L'article L.112 prévoit à cet égard que « Tout candidat qui, de mauvaise foi, aura souscrit une déclaration inexacte sur son éligibilité ou sur sa présence sur une liste, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à

un an et d'une amende de 18.000 à 360.000 FCFA ». Cette disposition suppose que l'infraction visée soit réalisée avant l'ouverture officielle de la campagne électorale qui coïncide avec le début de la protection pénale.

Par contre, l'hypothèse où il s'agirait de l'infraction visée à l'article L. 109 du Code électoral, pourrait difficilement se concilier avec la protection prévue au profit des candidats. Certes, l'on peut considérer que la condition posée par l'article L.117 pour le bénéfice de l'immunité ne serait pas remplie. Selon ce texte, les « propos tenus » ou les « actes commis » durant la période allant de l'ouverture officielle de la campagne électorale à la proclamation des résultats doivent se rattacher « directement à la compétition ». Ce qui ne semble pas le cas, dans la situation visée par l'article L.109, premier point, aux termes duquel « Sera passible d'une amende de 50.000 à 500.000 FCFA, tout candidat : (...) qui utilise ou permet d'utiliser son panneau d'affichage dans un but autre que la présentation et la défense de sa candidature et de son programme, ses remerciements ou son désistement ».

Mais, le second point de l'article L.109 vise une situation qui ne peut que se rattacher directement au déroulement de la compétition. Cet article punit en effet de l'amende de 50.000 à 500.000FCFA, le candidat « qui cède à un tiers son

emplacement d'affichage ». Il s'agit néanmoins de sanctions qui ne devraient pas porter atteinte au libre jeu de la compétition dès lors qu'il s'agit d'une « simple peine » d'amende.

Conclusion

La régulation du système électoral par le droit pénal semble s'inscrire, dans le contexte des États africains comme le Sénégal, dans une certaine vision du droit pénal, souvent sollicité pour apporter son appui aux autres disciplines juridiques, certes. Il a ainsi vocation à contribuer au renforcement du caractère démocratique du système électoral.

L'on est tenté de faire le constat que le caractère démocratique d'une élection repose sur ce qu'elle est disputée, de manière transparente et sincère⁵⁶. Comme l'affirme si bien un auteur, « On note, pour s'en féliciter, l'acceptation générale en Afrique du principe de l'organisation d'élections libres et transparentes à intervalles réguliers. Le citoyen africain se trouve ainsi conforté dans son droit de choisir ou de sanctionner les dirigeants au moyen de sa carte d'électeur. Il

n'est donc pas nécessaire de recourir à la violence ou à la désobéissance civile pour exprimer sa désapprobation. L'échéance électorale lui permet d'exprimer sa citoyenneté, de demander des comptes aux gouvernants et d'exiger la prise en charge de ses aspirations. Dans un régime démocratique, une des réglementations parmi les plus délicates concerne le déroulement des opérations électorales. La sincérité des votes et l'effectivité d'un suffrage universel dépendent essentiellement des modalités d'organisation d'une élection⁵⁷ ».

Il est cependant une tendance à « manipuler » le droit pénal qui servirait d'instrument pour mettre à terre les opposants dans une compétition électorale. Au demeurant, l'efficacité des dispositions pénales est douteuse. L'action publique et l'action civile se prescrivent, selon l'article L.118, après six mois, à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection⁵⁸.

La présente étude qui s'est appuyé certes sur le contexte sénégalais, a été conduite au regard de l'encadrement juridique des élections dans d'autres Pays d'Afrique noire

⁵⁶ Sur la notion de sincérité d'une élection, V. R. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », in CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 13 (DOSSIER : LA SINCÉRITÉ DU SCRUTIN) - JANVIER 2003, DISPONIBLE SUR [HTTPS://WWW.CONSEIL-CONSTITUTIONNEL.FR/NOUVEAUX-CAHIERS-DU-CONSEIL-CONSTITUTIONNEL/LA-NOTION-DE-SINCERITE-DU-SCRUTIN](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-notion-de-sincerite-du-scrutin) (15/11/2022).

⁵⁷ B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », Pouvoirs 2009/2 (n° 129), pages 5 à 26.

⁵⁸ Il s'agit des actions intentées en vertu des articles L.91 à L.107, L.110 à L.112, L.114, si les armes étaient apparentes.

francophone. Le constat est que les codes électoraux instituent des dispositions qui définissent un certain nombre de conditions d'éligibilité à travers des dispositions relatives à la capacité électorale. Ces conditions reposant à bien des égards sur le passé pénal des candidats, sont de nature à susciter une certaine instrumentalisation de la répression pénale. Les exemples de candidats potentiels « réduits au silence » ou dont la candidature s'est avéré irrecevable pour avoir été condamnés pénalement sont de plus en plus fréquents, au Sénégal, au Bénin ou en Côte d'Ivoire.

L'influence du droit pénal peut ainsi être déformée en ce que les buts poursuivis dans la répressions pénale se trouvent dévoyés dans la pratique, ce qui suscite, en termes de perspectives, des réflexions approfondies sur un éventuel équilibre entre la nécessité de l'intervention du droit pénal et les limites de celle-ci pour sauvegarder l'essence d'une élection qui, de notre avis, est qu'elle soit disputée, sur la base des projets de sociétés et non en fonction de stratégies d'élimination des autres. Nous avons ainsi conscience que l'étude ainsi conduite n'épuise pas toutes les questions et, au demeurant, aurait pu ou dû s'appuyer de manière plus aboutie sur des exemples plus variés en fonctions des pays.

Bibliographie

- Doctrine

- **Diallo, P. O** (2018). Les infractions pénales en période électorale », Communication au séminaire de formation des magistrats, Saly 13 au 15 novembre 2018, inédit.
- **Dieng, J. M** (2015). «La diffamation au Sénégal: cadre juridique et état de la jurisprudence », <https://jackmactardieng.wordpress.com/2015/11/24/la-diffamation-au-senegal-cadre-juridique-et-etat-de-la-jurisprudence/> (consulté le 19 juin 2022).
- **Ghevontian, R** (2003). « La notion de sincérité du scrutin », in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13 (dossier : la sincérité du scrutin) - janvier 2003, disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-notion-de-sincerite-du-scrutin> (15/11/2022).
- **Gueye, B** (2009). « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs* 2009/2 (n° 129), pages 5 à 26
- **Olivier N** (2017). *Lexique de science politique, vie et institutions politiques*, Dalloz Lexiques, 4^e édition 2017.
- **Le Monnier de Gouville, P** (2012). « Le principe de nécessité en droit pénal ». À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal*. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, *Lextenso*, coll. LEJEP, 2013, in Les Cahiers de la Justice n°3, pp.495 à 503.
- **Lécuyer Y** (2014). « Introduction », dans : Le droit à des élections libres. sous la direction de Lécuyer Yannick. Strasbourg, Conseil de l'Europe, « Hors collection », 2014, p. 9-33.

URL : <https://www.cairn.info/--9789287177599-page-9.htm> (consulté le 17 juin 2022).

- **Michalski, C** (2013). « Liberté d'expression et débat d'intérêt général », AJ pénal 2013, 19.
- **Narey, O** (2020). « Mot de bienvenue à l'occasion de la 2^{ème} édition des journées scientifiques de droit constitutionnel », in *L'élection présidentielle*, L'Harmattan 2020, p.18.
- **Ndiaye, S.; Tine, M. P.; Sall M. & Damiba, L.** (2011). « Les violences dans le processus électoral au Sénégal de 2000 à 2011 », Rapport d'étude LAREM, décembre 2011.
- **Rambaud, R** (2016). « Droit pénal électoral : précision sur le régime juridique de la diffamation en campagne électorale », AJDA 2016 p.963.
- CE, sect., 8 juin 2009, n° 321974, *Elections municipales d'Aix-en-Provence [Bouches-du-Rhône]*, Lebon ; AJDA 2009. 1302, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; RFDA 2010. 273, concl. E. Glaser.
- Crim. 11 oct. 2011, D. 2012. 765, obs. E. Dreyer; Crim. 22 nov. 2011, D. 2012. 765, obs. E. Dreyer ; Crim. 2 oct. 2012, D. 2013. 457, obs. E. Dreyer.
- TGI Dakar (2019), Jugement n° 316 du 30 mars 2018, inédit.
- Tribunal de grande instance de Tambacounda, Jugement N°19 du 25 mars 2021, Affaire Ministère public et Mariama TOGO Contre Moustapha NDIAYE et autres, inédit.

- Jurisprudence

- **Autres documents**
- Service central de prévention de la corruption, France (2013). Rapport annuel disponible sur <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/autres-rapports-dactivite-10287/rapport-du-service-central-de-prevention-de-la-corruption-2013-27626.html> (consulté le 13/08/19 À 20H12).
- Loi organique n°2012-23 du 27 décembre 2012 abrogeant et remplaçant la loi organique n°99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes.
- Cass. 3e civ., 27 juin 1990, n° 89-14389, disponible sur www.juricaf.org (consulté le 13 novembre 2022) ; Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 02-15.893, RTD civ. 2004. 775, obs. R. Perrot.
- CEDH, Affaire *Brasilier c. France*, 11 avril 2006, *Requête n° 71343/01*, v. dans le même sens, CEDH 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, n° 12697/03, D. 2007. 1704.
- Conseil Const (1995). Affaire n°3/C/95, in Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, janvier 1993 – mars 2019, 2020, p.89.
- Cons. Const (2019). Décision n°3/E/2019 du 20 janvier 2019, Recueil des décisions, janvier 1993 – mars 2019, p.655 et ss.
- CE 29 juill. 2002, n° 240196, *Tichadou c/ M^{me} Mégret*, Lebon ; AJDA 2003. 35, note B. Maligner

LE STATUT DES PÊCHERIES DANS LA BAIE DU LÉVRIER EN AFRIQUE OCCIDENTALE FRANÇAISE (A.O.F).

Mouhamadou BA

Docteur en Droit

Enseignant – chercheur

Faculté des sciences juridiques et politiques

Université Cheikh Anta DIOP

Dakar – SÉNÉGAL

Ubi finitur armorum vis, ibi finitur terrae potestas¹

Résumé : La législation majeure de la France interdisait la fréquentation de ses eaux aux étrangers. Mise en vigueur dans l'ensemble de ses colonies, en Afrique occidentale française notamment, elle présentait des difficultés d'application dans la Baie du Lévrier située, pourtant, dans la colonie de la Mauritanie. Dans cette zone, la France liée à l'Espagne par une Convention du 27 juin 1900, délimitant les possessions des uns et des autres ainsi que les droits y afférant, ne pouvait ni juridiquement ni politiquement rendre exécutoire sa législation de pêche et de pêcheries rendue nécessaire par les circonstances propres au lieu. Il se posait ainsi la question de savoir comment contourner cet obstacle sans risquer la violation de ses obligations internationales ni un incident diplomatique peu favorable à l'époque mais aussi tenir compte de l'unité de législation dans cette fédération de colonies. De sorte que se posait à la France la question de savoir, comment appliquer un statut des pêcheries adapté à la Baie du Lévrier sans violer ses obligations internationales ni aller à l'encontre de sa législation ? Elle réussit à se défaire de ces contraintes grâce à une subtilité juridique et diplomatique digne d'intérêt. Il s'agit,

d'une part, de l'occupation effective de la Baie à travers l'outil stratégique de Port-Etienne pour y imposer son autorité de fait. Et, d'autres part, profiter de divers contextes mondiaux favorables, pour restreindre juridiquement les droits de pêche par des mesures unilatérales (le décret du 2 mai 1931) et autoritaires dites de police de navigation (l'arrêté du 4 mars 1942) sans avoir à modifier ni dénoncer la Convention du 27 Juin 1900. IL en résultait, certes, l'émergence d'un nouveau statut des pêcheries adapté à la Baie. Mais son hybridité affichée pouvait relancer la question du difficile rattachement de la Mauritanie à l'ensemble de la fédération de l'Afrique occidentale française.

Mots-clefs : Baie du Lévrier, Cercle, Convention, Espagnol, État, France, Loi, maritime Mauritanie, mer, navigation, police, port, pêche, territoriale.

¹ Célèbre formule de Bijkershoek qu'on peut traduire par « là où est limité la portée des armes, là se limite la souveraineté » tiré de Verhoeven (J.), *Droit international public*, Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier 2000, p. 527.

INTRODUCTION :

La souveraineté des États sur les immenses étendues maritimes s'est très tôt affrontée sur le terrain des concepts de « *mare liberum* » d'Hugo Grotius² et de « *mare clausum* » de John Selden³ selon que leurs intérêts soient mieux servis par l'un ou l'autre de ces concepts. Cette approche opportuniste pour décider des droits à accorder sur ces immenses espaces s'est illustrée durant la période coloniale dans la zone de la Baie du Lévrier qui présentait quelques disparités par rapport à la législation générale de la pêche applicable en Afrique Occidentale française de sorte que se posait la question du statut des pêcheries dans la Baie du Lévrier en A.O.F.

Située dans la colonie française de la Mauritanie⁴, rattachée elle-même à l'administration générale de l'AOF, la Baie du Lévrier s'étendait de la pointe de la Coquille à la pointe du Cap Blanc⁵. Elle mérite de retenir notre attention en ce qu'elle incarnait tout ce que le monde

d'alors avait d'indécis et de pratiques éparses concernant le droit de la mer. La France et l'Espagne s'étaient partagé la souveraineté de la Baie sur la base de la Convention du 27 Juin 1900 et selon un critère de délimitation autre que celui résultant de la pratique des États d'alors : la règle des 3 milles marin⁶. Tandis qu'une nécessité pratique de contrôler la liberté de la pêche dans la zone, conséquence de cette Convention, poussait les autorités de la Mauritanie à exiger la promulgation de la loi du 1^{er} Mars 1888 contraire à elle. Cette liberté de la pêche favorable à la fréquentation libre des côtes par les pêcheurs étrangers⁷ rendaient nécessaire l'adoption d'un corps de règlement cohérent contenant des droits et des obligations communément appelé statut applicable à la pêche, à l'industrie de pêche, aux zones de pêche ainsi qu'aux outils employés à l'activité dans un contexte livré à des « *pratiques antagonistes sur des questions cruciales du droit de la mer* »⁸.

²Cf. GUICHON DE GRANDPONT (A.), *Dissertation de Grotius sur la liberté de la mer*, traduit du Latin avec une préface et des notes, extrait des annales maritimes et coloniales, publiés par MM. BAJOT ET POIRRE, Paris Imprimerie Royale, Avril et Mai 1845. <http://books.google.com>

³ Cf. ROBERT (D.), *Pêche maritime au point de vue international*, Paris librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 189, pp. 8-11.

⁴ Du point de vue administratif, le territoire civil de la Mauritanie s'étend depuis l'Océan jusqu'au marigot de Karakoro, affluent du Sénégal qui le sépare de la colonie du Sénégal-Haut-Niger. Il est séparé de la colonie du Sénégal par le fleuve du même nom, du côté nord.

⁵Cf. Gouvernement Générale de l'Afrique Occidentale Française, notice publiée par le Gouvernement Général à l'occasion de l'exposition coloniale de Marseille : La Mauritanie, éd. Créte imprimerie typographique CORBEIL (s.-&-o.), 1907, p. 34.

⁶ ANS 4R. V.026 00010.

⁷ Les pêcheurs espagnols en particulier notamment les canariens.

⁸ LATTY (F.), « Du droit coutumier aux premières tentatives de codification », in : Mathias FORTEAU / Jean-Marc THOUVENIN (dir.), *Traité de droit international de la mer*, CEDIN, Paris, Éditions A. Pedone, 2017 p.38.

C'est en ces termes que se posait l'équation aux autorités françaises métropolitaines chargées de la législation générale de l'A.O.F. Elles étaient partagées entre les obligations internationales de respect des accords signés avec les nations étrangères, l'Espagne ici, l'unité de législation en A.O.F et l'insistance pressante des autorités locales de la Mauritanie appelant à la dérogation à ces accords pour tenir compte de la particularité de leur zone. Autrement dit, comment appliquer à la Baie du Lévrier un statut des pêcheries adapté sans dénoncer la Convention du 27 Juin 1900 ni entamer l'unité de législation de l'A. O. F ?

Cette question était d'autant plus importante que la France a dû faire recours à des subtilités diplomatiques en pleine guerre, parfois, pour mettre fin à des incidents de pêche ou délit de chalutage du fait d'étrangers parce que son territoire était sous occupation et qu'elle n'avait pas les moyens d'y remédier par la voie autoritaire.

L'étude d'un tel cas renferme un autre intérêt majeur à plus d'un titre. Elle aura le mérite de montrer le droit la pêche, de la mer et le droit international en général, tributaire de beaucoup de facteurs liés plutôt à l'opportunité qu'à la légalité même si l'évolution suivie depuis les années 30 sous l'égide de la Société des Nations (S.D.N.) militerait en faveur d'une vaste entreprise de codification qui a abouti, avec les

Nations Unis (O.N.U), aux accords de Vienne et 1958 et plus tard à la Convention de Montégo Bay de 1982.

Au demeurant, il convient de démontrer l'inadaptation de la réglementation française des pêcheries à la Baie du Lévrier (I) et les stratégies d'établissement d'un statut des pêcheries adapté à la Baie du Lévrier (II).

I- L'INADAPTATION DE LA REGLEMENTATION FRANÇAISE DES PECHERIES A LA BAIE DU LEVRIER.

Faisant partie intégrante du Gouvernement général de l'A.O. F, évoquer l'inapplicabilité de la réglementation française dans la Baie du Lévrier, alors que la question ne se posait pas au niveau de la fédération, peut sembler assez curieux⁹. Et pourtant la Convention du 27 juin 1900 rendait inapplicable une partie de cette réglementation (A) avant de se révéler, par la suite, inadaptée à la Baie (B).

A- L'inapplicabilité de la réglementation française de la pêche du fait de la Convention.

Le droit de pêcher dans les eaux françaises était régi par la loi du 1^{er} Mars 1888¹⁰ rendue applicable dans les colonies par les décrets du 9 décembre 1926 et 22 novembre 1928¹¹. On pouvait retenir de ces deux textes que : « *Est applicable à*

toutes les colonies où elle n'a pas été publiée à ce jour la loi du 1^{er} mars 1888 interdisant aux bâtiments étrangers la pêche dans les eaux françaises ». Le droit de détenir des installations de pêche à terre sur le littoral de l'A.O. F était, en outre, régie par la loi du 12 Février 1930 portant sur l'exercice de la pêche côtière. C'est deux textes combinés constituaient l'essentiel de la législation des pêcheries dans la colonie. Malgré tout jusqu'en 1945, il est attesté que les navires de nationalité européenne fréquentaient toujours la côte mauritanienne sous diverses formes sans que la France ne puisse la leur interdire¹² pour des raisons liées à l'inapplicabilité de ces textes du fait de la Convention franco-espagnole¹³. Quelles sont ces dispositions incompatibles alors et comment empêchaient-elle l'application de cette réglementation ?

La Convention du 27 juin 1900 avec l'Espagne reconnaissait bien à la France, conformément à l'article 34 de l'acte général de Berlin¹⁴, la possession des

⁹ Les droits de pêche et d'implantation des pêcheries étaient régies dans ce groupe de colonies par les lois du 1^{er} Mars 1888 et du 12 février 1930 ; par ailleurs, les décrets du 12 Avril 1914 et du 2 mai 1931, l'arrêté du 29 juillet 1924

¹⁰ Modifiée dans ses articles 2 et 3 par la loi du 30 mars 1928.

¹¹ « *Est Applicable à toutes les colonies la loi du 30 mars 1928 modifiant les articles 2 et 3 de la loi du 1^{er} mars 1888 ayant pour objet d'interdire aux étrangers la pêche dans les eaux territoriales de France et d'Algérie.* ».

¹² Note « Très secret » n°455 de l'Afrique Occidentale Française, *La pêche française sur les côtes de la Mauritanie*, le 09 Avril 1945. ANS 4R V.026 pièces n°3 et suiv.

¹³ Cf La correspondance n°1428 AP/2 adressant, pour attribution, la lettre n°130 AP du 10 Juin 1942 du Gouverneur de la Mauritanie, in : Correspondance « confidentielle » de la Direction des affaires politiques et administratives au Directeur des services économique, Règlementation de la pêche sur les côtes africaines, du 24 juin 1942.

¹⁴ Art.34 de de l'acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1886.

territoires compris entre le *Rio de Oro* (actuel Sahara occidentale) et le Sénégal¹⁵. Ce qui aurait dû avoir pour effet de ranger la Baie parmi les eaux françaises objet de sa souveraineté, de l'autoriser à y appliquer sa législation de pêche et d'installation de pêcheries telle que nous l'avons indiqué et d'interdire ainsi la fréquentation des lieux aux bateaux étrangers conformément à la loi du 1^{er} mars 1888 et la Convention elle-même. Car l'une disposait que : « *la pêche est interdite aux bateaux étrangers dans les eaux de la France et de l'Algérie, ...* »¹⁶ tandis que l'autre stipulait que : « *les endroits et les avantages qui découlent des articles 2,3 et 5 de la présente Convention, étant stipulés à raison du caractère commun ou limitrophe des Baies, embouchures, rivières et territoires susmentionnés, seront exclusivement réservés aux ressortissants des deux hautes parties contractantes et ne pourront en aucune façon être transmis ou concédés aux ressortissants d'autres nations.* »¹⁷

Mais un problème juridique surgissait, d'ores et déjà, avec la loi. Elle retenait un

critère de délimitation des eaux territoriales françaises qui, même s'il était admis par la majorité des États de l'époque, n'en était pas moins incompatible avec la délimitation de la Convention laquelle risquait, toutefois, de l'emporter sur elle. La loi du 1^{er} mars retenait, en effet, comme critère de délimitation la règle des « *trois milles marins au large de la laisse de basse mer* Pour les Baies, le rayon de trois milles est mesuré à partir d'une ligne droite tirée en travers de la Baie, dans la partie la plus rapprochée de l'entrée, au premier point où l'ouverture n'excède pas dix milles ». Tandis qu'au terme de la Convention du 27 juin 1900¹⁸, dans son article 1^{er} al.2, on pouvait lire que : « *Il est entendu que, dans la région du cap Blanc, la délimitation qui devra y être effectuée par la commission spéciale visée à l'article 8 de la présente Convention s'opérera de façon que la partie occidentale de la péninsule, y compris la Baie de l'Ouest, soit attribuée à l'Espagne, et que la cap Blanc proprement dit et la partie orientale de même péninsule demeure à la France.* » réservant ainsi la

¹⁵Cf. Convention franco-espagnol du 27 Juin 1900 pour la délimitation des possessions françaises et espagnoles dans l'Afrique occidentale sur la côte du Sahara et sur le côté du golfe de Guinée. In *Archives diplomatiques recueil mensuel international de diplomatie et d'histoire*, Troisième série, tomes LXXVIII, 41^e et 42^e années, Janvier-Février-Mars 1901-1902. pp. 5-8.

¹⁶Cf. Art.1^{er} de la loi du 1^{er} mars 1888, loi ayant pour objet d'interdire la pêche aux étrangers dans les eaux territoriales de France et d'Algérie, Bulletin des

Lois, 12^e S., B. II53, n. 19032. In ANS 4R V. 026 5 00010 Règlement de la pêche dans la Baie du Lévrier 1925-1945 pièce n°17.

¹⁷Cf. Art.6 de la Convention Franco-espagnole du 27 juin 1900. Archives diplomatiques : recueil de diplomatie et d'histoire. 1901. Gallica.bnf.fr/Bibliothèque nationale de France. p. 6.

¹⁸ Mais aussi en vertu de l'acte international de la Haye selon lequel la loi de 1888 demeure strictement nationale et ne saurait valoir dans les relations entre États.

pêche dans cette zone qu'aux ressortissants espagnols et français¹⁹.

Or de cette incompatibilité entre les deux textes, on pouvait retenir que la Convention l'emportait sur la loi même si la Constitution française de 1875 de la troisième République, sous le magistère de laquelle elle était adoptée, semblait rester muette sur la question. Car non seulement la lecture de l'art.8 de la loi du 16 juillet 1875 autorisait cette lecture, mais la postériorité de la Convention à la loi de 1888 ainsi que la disposition de cette dernière « *il n'est pas dérogé aux dispositions des Conventions internationales et des lois qui s'y réfèrent* »²⁰ la confortaient. Ce qui soumettait ainsi la France, au nom du principe *Pacta sunt servanda* et de la relativité des Conventions qui n'étaient pas inconnus du monde d'alors, au respect de ses engagements internationaux.

Qui plus est, la loi de 1888 n'a jamais été promulguée en A.O.F pour des raisons tirées de cette incompatibilité à la Convention du 27 juin 1900²¹ restreignant ainsi les eaux françaises à « *l'intérieur de la ligne tracée du Cap Blanc à la pointe de la*

*Coquille (environ 38 kilomètres) et non sur l'étendue de la Baie... »*²². Ce qui aurait pu justifier, au moins, l'application des autres textes de la réglementation en AOF et qui n'étaient pas frappés de cette inapplicabilité.

L'incompatibilité qui frappait la loi du 1^{er} mars 1888 ne s'étendait pas, en effet, au décret du 12 Avril 1914 portant réglementation de la pêche et de l'exploitation industrielle de la baleine dans les colonies françaises qui était bel et bien promulgué en A.O. F²³ ni à l'arrêté général du 29 juillet 1924 interdisait en A.O.F la pêche pratiquée à l'aide d'explosifs, de poisons ou autres drogues de nature à détruire ou enivrer le poisson. Ce qui faisait office de réglementation de police de pêche sur la base de laquelle l'activité pouvait au moins être contrôlée et ainsi, ne serait-ce que d'une manière incidente, atténuer les dérives qui se faisaient jour²⁴.

Mais si ces textes étaient applicables du fait de leur entrée en vigueur dans la colonie, ils n'en étaient pas pour autant opposables à la Convention du fait de leur caractère non-concerté avec la partie espagnole. En, effet,

¹⁹Cf. LATTY (F.), *op. cit.* p. 38.

²⁰ Cf. Art.12 de la loi du 1^{er} mars 1888, *op. cit.* pièce n°19.

²¹ Mais aussi en vertu de l'acte international de la Haye selon lequel la loi de 1888 demeure strictement nationale et ne saurait valoir dans les relations entre États.

²²Cf. Note n°1911 AP/2 du Directeur des Affaires Politiques et Administratives au Directeur des

Affaires Économiques, Dakar, le 25 Août 1930. In 4R. V026 6 00010 pièce n°14 et suiv.

²³ Cf. Arrêté du 15 mai 1914 ; le décret du 6 février 1925, modifiant celui du 12 Avril 1914 fut également promulgué par arrêté du 9 mars 1925. ANS 4R. V.026 0 00010 1925-195.

²⁴ Cf. Répertoire des textes réglementaires de la pêche en A.O.F. ANS V.001 1 00001 1937-1942 étude sur les pêcheries.

la Convention opposait une règle dite clause « *d'arrangement concertée* » à toute législation de l'une des deux parties qui ne serait pas adoptée de commun accord. Cette règle avait pour effet de rendre inexecutable toute législation à caractère unilatérale d'une des parties en ces termes : « *la police de la navigation et de la pêche dans ces rivières, dans les eaux territoriales françaises et espagnoles aux abords de l'entrée de la rivière Mouni, ainsi que les autres questions relatives aux rapports entre frontaliers, les dispositions concernant l'éclairage, le balisage, l'aménagement et la jouissance des eaux feront l'objet d'arrangement concertés entre les deux gouvernements.* »²⁵. Or aucun de ces textes n'était adopté de commun accord avec l'Espagne pour régir la police de la pêche dans la Baie. Ce qui la livrait ainsi à la seule autorité de la Convention du 27 Juin 1900 qui ne tardât pas à montrer ses limites par rapport à la réglementation de la pêche et surtout à la gestion des incidents auxquels l'activité donnait lieu. Et ce, d'autant plus son application débouchait sur des rapports inégaux entre pêcheurs espagnols et pêcheur français. La liberté de la pêche qu'elle consacrait débouchait sur des conflits et des faits compromettants les richesses ichtyologiques contre lesquels le

Lieutenant-Gouverneur de la Mauritanie était complètement désarmé.

Prévenir ces incidents a dû être déterminant dans la tentative française de séparer le droit de pêche de l'industrie de pêche dans la loi du 12 Février 1930 portant sur l'exercice de la pêche côtière en A.O. F²⁶. Ce texte distinguait soigneusement la concession du droit de pêche²⁷ de l'autorisation d'installation de pêcherie en ces termes « *Le Gouverneur Général de l'Afrique Occidentale Française est habilité à conférer exceptionnellement au bénéficiaire de l'autorisation d'une installation de pêcherie sur le Domaine Public, une concession de droit de pêche.* »²⁸ Il soumettait ces deux activités à une autorisation préalable personnelle et limitée dans le temps comme pour réagir à l'art.2 de la Convention déclarant la pêche libre ; il disposait que « *la concession du droit de pêche ne peut en aucun cas être opposée aux indigènes pour restreindre les droits coutumiers, qu'ils conservent, de se livrer à la pêche suivant leurs méthodes traditionnelles dans toute l'étendue des eaux territoriales* »²⁹ comme pour réagir aux nombreux incidents survenus entre pêcheurs autochtones et les pêcheurs étrangers tels que relaté par les enquêtes.

²⁵ Art.5 al.3 de la Convention du 27 juin 1900.

²⁶ Promulguée par arrêté général du 28 mars 1930

²⁷ art.7 de la loi du 12 février 1930.

²⁸ Art. 7 de la même loi.

²⁹ Art.8 de la même loi

Toutefois le Gouverneur de la Mauritanie estimait que ce texte ne serait d'aucun secours face à la situation car « *toute réglementation prise en application de ce texte en vue de limiter l'exercice de ce droit le droit de pêche sur la côte en l'occurrence s'appliquerait aussi bien aux Maures qu'aux canariens* »³⁰. Mais elle posait d'abord un problème d'opposabilité à la partie espagnole du fait de la Convention comme du reste l'étaient ses devanciers que sont le décret du 12 Avril 1914 modifié par décret du 4 décembre 1925, l'Arrêté général du 29 Juillet 1924 qui ne visaient pourtant que la police de la pêche ; mais aussi le texte qui le suivait et qui visait, pour la première fois, nommément la Baie dans le sens d'y règlementer la pratique de la pêche du fait de l'inadaptation de la Convention.

B- L'inadaptabilité de la Convention franco-espagnole à la Baie du Lévrier.

La pêche dans la Baie du Lévrier était dans une situation des plus difficiles faute de promulgation de la réglementation de la législation majeure de la France dans cette colonie et pour des raisons déjà évoquées³¹. Il résultait de cette situation un certain

nombre de conséquences reprises dans une correspondance n°130 AP du 10 juin 1942 mettant en cause les pêcheurs espagnols sans que la France ne pût réagir par sa législation pour y mettre fin ni par les clauses de la Convention qui était inadaptée à la situation.

Cette inadaptation de la Convention résidait d'abord dans l'étendue des droits reconnus aux pêcheurs espagnols. Leur ambiguïté était de nature à occasionner beaucoup de conflits avec les pêcheurs autochtones, d'une part, et ceux de nationalité française, d'autre part. Cette confusion rendait inopérantes les dispositions de la clause d'exclusivité contenues pourtant dans la Convention et selon laquelle la pêche dans la Baie était réservée aux seuls ressortissants français et espagnols³². Même si cette disposition respectait les règles de la propriété reconnue dans les colonies française et surtout celle de l'occupation du domaine public maritime³³, il n'en demeure pas moins qu'elle soulevait un certain nombre de difficultés.

Elles étaient liées, ensuite, à l'absence de définition de ce qui était convenu

³⁰ Gouverneur de la Mauritanie au Gouverneur Général de l'Afrique Française, Saint-Louis, le 13 Avril 1942. In ANS 4R. V026 11 00011 pièce n°12.

³¹ Cf. La correspondance confidentielle n°78/AP du Gouverneur de la Mauritanie au Gouverneur Général de l'Afrique française, Incidents de pêche à Port-Etienne, Saint-Louis, le 13 Avril 1943. In ANS 4R V.026 11 00011.

³²art.2 de la Convention franco-espagnole du 27 juin 1900.

³³Notamment le décret du 28 septembre 1928 portant réglementation du domaine public et des servitudes d'utilité publique en Afrique Occidentale Française.in 4R. V.026 6 00010 pièce n°9.

d'entendre par « *pêcheurs espagnols* » au terme de la Convention. Car s'il ne faisait l'ombre d'aucun doute qu'il s'agissait bien des sujets de nationalités espagnols qui étaient visés ainsi que les navires battant pavillons espagnols, il n'en demeurait pas moins que l'absence de moyens de contrôle et d'identification de la qualité de ces personnes qui bénéficiaient de cette disposition ne mettait pas à l'abri d'éventuelle détournement de procédure. Autrement dit ce droit d'exercer « *l'industrie de la pêche concurremment avec les ressortissants français* » accordé sans réserve ouvrait les eaux françaises aux capitaux étrangers par le truchement de la participation aux capitaux de sociétés de nationalité espagnole qui ne l'étaient hélas, parfois, que de nom. C'est ce qu'établissait le rapport n°455 des affaires économiques en AOF portant les pêches étrangères sur les côtes mauritaniennes³⁴.

Selon le document des bateaux anglais et italiens fréquentaient les eaux mauritaniennes sous diverses formes détournée la plupart sans que la France ne soit outillée pour combattre de tels abus. C'était le cas de la Société « *African Fisheries* », concurrente directe de la S.I.G.P³⁵, réputée espagnole alors le principal actionnaire était un anglais

nommé Johnson. C'était le cas également des italiens qui chalutaient « *en eaux territoriales espagnoles et venaient souvent en Baie, sous le prétexte d'acheter leur poisson aux Canariens ou de leur échanger dorades contre mulets (le mulet se vendant mieux en Italie qu'aux Canaries). Ils ont été souvent vu chalutant dans le nord de la Baie* »³⁶

Ces difficultés ont été liées, en fin, à ce qu'il fallait entendre par droit d'exercice de « *l'industrie de la pêche* » contenu dans la Convention. Car bien que la précision soit faite que ce droit n'autorisait qu'à se « *livrer à toutes les opérations accessoires de la même industrie...* », elle n'en débouchait pas moins sur à une divergence d'interprétation plus ou moins favorable à la partie française. Ainsi de l'avis du Ministère des Affaires Étrangère contenu dans la note 47 SE du 20 mai 1925, il résultait une interprétation restrictive tentant, difficilement d'ailleurs, de distinguer le droit de pêche de l'industrie de pêche afin d'interdire cette seconde activité aux nations étrangères. Tandis que de l'avis du Ministère de la Marine marchande des colonies, contenu dans la note S.E du 16 janvier 1940, il résultait une thèse extensive selon laquelle « *si la Convention accorde aux Espagnols le droit de se livrer à*

³⁴ Document déjà cité. Supra note n°10.

³⁵ Société Industrielle de Grande pêche sur laquelle nous allons revenir. Cf *infra*.13 et suiv.

³⁶ANS 4R. V. 026 0 00010 Règlement de la pêche dans la Baie du Lévrier 1925-1945 pièce n°3.

l'industrie de pêche (celle-ci emportant « pêche et installation provisoire à terre » ainsi que le dit le Ministère de la Marine marchande) elle n'interdit pas aux pêcheurs d'autres nationalités de pêcher dans la zone.»³⁷ Cette dernière interprétation semblait, d'ailleurs, être passée en force de chose décidée depuis les directives du Ministre en 1937 qui réaffirmait que les marins de toutes nationalités avaient le droit de pêcher sur toute la côte de l'A.O.F mais non sans préciser que « seuls ont le droit d'avoir des installations à terre les pêcheurs français et les ressortissants français sur tous les rivages de l'A.O.F et les espagnols sur la partie de la côte indiquée par la Convention franco-espagnole ».³⁸

Quoi qu'il en soit de ces deux interprétations, ce droit accordé aux pêcheurs espagnols de pratiquer la pêche avec possibilité d'avoir des installations sur la côte, même provisoires, débouchait sur un bon nombre de conflits de toutes sorte avec les indigènes de la colonie d'une part, et avec les pêcheurs français opérant dans la

Baie d'autre part. C'est ce que révélait une tournée d'enquête en 1942 sur les incidents survenus en « Banco ». Cette enquête effectuée auprès des seuls *Imraguen* maures de la côte, ne manquait pas de révéler trois affaires dont la seule existence suffit à donner une idée de l'ampleur des conflits³⁹. Ce qui posait la grande question de l'exercice de la pêche le long de la côte française dans les limites qui excédaient celles autorisées par la Convention de 1900. En effet les espagnols pêchaient de la pointe des Coquilles à la pointe d'Arguin et y compris la Baie d'Arguin, pêche du bacaloo à la ligne aux oasis et au chinchorro⁴⁰.

Pour remédier à ces difficultés, A. GRUVEL⁴¹ suggérait, d'ailleurs, que fut modifiée la Convention dans le sens de reconnaître une égalité stricte de droits entre ressortissants français et ressortissants espagnols contrairement aux dispositions qui accordaient au second déjà de véritables droits de pêche dans la Baie alors que les premiers n'étaient que tolérés sur les côtes du *Rio de Oro*. Mais en vertu de la clause « *d'arrangement concertés* », les autorités

³⁷ Note SE/I du 16 janvier 1940 de la Direction des Services Économiques. In 4R. V.026 4 00010. pièce n°21.

³⁸ Circulaire n°435 E.M.G.4, Protection de la pêche en A.O.F, Dakar, abrogeant et remplaçant les directives DM. 2. EMG du 4 janvier 1937 basé sur la loi du 1^{er} mars 1888 interdisant la pêche aux étrangers dans les eaux territoriales de France et d'Algérie. Paris, le 31 Juillet 1937. In ANS 4R. V.026 2 00011, pièce n°10.

³⁹Rapport de Tournée Adjoint du Commandant de cercle, Enquête sur les incidents survenus au

« Banco » suivant ordre du Gouverneur (T.L 255/AP du 13 Avril), Port-Etienne, le 15 Mai 1942. In ANS. 4R V.026 suite 3 00011.

⁴⁰Tournée effectuée du 25 Avril au 3 Mai par l'Adjoint au commandant de cercle, Enquête sur les incidents survenus en « Banco » suivant Ordre du gouverneur (T.L 255/AP du 13 Avril.), Port-Etienne, le 15 Mai 1942.

⁴¹ A. GRUVEL, Professeur au Muséum d'Histoire naturelle et conseiller technique au Ministère des colonies, a été impliqué dans de nombreux étude sur la pêche en A.O.F. ANS V.001 2 00001

françaises réaffirmaient ne pouvoir « *donner avis ferme sur cette question avant connaître détail suggestions, Direction Espagnole Colonies.* »⁴² malgré la connaissance du caractère favorable de ces suggestions aux nationaux français.

Une stratégie de contournement de cette législation a été même proposée par le Gouverneur Général « *pour que la Baie du Lévrier tout entière (du cap Blanc au Cap de la Coquille) soit reconnu comme Baie historique dans les Conventions qui s'élaborent actuellement sous les auspices de la Société des Nations, c'est-à-dire comme faisant partie intégrante du territoire national en vertu d'un usage traditionnel* »⁴³ mais sans succès. La réponse des autorités métropolitaines a toujours été de renvoyer à une date plus favorable la réalisation de ces projets envisagés.

La raison de cette attitude résidait-elle simplement dans la culture juridique de la France de respecter ses engagements internationaux ? La réponse nous semble négative car même si un tel culte du sens de la responsabilité internationale ne peut être exclu, logiquement, de la démarche française vis-à-vis de ses voisins, il n'en

demeure pas moins que la Convention de 1900 avait une garantie politique non négligeable qui aurait, en plus de ces raisons idéologiques, contraint la France au respect de ses engagements.

La Convention ne concernait, en effet, que la Baie à l'intérieur de laquelle les Espagnols conservaient, concurremment avec les Français, le droit de pêche. Cette Convention ne contenait aucune mesure de réciprocité pour les pêcheurs français tandis que ceux-ci avaient depuis longtemps l'habitude de pêcher la langouste, un crustacé prisé et rare en Baie de Lévrier, sur les côtes espagnoles au nord du Cap Blanc sur la seule base d'une tolérance du Gouvernement de Madrid. Pour ne pas fermer à ses langoustiers ce privilège, la France a dû admettre, de son côté, que les pêcheurs canariens continuent de venir dans ses eaux de Mauritanie au Sud de la Baie. La crainte de mesures de rétorsion vis-à-vis des pêcheurs français de l'autre bord a donc dû être déterminante dans la politique de la Baie et le respect scrupuleux ainsi voué à cette clause « *d'arrangement concerté* ».

D'ailleurs, en 1933, pour une question d'évasion de détenus politiques à *Villa-Cisnero*, la côte espagnole au nord de la

⁴²Télégramme-Lettre n°2/100 du Gouverneur de la Mauritanie au Gouverneur Général de l'A.O. F, Saint-Louis le 4 septembre 1928. Projet de modification de la Convention franco-espagnole du

27 juin 1900 (propositions ministérielles de 1928) ANS 4R. V.026 1 00010 1925-1945.

⁴³ Correspondance du Gouverneur de la Mauritanie au Directeur des Affaires Économiques, Dakar, le 25 Août 1930. In 4R V.026 6 00010, pièce n°7.

Pointe des Pêcheurs fut interdite aux langoustiers français par les autorités de *Rio*. Le Gouverneur de la Mauritanie n'a pas été suivi dans sa réquisition d'interdire la côte sud au canariens en guise de représailles. Il revint à la charge en proposant la promulgation dans la fédération de la loi interdisant la pêche aux étrangers. Mais une note du directeur des affaires politiques et administratives du 24 juin 1942 opposait des raisons diplomatiques qui faisaient que la France différerait la promulgation de la loi du 1^{er} mars 1888⁴⁴.

La conséquence de cette attitude ne se limitait pas simplement à une situation de quasi-non droit au sein de la Baie ; elle contribua à fragiliser les rares sanctions rendues possibles par le décret ultérieur du 2 mai 1931. Ce texte a, certes, réussi à interdire « *l'emploi de tout ou partie de filets trainants sur le fond de la mer...* »⁴⁵ assorti de procédures administratives⁴⁶ et de poursuites juridictionnelles⁴⁷, mais la préférence de résolution diplomatique des incidents, conséquence de la clause « *d'arrangement concertés* », risquait d'en compromettre l'efficacité.

En atteste la note du Consul Général d'Espagne à Rabat priant la représentation diplomatique de la France d'intervenir à propos d'un délit de chalutage « *auprès des autorités compétentes pour qu'elles veuillent bien le faire auprès de celles de Dakar afin qu'une fois l'information vérifiée, elles procèdent avec la plus grande bienveillance possible envers les responsables et que la sanction soit réduite à la confiscation du poisson et de quelques filets, ou alors une contravention moins élevée.* »⁴⁸ De telles pratiques étaient tellement récurrentes que la sanction du décret de 1931 s'en trouvait compromise si ce n'est simplement confuse donnant, par ailleurs, lieu à une redoutable controverse d'interprétation entre l'Administration et le service judiciaire de la colonie.

C'était le cas lors de cette même affaire des deux navires espagnols « *BORNEIRA* » et « *DEL CARMEN AREN* » condamné par le Tribunal de Première Instance (T.P.I) de Dakar par jugement du 14 mai 1943 alors que l'administration avait déjà transiger sur la base d'une sorte d'application bienveillante de la loi⁴⁹. Ce qui n'empêcha pas au parquet de Dakar d'ordonner la

⁴⁴Note n° 1482 AP/2 du 24 juin 1942 in ANS 4R. V.001 1 00001 1937-1942 étude sur les pêcheries et aménagement Port-Etienne pièce n°3, 4, 5.

⁴⁵ Extrait de l'article 1^{er} du décret du 2 mai 1931, interdisant l'emploi des filets trainant dans la Baie du Lévrier. In ANS 4R V.023 0 00010.

⁴⁶Article 4 du décret du 2 mai 1931 déjà cité.

⁴⁷ Articles 7, 8, 9 du même texte.

⁴⁸Note du Consul Général d'Espagne au ministre plénipotentiaire chargé du Cabinet diplomatique, Rabat, le 19 mai 1942.

⁴⁹Cf. Télégramme-Lettre n°714/A. P du Gouverneur de la Mauritanie au Gouverneur Général de l'A.O. F.

restitution de la « *levée de consigne* » versée auprès du représentant de l'inscription Maritime à titre de caution malgré les fortes contestations de l'Administration, du reste, fondées. C'est, d'ailleurs, pourquoi la justice préféra abandonner sa jurisprudence pour s'en tenir à une stricte séparation des pouvoirs plutôt que d'aller à l'encontre de la position de l'Administration. C'est ce qui résultait d'une autre affaire *Ministère public c/ Bermudez Gonzales et autres* jugée par le tribunal correctionnel de Dakar en septembre 1945.⁵⁰

Ce qui laissait ainsi à l'Administration une assez large marge de manœuvre pour traiter les incidents de pêche à sa guise compte tenu des circonstances du moment et de l'évolution des relations diplomatiques avec l'Espagne. Et le point culminant de cette politique fut atteint dans l'affaire *LAMBERTI* (1943-1944) durant laquelle la résolution judiciaire d'un incident de pêche était conditionnée à une négociation de la location d'un ponton appartenant à cette compagnie à la marine française⁵¹. Mais dès le mois d'octobre la marine « *ayant réussi à se faire attribuer par les Autorités*

*britanniques le pétrolier italien « ARCOLA » saisi au large du Cap Vert et l'ayant affecté à Port-Etienne, à l'usage de ponton, la location du ponton LAMBERT ne présentait plus guère d'intérêt pour elle : aussi n'a-t-elle adressé aucune directive au Commandant de la base aéronavale de Port-Etienne pour obtenir cette location. D'un autre côté les autorités espagnoles n'ayant fait aucune nouvelle démarche en faveur de la société... »*⁵²

Toutefois, malgré ces interventions abusives de l'Administration qui auraient pu compromettre l'efficacité du décret de 1931, celui-ci n'en était pas moins porteur d'un avenir prometteur quant à l'application des règles de police de pêche dans la Baie du Lévrier. Le génie de son adoption sans soulever l'objection de l'Espagne assénait un coup terrible à la clause « *d'arrangement concerté* ». Le prétexte de son application propulsait Port-Etienne au-devant de la scène comme outil de surveillance de son exécution effective.

La survenance de la guerre et l'impératif de défendre cette zone administra un coup de grâce à la clause « *d'arrangement concerté* » si ce n'est la Convention franco-

Saint-Louis le 12 Mars 1943. In ANS 4R. V.026 14 00011. 1922-1940.

⁵⁰ Extrait des minutes du greffe du Tribunal correctionnel de Dakar-Sénégal, Le ministère public c/ Bermudez Gonzales Juan, Perlomo Tabrera Santiago, 13 septembre 1945. In ANS 4R V.026 16 00011.

⁵¹ Cf. Note du Chef du Service des Affaires politique qui a pour objet : Incident de pêche en Baie du Lévrier. Dakar le 9 mars 1944. In 4R. V.026 6 00011 pièce n°20.

⁵² *Idem* pièce n°22.

espagnole dans son ensemble. Car des décisions d'interdire les pêcheurs espagnols de naviguer dans la Baie sont adoptées de façon unilatérale et autoritaire. Ce qui faisait dire au Gouverneur Général que *« sur le plan international, les dispositions ainsi arrêtées méritent de retenir l'attention, car il est possible qu'elles soient un jour à l'origine d'une remise en discussion des termes de la Convention franco-espagnoles du 27 juin 1900. »*⁵³L'ère d'un statut des pêcheries adapté à la Baie du Lévrier venait d'être inaugurée.

⁵³ Cf. Lettre confidentielle N°884 AP/2 du Gouverneur Général de l'A.O. F au Général d'Armée, Commandant en Chef français, Civil et

Militaire, Dakar le 30 Avril 1943. In ANS V.026 2 00011, pièce n°18.

II- LES STRATEGIES
D'ETABLISSEMENT D'UN
STATUT DES PECHERIES
ADAPTE A LA BAIE DU
LEVRIER.

Cette stratégie inaugurée par le décret du 2 mai 1931, même si elle n'a pas soulevé d'objection de la part des Espagnols, n'en posait pas moins une véritable question d'exécution et de surveillance à laquelle la France répondait d'autorité par l'occupation effective de la Baie pour restreindre la liberté de Pêche (A) et elle renforça cette restriction au gré de nouveaux contextes mondiaux en confondant volontairement les règles de police de pêche et celles de la navigation (B).

A- L'occupation effective de la
Baie pour restreindre la
liberté de pêche.

« *La terre est la source juridique du pouvoir qu'un État peut exercer dans les prolongements maritimes* »⁵⁴, cette règle dégagée d'une longue pratique internationale et mise en honneur par la Cour Internationale de justice en 1969⁵⁵, n'était pas si évidente dans la zone de la Baie du Lévrier opposant la France et l'Espagne. Car non simplement les droits

des uns et des autres étaient déjà délimités par la Convention dans un esprit propitiatoire et opportuniste autre que celui de l'équité caractéristique de la délimitation territoriale ; mais même les droits accordés par cette délimitation étaient réduits à leurs plus simples expressions par la clause « *d'arrangement concerté* » précédemment évoquée. Ce qui désarmait complètement les autorités locales mauritaniennes face à l'impérieux besoin de faire régner un minimum d'ordre que promettait, pourtant, le décret du 2 mai 1931. C'est pour ces raisons qu'une option a été retenue : envisager une occupation effective de la Baie à travers l'instrument portuaire de Port-Etienne pour exercer là-dessus une souveraineté que n'offrait pas la Convention.

Rappelons brièvement que si l'occupation effective, née de l'Acte général de Berlin, était promise à un bel avenir dans les relations internationales de délimitation des possessions, elle n'était envisagée, tout de même, qu'à la lisière des terres et non au-delà conformément à l'article 35 de cet Acte⁵⁶. Sa vocation était moins de résoudre la lancinante équation de la juridiction de l'État côtier sur les navires présents dans la

⁵⁴Cf. Ndiaye (T. M), « Défis et perspectives du nouveau droit de la mer » in *Droit Maritime Africain*, FSJP-UCAD, n°1 janvier- juin 2016. p. 17

⁵⁵ Cf. CIJ, affaire du Plateau Continental en mer du nord, rec., 1969, arrêt du 20 Février 1969,

paragraphe 51, repris de Ndiaye (T. M), *op. cit.* p. 17.

⁵⁶Cf. RIBERE (A.), *Les occupations fictives dans les rapports internationaux*, Thèse de Doctorat, Faculté de Droit de Bordeaux, le 1^{er} décembre 1897. p. 20.

limite de ses eaux territoriales, encore pendante devant les instances internationales, que de mettre fin aux litiges et difficultés nés de l'occupation fictive dont se prévalaient jusque-là les Puissances coloniales. Par contre, la Baie évoluait, grâce à Port-Etienne comme pièce maîtresse, vers une occupation effective pour parvenir au résultat que les textes en vigueur n'autorisaient pas : mettre la pêche sous contrôle française à défaut de pouvoir l'interdire aux non nationaux français.

Avouons que faire de Port-Etienne une station de pêche devant accueillir une florissante industrie de pêche française faisait partie des premières visées de la France aux premières heures de la colonisation. Depuis 1896, en effet, fut envisagé de délaissier l'établissement d'Arguin au profit d'un projet d'études « *complet et définitif des conditions dans lesquelles pourrait être utilisé la Baie du Lévrier* »⁵⁷. Tous les rapports produits à l'époque indiquaient, d'une manière incontestable, la supériorité de la Baie sur Arguin quant à l'installation d'une industrie de pêche promise à un avenir florissant⁵⁸.

Le Gouverneur général de l'A.O. F commit ainsi, dès 1904, une mission sous la direction de A. GRUVEL et avec le concours de la société de géographie commerciale de Bordeaux chargée d'étudier scientifiquement la question de la pêche sur les côtes mauritaniennes⁵⁹. Cette mission qui quittait Bordeaux le 17 janvier 1905, dès qu'elle atteignit les côtes de *Las Palmas*, se rendit directement à *Nouakchott* pour ensuite explorer toute la côte en terminant par la Baie du Lévrier et les environs du cap Blanc au large du banc d'Arguin. Aucun aspect ne fut mépris : l'étude « *de la nature des fonds pour l'utilisation du chalut, la forme générale de ces fonds et surtout l'étude des diverses espèces de poissons sédentaires et migrants pour distinguer ceux qui étaient utilisables industriellement, de ceux inférieurs, ne pouvant être utilisé que pour la fabrication d'engrais, colle, huile etc.* »⁶⁰

La loi du 19 juin 1920 autorisant le Ministre des travaux publics à dépenser une somme maximum de cent Millions pour l'intensification de la pêche maritime en France, aux colonies et pays de protectorat, 800.000 frs ont été alloués au

⁵⁷Cf. Gouvernement général de l'Afrique occidentale, *op. cit.* p. 44.

⁵⁸Cf. Lettre du Professeur A. GRUVEL à l'inspecteur des Services Économiques du Ministère des Colonies, Paris le 26 Octobre 1920. ANS 4R. V.001. 00001 1937-1942. Pièce n°4.

⁵⁹ANS 4R. V.001 00001 1937-1942 pièce n° 11.

⁶⁰Cf. Gouvernement Général de l'Afrique occidentale française. Notice publiée par le gouvernement général à l'occasion de l'exposition coloniale de Marseille. 1906-1907. gallica.bnf.fr/Bibliothèque nationale de France. pp. 48-54.

Gouvernement local pour la construction à Port-Etienne d'un warf à deux ou trois voies Decauville allant jusqu'au fond de 4m 50 à 5 mètres à marée basse.⁶¹

Des études sur les essais de Pêcherie dans d'autres colonies furent même commanditées. C'est le cas de celle des essais de pêcheries au Congo Belge en 1921⁶², sur les pêcheries européennes de la zone de Tanger portant sur le régime et les méthodes de pêche, variété de poisson de la zone de Mazagan⁶³. Le décret du 2 mai 1931 interdisant le chalutage dans la Baie du Lévrier s'est, d'ailleurs, inspiré du Dahir marocain.⁶⁴

C'est dans ce projet qu'une société anonyme au capital de 8 millions, la Société Industrielle de Grande Pêche (S.I.G.P), s'installait à Port-Etienne en 1919 et tendait à améliorer considérablement ses installations pour augmenter la quantité de poisson. Durant la campagne de pêche de 1927, par exemple, celle-ci est estimée à 1200 tonnes contre 140 en 1926 ; elle a

expédié en France deux tonnes de sous-produits de la pêche⁶⁵.

Pour maintenir ce joyau et éviter que sa chute n'entraîne port-Etienne, le Gouvernement Général de l'AOF a dû concéder beaucoup de sacrifices pour venir en aide à cette Société en difficulté quitte à se faire désavouer par le Conseil d'État. Il concédait par une Convention du 31 décembre 1924 l'exploitation du Port-Etienne à la S.I.G.P sous réserve de se substituer une société qui exécuterait le contrat d'exploitation. Ainsi voyait le jour la Société d'Exploitation du Port et des Services publics de Port-Etienne (S.E.P.E) au capital de 8 millions.⁶⁶ Une correspondance confidentielle du Gouverneur Général faisait même état d'agissement du Directeur de la S.E.P.E qui établissait le bilan de la Société de façon à toujours présenter un déficit suffisant pour justifier la subvention de 400.000 francs versée par le Gouvernement Général à cette structure⁶⁷

Ce projet de faire de Port-Etienne une « *station de grande pêche* », qui rencontrait

⁶¹A. GRUVEL à l'intendant Général des Services Économiques du Ministère des colonies, Paris, le 26 Octobre 1920. ANS 4R. V.001 00004.

⁶² Cf. Note n°144/A du Capitaine de Corvette Weverbergh, Mission de la Marine française auprès de l'Armée Belge, Bruxelles, le 17 octobre 1921. ANS 4R. V.001 5 00004.

⁶³ Cf. Note adressée par l'Agence Économiques pour information, au sujet des pêcheries de la zone de Tanger, 21 Novembre 1921. *Idem.*

⁶⁴ Cf. *infra* 17 et suiv.

⁶⁵ Cf. Réponse à la note n°6, industrie de la pêche Maritime en Afrique occidentale française. ANS V.019 4 00004.

⁶⁶ Rapport de M.DE GERY, inspecteur de 3^{ème} classe des colonies concernant les pêcheries de Port-Etienne. Dakar, le 26 juin 1926. In 4R. V.019. 3. 00004 pièces n° 14-15.

⁶⁷ Cf. Correspondance n°90/S.E. du Gouverneur Général de l'A.O. F au Lieutenant-Gouverneur de la Mauritanie, Saint-Louis le 7 Août 1937. ANS V.001 4 00001.

l'adhésion du Gouvernement Général dès 1932⁶⁸ d'ailleurs, avait pour but final d'en faire une station de pêche qui détrônerait *Las Palmas* comme port de pêche de ces régions.⁶⁹ Sa véritable vocation a été déclinée dans le rapport n°455 de la pêche étrangère sur les côtes Mauritanienes estampillé « *très secret* » eu égard aux desseins autoritaires de changer les normes de la pêche aussi bien au niveau bilatéral (avec l'Espagne) que multilatéral (avec les autres nations étrangères). Selon ce document les lendemains de la pêche dans la Baie seraient fonction de la réalisation d'un port de pêche à Port-Etienne. La stratégie ne serait pas d'interdire aux bateaux étrangers de fréquenter la zone, mais de les y attirer pour les soumettre aux lois françaises et les Conventions passées avec l'Espagne en assurant la police de la pêche et de la navigation. Il y était question de lier le développement de Port-Etienne à la protection de la pêche française.

Par contre d'ouvrage économique, Port-Etienne passait à une véritable Autorité de régulation de la pêche dans la Baie avec d'importantes mission de surveillance débordant même le cadre du décret du 2 mai 1931. Car si ce texte de police avait créé une

infraction liée au délit de chalutage, elle ne concernait que l'emploi de filets trainants et autres. Or ce qu'il était question dorénavant, au-delà de la répression des délits du décret de 1931, c'est instaurer une Autorité suffisamment dissuasive contre les nombreuses exactions qui avaient lieu dans la Baie et qui ne se limitaient pas qu'au chalutage. Ce qu'appelait la lettre de protestation de quelques patrons de pêche canariens demandant l'intervention de la France contre les navires italiens et dans des termes qui seront très déterminant quant au nouveau statut de surveillant de Port-Etienne⁷⁰

Ça a été la position du Gouverneur de la Mauritanie appelant de toutes ses forces que la surveillance inclût dans les délits de chalutage l'activité déployés par les pêcheurs italiens dans la région de Port-Etienne et qui n'avait rien à voir avec les infractions du décret de 1931. Le Gouverneur Général, sur la demande du Gouverneur de Mauritanie, adressait une lettre au Ministre des colonies pour qu'un bâtiment garde pêche de la Marine Nationale soit envoyé dans les plus brefs délais à Port-Etienne⁷¹. Des directives à ce sujet sont adressées par le ministère de la

⁶⁸ Lettre adressée au Professeur GRUVEL du Muséum National d'Histoire Naturelle, 16 Mai 1938. ANS 4R. V001 3 00001.

⁶⁹ ANS 4R. V026 0 00010 pièce n°3.

⁷⁰Cf. Lettre des patrons de pêche canariens au Commandant du Cercle de la Baie du Lévrier, Port-

Etienne, le 24 octobre 1936. ANS 4R. V.026 9 00011.

⁷¹Correspondance du Gouverneur Général de l'AOF au Ministre des colonies, surveillance de la pêche dans la Baie du Lévrier, Dakar, le 24 Novembre 1936. ANS V.26 4 00010.

Marine aux bâtiments de la Marine chargés de la surveillance de la côte de l'A.O.F⁷². Une pinasse à moteur a été commandée en France, en vue de la surveillance de la Baie mais ne pouvait être livrée avant janvier 1937. Un détachement de l'Escadre de l'Atlantique commandé par le Vice-Amiral de LABORDE fut envoyé à Port-Etienne les 25 et 26 Janvier puis les 10 et 11 février 1937. En 1938 la surveillance de la pêche fut confiée à un bâtiment de la Marine Nationale, l'« ESTAFET », avec des instructions qui annonçaient bien des changements dans le destin des droits de pêche.

Cette surveillance accrue n'a pas eu, certes, la conséquence d'interdire aux navires étrangers de pêcher dans la Baie comme l'auraient souhaité les autorités de la Mauritanie, mais elle a changé le statut de Port-Etienne en un Établissement public à caractère administratif soumis à des règles de police des ports et eaux territoriales françaises. Son administration relevait, certes, des autorités civiles en temps de paix mais celles-ci pouvaient requérir le concours de la Marine Militaire sous diverses formes selon la lettre du ministre suivie d'une circulaire le 31 juillet 1937⁷³. Dans les directives indiquées pour réprimer

les infractions de pêche sur les côtes de l'A.O. F, toutefois, il est fait mention de « *juridictions maritimes* » comme destinataires de PV de constatations de ces infractions contrairement au décret de 1931 qui indiquait des Tribunaux correctionnels⁷⁴. Cela annonçait ainsi la répression des délits de pêche par la police de la navigation mais aussi le troisième changement de statut du Port-Etienne à la survenance de la guerre.

Port-Etienne prenait, en effet, une importance stratégique en tant que base aéronavale justifiant toute sorte de mesures qui aboutissaient à l'interdiction de la pêche dans la Baie sans devoir respecter la clause « *d'arrangement concerté* » autrement que par la notification ou par avis et sans, pour autant, modifier la Convention. Il est qualifié, au gré d'une décision du 11 février 1943, de « *zone du port défendu* » réservant ainsi la Baie du Cansado aux seuls navires alliés. Le remorqueur de la Marine « *Buffle* » arrivait à Port-Etienne le 26 février pour procéder à la pose de mines dans la Baie. Et pour compléter la sécurité de la rade, un filet de protection mouillait à la limite de la zone interdite de part et d'autre du Chasseloup-Laubat.

⁷²Note n°922/SE/I Pour le directeur des affaires politiques et administratives, Dakar, le 25 juillet 1938. ANS 4R. V.026 4 00010.

⁷³Cf. La lettre du Ministre de la Marine au Ministre de l'intérieur, Participation de la Marine au maintien

de l'ordre dans les ports et eaux territoriales, Paris, le 30 Juillet 1937. ANS. 4R V.026 6 00011.

⁷⁴Cf. Circulaire N°436 E.M.G.4. du Ministère de la Marine, Protection de la pêche en A.O.F, Paris le 31 Juillet 1937. ANS 4R V.026 2 00011.

Ce nouveau statut de Port défendu, s'il se justifiait par l'impératif de sécurité induit par les circonstances de la guerre, n'en perdait pas de vue, pour autant, le besoin « *de mettre un frein aux nombreux abus commis par les navires espagnols le plus souvent, dans des régions où l'interdiction de la pêche au chalut a été reconnue comme une nécessité absolue par les Espagnols eux-mêmes.* »⁷⁵. Ce qui annonçait le renforcement autoritaire des règles de police de pêche par celles de police de navigation.

B- Le renforcement autoritaire des règles de police de la pêche sous prétexte de police de navigation.

Le contexte mondial a été marqué par deux événements majeurs desquelles la France a profité pour renforcer la législation des pêches dans la Baie et en dehors de la partie Espagnole. Elle invoquait, en effet, son obligation d'assurer la police de la pêche d'une part, et la police de la navigation d'autre part, en les confondant au besoin sans que l'Espagne n'ait beaucoup trop le choix.

Cette obligation d'assurer la police de la pêche sans devoir respecter les clauses de la Convention de 1900 semble résulter, dans un premier temps de l'évolution mondiale des idées qui tendait inexorablement vers une codification des règles du droit de la mer. Ce processus, si on excepte les tentatives de codification privées et publiques⁷⁶, aboutit à la première Conférence pour la codification du droit international en ce qui concerne les eaux territoriales. Cette rencontre à laquelle ont participé 47 États s'étant réunie du 13 Mars au 12 Avril 1930 à la Haye autour de trois questions principales : étendue des eaux territoriales, et à celle de la zone contiguë qui la prolonge, sur lesquelles les États riverains peuvent exercer certains droits nettement déterminés ; la détermination du tracé de cette zone selon la configuration des côtes (îles, rades, Baies, archipels, détroit, estuaires, *etc.*) ; un statut juridique de cette zone dite mer territoriale.

L'accord sur l'étendue de cette mer territoriale n'ayant pas pu être signé⁷⁷, un des vœux émis par la Conférence fut déterminant pour la suite de la législation française de la pêche et de la navigation

⁷⁵Note n°9997/AP/2 du Gouverneur Général Haut-Commissaire de l'Afrique française au Secrétaire d'État aux colonies, Dakar, le 14 septembre 1942. In ANS V.026 3 00011 pièces n°5-6.

⁷⁶Cf. LATTY (F.), *op. cit.* pp. 7-8.

⁷⁷Cf. Rapport du Professeur GIDEL sur les résultats des travaux de la commission des Eaux territoriales

du 9 Avril 1930 repris de la correspondance du ministre des colonies aux Gouverneurs Généraux, Gouverneurs des colonies et commissaires de la République au Togo et au Cameroun du 20 octobre 1930. In ANS 4R. V.026 0 00010, pièce n°13.

dans la Baie. Elle fit une sorte d'invite aux États d'entreprendre « *soit sur le terrain de la recherche scientifique, soit dans le domaine des réalisations pratiques, c'est-à-dire des mesures de protection et de collaboration qui s'imposaient pour la protection de richesses qui constituent un patrimoine commun.* »⁷⁸

Une *opinio juris* venait ainsi de naître à travers cet appel auquel la France était déterminée à donner un écho favorable : l'impératif de sauvegarde et de conservation des ressources biologiques situées dans ses eaux territoriales. Elle y parvint d'autant plus aisément que les pêcheurs espagnols de la Baie se sont maintes fois plaints auprès des autorités locales⁷⁹. Et qui plus est, l'emploi de certains engins, de chalutage en l'occurrence, susceptibles d'en compromettre les richesses ichtyologiques avait fini de convaincre sur la nécessité d'une telle réglementation.

Ainsi s'inspirant du *Dahir* marocain du 31 mars 1912⁸⁰, de la législation française⁸¹ et

sur avis du Procureur Général⁸², un projet de décret interdisant l'emploi du chalut dans la Baie fut soumis au Ministre des colonies. Et le directeur des affaires économiques malgré quelques réticences⁸³ approuvait que : « *Il est cependant hors de doute et d'une pratique constante que chaque État a la faculté d'exercer dans ses eaux territoriales sa juridiction et ses droits de police. Il semble donc possible de réaliser la réglementation qui s'impose par voie de décret, sans que cela puisse aller à l'encontre de la Convention passée entre la France et l'Espagne le 27 juin 1900 puisque les règles posées seront applicables aussi bien aux pêcheurs français qu'aux pêcheurs espagnols.* »⁸⁴ ;

Il est rapporté, d'ailleurs, que si les Espagnols n'ont pas contesté les conséquences de l'intervention du décret du 2 mai 1931 restreignant sérieusement la liberté de la pêche, c'est à cause de la satisfaction de la condition de réciprocité ; mais aussi et surtout que le texte répondait aux vœux des pêcheurs canariens qui eux-mêmes en ont fait longtemps la demande. Il

⁷⁸ Cf. Correspondance du Ministre des colonies aux Gouverneurs Généraux et autres, *op. cit.* pièce n°16-17.

⁷⁹ En atteste le rapport n°1197 AR/1 de la direction des affaires économiques au terme duquel ANS 4R V.026 6 00010.

⁸⁰ Art 17 mais modifié Cf. note AE/I de la direction des affaires économique du Ministère sur la pêche dans la Baie du Lévrier, Paris, Août 1930. ANS 4R V.026 6 00010 pièces n°11 et suiv.

⁸¹ Notamment la loi du 1^{er} Mars 1888 dans ses pénalités, de la loi du 23 Février 1912 quant aux

personnes habilitées à constater les infractions et des articles 2 et 3 de la loi portant sur l'organisation du service de l'Inscription maritime aux colonies promulguées par l'arrêté du 14 Mars 1912. *Ibid.*

⁸² Note n°1286 AE/I du Directeur des Affaires Politiques et Administratives, *idem* pièce 18.

⁸³ ANS 4R. V026 6 00010.

⁸⁴ Note de la Direction des Affaires économiques, Paris, le 7 juillet 1930. In 4R. V.26 00010 pièce n°10.

est même soupçonné que c'est à cause de ces manifestations que serait intervenu le décret espagnol du 16 décembre 1940 interdisant aux pêcheurs nationaux espagnols la pêche « *dans les eaux françaises de la Baie du Lévrier* »⁸⁵. Quoiqu'il en soit, une nouvelle stratégie de restreindre le droit de pêche par les règles de police de pêche venait de naître avec le décret de 1931⁸⁶. L'obligation de surveiller son exécution par l'entremise de Port-Etienne affermissait ces règles au contact de la police de navigation qui finit par se rendre légitime au nom de la guerre.

La survenance de la guerre, d'ailleurs, a été pour la France une autre occasion non négligeable de prendre un certain nombre de mesures de police de navigation pour renforcer la police de la pêche dans la Baie. Et le tout, en parfaite violation des dispositions de la Convention sans que l'Espagne n'ait d'autres choix que de protester, de se suffire d'une simple notification, d'acquiescer, si ce n'est de demander tout simplement une bienveillance à l'égard de ses pêcheurs qui continuent pourtant, légalement, de jouir de la liberté de la pêche dans la zone.⁸⁷

En 1940, en effet, au nom de la guerre une batterie de mesures en application de consignes plus rigoureuses en matière de police de la pêche et police de la navigation fut adoptée dans la Baie du Lévrier. Il s'agissait de droit de visite de navires, d'une obligation d'un permis de naviguer, d'un billet de stationnement, d'un permis d'appareiller et interdiction de mouiller dans certaines zones. Les autorités espagnoles, celles de la *villa-Cisnéro* notamment, avaient protesté par l'intermédiaire du Chef de poste de *La Aguera* pour leur non-conformité avec les dispositions de l'art.2 de la Convention⁸⁸. Mais rassurées sur leur portée générale et leurs exigences par les circonstances de l'époque, elles durent admettre leur application réitérant simplement le désir d'être informés par voie diplomatique toutes les fois que la France voudrait apporter des modifications à la Convention⁸⁹.

En 1942 fut pris, à la demande du Vice-Amiral Commandant de la Marine en

⁸⁵Avis du Directeur des Affaires Politiques et Administratives, Port-Etienne, le 15 juin 1942. In ANS 4R. V.026 suite 3 00011.

⁸⁶Promulgué en AOF par l'AG 1166 AP du 26 mai 1931 J.O A.O. F p. 459.

⁸⁷Cf. DELAUNAY (J.- M.), *Méfiance cordiale : Les relations franco-espagnoles de la fin du XIXe siècle*

à la première guerre mondiale, (Volume 2) Les relations coloniales, L'Harmattan, 2011, p. 143.

⁸⁸Cf. Lettre-avion du Gouverneur Général Haut-Commissaire de l'Afrique française au Secrétaire d'État aux colonies, Dakar le 14 Septembre 1942. ANS 4R V.026 suite 3 00011.

⁸⁹ *Ibid.*

A.O.F, un arrêté⁹⁰ sanctionné le 04 Mars par le gouverneur de la Mauritanie, prononçant des interdictions de mouillage et de stationnement dans la Baie de Cansado et y réservant un plan d'eau suffisant pour l'aviation maritime sans soulever aucune protestation du Chef de la Poste de *La Aguera*. Informé préalablement, celui-ci s'est « *borné simplement à demander un croquis de la zone règlementée en vue de l'information de ses supérieurs* »⁹¹ ignorant que le plan du Gouverneur de la Mauritanie allait plus loin dans le sens d'une interdiction complète de la Baie aux étrangers comme cela transparaissait dans sa lettre n°130 AP/2 du 10 juin 1942 transmis à ses supérieurs⁹².

Le 11 février 1943 le Gouverneur Général transmettait au Commandant en chef des Armées, pour exécution, la décision des autorités de la Mauritanie selon laquelle « *la Baie de Cansado, (...), est dorénavant réservée aux seuls navires alliés, et placée sous le régime de la « zone interdite* ». »⁹³. Le but réel de cette mesure, de l'aveu du Gouverneur, c'était moins règlementer la

police de la navigation que d'interdire « *pratiquement toute activité de pêche dans la Baie de Cansado* » et l'industrie de pêche sur le littoral en parfaite dérogation aux dispositions de la Convention. Ce qui n'a pas, d'ailleurs, échappé au Gouverneur Général.

D'ailleurs, dès 1937 déjà transparaissait le dessein de renforcer les règles de police de pêche sous couvert de la police de la navigation à travers les instructions données au Commandant de l' « ESTAFFET » de dresser un procès-verbal en quatre exemplaires qui « *devront comporter toutes contestation susceptibles d'éclairer les tribunaux maritimes* »⁹⁴ dont la compétence est n'est retenue ici⁹⁵. Car pour les délits de pêche, le décret du 2 mai 1931 indiquait la compétence du Tribunal correctionnel du port chef-lieu. Alors que les tribunaux maritimes étaient compétents pour les délits de police de navigation faisant l'objet du chapitre IV de la loi du 17 décembre 1926 portant Code de la Marine Marchande

⁹⁰ Cf. L'arrêté n°141 /TP réservant un plan d'eau destiné au mouillage, à la manœuvre à l'eau au décollage et à l'amerrissage des hydravions de croisière dans la Baie de Cansado à PORT-ETIENNE, le 04 Mars 1942. In ANS. 4R V026 suite 3 00011.

⁹¹ Cf. Lettre du Gouverneur Général au Secrétaire d'Etat aux colonies du 14 septembre 1942 déjà citée. Ses supérieurs ne tardèrent pas à réagir, d'ailleurs, à travers une lettre de protestation

⁹² Cf. La correspondance « confidentielle » de la direction des affaires politiques et administratives

transférant cette lettre le 24 juin 1942 déjà citée. Supra note 6.

⁹³ Note Confidentielle n°884 AP/2 du Gouverneur Général de l'A.O. F au Général d'Armée, Commandant en chef français civil et militaire, Port défendu de Port-Etienne (Mauritanie), Dakar, le 30 Avril 1943. In ANS 4R. V026 2 00011 pièce n°.

⁹⁴ Instruction au Commandant de l'Estafette. In ANS 4R V.026 5 00010 pièce n°12.

⁹⁵ Note sur la police des pêches et sur la police de la navigation dans la Baie du Lévrier

(C.D.M.M)⁹⁶. Or transmettre les PV de constat des délits de pêche aux « *tribunaux maritimes* » c'était également les transformer en délit de navigation. Encore que ces juridictions n'existant pas dans la colonie⁹⁷. Ce qui justifiait une note du service de l'inscription maritime qui intervint 1945 en indiquant que « *il appartient au Procureur Général de désigner le Tribunal qui aura compétence, le cas échéant, et de fixer sa composition* »⁹⁸.

Mais de toute façon, c'était là renvoyer aux tribunaux correctionnels un profond malaise lié à la sanction de ces nouveaux délits de navigation qui ne pouvaient être réprimés ni par les articles du décret de 1931 ni par l'article 63 du C.D.M.M⁹⁹. La modicité des sanctions de ce dernier texte ne cadrerait pas avec la nouvelle volonté des autorités locales de restreindre la liberté de la pêche dans la Baie. Ce qui contribuait à accroître, davantage, le règlement administratif des incidents liés à cette nouvelle législation dite de circonstance au

prix même de se faire abuser par quelques armateurs espagnols. C'était le cas de l'affaire de deux chalutiers « *ABASCAL* » et « *BAYONA* » surpris dans la Baie en flagrant délit de chalutage (délit de pêche) en zone interdite et sans permis de navigation¹⁰⁰ (délit de navigation) le 16 mai 1945. Le Tribunal ne les condamna qu'à une simple somme de 101.654 francs qui ne signifient rien « *puisque peu de tonnes de corvinas suffisent pour payer l'amende* », mais assez suffisant pour justifier la restitution d'une caution consignée¹⁰¹ alors que ces navires avaient été saisis avec 80 tonnes de poissons à bord.

La confusion entre les règles de police de pêche et de police de navigation atteignit le comble lorsque la détermination à les sanctionner ne s'encombra plus de règles de forme, de procédure, ni de fond autre que saisir toutes les opportunités pour mettre les

⁹⁶ Promulguée en A.O.F par l'arrêté du 27 septembre 1927 (art. 63 et suiv.)

⁹⁷ Toutefois sur cette question précise, il faut faire une exception à propos de la colonie du Sénégal où les Tribunaux Maritimes Commerciaux ont existé de façon exceptionnelle. Cf. DIOP (A. A.), « Les tribunaux maritimes commerciaux au Sénégal (1852-1962) » in *Annales Africaines*, CREDILA, Nouvelle Série Volume 2, Décembre 2014. pp. 126-146.

⁹⁸ Service de l'Inscription Maritime de Dakar, *Notes sur la police des pêches et sur la police de la Navigation en Baie du Lévrier*. Dakar, le 29 janvier 1945. In ANS 4R V.026 4 00011.

⁹⁹ Article 63 alinéa 1 du Chapitre IV de la loi du 17 décembre 1926, modifiée par les décrets-lois du 30 octobre 1935 portant code disciplinaire et pénal de la Marine marchande, Paris Société d'éditions géographiques, maritimes et coloniales, 1938, p. 83.

¹⁰⁰ A préciser que le Gouverneur Général de l'A.O.F rapportant cet incident parlait d'une manière non équivoque de « *permis de pêche* » dans sa correspondance « *secret* » adressée au Ministre le 3 juillet 1945. ANS 4R V.026 17 00011.

¹⁰¹ Cf. La correspondance de l'agent maritime V et S. Castella au Gouverneur Général de l'A.O.F pour la restitution de la caution, Casablanca, le 7 décembre 1945. ANS 4R V.026 00011.

Espagnols en position de demandeur¹⁰². Ainsi une simple omission pouvait être érigée en faute matérielle, sanctionnée lourdement sans aucun égard au principe de légalité des peines et poursuites consécutif à la réglementation de la Baie. Il en était ainsi de la Compagnie LAMBERTI qui en 1943 est accusée d'avoir enfreint les règles de la police de pêche dans la Baie alors que le commandant de la flottille de cette structure aurait juste « *omis de s'acquitter de formalités de départ règlementaires auprès des autorités françaises de Port-Etienne* »¹⁰³. Ne se référant ni au décret de 1931 ni au C.D.M.M, le lieutenant de Vaisseau commandant le centre de la Marine de Port-Etienne proposa « *une sanction se traduisant par l'interdiction de prendre part à la campagne de pêche qui allait s'ouvrir du 1^{er} Septembre 1943 au 1^{er} Septembre 1944, et, par suite, aux bâtiments lui appartenant, d'accéder à la Baie du Lévrier...* »¹⁰⁴. L'approbation de telles mesures par le chef de la colonie¹⁰⁵ et le Gouverneur Général lui-même et leurs

répétitions sur le long terme ne manquaient pas de faire réagir le délégué de *villa-Cisnero*. Car si elles s'inscrivaient dans un esprit de conciliation comme à l'accoutumée face aux initiatives françaises, elles n'en renseignaient pas moins sur l'exaspération espagnole face à des mesures vexatoires de plus à plus mal vues au fur et à mesure que la guerre prenait fin.

La fin des hostilités le 7 décembre 1945 rendant caduque la réglementation de la guerre, d'ailleurs, le Capitaine RECIO, commandant Militaire du Poste de *La Aguera*, saisit le commandant du cercle de la Baie du Lévrier aux fins de suppression des mesures de prohibition appliquées en temps de guerre et de rétablir entièrement les conditions d'avant-guerre conformément à la Convention¹⁰⁶. Le Commandant de la Baie était, d'ailleurs, favorable à un adoucissement des règles de la police de pêche et de police de navigation pour tenir compte des conditions nouvelles liées à faisabilité du contrôle

¹⁰² Lettre n° 26 AP/2 du Gouverneur Général de l'AOF au Gouverneur de la Mauritanie, Dakar, le 25 Janvier 1944. In ANS 4R V.026 15 00011.

¹⁰³ Lettre du Ministre Plénipotentiaire délégué du C.F.L.N à l'ambassadeur de France commissaire aux affaires étrangères, *incident de pêche de la Ste espagnole R.A.L.S.A dans la Baie du Lévrier (Port-Etienne)*, Alger, 27 Janvier 1944. ANS 4R V.026 14 00011.

¹⁰⁴ Cf. Lettre n°817 AP/2 du Gouverneur Général de l'AOF au Commissaire aux Colonie, *Police de la Navigation et surveillance de la Pêche en Baie du Lévrier (Mauritanie) : Sanction à l'encontre de la*

Cie R.A.L.S.A, Dakar, le 1^{er} Mars 1944. In ANS 4R. V.026 14 00011.

¹⁰⁵ Cf. lettre confidentielle n°2B2/AP du Gouverneur de la Mauritanie au Gouverneur Général de l'A.O. F, *Surveillance de la pêche à Port-Etienne*, Saint-Louis, le 14 Septembre 1943. ANS 4R V.026 16 00011.

¹⁰⁶ Correspondance du Capitaine RECIO, Commandant Militaire du Poste de *La Aguera* au Capitaine L'ANTHOEN, Commandant du Cercle de la BAIE DU LEVRIER, *LA AGUERA*, le 7 décembre 1945. In ANS 4R. V.026 1 00011 pièce n°14.

administratif¹⁰⁷ et ainsi donner suite *aux « désirâtes Espagnols et rétablir « de façon réelle les conditions antérieures à la guerre dans les termes de la Convention de 1900 et du Décret du 9 mai 1931 » ... »*¹⁰⁸. Cette proposition n'en reçut pas, pour autant, l'assentiment du Gouvernement Général qui suivit en cela la position du Gouverneur de la Mauritanie pour des raisons qui en disaient long sur les véritables motivations des règles de police de pêche et de navigation. Celui-ci estimait en effet *« Bien que les suggestions visent à une simple adaptation du contrôle administratif aux conditions nouvelles de la Navigation en BAIE, je ne pense pas qu'il soit opportun, vu l'évolution de nos relations avec l'Espagne ou plutôt son Gouvernement d'y donner actuellement suite, et de prendre à l'égard de nos voisins une mesure de bienveillance qui risque fort de rester sans contrepartie. »*¹⁰⁹

¹⁰⁷ Il s'agit, entre autres, du départ le 7 décembre du navire citerne ARCOLA sur lequel était installé le Service de la P.P et P.N obligeant l'installation à terre du Service de P.P et de P.N. Car le Service ne disposait plus que d'une vedette à moteur. *Idem* pièce n°18.

¹⁰⁸ Note N°439/Cdu Capitaine l'ANTHOEN Commandant de cercle de la Baie du Lévrier au

Gouverneur de La Mauritanie, Port-Etienne, le 12 décembre 1945. *Idem* pièce n°17.

¹⁰⁹ Note N°26 AP du Gouverneur des Colonie Gouverneur de la Mauritanie au Gouverneur Général de l'A.O. F, Saint-Louis, le 2 février 1946. *Idem* pièce n°19.

CONCLUSION

Au sortir de la seconde guerre mondiale, la convention du 27 juin 1900 restait toujours en vigueur et semblait instaurer une liberté de la pêche dans les eaux de la Baie du Lévrier, mais sa portée fut sérieusement limitée par le décret du 2 mai 1931 interdisant la pêche aux chaluts réprimée par des sanctions juridictionnelles. Son application fut sérieusement amoindrie par des mesures adoptées durant la guerre et qui pouvaient être résumées en : « *Création d'une ZONE DANGEREUSE par la pause d'un champ de mine en Baie. Institution d'un PERMIS DE NAVIGATION en Baie comportant : INTERDICTION DE MOUILLER, CIRCULER et ETABLIR des INSTALLATIONS A TERRE à l'intérieur de la ligne REY-CANSADO. OBLIGATION DE MOUILLER à 1500 mètres dans le Sud-Est de la Pointe REY, pour reconnaissance, délivrance du permis et visa. OBLIGATION de DECLARATION des BATIMENTS PARTICIPANT à la campagne de pêche. Obligation de se présenter à la sortie au point d'arraisonnement pour remise du permis de navigation et déclaration de pêche.*3°- *Installation de la police de la Navigation à bord du Ponton ARCOLA. Obligation de mouiller à moins de 300 m.*

*de l'ARCOLA pour visa. Institution d'un « couloir d'entrée » en Baie de Cansado pour accéder à l'ALCORA, ainsi déterminé : »*¹¹⁰. Ainsi apparut un statut des pêcheries propre à la Baie du Lévrier composé de la Convention Franco-espagnole toujours en vigueur et d'une législation spécifique à la Baie qui semblait dans ce cas être particulier par rapport au reste de l'Afrique occidentale française. Or si la France parvenait ainsi à résoudre, heureusement, un problème ponctuel de ses rapports coloniaux avec l'Espagne, elle venait de rajouter une autre interrogation sur le statut de la colonie de la Mauritanie qui a toujours manifesté une certaine particularité par rapport au reste de l'Afrique occidentale.

¹¹⁰ Rapport d'ensemble sur la Police de la Navigation et de la Pêche en Baie du Lévrier. In 4R. V.026 4 00011 pièce n°11.

LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

MILLOGO Kibessoun Pierre Claver

Docteur en Droit public

*Chercheur au Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique (C.N.R.S.T.)
Institut des Sciences des Sociétés (I.N.S.S.).*

INTRODUCTION

La loi est amenée de nos jours à intervenir dans des domaines de plus en plus divers et variés. Face à l'étendue des matières qu'elle doit régir ; la loi est obligée de fixer seulement les principes généraux dans certaines matières laissant ainsi le soin au règlement de les régir ou parfois en prenant des décisions au cas par cas. Il arrive ainsi que ce soit la Constitution qui attribue des compétences à des autorités instituées par la loi et qui sont organiquement indépendantes du pouvoir exécutif quoique relevant de l'administration. On les nomme « autorités administratives indépendantes¹ » AAI. On les désigne ainsi pour éviter de souligner qu'elles ont été instituées en méconnaissance du principe de la spécialisation fonctionnelle.

Il s'agit d'institutions qui ne sont pas soumises à la hiérarchie administrative et qui ne reçoivent pas d'instructions du Gouvernement². Elles ont pour rôle de

réguler un secteur d'activité donné (par exemple le secteur bancaire ; la distribution de l'énergie ou les fichiers informatiques³). Ces institutions juridiques existent dans tous les systèmes juridiques mais nous porterons notre attention plus particulièrement sur les AAI dans le droit français et les systèmes des ex colonies françaises qui ont aussi hérité de ce système⁴. En Afrique et au Burkina en particulier, le droit français constitue une référence et pour cette raison, le Burkina ex colonie française a hérité du système qui a été celui de l'ancien colon français.

Le Lexique des termes juridiques⁵ les définit de la manière suivante : Le plus souvent collégiales (v. pourtant, par ex. : *Défenseur des droits, Défenseur des enfants, Médiateur de la République*) ces

indépendantes, thèse, Université de Poitiers, 1990, p.72

³Catherine Treitgen-Colly, « Les autorités administratives : histoire d'une institution », in Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 26

⁴Alain-Serge Mescheriakoff, « L'ordre patrimonial : essai d'interprétation du fonctionnement de l'administration d'Afrique francophone subsaharienne », *R.F.A.P.* 1997, n°2, p.121

⁵Serge Guinchard (Sous la dir.), Thierry Debar, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, p.100

¹ Claude-Albert Colliard, et Gérard TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, P.U.F., 1988, 310p.

² Maurice Hauriou cité par Sall Babaly, *Contribution à l'étude des autorités administratives*

autorités, qui sont des institutions de l'État agissant en son nom mais dont le statut s'efforce de garantir l'indépendance d'action aussi bien vis-à-vis du gouvernement que du Parlement, ont été créées en vue d'assurer dans leur domaine de compétence, sans intervention directe de l'*Administration*, un certain nombre de garanties telles que la protection des droits et des libertés (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*), la protection de certaines catégories de personnes (*Défenseur des enfants*), ainsi que le bon fonctionnement de certains secteurs de l'économie (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*). Selon les cas, elles disposent dans leur domaine parfois cumulativement d'un pouvoir d'avis, de recommandation, de sanction, de décision individuelle, voire d'un véritable pouvoir réglementaire. Un problème majeur et non résolu actuellement posé par ces autorités est de concilier leur indépendance et l'existence d'un contrôle démocratique de leur activité⁶. Au Burkina Faso, il s'agit du Médiateur du Faso, du Haut-Conseil pour la Réconciliation et l'unité nationale, le Haut conseil pour le dialogue social, l'Autorité supérieure du contrôle de l'Etat et de lutte contre la corruption.

Le contexte particulier dans lequel cette institution a vu le jour s'explique. C'est la révélation par la presse⁷ de l'intention du ministère de l'Intérieur de mettre en œuvre une centralisation des bases de données que possédaient les services de police (dont les renseignements généraux, la direction de la sécurité du territoire, la police judiciaire), sans l'intervention préalable d'aucun débat public, malgré les recommandations du Conseil d'État et du ministère de la Justice, qui a donné corps à l'idée qu'un instrument nouveau était nécessaire pour répondre aux menaces que l'informatisation des fichiers risquait de faire peser sur les libertés fondamentales⁸. L'émotion suscitée alors fut suffisamment vive pour le que Premier ministre interdise aux services de procéder sans son autorisation à de nouvelles interconnexions et soumette à la signature du Président de la République un décret⁹ constituant une commission chargée de « *proposer au Gouvernement, dans un délai de six mois, des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs public, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés*

⁶Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public*, Paris, La documentation française, 2001, pp.257-381

⁷ Voir l'article de Philippe Boucher, « Safari ou la chasse aux Français », paru dans le journal *Le Monde* le 21 mars 1974

⁸ Rapport public du Conseil d'Etat français, *Les autorités administratives indépendantes*, 2011, p.261

⁹ Décret n° 74-938 du 8 novembre 1974.

publiques ». Présidée par le Vice-président du Conseil d'État, cette commission remettait le 27 juin 1975 un rapport rédigé par le Président Bernard Tricot et le professeur Pierre Catala. C'est sur le fondement de ces travaux que fut élaboré un projet de loi déposé le 9 août 1976, dont le Parlement eut à débattre le 4 octobre 1977 et qui aboutit finalement à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978¹⁰, qui fut la première à consacrer la notion d'autorité administrative indépendante. En Afrique, le mouvement de démocratisation des années 1990 va entraîner un vent de contestation allant dans le sens de la constitutionnalisation des différents pouvoirs. Les différents Etats africains vont adopter des Constitutions suite aux Conférences nationales¹¹ et cela aura pour effet de redéfinir les règles du jeu politique en exigeant plus de transparence et les respects des libertés mentionnées dans les différentes Constitutions. Le droit administratif et le droit constitutionnel sont revus et corrigés à la lumière des aspirations des acteurs des conférences nationales. Les Cours constitutionnelles

sont créées. Il en est de même pour les A.A.I¹²..

C'est le législateur qui crée les autorités administratives indépendantes sur habilitation constitutionnelle ainsi que le dispose la Constitution française du 4 octobre 1958. C'est le cas du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui est habilité à fixer les normes relatives à la déontologie de la publicité télévisée ou l'utilisation des ondes durant la campagne électorale. Même si de telles habilitations pourraient être jugées contraires à la Constitution car selon son article 21, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, c'est au Premier ministre qu'appartient le pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel n'a pas condamné le procédé mais veille à ce que le législateur n'en fasse pas un usage excessif. Il exige que les mesures soient limitées tant par leur champ d'application que par leur effet¹³. Le juge constitutionnel exige aussi que l'habilitation ne réduise pas le pouvoir que le Premier ministre tient de la Constitution en soumettant un décret à l'avis de la C.N.I.L¹⁴.. La dénomination d'autorité administrative indépendante retenue pour

¹⁰ Cf. la directive n° 95-46, *Données personnelles et société de l'information*, réalisée par Guy Braibant, Paris, La Documentation française, 1998.

¹¹ Maurice KAMTO, « Les conférences nationales souveraines ou la création révolutionnaire des Constitutions », in *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 177-195

¹² Jean du Bois de GAUDUSSON, « Trente ans de Constitutions africaines et politiques. Points de repères et institutions », in *Afrique contemporaine n°164, 1992*, p.52 et svts

¹³ Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, p.18

¹⁴ Décision n°2006-544 DC du 14 décembre 2006, cons.35 et svts.

la CNIL par le législateur ne réapparaîtra officiellement qu'en 1984 dans une décision du Conseil constitutionnel, qui qualifie ainsi la Haute autorité de la communication audiovisuelle en érigeant l'existence de cette dernière en « *garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique*¹⁵ ». Cette référence et ce poids donnés par le Conseil constitutionnel à la formule de l'autorité administrative indépendante sont d'autant plus significatifs que, dans l'intervalle, le concept avait commencé de prendre une consistance théorique et pratique. La décision du Conseil constitutionnel intervient en effet après la première tentative de théorisation de la notion publiée par le professeur Paul Sabourin en 1983¹⁶ et le premier travail d'analyse et de présentation des différents organismes qualifiables d'autorité administrative indépendante effectué par deux membres du Conseil d'État, en conclusion des travaux d'un groupe d'étude de la Commission du rapport du Conseil d'État, publié en janvier 1984. Cette décision intervient également après que le

législateur a commencé à tirer les conséquences de l'existence de ces institutions nouvelles en leur donnant les moyens de fonctionner de manière souple, notamment au regard du statut régissant la fonction publique¹⁷. La notion entre peu à peu dans l'ordonnement juridique, sans être toujours explicitement visée, mais par des références évidentes aux yeux des praticiens avec la loi n° 83-481 du 11 juin 1983¹⁸ qui, définissant les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'État et de ses établissements publics, dispense les « *institutions administratives de l'État dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission* » de l'obligation de n'employer que des fonctionnaires titulaires¹⁹. Au Burkina Faso, les A.A.I. sont encadrées par plusieurs textes. Il y a la Constitution du 11 juin 1991, les textes réglementaires et les différents textes portant sur l'organisation et le fonctionnement de ces institutions. Concrètement, il s'agit des arts 160.5 et 160.6 de la Constitution révisée en 2015

¹⁵ Voir la décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63, considérant n° 5 : « *La désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique* ».

¹⁶ AJDA, 20 mai 1983, p. 275

¹⁷ Martin COLLET, *Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes*, Paris, L.G.D.J., 2003

¹⁸ Dont les termes sont repris à l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984

¹⁹ Article 1 al 4 de la loi n° 83-481 du 11 juin 1983 ; voir également les travaux parlementaires à l'Assemblée nationale, le *Rapport n° 1278* de M. Sapin, au nom de la commission des lois au Sénat, le *Rapport n° 207* de M. Hoeffel, au nom de la commission des lois.

par le Conseil National de la Transition²⁰. S'agissant des autres textes, par exemple pour le cas de ASCE LC au Burkina, il y a la loi n°004-2015 CNT portant prévention et répression de la corruption au Burkina, la loi n°016-2016 AN relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au Burkina, le décret n°2016-470 portant procédure et délais de transmission des déclarations d'intérêt et de patrimoine à l'ASCE LC. Cette institution elle-même est organisée par l'art.31 de la loi organique n°082-2015 CNT du 24 novembre 2015.

La question des A.A.I. peut être envisagée sous différents angles d'études. Tout d'abord, nous pouvons envisager la question à l'aune de l'utilité du procédé. La discussion portera sur la question de savoir si ce procédé est désirable surtout que nous savons aussi qu'il existe un pouvoir exécutif et que les A.A.I. sont indépendants de ce pouvoir²¹. Ensuite, la question peut être envisagée sous l'angle historique et l'étude des étapes marquantes de cette création. On peut envisager dans ce cadre l'influence des expériences étrangères et du droit communautaire. En outre, la question peut être envisagée sous l'angle des justifications apportées au

soutien de la création de ces A.A.I.. Dans ce cadre, il s'agira d'étudier les besoins auxquels on a cherché à répondre en créant ces institutions²². Par ailleurs, on pourrait étudier la question sous l'angle doctrinal en évoquant le débat sur la régulation des activités économique par ces A.A.I. et aussi la nécessité de la création des autorités indépendantes détachées du pouvoir exécutif²³. Enfin et c'est l'angle que nous envisagerons dans le cadre de cette étude, nous pouvons étudier les caractéristiques de ces A.A.I. notamment l'existence de points de divergences importants mais aussi de caractéristiques communes qui méritent d'être étudiés. L'étude de ces caractéristiques devrait nous permettre de déterminer si en effet les A.A.I. constituent une nouvelle catégorie juridique.

Les A.A.I. présentent-elles une certaine homogénéité ? Sont-elles différentes de certains points de vue ? En quoi constituent-elles une nouvelle catégorie juridique²⁴ ?

Les intérêts de mener cette étude se situent à plusieurs points de vue. Sur le plan

²⁰ Confère Constitution du 11 juin 1991, Titre XIV Quater

²¹ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p.157

²² Jacques Chevalier cité par M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1991, p.8

²³ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendante*, Rapport public, op. cit., pp.275-277

²⁴ Abdoulaye Diarra, « Les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire », *Revue Afrilex*, 2000, p.6

théorique²⁵, en arrière-plan, le phénomène de création d'autorités administratives indépendantes a été probablement aussi une réponse politique partielle à l'aspiration à de nouveaux modes de régulation de la vie économique et sociale, faisant une large place à la fonction de médiation et plus attentifs aux voies concrètes de la transparence de l'action publique²⁶. Le besoin de médiation au sens large transparait à l'évidence dans la montée des saisines des institutions indépendantes en la matière. L'ASCE LC et le Médiateur du Faso²⁷ enregistrent des saisines de plus en plus importantes ces dernières années pour des dossiers relatifs à des fautes de gestion, des détournements de deniers publics ou des litiges opposant l'administration aux administrés. Cela traduit sa remarquable implantation dans le paysage administratif burkinabè, et l'importance que les citoyens accordent à son rôle d'intercession. Les autorités administratives indépendantes se sont créées dans un contexte de débat doctrinal intense, nourri par les expériences étrangères conduites antérieurement ou parallèlement. Ce débat s'est développé essentiellement selon deux volets : l'un,

dépassant très largement le cadre national, portant sur la régulation des activités économiques et sociales dans une économie de marché et sur le rôle de l'État dans cette régulation ; l'autre, de caractère plus spécifiquement français, et de contenu plus juridique, portant sur la possibilité d'insérer dans notre système institutionnel des autorités administratives agissant au nom de l'État sans être subordonnées au Gouvernement²⁸.

Dans ce débat se sont particulièrement manifestés les théoriciens de l'État d'une part, et les théoriciens du marché d'autre part²⁹ ; d'autres points de vue se sont greffés à ce débat central : celui des spécialistes de la science administrative, celui des sociologues, celui des politologues, celui des magistrats. Sur le plan pratique³⁰, il fallait répondre à un double impératif : La première justification, à savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de

²⁵ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public*, op. cit., pp.278

²⁶ Rapport du CE sur les AAI, op.cit, 2001, p.275

²⁷ Benedicte Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des reformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, L.G.D.J., 1993, p.22

²⁸ Rapport du CE sur les AAI, 2006, p. 276

²⁹ Jacques Chevallier, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP 1986* ; Ibid, « Les autorités administratives indépendantes : dépassement ou confirmation de la dualité ? » 2e colloque international de la revue *Politique et management public* à Lyon, décembre 1986; Ibid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices* n° 1, janvier-juin 1995.

³⁰ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public*, op. cit., p.278

l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif. Cette méfiance ne constitue pas une nouveauté de l'époque actuelle ; simplement le pouvoir politique en a tiré plus systématiquement la conséquence qu'il lui convenait de moins s'exposer en première ligne. C'est ainsi qu'il a abandonné le pouvoir de désigner les présidents des entreprises publiques de l'audiovisuel lorsque, pour la première fois, a été proclamé le principe de la liberté de communication audiovisuelle et créée la première autorité de régulation du secteur en France. La deuxième justification avancée pour la création d'autorités administratives indépendantes a été d'associer les professionnels à la détermination des règles applicables dans des matières techniques, détermination qui suppose, pour être crédible, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques ; c'est là la justification avancée à l'existence, par exemple, de la Commission des opérations de Bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) ou du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)³¹.

En raison de leur nombre et de la diversité de leurs domaines d'intervention, les AAI méritent une analyse approfondie des

éléments qui les éloignent les uns des autres ; en d'autres termes les facteurs d'hétérogénéité d'une part en raison du fait que cela pourrait nous renseigner utilement sur leur originalité d'autre part (II). D'une part, les AAI présentent des traits communs incontestables qui méritent eux aussi d'être étudiés car c'est ce qui pourrait montrer qu'elles constituent une nouvelle catégorie juridique (I).

I- Des caractéristiques juridiques communes

Des traits communs caractérisent les AAI et c'est ce qui fait leur originalité en fin de compte. On note de ce point de vue une indépendance vis à vis du pouvoir exécutif (A). Elles sont également toutes encadrées juridiquement (B).

A- Une indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif

Cette indépendance se situe sur un double plan : elle est d'abord organique (1). Ensuite, elle est fonctionnelle (2).

1-L'indépendance organique

L'indépendance organique est fonction dans une large mesure du mode de désignation des membres, du mandat, de la composition, du régime des incompatibilités et des règles d'immunités. C'est cette indépendance qui leur confère notamment leur originalité dans l'appareil

³¹ Rapport du CE sur les AAI, 22006, pp.276 et 277

et donc c'est au prisme de cet aspect que doit être appréciée leur indépendance organique³².

La composition par exemple de la Commission Electorale Nationale Indépendante du Burkina laisse constater qu'elle est composée de représentants des partis politiques de la majorité politique, de l'opposition, des organisations de la société civile et des organisations coutumières et religieuses³³. Selon l'article 5 du Code électoral (défini par l'article 1 de la loi du 5 avril 2012), la CENI est composée de :

- Cinq personnalités désignées par les partis et formations politiques de la majorité
- Cinq personnalités désignées par les partis et formations politiques de l'opposition
- Cinq personnalités représentant les organisations de la société civile dont trois représentants des principales communautés religieuses (catholiques, protestants et musulmans), un représentant des autorités coutumières et un représentant des associations de défense des droits humains.

Les membres de la CENI doivent être de bonne moralité et jouir de leurs droits civiques. En sont exclus les personnes condamnées pour crimes ou pour délits

(exception faite des délits d'imprudence), celles en état de contumace et les personnes condamnées pour fraude électorale. Pour la désignation ou le remplacement de ces personnalités, le Ministre chargé des libertés publiques convoque les parties concernées. Ils sont nommés pour un mandat de cinq, renouvelable une fois, par un décret pris en Conseil des ministres. Les membres de la commission ne sont pas eux-mêmes éligibles durant leur mandat. Mais les critères de nomination ne sont aucunement précisés. Mais il est clair que la présence du Gouvernement et des partis politiques crée un risque de politisation de l'institution qui doit être indépendante du Gouvernement et du Parlement. De même la présence de Juristes au sein de l'institution crée un risque de conflits avec le pouvoir judiciaire en cas de litiges les opposant à la Justice. Le mandat des membres de la CENI burkinabè est pour une durée précise et s'achève en principe avec l'organisation des élections et la proclamation des résultats définitifs. Quant à l'ASCE, elle est dirigée par un Contrôleur général d'Etat nommé par décret pris en Conseil des ministres à la suite d'un appel public à candidature³⁴. L'ASCE comprend un département d'audit et de contrôle, un département d'enquête et

³² J-M. Guedon, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, L.G.D.J., 1991, p.62

³³ www.ceni.bf, consulté le 6 juin 2022

³⁴ www.asce-lc.bf, consulté le 6 juin 2022

d'investigation, le département des déclarations d'intérêt et de patrimoine, le département de la stratégie nationale de la prévention et le département du suivi des recommandations et des actions en justice. C'est l'article 6 de la loi organique n°082-2015 CNT du 24 novembre 2015 portant attributions, composition, organisation et fonctionnement de l'ASCE qui fixe ses attributions générales qui sont :

- de coordonner la mise en place, dans l'administration, du dispositif général de management des risques d'audit et de contrôle internes ;

- d'élaborer le cadre de référence de l'audit et du contrôle interne de l'administration et de s'assurer de son application ;

- de conduire l'harmonisation de la méthodologie de travail des structures de l'Etat et leurs démembrements en matière de contrôle et d'audit internes et diffuser en leur sein, les bonnes pratiques généralement reconnues et admises ;

développer la méthodologie des audits internes portant sur les fonctions transversales

- d'examiner, chaque année, la politique d'audit des départements ministériels et formuler des recommandations ;

- d'organiser les rencontres des cadres de concertation des organes de contrôle ;

-de recevoir copie de tous les rapports établis par les organes administratifs de contrôle interne des départements ministériels, des institutions ; des établissements publics de l'Etat, des collectivités territoriales et des projets et programmes de développement. L'article 7 de cette même loi fixe ses attributions spécifiques.

S'agissant du régime des incompatibilités et des immunités, les législateurs ont pris soin d'encadrer l'accès à ces institutions. Ainsi, les personnes condamnées ou déchues de leurs droits civiques, les membres du Gouvernement, les chefs de partis politiques, les candidats aux élections, les personnes en état de contumace ne peuvent être membre de cette institution. Les membres de cette institution doivent être reconnus pour leur moralité, leur probité, leur honnêteté intellectuelle et leur impartialité. Ils ne doivent solliciter ni recevoir d'ordres d'aucune autorité politique publique ou privée.

Ainsi cette indépendance organique va de pair avec un autre type d'indépendance qui est l'indépendance fonctionnelle.

2-L'indépendance fonctionnelle

Le constituant burkinabè n'entendait pas créer un quatrième pouvoir aux côtés du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du

pouvoir judiciaire en créant les Autorités Administratives Indépendantes. Il entendait simplement confier à ces institutions des missions spécifiques qui étaient autrefois dévolues à l'Administration. Il convient de relever leurs traits qui les distinguent des autres institutions de l'Administration.

Les AAI ne sont pas des organes déconcentrés ni des organes décentralisés. On note une absence de pouvoir hiérarchique sur ces institutions. Ce ne sont pas des collectivités territoriales ni des collectivités locales. Elles ne subissent aucun contrôle de tutelle ni de contrôle administratif. Elles se situent en dehors de la hiérarchie traditionnelle de l'organisation administrative. Elles ne doivent recevoir en principe d'instructions de la part d'aucune autre autorité. Le législateur burkinabè a clairement précisé que l'ASCE et la CENI exercent leurs missions en toute indépendance. A la différence du cas français, il n'existe pas de Commissaire du Gouvernement auprès des AAI étudiés³⁵. Le pouvoir exécutif ne dispose pas de moyens de pressions directs sur ces organes. L'indépendance des AAI peut se situer aussi au niveau de leur mode

d'organisation et de fonctionnement. Ont-ils le droit d'élaborer leur règlement intérieur ? Disposent-ils d'une autonomie financière ? Quel régime juridique s'applique à leurs personnels ? Au Burkina Faso, la CENI a le droit de mettre en place dans les différentes régions du pays ses démembrements pour faciliter l'accomplissement de ses activités. Au Bénin, la Commission électorale Nationale Autonome est représentée dans chaque département par une Commission électorale départementale de neuf membres désignés à raison de quatre par le Gouvernement, quatre par l'Assemblée nationale, et un élu en assemblée générale des Magistrats dans les mêmes conditions que pour la Commission électorale nationale autonome³⁶. La Commission électorale nationale autonome fonctionne sous l'autorité de son bureau mais en collaboration avec un ministre désigné par le Gouvernement qui met à la disposition de la Commission les moyens dont elle a besoin pour l'accomplissement de sa mission³⁷. Au Bénin le pouvoir exécutif fait partie des autorités de nomination de la Commission électorale mais en plus cette commission a l'obligation de collaborer avec ce même pouvoir : l'indépendance fonctionnelle n'est donc pas illimitée.

³⁵ La loi française du 2 août 1989 a modifié l'ordonnance de 1967 et supprimé pour la Commission des Opérations de Bourse (C.O.B.), le Commissaire du Gouvernement qui assistait auparavant aux délibérations. Il avait même le pouvoir de demander une seconde délibération.

³⁶ Article 36 alinéa 6 de la loi organique du 21 août 1992 relative à Haute autorité de l'Audiotvisuel et de la communication du Bénin

³⁷ Art 37 de la loi organique du 21 août 1992

Pourtant compte tenu de l'importance de ces AAI dans le paysage institutionnel aujourd'hui, il est souhaitable qu'elles disposent de davantage d'indépendance notamment vis-à-vis du pouvoir exécutif. Mais ce dernier est-il réellement disposé à leur concéder une telle réelle indépendance ?

Selon Herbert Maisl, les AAI seraient de part leur composition, un enjeu, « enjeu de conflits sous-jacents dans la société en mutation. L'auteur conclut sur ce point en disant que « l'indépendance des AAI est fragile et discutée. Elles sont dans l'Administration mais à la charnière des différents courants et des différents intérêts³⁸ ». Or, Paul Sabourin explique que « l'Etat est la seule personne juridique qui a la compétence de sa compétence, l'Etat exerce un contrôle très poussé sur toutes les personnes morales : existence, statut et fonctionnement (tutelle³⁹) ». L'Etat souverain exerce un contrôle permanent sur tous les organes qui opèrent en son sein. Selon Raymond Carré de Malberg, « la hiérarchie des fonctions implique celle des organes. Le titulaire d'une fonction ne saurait être vraiment maître de sa fonction, si celle-ci est, de sa nature subordonnée à une autre fonction

qui la commande⁴⁰ ». Il en résulte que la fonction conférée à l'Etat souverain est peu compatible avec une réelle indépendance organique et fonctionnelle des AAI.

Mais un autre trait caractéristique commun des AAI en plus de l'indépendance organique et fonctionnelle réside dans l'encadrement juridique dont elles sont l'objet.

B- L'encadrement juridique

Les deux aspects de cet encadrement juridique se rapportent à l'autorité des décisions (1) et à l'insertion de ces décisions dans l'ordre administratif et constitutionnel (2).

1-L'autorité des décisions

La question de l'autorité des décisions se rapporte aussi au domaine de compétence des AAI. Elle touche aussi à la nature juridique du contrôle des activités qui s'exercent à travers ces actes. Elle concerne en outre la portée juridique de leurs actes.

Selon Oliver Gohin, « les Autorités Administratives Indépendantes le sont précisément parce qu'elles sont tout simplement extérieures à l'Administration centrale et déconcentrée de l'Etat tout en faisant partie de l'Administration

³⁸ Herbert Maisl, in Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit, les Autorités Administratives Indépendantes, Paris, P.U.F., 1988, p.84

³⁹ Paul Sabourin, in les AAI, op. cit., p.97

⁴⁰ Raymond Carré de Malberg, cité par Paul Sabourin, in Ibidem, p.95

d'Etat⁴¹ ». Ce sont donc des autorités de l'administration d'Etat et leurs actes s'inscrivent dans ce cadre. La Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication du Bénin occupe une place importante dans ce cadre. Elle a été créée par le constituant béninois et dispose d'un réel pouvoir décisionnel et de sanctions. Elle est garante de l'exercice de la liberté de la presse et de la communication⁴². A ce titre, elle assure le pluralisme dans ce domaine. Elle peut être consultée par la Cour constitutionnelle et par tous les autres pouvoirs publics⁴³. Elle peut adresser des observations aux organismes qui ne respectent pas leurs obligations et dispose d'un pouvoir de sanctions⁴⁴. Les décisions, observations, recommandations et avis de cette haute autorité sont pris à la majorité absolue de ses membres. Les décisions sont exécutoires dès leur notification et revêtent un caractère quasi-officiel du fait de leur publication au Journal officiel⁴⁵. La haute autorité représente l'Etat en matière de conventions d'installation et d'exploitation en matière de radiodiffusion et télévision

passée entre la personne privée et la haute autorité. Elle statue comme conseil de discipline en matière de presse et de presse et de communication sans préjudice des dispositions du statut général de la fonction publique⁴⁶. Elle peut ester en justice et a le droit de prononcer trois niveaux de sanctions : la suspension de l'autorisation d'une partie du programme pour un mois au plus, la réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année et le retrait de l'autorisation. Ces pouvoirs lui permettent de limiter la liberté de presse et de communication. La Haute autorité n'est pourtant pas une juridiction au sens classique du terme.

Dans le cas du Burkina Faso, l'ASCE LC émet également des avis qui ne lient pas le Gouvernement. Ce dernier peut décider de donner une suite judiciaire aux avis qui lui sont transmis mais peut également décider de ne pas donner de suite et dans ce dernier cas, il n'y a pas de sanctions juridiques qui sont prévues. Le nouveau régime militaire du MPSR a d'ailleurs lancé une vaste opération dénommée opération « mana mana » qui est la traduction en français d'opération « mains propres » afin d'épurer le passif des nombreux dossiers identifiés par l'ASCE LC et pour lesquels aucune suite judiciaire n'a été donnée par le Gouvernement. Il s'agit souvent des

⁴¹ Olivier Gohin, *Les institutions administratives 2^e éd.*, Paris, L.G.D.J., 1995, p.205

⁴² Abdoulaye DIARRA, « Les Autorités Administratives Indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire », *Revue Afrilex 2000*, p.20

⁴³ Article 8 alinéa 1 de la loi organique du 21 août 1992

⁴⁴ Article 13 de la loi organique ci-dessus citée

⁴⁵ Article 34 de la loi organique

⁴⁶ Article 40 de la loi organique

dossiers de délits d'apparence, de crimes économiques, de détournements de deniers publics notamment. Les organisations de la société civile et le RENLAC (Réseau national de lutte anti-corruption) considèrent pour leur part que le cas de l'ASCE est emblématique de l'impunité au Burkina en particulier en ce concerne les cas de disfonctionnements de l'Administration. Les régimes Compaoré et Kaboré ont accumulé un lourd passif dans ce domaine et le souci des nouvelles autorités est de montrer que l'administration est républicaine, moderne et transparente. Quant à la CENI, elle proclame les résultats des élections locales, législatives et présidentielles. Mais ses décisions ne sont pas définitives et sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel. Les avis qu'elle donne ne lient pas le Gouvernement mais l'idée à ce niveau est d'instaurer une collaboration franche et constructive afin de permettre le bon déroulement des processus électoraux.

Le constat est établi que les AAI n'ont pas de pouvoir règlementaire. Elles ne disposent pas du pouvoir de faire des règlements ; c'est-à-dire des décisions de caractère général et impersonnel⁴⁷. Elles décident, émettent des avis mais ne jugent pas. Elles ne constituent donc pas des

juridictions. Les décisions des AAI n'ont pas l'autorité de la chose jugée. S'exprimant sur ce point, Georges Vedel et Pierre Delvolvé estiment que « quand un jugement est à l'abri de tout recours (appel ou cassation), il acquiert l'autorité de la chose jugée. Il a force de vérité légale et son dispositif est définitivement incorporé dans l'ordonnement juridique et ce qu'il décide ne peut plus être critiqué ni directement, ni indirectement, sous réserve de ce que, normalement, l'effet de la chose jugée est relatif et ne joue qu'entre les parties en jugement⁴⁸ ». Les décisions de ces AAI ne sont ni définitives ni affranchies de recours devant les instances hiérarchiques ou judiciaires. Les lois de création de ces AAI n'organisent en outre aucune procédure contradictoire qui est pourtant exigée par les droits de la défense. Les avis émis par ces institutions ne créent aucune obligation.

L'autorité de leurs décisions est liée aussi en définitive à la question de leur insertion dans l'ordre constitutionnel et administratif.

2-L'insertion dans l'ordre constitutionnel et administratif

Il est acquis dans tous les pays où ces Autorités Administratives Indépendantes existent que leur insertion dans l'ordre

⁴⁷ Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1990, p.326

⁴⁸ Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp.319-320

constitutionnel et administratif fait partie des principes généraux.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord nécessairement tranché même si c'est implicitement le problème du principe même de l'existence d'autorités administratives indépendantes, lorsqu'il a été amené à examiner les premiers textes les concernant, puisqu'il n'a pas fait d'observations sur ce point. Il n'a donc pas estimé que, par leur nature même, les autorités administratives indépendantes pouvaient méconnaître la règle constitutionnelle de la responsabilité gouvernementale⁴⁹. Le Conseil constitutionnel n'a pas non plus émis d'objection de principe à ce que les autorités administratives indépendantes soient dotées du pouvoir de sanction administrative⁵⁰ : « *la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité*

*administrative de pouvoirs de sanction*⁵¹ ». Le Conseil constitutionnel exige toutefois que ce pouvoir de sanction soit précisément encadré par le législateur. En premier lieu, il ne peut être accordé à une autorité administrative indépendante que « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission*⁵² » qui lui est confiée. En second lieu, « *il appartient au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis*⁵³ ». Le Conseil constitutionnel exclut les sanctions qui seraient privatives de liberté, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire le garant de la liberté individuelle. Il rappelle également qu'en vertu du principe de légalité des délits et des peines formulé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'incrimination comme la sanction doivent être établies par la loi⁵⁴. Enfin, le Conseil constitutionnel a précisé que les autorités administratives indépendantes avaient l'obligation d'agir

⁴⁹ Décisions : n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 relative à la Haute autorité de la communication audiovisuelle, Rec. p. 63 ; n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 relative à la Commission nationale de la communication et des libertés, Rec., p. 141 ; n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, Rec., p. 8 ; n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec. p. 18.

⁵⁰ Décisions : n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18 ; n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 pour la Commission des opérations de bourse, Rec., p. 71 ; n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 relative à la loi portant réglementation des télécommunications, Rec., p. 99.

⁵¹ 6e considérant de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse, Rec., p. 71.

⁵² 27e considérant de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18.

⁵³ 6e considérant de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse, Rec., p. 71.

⁵⁴ 35e considérant de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18.

lorsqu'il en va de la réalisation de leur mission. Se fondant sur l'article 13 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, chargeant la CNCL de « *veiller par ses recommandations au respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des sociétés nationales de programme pour les émissions d'information politique* », il a en effet souligné que les dispositions de cet article « *impliquent que la commission est tenue d'exercer la mission qui lui est confiée par la loi et que les recommandations qu'elle prend à cet effet revêtent un caractère obligatoire et peuvent, comme d'ailleurs le refus par la commission de faire usage des pouvoirs qu'elle tient de la loi, être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir*⁵⁵ ».

Les questions d'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'ordre administratif se sont révélées moins délicates. En effet, dès le départ, dans sa décision *Retail* du 10 juillet 1981 prise à propos du Médiateur, le Conseil d'État a considéré qu'à partir du moment où sa compétence résultait de la qualification d'autorité administrative à donner à l'institution en cause, il convenait de faire application du droit commun constamment appliqué aux autorités administratives

classiques, à savoir que sont susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux les actes de l'institution ayant le caractère de décisions administratives. Le Conseil d'État a parallèlement jugé que les autorités administratives indépendantes étaient recevables à présenter des observations au soutien d'un de leurs actes attaqués devant le juge administratif, sans devoir se faire représenter par un ministre⁵⁶. Par ailleurs, dès 1960, le Conseil d'État avait admis qu'une faute lourde commise par une autorité administrative indépendante dans sa mission administrative de surveillance (il s'agissait de la Commission de contrôle des banques) était de nature à engager la responsabilité de l'État⁵⁷. Certes, l'organisation du contrôle juridictionnel des autorités administratives se trouve actuellement compliquée par certaines attributions de compétence au profit du juge judiciaire opérées par le législateur qui s'est également prononcé, dans certains cas, sur l'étendue des pouvoirs du juge en matière de sanctions. Néanmoins, au niveau des principes, n'a jamais été remise en cause, par le législateur, l'idée qu'une autorité administrative indépendante ne saurait bénéficier d'une immunité juridictionnelle dispositions spécifiques les

⁵⁵ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Rec., p. 141.

⁵⁶ CE, Assemblée, 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, p. 137 ; 5 novembre 1993, *COB*, Tp. 624, 782, 934, 944, 955.

⁵⁷ CE, Section, 12 février 1960, *Kampmann*, p. 107.

concernant précisées par la loi, au régime de droit commun des organismes administratifs de l'État⁵⁸.

Tous les caractères communs des Autorités Administratives Indépendantes qui ont été étudiés tendent à montrer qu'elles sont une seule et même réalité. Pourtant, une telle affirmation ne saurait faite sans la tempérer immédiatement par des éléments d'hétérogénéité qui se révèlent à l'analyse.

II- Une certaine hétérogénéité des AAI

Une telle hétérogénéité⁵⁹ est perceptible d'abord dans la diversité de leurs missions (A) et ensuite de leurs pouvoirs (B).

A-La diversité des missions

Ces missions peuvent être regroupées en deux grandes catégories : il s'agit des missions se rapportant à la régulation (1) et de la protection des libertés publiques (2).

1-La régulation

C'est la première des missions des AAI. Elle consiste à réguler les activités entre pouvoirs publics et les administrés qui peuvent être amenés à saisir ces AAI. A ce titre, il y a la mission de médiation au sens

premier du terme comme l'exerce par exemple le Médiateur du Faso⁶⁰ au Burkina. Cette mission consiste pour le Médiateur à être une interface entre les administrés et l'Administration. Lorsqu'un administré a un litige qui l'oppose à l'Administration et qu'il ne veut pas saisir la justice, il a la possibilité de saisir le Médiateur du Faso afin que ce dernier traite son cas en collaboration avec les services de l'Administration⁶¹. On peut citer comme exemple le cas des ex policiers radiés de leur corps suite aux mutineries de 2011 au Burkina. Cette sanction que ces anciens policiers conteste les a amenés à saisir le Médiateur du Faso afin qu'il intercède auprès des autorités du Ministère de la Sécurité dont relève ces anciens policiers afin que leur situation soit réexaminée et afin qu'ils puissent éventuellement être réintégrés dans la police comme ils le demandent. Il faut préciser à ce sujet que c'est finalement le Haut Conseil pour la Réconciliation et l'Unité Nationale (HCRUN) qui avait été saisi du dossier mais à ce jour, la procédure suit son cours et les anciens policiers n'ont

⁵⁸ Olivier Gohin, *Les institutions administratives 2^e éd.*, Paris, L.G.D.J., 1995, p.205 ; J. MEZARD, « Un État dans l'État. Canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », Sénat, 28 octobre 2015, *Doc. Parlem.*, n°126

⁵⁹ Confère le dossier « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? », *RFDA*, n° 5, 2010

⁶⁰ www.mediateurfaso.gov.bf, consulté le 6 juin 2022 ; pour une approche en droit comparé confère Mamadou SALL, « Le rôle du Médiateur dans la consolidation de l'Etat de droit au Sénégal », *Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal*, n°29-30, Janvier 1993, p.53

⁶¹ Pour une approche comparée ; confère Jean-Christophe MÉNARD, « Le défenseur des droits : monstre bureaucratique, gadget constitutionnel ou garantie effective des droits ? », *Les Petites Affiches*, 24 octobre 2008, n° 214, p. 4.

pour l'instant pas été réintégrés dans leur corps de métier.

Il convient de mentionner également la mission de régulation sectorielle qui relève également des AAI. A ce titre, il existe au Burkina un Conseil supérieur de la Communication qui exerce cette fonction dans le secteur de la communication et de l'audiovisuel⁶². Le CSC a pour mission essentielle de réguler ce secteur en veillant à ce que les organes de presse privés et publics exercent leurs fonctions en respectant les lois en vigueur. Il existe par exemple en la matière depuis peu une loi qui interdit de diffuser des informations dans la presse aussi bien publique que privée sur les opérations anti-terroristes ou les attaques perpétrées qui ne proviendraient pas de sources gouvernementales⁶³. Les médias en général estiment que le vote de cette loi est venu restreindre la liberté de communication, la liberté d'informer et la liberté de presse d'une manière générale. Du côté du Gouvernement, on se défend en expliquant que le contexte de la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent justifie des restrictions à ces libertés d'autant plus que l'objectif visé est de protéger la

population en général et éviter une certaine propagande qui ferait le jeu des groupes armés qui combattent les Forces de Défense et de Sécurité dans le pays. En tout état de cause, la loi en question a été contrôlée par le Conseil constitutionnel et jugée conforme à la Constitution. Il est évident que la mission de régulation sectorielle permet aux AAI de contrôler tout un secteur d'activités et d'avoir ainsi un impact sur l'Administration en général et sur les administrés en particulier. Mais un aspect particulier à souligner est que cette mission s'exerce sous le contrôle des institutions administratives et juridictionnelles étatiques⁶⁴. Pour preuve, les activités du Médiateur du Faso, du HCRUN et du CSC sont contrôlées aussi bien par le Gouvernement que par les juridictions qui peuvent intervenir s'ils estiment que ces AAI ont commis des manquements ou bien sont allées au-delà de leurs prérogatives. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel sont les juridictions habilitées au Burkina pour contrôler le respect des lois qui régissent le fonctionnement de ces AAI⁶⁵.

En définitive, ces AAI qui jouent une fonction de régulation semblent constituer une catégorie homogène même si elles

⁶² www.csc.bf, consulté le 6 juin 2022

⁶³ C'est depuis le 21 juin 2019 que cette loi a été adoptée par l'Assemblée nationale ; c'est la loi n°044-2019 AN du 21 juin 2019, confère : www.assembleenationale.bf, consulté le 6 juin 2022.

⁶⁴ Abdoulaye Diarra, « Las autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire », *Revue Afrilex* 2000, p.22

⁶⁵ www.conseil-etat.gov.bf; www.conseil-constitutionnel.gov.bf; consultés le 6 juin 2022.

n'ont pas toutes les mêmes pouvoirs⁶⁶. L'analyse de la fonction de protection des libertés publiques devrait nous permettre de vérifier si une telle homogénéité existe toujours.

2-La protection des libertés publiques

Cette mission est caractéristique de certaines AAI qui opèrent dans des domaines qui touchent les droits de l'Homme et les libertés publiques. On peut mentionner deux AAI au niveau burkinabè qui opèrent dans ce domaine : il s'agit de la CIL (la commission de l'informatique et des libertés) et l'ANR (l'agence nationale de renseignement).

La CIL⁶⁷ est l'organisme garante du respect des libertés publiques en matière d'usage de l'internet et des TIC au Burkina. Il est évident que sa mission prend un relief particulier en raison de son rôle dans le contexte de la lutte contre l'insécurité, l'extrémisme violent, la radicalisation et le terrorisme⁶⁸. Elle reçoit les déclarations de traitement et émet des avis, récence les fichiers, autorise les traitements les plus sensibles. Elle est

d'abord appelée à protéger et anticiper. Dans tous les secteurs d'activités, à savoir internet, la consommation, l'administration, la CIL est appelée à aider les citoyens dans l'exercice de leurs droits notamment le droit d'accès, le droit de rectification. Ensuite, la CIL a pour mission de réguler et de contrôler. Elle reçoit les déclarations de traitement et émet des avis comme déjà dit plus haut. Enfin, elle est chargée d'informer et de former. Elle est investie d'une mission générale d'information des personnes sur leurs droits et leurs obligations en matière de traitement des données personnelles. Les données à caractère personnelles sont définies comme toute information relative à une personne physique susceptible d'être identifiée, directement ou indirectement peu importe que ces informations soient confidentielles ou publiques⁶⁹. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la radicalisation et l'extrémisme violent, il est important d'identifier les discours appelant à la sédition, à la haine, à la discrimination et à empêcher leur diffusion ou leur exploitation sur internet ou sur les réseaux sociaux. Il est également important d'identifier les auteurs de ces discours et de les traduire devant les juridictions compétentes. Dans certains pays comme par exemple le Royaume, pour faire face à

⁶⁶ Conseil d'Etat, « Les autorités administratives indépendantes », Rapport public, op. cit., pp.279 et svts

⁶⁷ www.cil.bf, consulté le 6 juin 2022

⁶⁸ Phillipe Guillot, « Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention du terrorisme », *Les annales de droit 2016*, Université de Rouen, pp.165-196

⁶⁹ Confère site de la CIL, www.cil.bf, consulté le 6 juin 2022

la montée de la radicalisation, de l'extrémisme violent et du terrorisme, de nouvelles incriminations ont été créées par la loi comme par exemple l'incitation à la glorification du terrorisme⁷⁰. Cela a permis à contrôler ou du moins à limiter sérieusement les discours haineux sur internet ou les réseaux sociaux. En tout état de cause, les juridictions nationales et internationales sont habilitées à se prononcer sur les cas de violations des droits résultant de l'usage d'internet ou des réseaux sociaux⁷¹. Il convient de mentionner en relation avec cette idée les cas de plus en plus fréquents de violations des droits fondamentaux liés à l'usage d'internet et des réseaux sociaux dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent⁷². Le stockage et l'usage des données à caractère personnels font débats dans de nombreux pays dans le monde en général et au Burkina Faso en particulier. Aux Etats Unis, au plus fort de la guerre contre le terrorisme en Irak et en Afghanistan, le FBI et la CIA ont été

accusés d'utiliser les données personnelles à d'autres fins que la stricte lutte contre le terrorisme. Par exemple dans le cadre du Patriot Act et des autres lois qui ont été votées dans ce cadre, la clause « bibliothèque » qui permettait aux agents du FBI de vérifier tous les ouvrages entrés ou sortis des bibliothèques a été pointée du doigt. Au Burkina Faso, certaines organisations de la société civile tels que le Collectif contre la Stigmatisation pointent du doigt les dérives dans le cadre de la lutte contre le terrorisme⁷³.

Quant à l'ANR, elle a été réglementée par une loi du 1^{er} juin 2018 et est chargée de la coordination au niveau national des services de police, de gendarmerie et de l'armée. Ces services de renseignements devraient être très utiles dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Elle comprendrait une cinquantaine de personnes provenant de services tiers et directement rattachés à la présidence du Faso. Mais ces services de renseignement ont malheureusement montré récemment des insuffisances notamment à l'occasion de certaines attaques sanglantes comme les massacres de Solhan et Inata qui n'ont pas pu être déjoués et où les militaires et gendarmes n'ont bénéficié d'aucune

⁷⁰ *L'Antiterrorism, Crime and Security Act* de 2001 venue renforcer le *Terrorism Act* de 2000 et qui confère des pouvoirs spéciaux à la police notamment en prévoyant la possibilité d'arrestation de suspects sans mandats; il suffit que l'agent « soupçonne raisonnablement » la personne « d'être un terroriste ».

⁷¹ Elie Stella, *L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne, thèse*, Université de Lorraine, 2019, 479p.

⁷² Phillipe Guillot, « Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention du terrorisme », *op.cit.*, pp.165-196

⁷³ <http://burkina24.com>, « Comment rassurer avec un discours ambigu ? » se demande le CISC ; consulté le 6 juin 2022

assistance de ces services de renseignements. D'ailleurs, suite à ces massacres, un nouveau coup d'Etat militaire, celui du MPSR a emporté le régime de Roch Kaboré, président qui avait été démocratiquement élu suite au soulèvement populaire qui avait mis fin au régime Compaoré. C'est le Colonel François Ouedraogo qui dirigeait cette agence avant qu'il ne soit rapidement limogé quelques jours seulement après le putsch de la junte militaire⁷⁴. Cela montre que cette agence doit faire des progrès dans sa mission de renseignement qui devient une mission essentielle dans ce contexte où l'ennemi terroriste a intégré la population et vit de manière diffuse en son sein. C'est pour cela que certaines voix estiment que le renseignement sera une arme décisive dans la lutte contre le terrorisme aujourd'hui au Burkina⁷⁵. Les massacres à grande échelle subis par les populations et les FDS auraient pu être empêchés ou du moins limités dans leur ampleur si les services de renseignement avaient joué leur rôle et si cette agence était réellement efficace. Mais elle peut aussi pâtir en réalité des divisions au sein de l'armée burkinabè depuis la chute de l'ancien président Compaoré et qui se sont accentuées sous le régime du

Président Kaboré. En tout état de cause, les renseignements recueillis dans ce cadre devraient servir exclusivement à la lutte contre le terrorisme et non pas à traquer les opposants politiques ou les organisations de la société civile critiques de la junte militaire au pouvoir.

Ces deux AAI que sont l'ANR et la CIL présentent donc une certaine hétérogénéité tout comme les autres AAI dans les pouvoirs qui leurs sont confiés.

B-Des pouvoirs diversifiés

La diversité des pouvoirs des AAI se révèle dans leur nature (1) et dans leur étendue (2).

1-Dans leur nature

Ces pouvoirs vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir de sanction⁷⁶, en passant par l'édiction de mesures réglementaires, le pouvoir d'autorisation, d'investigation, d'injonction. Certaines autorités administratives indépendantes ne sont dotées que de l'un de ces pouvoirs ; d'autres, le plus souvent celles chargées d'une mission de régulation, bénéficient d'une gamme plus ou moins étendue de ces pouvoirs⁷⁷.

⁷⁴ C'est le Lieutenant-Colonel Mahamadi Bonkougou qui l'a remplacé à ce poste.

⁷⁵ Olivier Passot, « Renseignement français et lutte contre le terrorisme. Evolutions récentes et perspectives », *Revue les champs de mars* 2018, n°31, pp.63-71

⁷⁶ S. Braconnier, « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *RDP*, n° 2, p. 262.

⁷⁷ Jean-Louis Autin, « Les autorités administratives indépendantes, démocratie et Etat de droit », *Revue droit et société* 2016, 12p.

Le pouvoir minimum confié aux autorités administratives indépendantes⁷⁸ est celui d'émettre un avis, de formuler des propositions ou des recommandations. Plus ces autorités interviennent dans un domaine régalien de l'activité de l'État, moins elles ont de pouvoirs contraignants⁷⁹. Ainsi, la Commission consultative du secret de la défense nationale ou la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ne peuvent que rendre des avis auxquels le ministre n'est pas obligé de se conformer. En revanche, ces avis ont valeur d'avis conformes qui lient l'administration lorsque l'objet de protection des citoyens est plus directement en jeu sans que soit en cause un intérêt national ; ainsi en est-il des avis de la Commission des infractions fiscales, l'administration ne pouvant engager de poursuites pénales pour fraude du contribuable que sur avis conforme de ladite commission. De même, l'autorité ministérielle ne peut accorder certains dégrèvements fiscaux et postaux en cas d'avis défavorable de la Commission paritaire des publications et agences de presse, ou des avis, nécessairement conformes, de la Commission des

participations et des transferts, à propos du choix par le ministre du ou des acquéreurs et des conditions de cession, en cas d'opération de privatisation. D'autres types d'avis sont entourés d'une telle solennité, notamment de par leur caractère public préalable à la décision de l'administration, avec le cas échéant publication au *Journal officiel*, qu'ils revêtent un poids particulier même s'ils ne lient pas formellement le Gouvernement⁸⁰. Ainsi en est-il des avis préalables de l'ART sur les tarifs du service universel ainsi que des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché, avant leur homologation par le ministre (art. L. 36-7.5 du Code des postes et télécommunications) ou des avis du CSA sur « *les cahiers des missions et des charges* » des radios et télévisions publiques. Le pouvoir de proposition peut lui aussi revêtir un poids certain ; ainsi du pouvoir de l'ART de proposer les charges du service universel que le ministre a pour mission ensuite de « constater » ou du pouvoir de la CRE de proposer au ministre le tarif d'utilisation des réseaux, ainsi que les charges du service public de la production. Plus contraignantes que les avis ou les recommandations, mais moins que les décisions individuelles, des

⁷⁸ Christophe Charpentier, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 30, 1993, p. 30

⁷⁹ N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1987, ed. G.I. 3 303.

⁸⁰ René Dosière et Christian Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, Assemblée nationale, 13e législature, Comité d'évaluation et de contrôle, rapport d'information n° 2925, 28 octobre 2010

injonctions peuvent être émises par certaines autorités⁸¹. Elles consistent à ordonner à l'intéressé d'adopter tel ou tel comportement. Dans certains cas, l'injonction s'apparente davantage à un rappel à l'ordre qu'à une mesure de portée décisionnelle⁸². Elles peuvent aussi constituer des décisions faisant grief, comme c'est le cas avec les injonctions du Conseil de la concurrence ou les mises en demeure formulées par la CNIL ou le CSA. L'autorité peut conforter la portée effective de son injonction en lui conférant une certaine publicité, comme c'est le cas pour le Médiateur du cinéma. Ce mécanisme de la mise en demeure et de l'injonction revêt une grande efficacité ; marque de son intérêt et de sa souplesse au regard de la sanction proprement dite⁸³.

Le pouvoir de prendre des décisions individuelles, souvent créatrices de droit, attribué à des autorités administratives indépendantes se révèle multiforme⁸⁴. Il peut s'agir de délivrer l'autorisation d'exercer une activité : ainsi en va-t-il des

agréments délivrés par la COB aux organismes gestionnaires pour le compte de tiers ou par le CECEI aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement ou des autorisations d'ouverture de grandes surfaces ou de « multiplex » par la CNEC. Il peut s'agir d'opérer l'attribution de ressources rares, telles que les fréquences de télécommunication, ou les numéros de téléphone. Il peut s'agir de mises au point (Commission des sondages), de mesures conservatoires (Conseil de la concurrence), ou même de nominations (CSA, avec la nomination des responsables des sociétés de programmes du secteur public). Les décisions individuelles⁸⁵ peuvent parfois prendre une forme tacite : ainsi, le silence gardé pendant six mois par la Commission de contrôle des campagnes électorales et du financement politique sur un compte de campagne vaut approbation de ce compte. Enfin constituent des décisions individuelles les règlements des différends entre opérateurs réalisés par les autorités de régulation.

Il est remarquable que les pouvoirs des AAI sont hétérogènes dans leur nature mais cela est aussi perceptible au niveau de leur étendue.

2-Dans leur étendue

⁸¹ Sur les possibilités de mise en œuvre du pouvoir d'injonction, voir CE, 8 décembre 2000, *SNC Delubac et Cie, Banque Delubac et Cie*, n° 205165.

⁸² N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *op.cit.*, *JCP*, 1987, ed. G.I. 3 303.

⁸³ En 1999, le CSA a prononcé 80 mises en demeure ; 11 ont été suivies, quelques mois plus tard, d'une mesure de suspension et 6 d'une autre mesure de sanction.

⁸⁴ François Gazier et Yves Cannac, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Conseil d'État, 35, coll. « EDCE », 1983-1984,

⁸⁵ Senat, *Les autorités administratives indépendantes. Evaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport public, 2002, tome2, Annexes

Un pouvoir réglementaire délimité peut être confié par habilitation législative aux autorités administratives indépendantes, dans les conditions évoquées précédemment⁸⁶. Certaines autorités de régulation importantes ne bénéficient pas de ce pouvoir⁸⁷. C'est le cas de la Commission bancaire et du CECEI (le pouvoir réglementaire étant confié en la matière à un organisme spécifique, le Comité de réglementation bancaire et financière, présidé par le ministre chargé de l'économie et des finances où les deux organismes sont représentés et qui, en fait, agit largement sous leur impulsion), du Conseil de la concurrence, de la Commission de contrôle des assurances, de la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance.

La CNIL est, pour sa part, habilitée à émettre des normes simplifiées concernant les catégories courantes de traitements automatisés et des règlements-types en vue d'assurer la sécurité des systèmes⁸⁸. Quant à la Commission des sondages, elle est habilitée à « *définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages* ». D'une manière générale, on constate que, pour des raisons

juridiques, déjà évoquées, ou politiques, ce n'est vraiment que lorsque le domaine est technique et nécessite, comme par exemple dans le secteur boursier, l'association de professionnels pour que la norme apparaisse légitime que la loi confie un tel pouvoir à un régulateur indépendant, et le plus souvent, sous réserve de l'homologation ministérielle. Tel est le cas pour la COB, le CMF, l'ART et la CRE.

De nombreuses autorités ont un pouvoir d'investigation lié à la mission de contrôle qui leur est confiée⁸⁹. Dans certains cas c'est l'obligation faite par la loi aux « partenaires » de l'autorité de lui transmettre certaines informations qui lui permet de remplir sa mission : les organismes spécialisés en matière de sondage doivent déposer auprès de la Commission des sondages des notices informatives sur chaque enquête d'opinion effectuée ; les organismes privés effectuant des traitements automatisés comportant des informations nominatives doivent faire parvenir une déclaration préalable à la CNIL ; le CPLD est informé des opérations de contrôle, des faits de dopage portés à la

⁸⁶ Jacques Chevallier, « Autorités administratives indépendantes et Etat de droit », *Revue Civitas europa*, n°37, pp.143-154

⁸⁷ Décision 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *AJDA*, 2012, p. 1928.

⁸⁸ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public op. cit., pp.252-328

⁸⁹ Pour l'exemple américain, confère E. Zoller, « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux Etats-Unis », *RDP*, n° 2, 2014, pp. 379 et s. et plus généralement « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, n° 4, 2004, pp. 757 et s. ; J. Chevallier, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, n° 111, 2004, pp. 473-s.

connaissance de l'administration ou des fédérations sportives ainsi que des sanctions prises par ces dernières.

Dans d'autres cas, la loi détermine la nature des informations que l'autorité est en droit d'obtenir des personnes soumises à son contrôle, ou de diverses sources et la formulation des textes est souvent extensive⁹⁰. C'est ainsi que, par exemple, la Commission de sécurité des consommateurs « *peut se faire communiquer tous les renseignements utiles à l'accomplissement de sa mission*⁹¹ ». Diverses autorités sont habilitées à ordonner des convocations ou à procéder à des auditions (Médiateur de la République) ou encore à procéder à des enquêtes sur pièces et sur place, par l'intermédiaire d'agents placés sous leur autorité ou de corps spécialisés d'enquêteurs ou d'inspecteurs (CNIL, COB, Conseil de la concurrence, Commission bancaire, Commission de contrôle des assurances, ART.). Doivent, en revanche, être autorisées par une ordonnance motivée du président du TGI et se déroulent avec l'assistance des officiers de police judiciaire désignés à cet effet, les perquisitions domiciliaires ou la saisie de

documents ou de pièces à conviction⁹². Il y a enfin le pouvoir de sanction, dont le régime a été présenté précédemment et qui est encore à l'origine de bien des interrogations sur lesquelles on reviendra. On se bornera ici à relever le développement progressif de l'attribution d'un pouvoir de sanction à des autorités administratives indépendantes. Ce développement est né tout à la fois, comme le relève Catherine Teitgen-Colly⁹³, d'exigences de répression et d'exigences de régulation. Les premières autorités administratives indépendantes à avoir été dotées d'un « pouvoir répressif » ont été la COB en 1967 (pouvoir de prononcer la radiation de valeurs mobilières de la cote), la Haute autorité de la communication audiovisuelle en 1982 (pouvoir de suspendre l'autorisation d'exploiter un réseau câblé), puis le Conseil de la concurrence en 1986. La Commission bancaire, qui en 1984, a succédé à la Commission de contrôle des banques créée en 1941, a été expressément qualifiée, par le législateur de 1984, de juridiction lorsqu'elle exerce ses pouvoirs de sanction. C'est à partir de 1989 que le mouvement s'est accéléré au profit, notamment, de la COB puis du CMF, de l'ART et de la CRE.

⁹⁰ F. Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, n° 1, 2013, pp. 112-s.

⁹¹ Voir également, à propos du CSA, Article 19 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée.

⁹² P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, n° 5, 2010, pp. 920-s.

⁹³ *Petites Affiches*, 17 janvier 1990, p. 25.

Il existe en fait deux grandes catégories de sanctions⁹⁴ : les sanctions à caractère professionnel ou fonctionnel, apparues les premières, qui restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et peuvent même aboutir à leur cessation d'activité et les sanctions pécuniaires qui commencent à apparaître dans les années 1980⁹⁵. Au titre des premières, on peut citer :

« *l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis* » que peut prononcer la COB à l'encontre des prestataires de services d'investissements ou le retrait ou la suspension de l'autorisation octroyée aux exploitants de réseaux ou fournisseurs de services, qui peut être prononcé par l'ART. Au titre des secondes, on peut citer les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence (qui peut infliger une amende pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires hors taxe d'une entreprise) ainsi que par le CSA ou la COB. À noter que toutes les autorités administratives indépendantes, qu'elles aient ou non un pouvoir propre de sanction, doivent, comme toute autorité administrative, saisir

le parquet, sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, de tout fait pénalement répréhensible au regard des dispositions législatives dont il leur incombe de contrôler le respect⁹⁶.

⁹⁴ Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 8 décembre 1994, Documentation française, 1995.

⁹⁵ Ces sanctions professionnelles doivent être distinguées des décisions par lesquelles ces mêmes autorités sont amenées à retirer des agréments ou des autorisations qu'elles ont octroyés, lorsque les conditions d'octroi ne sont plus remplies.

⁹⁶ Sur un refus de la CNIL de faire application de l'article 40 du Code de procédure pénale voir CE, Section, 27 octobre 1999, *Solana*, p. 333.

CONCLUSION

Le thème des Autorités Administratives Indépendantes est d'actualité et accrocheur parce que l'Etat moderne ne peut s'acquitter convenablement de toutes ses tâches par lui-même. Pour cette raison, la création des A.A.I. est une évidente nécessité. Pour d'autres raisons mentionnées dans l'introduction notamment la spécialisation fonctionnelle, il est nécessaire d'avoir recours à ces institutions.

L'analyse qui a été menée dans une perspective comparative fait ressortir un certain nombre de constantes. D'abord, il s'agit d'institutions qui bénéficient d'une indépendance relative des double points de vues fonctionnel et organique vis-à-vis du pouvoir exécutif. Pour autant, une telle indépendance doit être atténuée parce qu'il a été expliqué dans la première partie de cette étude qu'une telle indépendance se fait sous le contrôle de l'Exécutif qui garde un pouvoir de contrôle plus ou moins étroit sur ces institutions. Ensuite, il s'agit d'institutions dont l'autorité des décisions n'est pas certaine. On constate que les A.A.I. émettent des avis, des recommandations, prennent des décisions qui ne lient pas le Gouvernement. Au Burkina par exemple, l'ASCE LC a publié plusieurs rapports qui mentionnent des cas de corruption ou de délits d'apparence

auxquels aucune suite judiciaire n'a été donnée à ce jour. Ces A.A.I. décident mais ne jugent pas. Enfin la troisième constante est relative à leur insertion dans l'ordre administratif et constitutionnel qui est également acquise dans tous les pays où ces institutions existent et qui ont fait l'objet de la présente étude. Pour autant, par exemple en France, le juge constitutionnel exige que cela se passe sous le contrôle de l'Exécutif qui en fin de compte garde la main mise d'une certaine manière sur ces institutions. Cela permet d'affirmer qu'elles constituent certes une catégorie juridique mais sous tutelle de l'Exécutif dans les différents pays étudiés.

En dépit de leurs caractéristiques commune et pour autant, il serait hasardeux d'affirmer que tout est uniforme au niveau des A.A.I.. Elles présentent certes des similitudes assez prononcées mais parfois aussi des différences plus ou moins importantes. C'est l'objet de l'hétérogénéité de ces A.A.I.. Cette hétérogénéité de la catégorie A.A.I. est perceptible d'abord au niveau des missions qui leur sont confiées. Elles exercent certes dans le domaine de la régulation mais les activités sont diverses. A titre d'exemple, le Médiateur du Faso constitue une interface entre l'administration et les citoyens alors que le Conseil Supérieur de la Communication régule le secteur des

médias et de l'information. Il est également possible de mentionner le fait qu'elles participent pour certaines à la protection des libertés publiques de manières différentes. Pendant que la CIL s'occupe de protéger les droits des citoyens dans l'usage de l'internet et des NTIC de manière générale, l'ANR s'occupe de la sécurité de renseignement sur les plans intérieur et extérieur. Ensuite c'est dans l'étendue de leurs pouvoirs que se révèlent certaines différences à l'examen. On constate que ces pouvoirs vont de l'avis à la sanction en passant par les recommandations. Alors que certaines A.A.I. ne sont dotées que de l'un de ces pouvoirs, d'autres en revanche et en particulier celles qui opèrent dans le domaine de la régulation bénéficient d'une large gamme de pouvoirs.

Au total, il est possible d'affirmer que certes les Autorités Administratives Indépendantes constituent une catégorie juridique mais qu'elle est à géométries variables et qu'une réforme est nécessaire pour renforcer leurs pouvoirs et surtout leur indépendance vis-à-vis de l'Exécutifs. Mais les Exécutifs prendront-ils le risque de leur concéder une telle réelle indépendance ?

L'EXCEPTION D'INCOMPETENCE EN DROIT OHADA

Arlette AFOUBA TANGA

*Docteur en Droit Privé
Chargée de cours à la FSJP
Université de Yaoundé II (Cameroun)*

Résumé : Le juge de l'ordre judiciaire ne peut connaître de tous les litiges de droit privé. En raison du principe de la répartition des compétences, aucune juridiction ne peut connaître de toutes les matières contentieuses. Le requérant peut l'évoquer, soit le juge lui-même peut l'évoquer. L'exception d'incompétence constitue un incident de procédure dans lequel, le juge diffère l'examen au fond du litige pour lequel il est saisi au principal, en se prononçant au préalable sur une question de forme suivant l'objet du contentieux. Celui-ci diffère la discussion au fond de la demande pour laquelle il est saisi, tout en essayant au préalable de certifier les prétentions et moyens recourus par le requérant.

À la question de savoir comment s'opère l'exception d'incompétence en droit OHADA, le schéma qui ressort de l'interprétation des textes applicables au droit OHADA ainsi que de l'analyse de la jurisprudence OHADA est un tableau couvert d'une part par la contestation sur la juridiction désignée pour la préoccupation de droit privé des affaires mais qui va

relever la juridiction avérée compétente sur la préoccupation de droit privé d'autre part. Clairement, il met en œuvre le déroulement du procès privé judiciaire, les notions clés dudit procès, l'identification de la relation juridique entre les juges de l'ordre judiciaire et celui de la Cour Commune de justice et d'arbitrage, l'identification des incidents de procédure et l'identification des fins de non-recevoir. Les figures du juge OHADA sont ainsi exposées sous toutes leurs formes et lumières.

Mots clés : Ordre judiciaire - procès de droit privé judiciaire – CCJA - OHADA-exception d'incompétence

1. Le déroulement du procès judiciaire n'est jamais un long fleuve tranquille. Il est rare que l'instance se déroule sans complications. Il est assez fréquent que, le lien d'instance soit affecté, influencé par des circonstances qui en altèrent plus ou moins profondément le contenu initial ou le déroulement normal. Imputable aux exigences processuelles, le cours normal du procès peut connaître des faits, des événements qui bouleversent l'allure de droit commun. « *En réalité, le mot doit être entendu dans son sens étymologique, comme étant un événement qui survient accessoirement, « de façon incidente » à l'occasion d'un procès déjà engagé* »¹. Celui-ci affecte les « éléments objectifs du procès »². Ces affirmations devenues effectives et vérifiables trouvent un écho favorable sur l'exception d'incompétence en droit OHADA.

2. D'entrée de jeu l'exception d'incompétence s'appréhende au sein des incidents de procédure. D'après le vocabulaire juridique, ceux-ci renvoient à « *tout moyen de défense qui tend, avant tout examen au fond ou contestation du droit d'action, soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le*

cours »³. D'après le lexique des termes juridiques, l'exception de procédure renvoie à tout « *moyen de défense par lequel le défendeur tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours, indépendamment de tout examen du fond du droit. Il peut ainsi demander au juge de refuser d'examiner la prétention du demandeur parce que l'instance a été mal engagée, ou encore de surseoir à statuer jusqu'à la mise en cause d'un garant, ou jusqu'à l'expiration du délai accordé à un héritier pour faire inventaire et délibérer. Après décision sur l'exception, la procédure reprend son cours devant le même tribunal ou est recommencée devant lui ou devant un autre* »⁴.

L'exception de procédure est du point de vue conceptuelle un moyen de défense qui, reposant sur le différé de l'examen au fond de la préoccupation contentieuse, soulève des questions relatives au droit d'action, à la procédure irrégulière de l'instance, à sa suspension ou son extinction suivant les règles de droit commun. En ce sens, le défendeur par l'activation de son droit au juge du fait des « *circonstances de fait*

¹ H. SOLUS., R. PERROT., *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, tome 3, Paris, Sirey, 1991, p.863

² H. MOTULSKY., « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU., J. FOYER., Paris, Dalloz, 1973, p. 101

³ G. CORNU., *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., mise à jour, Association Henri Capitant, Paris, Quadriga, PUF 2018, p. 927.

⁴ S. GUINCHARD., Th. DEBARD (dir), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018 p.845

invoquées »⁵, laisse réaliser une intention précise sur la résolution des préoccupations de forme du procès judiciaire. Toutefois, les demandes reconventionnelles et les demandes conventionnelles, bien que constituant les incidents de procédure, n'interpellent le juge à se prononcer sur des questions de forme. Celui-ci doit se prononcer sur des préoccupations de fond ; lesquelles renvoient en l'espèce à la modification de l'objet contentieux en cours d'ouverture du procès judiciaire. En ce sens, « *le contenu, la matière litigieuse* »⁶ bien vacillés par des incidents focalisent l'attention. Celle-ci regroupe les exceptions de connexité, de litispendance, dilatoire, de preuve et d'incompétence. Spécifiquement, l'exception d'incompétence est définie comme un « *moyen de défense pris de l'incompétence d'attribution ou de l'incompétence territoriale d'une juridiction* »⁷. Il s'agit d'un moyen de défense tendant à induire l'inclinaison de compétence de la juridiction de saisine. L'exception d'incompétence impose de différer la résolution au fond de la préoccupation pour se prononcer en aval sur des questions de forme.

3. Les règles de droit OHADA ne sont pas arbitraires et sans causes. Elles procèdent d'un certain nombre de données profondes. Il n'y a pas de cloison étanche entre l'application du droit et sa création. Ce sont d'abord « *les forces créatrices du droit* »⁸ qui en constituent les sources substantielles car, elles fournissent aux normes leur matière. Ce sont des sources formelles du droit dont « *le petit nombre implique qu'elles se retrouvent dans tous les ordres juridiques et se prêtent à la systématisation* »⁹. Le droit OHADA renvoie à l'ensemble des règles juridiques positives destinées à encadrer et à faciliter la contestation des préoccupations de droit privé des affaires harmonisées. Cela renvoie davantage à l'aménagement formel des prescriptions sur les préoccupations de droit privé des affaires harmonisées. Les sources formelles du droit OHADA entendues comme étant les supports formels par lesquels ledit acquiert une existence et une validité formelle demeurent éparses. Celles-ci peuvent être écrites ou non écrites, nationales et supranationales. Ce droit est appliqué par des personnes physiques et les personnes morales au quotidien dans leurs transactions de droit privé. L'on est unanime que « *pour découvrir et mettre en œuvre le*

⁵ H. MOTULSKY., « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *op.cit.*, p.101.

⁶ E. JEULAND., « La conception du procès civil dans le Code de 1975 », in 1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, LexisNexis, 2006, p. 101

⁷ S. GUINCHARD., Th. DEBARD (dir), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., *op.cit.*, p.843.

⁸ G. RIPERT., *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J, 1955.

⁹ M. VIRALLY., *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J, 1960, p.149.

droit positif, on préfère s'attacher aux réalités concrètes et ne s'occuper que de l'efficacité immédiate des solutions »¹⁰. Le juge OHADA occupe une place importante ainsi que le procès judiciaire.

4. L'exception d'incompétence a un cadre d'expression précis. Celle-ci n'a pas vocation à se dérouler hors du procès. L'exception d'incompétence ouvre la brèche à la procédure accusatoire et celle inquisitoire. Suivant la première déclinaison, les parties au procès jouissent de larges prérogatives tandis que le juge se contente de prérogatives résiduelles voire limitées. «*Les parties sont maîtresses de la matière litigieuse* »¹¹. Qui plus est, «*il est de tradition que c'est en principe, aux parties, non au juge de réunir les éléments de fait et d'apporter les preuves* »¹². La procédure accusatoire est renforcée face aux incidents en ce sens, que les parties peuvent conduire à la suspension ou à l'extinction de l'instances. La jurisprudence donne l'occasion d'observer les cas de désistement etc. Quant à la seconde déclinaison, c'est le schéma inversé. Ici, le juge jouit d'énormes prérogatives pour diligenter le procès. Ces déclinaisons sont visibles lors du déroulement du procès judiciaire. Autrement

dit, le procès OHADA inclut non seulement la procédure accusatoire mais également celle inquisitoire. Dès lors, «*la proximité des deux expressions n'est pas un hasard* »¹³. Le juge devrait respecter non seulement la matière litigieuse mais également statuer toujours conformément aux lois qui régissent la matière, encore que l'application de ces lois n'ait pas été expressément invoquée par les parties. Cela ne permet d'éluider les préoccupations relatives aux demandes reconventionnelles et conventionnelles.

5. Quant au juge OHADA, il n'est pas à rechercher dans l'ordre judiciaire. En effet, les juges relevant de l'ordre judiciaire ne connaissent pas du contentieux de l'application et de l'interprétation du droit OHADA. Ceux-ci connaissent des questions de droit privé non harmonisées. Spécifiquement au niveau du juge communautaire, l'office est en aval l'objet d'une convention et à la base juridictionnelle. La décision juridictionnelle au niveau communautaire, se distingue du pan uniquement juridictionnel du juge étatique.

6. Les incidents de procédure mettent en œuvre les figures du juge OHADA. En effet, le juge OHADA ne se limite pas à ses fonctions de juge pédagogue et censeur. Il se

¹⁰ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2012 p.31.

¹¹ H. MOTULSKY., « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Écrits et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU., J. FOYER., Paris, Dalloz, 1973, p. 38, spéc. p. 39, n°2 ; *Étude de droits contemporains*, 1959, p. 257.

¹² E. GLASSON., A. TISSIER., *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.II., 3^{ème} éd., 1926, Sirey, p. 656, n°593

¹³ E. JEULAND., « La conception du procès civil dans le Code de 1975 » *op.cit.*, p.101.

mue également en juge administrateur. Face à des événements qui bouleversent le cours normal du procès, qui l'entravent, le juge OHADA doit faire preuve d'ingéniosité et d'inventivité afin d'assurer une bonne administration du procès judiciaire et ce, « *en accomplissant les actes de procédure selon les règles prescrites et en fournissant les documents nécessaires* »¹⁴. Dans ce sens, tous les actes du juge OHADA ne sont pas totalement juridictionnels. Ceux-ci peuvent être édictés dans l'optique d'une bonne administration de la justice et de parfaire le processus judiciaire. L'on admet alors que « *les tribunaux font souvent des actes non juridictionnels* »¹⁵.

7. L'analyse chronologique du droit OHADA part de l'action non négligeable des ministres des finances de la zone franc de 1991. En Avril 1991, à Ouagadougou, les ministres des finances de la zone franc ont décidé d'organiser une réflexion sur la faisabilité d'un projet de mise en œuvre progressive d'un droit harmonisé des affaires. Le projet de faisabilité sur l'harmonisation du droit des affaires visait à rationaliser et à améliorer l'environnement juridique des entreprises. Sur le terrain des États membres de la zone franc fût l'insécurité juridique et judiciaire.

L'insécurité juridique résulte de la vétusté des textes juridiques. La plupart des textes juridiques recensés sur l'investissement date de la période coloniale. Il suffit de citer 1807 pour le Code de commerce et 1925 pour les SARL « *pour comprendre que ces textes ne correspondent plus au tissu économique actuel* »¹⁶. Le projet de Traité OHADA préparé par le directoire avait été examiné lors de la réunion des ministres de la justice tenue à Libreville les 7 et 8 juillet 1993. Après des échanges et des discussions, les articles du projet de Traité OHADA furent adoptés par les ministres de la justice des États concernés. La finalisation de projet adopté lors de la réunion des 7 et 8 juillet 1993 a été réalisée à Abidjan, les 21 et 22 septembre 1993 par la réunion des ministres des finances et de la justice. Il a été signé le 17 octobre 1993 à Port Louis, en marge du Ve sommet de la francophonie. L'objectif de l'OHADA est donc double : d'une part, unifier le droit applicable à un ensemble d'États africains et d'autre part, moderniser un droit des affaires devenu aux exigences du monde des affaires. L'approche historique a permis de retracer la genèse des instruments juridiques OHADA. Cela impose dès lors de revisiter et de systématiser tant dans la

¹⁴ E. BLANC., « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G* 1973, I, 2559.

¹⁵ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.352.

¹⁶ A. POLO., « L'OHADA : Histoire, objectifs, structures » *op.cit.*, p.10.

pratique que la théorie la pertinence de la réflexion.

8. La réflexion sur l'exception d'incompétence en droit OHADA met en œuvre le déroulement du procès privé judiciaire, les notions clés dudit procès, l'identification de la relation juridique entre les juges de l'ordre judiciaire et celui de la Cour Commune de justice et d'arbitrage, l'identification des incidents de procédure et l'identification des fins de non-recevoir. En outre, elle permet d'évaluer l'appropriation des règles de droit tant par les scientifiques que par les citoyens. Cela remet à jour les questions sur sa simplicité, sa clarté, son accessibilité et son intelligibilité. Les destinataires du droit doivent être informés de ses mutations, de son actualisation. Ce droit ne doit pas se dévoyer des attributs de la norme de qualité. A la question de savoir comment s'opère l'exception d'incompétence en droit OHADA, l'idée générale à la suite du commentaire des décisions de justice et de l'interprétation des textes applicables au droit OHADA incline à entrevoir le bien-fondé des prétentions en incompétence de la juridiction de saisine. Cela converge vers la contestation sur la juridiction désignée pour la préoccupation de droit privé des affaires d'une part (I) et sur la révélation de la juridiction avérée compétente

sur la préoccupation de droit privé d'autre part (II).

I. La contestation sur la juridiction désignée pour la préoccupation de droit privé des affaires

9. L'exception d'incompétence repose sur la contestation de la juridiction désignée comme compétente sur la préoccupation de droit privé des affaires. En suscitant le différé de la contestation au fond de l'objet du litige, celui-ci dénie à l'instance de saisine, la capacité juridique d'y statuer et touche à la forme du procès privé judiciaire. « *En fonction des conséquences concrètes qui découleraient de son application* »¹⁷, il focalise principalement son attention sur l'une des préoccupations d'ordre public dont l'incompétence fait incontestablement corps. « *Qu'il y ait des principes généraux, quelques grandes règles* »¹⁸, il ne revient aux parties de déroger par la voie conventionnelle aux règles objectives de compétence. Il ne leur revient d'attribuer de manière consensuelle la compétence à une juridiction quelconque (A). En outre, de la systématisation des arguments éparés, il est convenable de relever l'inadéquation entre l'objet contentieux à le maniement de la

¹⁷ P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.11.

¹⁸ A. SAYAG., *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Paris, Litec, 1994., p.75.

clause attributive de compétence juridictionnelle (B).

A. L'érosion de l'attribution de la compétence juridictionnelle par les clauses contractuelles

10. La contestation de la juridiction désignée comme compétente tient au maniement erroné du consentement par les parties au contrat de droit privé. Celles-ci surestiment des clauses contractuelles dans le dénouement des préoccupations de droit privé des affaires. Aucun système juridique contemporain ne peut concevoir la suprématie des clauses contractuelles sur les règles objectives de compétence juridictionnelle. Car il s'agit d'« *un ensemble de règles imposées par la puissance publique* »¹⁹. En ce sens, « *soit par confort soit par ignorance* »²⁰, elles ont fondé une attitude justiciable et contestable par les voies de droit. Il est donc important de relever un considérant et ce, sans prétendre à l'exhaustivité de la jurisprudence OHADA.

11. « Par ailleurs, il est de principe constant que les règles de compétence d'attribution étant d'ordre public, puisqu'elles sont édictées dans l'intérêt

général, les parties ne peuvent y déroger par des clauses attributives de compétence ; Que de ce qui précède, il s'ensuit que le Président du Tribunal de Grande Instance de Pointe-Noire qui a rendu l'ordonnance d'injonction de payer en cause est radicalement incompétent ; Que les stipulations de l'article 5 du « nantissement conventionnel » du 5 mai 2005 attribuant compétence au Tribunal de Grande instance de Pointe-Noire sont contraires aux dispositions d'ordre public de l'article 93 de la loi précitée et sont réputées non écrites ; Qu'elles sont insusceptibles de fonder la compétence du juge civil »²¹. Ces considérants soigneusement relevés facilitent la formulation de certaines idées. Le juge OHADA associé aux requérants contribuent à dénoncer la recevabilité du recours par la juridiction désignée. Les considérants relevés permettent de l'affirmer sur certains points. Sous cette bannière, l'on constate la dérogation par la voie contractuelle des règles objectives de compétence juridictionnelle (2) et imputable à la supplantation de la dévolution formelle de compétence contentieuse en matière de résolution d'une préoccupation de droit privé des affaires.

¹⁹ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.15

²⁰ J. ISSA-SAYEGH : *Réflexions sur l'article 42 du Traité de l'OHADA*, *op.cit.*, p. 2.

²¹ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods*.

1. *La supplantation de la dévolution formelle de compétence contentieuse*

12. La contestation de la compétence contentieuse de la juridiction désignée résulte de la supplantation de la dévolution matérielle. Les parties au contrat se sont arrogées une matière ne relevant pas de leur compétence et ont par conséquent émasculé l'existence des sources formelles du droit OHADA. L'on a assisté à la subrogation de la consécration formelle de compétence à la conception contractuelle de compétence sur une préoccupation de droit privé des affaires. Ces agissements « *auront sûrement des répercussions sur le droit positif* »²². En plus, « *du support immédiat de la solution du droit* »²³, l'on ne peut l'entrevoir du fait des parties au contrat.

« Par ailleurs, il est de principe constant que les règles de compétence d'attribution étant d'ordre public, puisqu'elles sont édictées dans l'intérêt général, les parties ne peuvent y déroger par des clauses attributives de compétence ; »²⁴.

13. La discussion de la juridiction désignée tient à l'extension anormale de la portée des clauses contractuelles en droit OHADA. S'il ne fait l'ombre d'aucun doute que celles-ci occupent une place importante en la matière, il faut également admettre qu'elles ne peuvent conduire à redéfinir les règles de dévolution de la compétence contentieuse du juge OHADA. En droit des contrats, l'accord de volonté est extériorisé par le consensualisme. Celui-ci s'est toujours présenté comme une condition de validité du contrat. Il constitue le cadre référentiel des engagements des parties. Il donne une portée certaine à tous les engagements des parties. Toutefois, le consensualisme est limité par le formalisme imposé par les sources formelles du droit en matière de compétence. La définition des compétences de la juridiction compétente repose sur l'éviction des clauses contractuelles et corrélativement le primat du formalisme. En ce sens, « *le consensualisme est en net recul face à la montée du formalisme, au regard que celui-ci joue dans la vie socio-économique* »²⁵. Qui plus est, « *malgré l'affirmation du principe du consensualisme, le formalisme joue un rôle important en droit actuel* »²⁶.

²² A. VALLIMARESCO., *La justice privée en droit moderne op.cit.*, p.11.

²³ J.-M TCHAKOUA., *Introduction générale au droit camerounais*, Yaoundé, PUCAC, 2008 p.81.

²⁴ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Northern Tropical Woods*.

²⁵ J.-C DAKOURI., « Le consensualisme dans le droit des contrats : le net recul d'une primauté », *Penant* n°893, 2015 p.484.

²⁶ E. CARPENTIER., « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme consensualisme », *Les cahiers du droit* n°43, 2002, p.1.

Cela converge conséquemment vers la négation d'ériger les clauses contractuelles en des sources formelles du droit OHADA.

14. L'attribution de la compétence contentieuse n'est pas en l'espèce le fait des sources formelles du droit OHADA. Celle-ci est le fait des clauses contractuelles. Les clauses contractuelles ne peuvent s'ériger en sources formelles du droit OHADA sous peine de donner cours à l'irrecevabilité. La frontière semble de plus en plus se dessiner entre ces notions. Théoriquement, « *les règles de droit ne sont pas arbitraires et sans causes et procèdent d'un certain nombre de données profondes* »²⁷. Les sources du droit s'entendent aussi « des modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire des procédés et des actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence « juridique », s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité »²⁸. En adoptant cette clarification doctrinale, nous convenons que les sources formelles de droit OHADA

renvoient aux modes de formation des règles de consécration et de résolution des préoccupations de droit privé des affaires. Ce sont alors des sources formelles du droit dont « *le petit nombre implique qu'elles se retrouvent dans tous les ordres juridiques et se prêtent à la systématisation* »²⁹. En recourant à la systématisation, les actes uniformes³⁰, le traité sur l'OHADA, des règlements pris pour son application constituent des sources formelles de dévolution de compétence contentieuse. Celle-ci inclut non seulement des textes spécifiques c'est-à-dire traitant des préoccupations spécifiques de droit privé des affaires, mais également des textes généraux sur la procédure contentieuse. L'unité de la source formelle « *dans laquelle chaque situation nouvelle appelle une règle de droit adaptée* »³¹ a retenu l'attention pour des fins de transaction et de résolution contentieuse. La disparité dans l'optique de fixer des règles spécifiques et

²⁷ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.60.

²⁸ M. VIRALLY., *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J ; 1960, p.149.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Voy Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 (Journal Officiel de l'OHADA n°8 du 15 Mai 1999), Acte uniforme relatif à la médiation, Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière, Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 septembre 2015 (Journal Officiel de l'OHADA n° Spécial du 23 novembre 2017), Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté le 15 décembre 2010 (Journal Officiel de l'OHADA n°23

du 15 février 2011), Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, Acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Journal Officiel de l'OHADA n°22 du 15 février 2011), Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 30 janvier à Ouagadougou (Journal Officiel de l'OHADA n° spécial du 04 février 2014).

³¹ S. LAMOUROUX., « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC* 2001/4 n° 48 p.801.

générales en la matière établit l'originalité du droit des affaires en Afrique. En outre des textes pris au niveau interne contribuent non seulement à entériner les textes pris au niveau communautaire mais également à attribuer la compétence contentieuse tant au juge national qu'au juge communautaire sur des préoccupations de droit privé des affaires. L'on admet de recourir au « contenu des sources étatiques internes puis celui des sources étatiques internationales »³². Cela impose d'observer « une diversité de normes, de règles substantielles qui sont incorporées dans un ensemble unique en vue d'alléger ou de supprimer les différences entre elles »³³.

15. Donnant suite à ces idées, les sources formelles du droit OHADA reposent sur un cumul d'acte juridique. L'émanation de ces actes juridiques repose sur l'action décisive du législateur communautaire et la participation significative du législateur national. Une véritable collaboration s'établit entre eux afin d'harmoniser le droit des affaires au-delà de son cadre de conception et de lui donner un fort rebondissement. Il subsiste

entre le droit national et le droit communautaire, « la continuité dans le développement du droit et les grandes étapes de ce développement »³⁴.

16. Toutefois, en procédant par la systématisation, l'on convient à l'éviction de la codification des règles substantielles et processuelles de droit OHADA. Cette exigence de l'état de droit n'a manifestement pas retenu l'attention du législateur OHADA. Il est un leurre de déterminer d'un seul coup d'œil les règles juridiques applicables à toutes les matières. L'érosion des objectifs d'accessibilité, de clarté et d'intelligibilité des normes OHADA ne fait l'ombre d'aucun doute. Celle-ci s'accompagne naturellement d'une inflation des règles de droit³⁵. Les règles éparses applicables aux transactions et à la résolution des préoccupations de droit privé portent atteinte à la sécurité juridique et à la protection des droits des citoyens. Il est un fait que « la prolifération de textes rend la connaissance et la compréhension de la norme difficiles, voire impossibles pour le citoyen »³⁶. Par ailleurs, le juge OHADA apporte sa contribution à l'éviction de

³² R. AMOUSSOU GUENOU., « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA », in Ph. FOUCHARD (s.dir), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000 p.25.

³³ J. I. SAYEGH, « Harmonisation du droit des affaires », Collection droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles 2002, n° 91, p.43 et 44.

³⁴ L. DUGUIT., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Felix Arcan, 1912, p.1.

³⁵ A. AKAM AKAM, « Libres propos sur l'adage "nul n'est sensé ignorer la loi" », *RASJ*, 2007, vol. 4, n°1, pp. 31-54 ; T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Editions Défrénois, Lextenso éditions, 2009, p. 190

³⁶ P. FERRARI, « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Commentaires

l'extension des clauses contractuelles de la redéfinition des règles objectives de compétence.

17. Le juge OHADA consolide non la délimitation des sources écrites OHADA mais également contribue à la négation d'ériger les clauses contractuelles sur la redéfinition des règles objectives de compétence. En s'appropriant l'énumération exhaustive des Actes uniformes et autres supports formels de référence, il exclut la volonté des parties de se poser dans ce champ. Par ailleurs, le juge OHADA indique clairement que les règles de compétence sont d'ordre public c'est-à-dire définies dans le but de l'intérêt et ce fait, elles ne peuvent s'insérer dans le maniement des clauses contractuelles. Le recours d'office par le juge aux moyens d'ordre public l'affecte en revanche quand une irrecevabilité lui est par ce biais soudainement opposée pour le débouter. Dans tous les cas, le débat contentieux aura été tronquée, et le cœur même de la décision rendue y aura échappé. Cela établit et fonde simplement l'incompétence de la juridiction civile de

saisine et dont « seul un texte peut en déterminer les conditions d'exercice »³⁷.

2. L'éviction des règles objectives de compétence par les clauses contractuelles

18. De manière consensuelle, les parties ont décidé de se dévoyer de l'aménagement formel de compétence en prévalant leur consensualisme. L'introduction du recours contentieux n'est pas alors l'émanation de l'appropriation du cadre formel mais simplement du maniement erroné des clauses contractuelles. Les systèmes juridiques contemporains ne conçoivent la primauté de la volonté sur le formalisme. Ils admettent la limitation de la portée des clauses contractuelles. La préoccupation de droit privé relative au nantissement conventionnel l'exprime à suffisance. « C'est une approche essentiellement descriptive »³⁸. Et cela converge vers l'incompétence matérielle de la juridiction de saisine dans le « règlement judiciaire des litiges commerciaux »³⁹.

générales de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », AJDA, 20 juin 2000, p. 474.

³⁷ F. ONANA ETOUNDI., *OHADA, jurisprudence, thématique, commentée et annotée de la Cour commune de justice et d'arbitrage op.cit.*, p.111.

³⁸ R. AMOUSSOU GUENOU., « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant

l'adoption des instruments de l'OHADA », in Ph. FOUCHARD (s.dir), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000 p.18.

³⁹ I. RANDRIANIRINA, *Cours de droit commercial*, 1^{ère} éd., Paris, Gualino Lextenso, 2018-2019 p.289.

« (...) Que de ce qui précède, il s'ensuit que le Président du Tribunal de Grande Instance de Pointe-Noire qui a rendu l'ordonnance d'injonction de payer en cause est radicalement incompétent ; Que les stipulations de l'article 5 du « nantissement conventionnel » du 5 mai 2005 attribuant compétence au Tribunal de Grande instance de Pointe-Noire sont contraires aux dispositions d'ordre public de l'article 93 de la loi précitée et sont réputées non écrites ; Qu'elles sont insusceptibles de fonder la compétence du juge civil »⁴⁰.

19. La contestation de la juridiction de saisine est juridiquement explicable. En effet, l'instance de saisine s'est prononcée sur le règlement d'un litige commercial en s'appuyant sur une clause attributive de compétence. Celle-ci n'émanait de la dévolution formelle de compétence. Les parties au contrat ont confondu de cadre en transposant malencontreusement le régime de l'arbitrage au cas d'espèce. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'arbitrage est une justice négociée par dans les clauses contractuelles. L'arbitrage est une procédure dans le cadre de laquelle le litige est soumis, par convention entre les parties,

à un ou plusieurs arbitres qui rendent une décision contraignante. En décidant de recourir à l'arbitrage, les parties optent pour une procédure de règlement des litiges, privée en lieu et place d'une procédure judiciaire. L'arbitrage est une procédure consensuelle, confidentielle, définitive et facile à exécuter. « *C'est donc un progrès considérable qui est ainsi réalisé puisque les pays de la zone franc sont simultanément dotés d'un texte juridique unique en matière d'arbitrage* »⁴¹. C'est sous cette bannière que le juge OHADA rappela à l'ordre les parties liées par une convention de nantissement. De manière intelligible, il leur indiqua que les règles de compétence sont d'ordre public et elles ne peuvent être dérogees par les clauses attributives de compétence. Nonobstant l'acte conventionnel, le tribunal de grande instance de Pointe-Noire ne saurait connaître de l'ordonnance d'injonction de livrer la marchandise. « *Dès lors, il y a lieu de rétracter l'ordonnance et de se déclarer incompétent rationae materiae quant à connaître de la demande tendant à la délivrance de l'engin cédé* »⁴². L'apport de l'affaire *Société COCOPACK SARL contre*

⁴⁰ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Northern Tropical Woods op.cit.*

⁴¹ Ph. LÉBOULANGIER., « Présentation générale sur des actes sur l'arbitrage », in Ph. FOUCHARD.,

(s.dir), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.66.

⁴² Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Northern Tropical Woods op.cit.*

monsieur *SEGBA Adama de 2013*⁴³ est important sur cette préoccupation.

20. Le juge OHADA décline une des catégories d'incompétence. Il s'agit respectivement de la compétence *rationae materiae*, *rationae loci* et *rationae temporis*. « *La compétence matérielle ou rationae materiae qui désigne l'aptitude à prendre une mesure déterminée (...) ou plus largement, à intervenir dans une matière donnée* »⁴⁴. « *La compétence territoriale ou rationae loci qui est l'aptitude à agir sur un territoire défini* »⁴⁵. « *Enfin, la compétence temporelle ou rationae temporis, soit l'aptitude à agir à un moment ou durant une période déterminée* »⁴⁶. En l'espèce, l'incompétence du tribunal de grande instance de Pointe-Noire est matérielle exclusivement. Elle n'est ni géographique ou spatiale ni temporelle, mais porte exclusivement sur une matière contentieuse touchant à une obligation contractuelle. Les règles d'ordre public ont également focalisé l'attention du contentieux administratif. La jurisprudence administrative connaît un tournant majeur au profit du caractère d'ordre public du recours gracieux préalable, avec la décision rendue par la Chambre Administrative de la Cour

Suprême dans *l'affaire Item Dieudonné c/ État du Cameroun le 27 avril 1972*⁴⁷. De *l'affaire Item Dieudonné de 1978*⁴⁸ à *l'affaire Aka'a Jules contre État du Cameroun de 1978*⁴⁹, l'on assiste à la formulation des règles importantes de la phase précontentieuse de l'administration. L'incompétence de la juridiction de saisine ne se limite pas seulement aux faits des clauses contractuelles. Elle s'étend également à l'instance d'introduction du recours contentieux.

B. L'inadéquation de l'objet contentieux à la clause attributive de compétence juridictionnelle

21. La contestation de la juridiction désignée pour la résolution d'une préoccupation de droit privé des affaires tient également à l'inadéquation de l'objet contentieux à sa clause attributive de compétence. Au regard de la délimitation de compétence par les sources formelles du droit OHADA, la requête introductive d'instance ne pouvait logiquement connaître un dénouement au fond. La juridiction de saisine ne pouvait sans

⁴³ CCJA, 1^{ère} ch., arrêt n°075/2013 du 14 novembre 2013 ; pourvoi n°061/2010/PC du 09/07/2010 : *Société COCOPACK SARL c/ Monsieur SEGBA Adama op.cit.*

⁴⁴ P. GOFFAUX., *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.63.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ CS/CA, jugement n°12/77-78 du 27 avril 1978, *Item Dieudonné c/ État du Cameroun.*

⁴⁸ CS/CA, jugement n°12/77-78 du 27 avril 1978, *Item Dieudonné c/ État du Cameroun op.cit.*

⁴⁹ CS/CA, jugement n°30/77-78 du 13 juillet 1978, *Aka'a Jules c/ État du Cameroun op.cit.*

méconnaître l'état de droit outrepasser la dévolution formelle de ses prérogatives. « *Il n'est plus question ou règne plus de confusion* »⁵⁰ sur « *le plan du droit judiciaire* »⁵¹. De manière éclectique, l'inadéquation entre l'objet contentieux et la clause attributive de compétence juridictionnelle sur une préoccupation de droit privé des affaires est suscité par le recours au juge (1) et maniée par les prérogatives du juge notamment (2).

1. L'inadéquation de l'objet contentieux suscitée par le recours au juge OHADA

22. L'inadéquation de l'objet contentieux à la clause attributive de compétence juridictionnelle est suscitée par le droit au juge. « *À qui veut y regarder d'un peu près* »⁵², les requérants manifestent leur droit de saisir le juge OHADA afin de soulever l'exception d'incompétence sur une préoccupation de droit privé des affaires. La contestation de la juridiction de saisine s'explique amplement par la négation de l'auto-saisine du juge OHADA sur des préoccupations de droit privé des affaires. Cela permet « *de découvrir, sous*

une enveloppe extérieure, des principes fondamentaux qu'on croyait à jamais perdus »⁵³.

23. L'inadéquation de l'objet contentieux à la clause attributive de compétence juridictionnelle ne se présume pas. « *... Comme le mécanisme du procès n'est pas un automatisme aveugle (...) mais une activité volontaire* »⁵⁴, elle est le fait de l'une des déclinaisons du procès équitable reconnue dans les systèmes juridiques contemporains. D'après Louis Favoreu, « *le droit au recours juridictionnel est équivalent au droit au juge* »⁵⁵. Cette idée suppose que le requérant introduise une requête dont le contenu expose ses prétentions et les moyens pour les conforter. Cela suppose que le requérant déclenche par son fait, la procédure contentieuse civile. Celle-ci est régie en droit interne par les instruments juridiques de droit interne. Ceux-ci illustrent les règles édictées par le droit interne pour donner cours au droit à la justiciabilité des préoccupations de droit privé des affaires. Ceux-ci peuvent être enfermés dans des Codes, dans de lois organiques ou ordinaires ou dans des règlements. En ce sens, « *la procédure peut et doit être envisagée come science et*

⁵⁰ P. LAMPUE., « La notion d'acte juridictionnel », *RDP* 1946, p.5.

⁵¹ D. D'AMBRA., *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges* op.cit., p.1.

⁵² F. GENY., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* op.cit., p.3.

⁵³ E. GLASSON., *Les sources de la procédure civile française* op.cit., p.5.

⁵⁴ G. CORNU., J. FOYER., *Procédure civile*, Paris, PUF, 1958, p.364.

⁵⁵ L. FAVOREU., « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p.522.

comme art. Comme science, elle a pour objet les principes généraux du droit, les règles fondamentales qui sont les assises d'un Code, les bases des dispositions légales et qui fournissent la raison justificative de la loi positive »⁵⁶. La juridicité de la procédure contentieuse civile ne se défait des pouvoirs normatifs tant du parlement que de l'exécutif en droit interne. Il n'est donc pas « *malaisé d'aller dans un texte législatif ou réglementaire* »⁵⁷ pour la cause. Les règles édictées par leur fait contribuent à donner une portée pragmatique à l'intention du requérant. Le requérant doit saisir le juge OHADA afin que celui-ci se prononce d'abord sur les exigences formelles de son recours puis sur celles matérielles de celui-ci.

24. Suivant l'étape de la procédure contentieuse, le vocabulaire utilisé pour déterminer le requérant varie. Celui-ci varie en fonction de l'instance ou de la réformation contentieuse. En effet, le droit au juge ne se limite pas seulement à introduire une requête en contestation de la compétence du juge OHADA en instance. Il

s'étend également à la discussion de celle-ci devant le juge supérieur lequel peut être le juge d'appel ou le juge du pourvoi en cassation. Il est fait allusion à la modification partielle ou totale de la décision par la juridiction de second degré. Dans l'affaire Standard Chartered Bank contre Kouo Nsame Lydienne de 2011, le requérant avait non seulement soulevé sa prétention au niveau du juge d'instance, mais également au niveau du juge de cassation. Il contestait la prescription d'obligation en matière commerciale⁵⁸. Dans une autre affaire, il a été question de contester devant le juge de cassation le rejet de la demande de saisie attribution de créance⁵⁹. Une autre portait sur l'injonction de payer en matière de transaction commerciale⁶⁰, une autre contestation portait sur la violation de l'une des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁶¹. Dès lors, le droit au recours met en exergue l'ordre judiciaire de l'État membre concerné.

⁵⁶ H. BONFILS., *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3^{ème} éd., *op.cit.*, p.VII.

⁵⁷ H. MOTULSKY., « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 » *D* ; chr n°7, p.93.

⁵⁸ Cour suprême, Chambre judiciaire, Section Civile, arrêt n°117/civ du 28 avril 2011, *affaire Standard Chartered Bank c. Kouo Nsame Lydienne*.

⁵⁹ Cour Suprême, Chambre judiciaire, formation civile et commerciale, arrêt n°262 du 1^{er} avril 2010,

affaire K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBCI-SA).

⁶⁰ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods op.cit.*

⁶¹ Cour suprême, chambre commerciale, arrêt n°01/GCS.06 du 23 février 2006, *Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R.)*.

25. Le droit au recours sur une préoccupation de droit privé des affaires ne se défait de l'appropriation des exigences tenant à l'ordre judiciaire. C'est une affaire justiciable dans cet ordre laquelle exclut subséquemment l'ordre administratif et la juridiction constitutionnelle. Ces deux branches du droit s'opposent non seulement par une différence de degré, mais par une véritable différence de nature. D'après le dictionnaire du vocabulaire juridique, l'ordre judiciaire renvoie à l'« ensemble des juridictions, placées sous le contrôle de la Cour de cassation, et compétentes pour connaître des litiges entre personnes privées ainsi que du contentieux répressif »⁶². Il s'agit davantage de l'« ensemble des juridictions judiciaires formant une hiérarchie dont la Cour de cassation constitue le sommet »⁶³. Au sens traditionnel, il renvoie à l'ensemble de tribunaux placés sous le contrôle de cassation d'une même juridiction supérieure.

26. L'ordre judiciaire pose fait donc référence à la formation hiérarchisée des juridictions connaissant des préoccupations de droit privé. Le sommet de la hiérarchie est occupé par la plus haute juridiction

judiciaire qui suivant les ordres normatifs peut être la Cour de cassation, la chambre judiciaire etc. Celle-ci est juge du droit et non des faits et pourvoie « à une meilleure application du droit »⁶⁴. Il est un fait qu'à la base, « la suite des actes qui, réalisés dans certains délais et selon certaines formes déterminées devant la juridiction saisie d'un litige, conduisent à la solution de ce dernier au moyen d'un jugement »⁶⁵. Le jugement est la décision juridictionnelle de base sur une préoccupation de droit privé des affaires. Celui-ci peut faire l'objet d'un appel et d'un pourvoi en cassation et cela résume l'essor de « nos trois ordres de juridiction »⁶⁶. Le double degré de juridiction par le biais de la voie d'appel et le droit au recours, par celui du pourvoi en cassation, sont autant de manifestations de la présence des principes directeurs dans un procès judiciaire. En s'appropriant le double degré de juridiction, le requérant voit sa requête bénéficier de la hiérarchie existant au sein de l'ordre judiciaire laquelle admet la contestation de sa préoccupation de droit privé des affaires devant le juge d'instance, puis d'appel et enfin devant le juge du pourvoi en cassation. Que l'on soit

⁶² R. CABRILLAC (dir), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 1^{ère} éd., op.cit., p.198.

⁶³ G. CORNU., *Vocabulaire juridique* 10^{ème} éd., mise à jour op.cit., p.1524.

⁶⁴ J.-L BERGEL., *Théorie générale du droit*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1999, p.204.

⁶⁵ L. CADIET., *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Paris, Litec n°769, 1998, p.329.

⁶⁶ J. FOYER. Préface in ; H. MOTULSKY., *Droit processuel* op.cit.,

au Bénin⁶⁷, au Burkina Faso⁶⁸, au Cameroun⁶⁹, au Mali⁷⁰ et du Niger⁷¹, l'ordre judiciaire existe et facilite le double degré de juridiction de la requête contentieuse sur une préoccupation de droit privé des affaires et cela rend « *si possible, de soumettre le procès civil à un idéal de justice* »⁷². Le requérant est véritablement l'acteur clé de la justiciabilité des préoccupations de droit privé des affaires.

27. La révélation de l'incompétence du juge OHADA est étroitement liée à l'activation du droit au juge du requérant. Contrairement à d'autres contentieux, l'auto-saisine n'est pas consacrée en la matière et il revient dès lors à ce dernier, de soulever l'exception d'incompétence. Face à ce cas, le juge OHADA doit se prononcer.

2. *L'inadéquation de l'objet contentieux insérée dans les prérogatives prétorienne*

28. La contestation de la juridiction désignée comme compétente activée à la base par le recours au juge et parachevée en amont par les prérogatives prétorienne.

L'exception d'incompétence ne se présume pas, elle suppose la certification de l'objet contentieux et son rapprochement à la clause attributive de compétence contentieuse. La réaction à l'inadéquation n'est plus du ressort du requérant, mais de l'interprétation et de l'application du droit OHADA par le juge. « *C'est bien parce que tout le droit ne se trouve pas dans la loi et qu'il appartient au juge de le découvrir ailleurs* »⁷³. L'on perçoit alors, « *celles des règles de droit que l'on tire par abstraction* »⁷⁴.

29. Dans la procédure privée judiciaire dont s'insère le contentieux OHADA, chaque acteur au procès joue son rôle. Cela est vérifié à travers les procédures de traitement des préoccupations y afférentes. Si l'on admet que le procès a pour seule fonction de régler le litige entre les parties, le juge n'est qu'un arbitre et le procès n'est que la chose des parties. Si en revanche, on considère le procès comme l'instrument d'une application juste et socialement utile du droit positif, le juge doit avoir des pouvoirs étendus. « *L'importance respective de la liberté des plaideurs et de*

⁶⁷ Article 61 de la Loi n°2016-15 du 28 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n°2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin.

⁶⁸ Article 3 de la loi n°015-2019/AN du 2 mai 2019 portant organisation judiciaire au Burkina Faso

⁶⁹ Articles 7 et 8 de la loi n°2006/16 du 27 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême.

⁷⁰ Article 36 de la loi N°2016-046/ du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les

règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle

⁷¹ Article 4 de la Loi organique n° 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger.

⁷² G. CORNU., J. FOYER., *Procédure civile*, Paris, PUF n°96, 1996, p.435.

⁷³ B. OPPETIT., « Les principes généraux de la jurisprudence de cassation » *JCP E., Cahiers du droit de l'entreprise* n°5, 1989, p.14.

⁷⁴ *Idem*, p.12.

l'office du juge varie ainsi selon que la procédure est accusatoire ou inquisitoire »⁷⁵. La procédure accusatoire est celle dans laquelle les parties ont un rôle prépondérant dans le déclenchement et la conduite du procès ainsi que dans la recherche des preuves. Le juge est plus cantonné à un rôle passif d'arbitre et dans une complète neutralité veillant tout simplement au respect des règles processuelles. Ici, les parties maîtresses du procès sont libres de le déclencher et d'y mettre fin, d'en circonscrire l'objet et d'en régler le rythme. Ces idées reposant sur le procès privé judiciaire sous l'angle théorique et conceptuelle sont susceptibles de transposition sur le contentieux de droit privé des affaires. « *Véritablement, il était devenu incongru de s'en tenir aux textes, quelle que soit par ailleurs leur exhaustivité intrinsèque sans sonder profondément la jurisprudence* »⁷⁶. Cette position augurait

déjà le recours à la jurisprudence OHADA pour affermir la clarification doctrinale susmentionnée. Le contentieux OHADA a enregistré les cas de désistement dans les affaires Côte d'Ivoire Telecom contre Société GS Assets Management Holding de 2012⁷⁷ ; Aida SOW Bertrand⁷⁸ et Société ASSESS de 2015⁷⁹. Il en est aussi des demandes reconventionnelles⁸⁰. C'est également le cas dans l'affaire SANKARA NORAOGO de 2010⁸¹. Ces cas illustrent de manière non exhaustive, l'assise formelle de la procédure accusatoire en droit processuel OHADA. Il est également important de passer en revue la procédure inquisitoire.

30. Or, la procédure inquisitoriale est celle où le juge a le pouvoir de conduire l'instruction, de rechercher les preuves et de diriger le déroulement de la procédure dans l'optique de faire éclater la vérité et ce parfois contre la volonté des parties⁸². « *Elle*

⁷⁵ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.365.

⁷⁶ P.-G. POUGOUE, « Préface » in P.-G. POUGOUE, S.-S. KUATE TAMEGHE (dir), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2010, p.25.

⁷⁷ Ordonnance n°011/2012/CCJA, dossier n° 090/2009/PC du 08 septembre 2009 Affaire : Côte d'Ivoire TELECOM c. Société GS ASSETS MANAGEMENT HOLDING dite GS A.M Holding S.A

⁷⁸ CCJA, 2^{ème} Ch., n°079/2015 du 29 avril 2015 ; P. n°029/2007/PC du 22 mars 2007 : Aida SOW Bertrand c. Gilbert PIROLI, Mme Elisabeth GILBERT.

⁷⁹ CCJA, Ord. N°007/2015 du 21 octobre 2015 ; P. n°022/2011/PC du 14/2/2011 : Société ACCESS BAN SA, anciennement appelé BANQUE OMNIFINANCE c. Société GROUPEMENT

TOGOLAIS D'ASSURANCES/COMPANIE AFRICAINE D'ASSURANCES-IARD

⁸⁰ C.C.J.A, arrêt n°030/2012 du 22 Mars 2012, affaire AMITY BANK CAMEROON S.A contre MONSIEUR TASHA LOWEH LAWRENCE ; ⁸⁰ Cour d'Appel de Pointe Noire, arrêt n° 28 du 8 décembre 2009, ABEDRABOH AWAD c/ Société WALMER ; Cour d'Appel de Ouagadougou, Chambre commerciale (Burkina Faso) arrêt n°40 du 16 avril 2010, SANKARA NORAOGO c/ SCIMI et SOBFI)

⁸¹ Cour d'Appel de Ouagadougou, Chambre commerciale (Burkina Faso) arrêt n°40 du 16 avril 2010, SANKARA NORAOGO c/ SCIMI et SOBFI) *op.cit.*

⁸² Cour d'Appel de Ouagadougou, Chambre commerciale (Burkina Faso), arrêt n°028 du 19 mars 2009, BICIA-B c/ SIDIBE Frédéric « Attendu que SIDIBE Frédéric demande le paiement de la somme 2.000.000 F à titre de dommages et intérêts pour

correspond au principe d'indisponibilité du procès qui retire aux parties le droit d'y mettre fin et tend vers une procédure écrite, secrète et non contradictoire, dans laquelle le juge apprécie les preuves selon son intime conviction »⁸³. Et cela ne donne cours « à un débat sur l'étendue du contrôle du juge »⁸⁴. Ce pan du contentieux OHADA renoue avec l'étendue des prérogatives du juge et la restriction des prérogatives des parties au procès. Les déclinaisons du procès dénotent une forte propension à la présence du juge et une disproportion de sa permanence dans son administration. Il n'est pas incongru de révéler le déséquilibre du procès manié par le juge OHADA. Que l'on fasse recours à la procédure accusatoire ou à la procédure inquisitoriale, chacun de ces systèmes présente à la fois des avantages et des inconvénients. Qui plus, « il n'est pas concevable de consacrer l'un ou l'autre de manière exclusive et absolue »⁸⁵. C'est dans cette dynamique qu'en France, la procédure civile classiquement accusatoire dans la tradition des codes napoléoniens s'est

progressivement infléchie vers l'inquisitoire.

31. La résolution de la préoccupation de droit privé des affaires fédère les procédures accusatoire et inquisitoire. « *Nul ne conteste plus que doivent y être attachées les solutions relatives à l'office du juge et au rôle des parties* »⁸⁶. Les parties au procès OHADA ont un rôle important tant dans son déclenchement que dans son déroulement. Elles peuvent y mettre un terme sans pour autant minorer la consistance des prérogatives du juge OHADA. Les parties soumettent au juge un recours conforté par des moyens pour sous-tendre leurs prétentions. Il revient dès lors, au juge de se prononcer sur les prétentions des parties. Le tout est d'emporter la conviction du juge et à cette étape ce n'est plus le requérant qui manie le procès. Le juge doit dire le droit et trancher le litige. « *La finalité de la justice, son objectif essentiel, c'est de dire ce qui est vrai et juste* »⁸⁷. L'on a remarqué cette attitude dans l'affaire *Syndic de liquidation*

procédure vexatoire et abusive du Code de procédure civile ; Mais Attendu que la procédure de la BICIA-B n'est en rien vexatoire et abusive mais vise le recouvrement d'une créance réelle sur Mr SIDIBE, qu'il y a lieu de le débouter de sa demande ». Tribunal de Première Instance de Cotonou, 1^{re} Chambre civile, Ordonnance de référé n°99/02-1CCIV du 23 Mai 2002, rôle général n°217/01- DACIN Vlad (Me Séverin HOUNOU c/ OGOUMA ASSOGBA Samuel (Me Pognon).

⁸³ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.365.

⁸⁴ G. TIMSIT., « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », in *l'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996 p.685.

⁸⁵ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.365.

⁸⁶ G. BOLARD., « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JPC*, 1993 I n°3.

⁸⁷ M. CATARINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz Pal* 1981, II, *chron*, p. 405.

Air Afrique c/ Air France de 2009⁸⁸. Cette position prétorienne n'a pas sans suite. Car dans l'affaire SANKARA NORAOGO c/ SCIMI et SOBFI de 2010, le juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage affermissait cette règle⁸⁹. En l'espèce, les moyens pouvant emporter la conviction du juge est ceux argumentant suffisamment sur l'exception d'incompétence. Il va sans dire que le juge OHADA adhère aux prétentions de l'une des parties au procès privé judiciaire. Les efforts de certification des moyens du requérant sont parachevés et finalisés par le juge OHADA. Une fois établi, il revient au juge OHADA d'y donner et partant de conduire les parties à saisir la juridiction véritablement compétente.

II. La révélation de la juridiction avérée compétente pour la solution de droit privé des affaires

32. La révélation de la juridiction avérée pour la solution de privé des affaires se posant comme « *une solution*

raisonnable »⁹⁰ constitue la seconde déclinaison de l'exception d'incompétence. Précédemment, il a été question de contester la compétence de la juridiction désignée par le requérant. Celle-ci ne pouvait au regard de ses clauses attributives de compétence et de l'objet contentieux connaître au fond de la demande contentieuse. L'ingénierie du juge par les « *pouvoirs inhérents à sa fonction* »⁹¹ et du requérant imposait alors de désigner l'instance contentieuse devant y pourvoir. Qui plus est, « *le droit positif comporte des institutions et des règles destinées à résoudre les difficultés liées* »⁹² aux conflits de juridiction. Sous cette bannière, le prolongement de la clause attributive de compétence induit l'activation du dessaisissement de l'instance de saisine initiale (A). Ce qui induit et fonde son adhésion au dessaisissement. Cela se traduit par le reclassement de la recevabilité du pourvoi hors de l'ordre judiciaire (B).

⁸⁸ Tribunal de commerce du Congo Brazzaville, jugement n°095 du 20 octobre 2009, *Syndic de liquidation Air Afrique c/ Air France op.cit.*

⁸⁹ Cour d'Appel de Ouagadougou, Chambre commerciale (Burkina Faso) arrêt n°40 du 16 avril 2010, *SANKARA NORAOGO c/ SCIMI et SOBFI) op.cit.*

⁹⁰ G. HAARSCHER, après Perelman, in *Justice et argumentation, essai à la mémoire de Chaim Perelman*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986, p.223.

⁹¹ E. BLANC., « Principes généraux de la nouvelle procédure civile » *JCP* 1973 I ; 2559.

⁹² J.-L BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.180.

A. Le prolongement de la délimitation de compétence sur le dessaisissement de l'instance de saisine initiale

33. « Pour effet d'empêcher une vue exacte de la question »⁹³, la délimitation de la compétence juridictionnelle ne limite pas seulement à contester la juridiction OHADA initialement saisie. Elle fonde également l'obligation de saisir la juridiction véritablement compétente sur la préoccupation de droit privé des affaires. S'il est admis qu'aucune juridiction ne détient la compétence de sa compétence, alors se référer à cette exigence contribue simplement à préciser le cadre contentieux congru. L'on révèle ainsi, « l'une des fonctions essentielles de l'État »⁹⁴ dans la répartition des compétences entre les organes institués. « On ne fait que décrire, qu'expliquer ce qui pousse à s'y conformer, à se conformer »⁹⁵. Par le déclassement motivé de l'instance initialement saisie en vue de la résolution d'une préoccupation de droit privé des affaires (1) l'on adhère au classement à motiver sur le dessaisissement de l'instance de saisine initiale (2).

⁹³ A. VALLIMARESCO., *La justice privée en droit moderne op.cit.*, p.12.

⁹⁴ F. TERRE., *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2012 p.102.

⁹⁵ *Idem*, p.44.

⁹⁶ J. VINCENT., S. GUINCHARD., *Procédure civile op.cit.*, n°539, p.480.

⁹⁷ L. CADIET., *Droit judiciaire privé* 2^{ème} éd., *op.cit.*, p.469 ; H. MOTULSKY., « Prolégomènes

1. Le déclassement motivé de l'instance initialement saisie

34. La première déclinaison de la révélation de la juridiction avérée compétente repose sur l'obligation de conduire au dessaisissement de l'instance préalablement saisie. La démarche congrue proscrit juridiquement la présomption d'incompétence de la juridiction préalablement saisie par le requérant. S'inscrivant dans les prérogatives du requérant, le dogme congru l'impose de motiver l'incompétence de celle-ci. Il est commode dans la plupart des circonstances de la vie juridique de l'application contentieuse de la règle de droit ne dément pas l'analyse. L'expression de l'incompétence de celle-ci s'est « traduite que par l'accomplissement de cette formalité »⁹⁶, « en vue de parvenir à une solution aussi juste que possible »⁹⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, dans les affaires Dans l'affaire Standard Chartered Bank contre Kouo Nsame Lydienne de 2011⁹⁸ ; K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBCI-SA)⁹⁹, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical*

pour un futur Code de procédure civile » *op.cit.*, p.92.

⁹⁸ Cour suprême, Chambre judiciaire, Section Civile, arrêt n°117/civ du 28 avril 2011, *affaire Standard Chartered Bank c. Kouo Nsame Lydienne*.

⁹⁹ Cour Suprême, Chambre judiciaire, formation civile et commerciale, arrêt n°262 du 1^{er} avril 2010, affaire K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBCI-SA).

*Woods*¹⁰⁰, et Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R.)¹⁰¹, les requérants ont mobilisé une diversité d'arguments juridiques pour conduire au dessaisissement de la juridiction de saisine de la préoccupation de droit privé des affaires. Les arguments de la partie au procès reposent sur la révélation des préoccupations d'interprétation et d'application des Actes Uniformes et autres instruments de droit OHADA.

35. D'entrée le droit positif OHADA est utilisé comme motif pour conduire à la déclinaison de compétence de l'instance initialement saisi. Les requérants utilisent les règles de droit OHADA ni abrogées ni caduques pour emporter la conviction du juge OHADA. Cela est visible dans un univers juridique en constant mutabilité lorsque l'on décide « *d'étudier les transformations générales du droit et en particulier du droit privé* »¹⁰². D'après Jean Louis Bergel, « *la vie juridique se déroule dans le temps et ne peut ignorer ce support dont on ne peut éviter l'inexorable cours mais dont on peut tenter de maîtriser les*

effets »¹⁰³. L'actualité a été brûlante sur la révision de la plupart des Actes uniformes ainsi que du règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Il n'est donc pas dépourvu de pertinence de s'interroger sur le temps dans ces règles OHADA. Certaines règles juridiques applicables au droit privé des affaires ont été modifiées, complétées et abrogées. L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a été révisé et adopté le 30 janvier 2014. Cet acte prévoit clairement que : « Est abrogé, sous réserve de son application transitoire pendant une période de deux (2) ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme, aux sociétés n'ayant pas procédé à la mise en harmonie de leurs statuts avec les dispositions du présent Acte uniforme, l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique »¹⁰⁴. En plus, « le présent Acte uniforme sera publié au Journal Officiel de l'OHADA dans un délai de soixante (60) jours à compter de la date de son adoption. Il sera également publié dans les États parties, au Journal

¹⁰⁰ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Northern Tropical Woods op.cit.*

¹⁰¹ Cour suprême, chambre commerciale, arrêt n°01/GCS.06 du 23 février 2006, Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R.).

¹⁰² L. DUGUIT., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon op.cit.*, p.2.

¹⁰³ J.-L. BERGEL., *Méthodes du droit. Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, p.123.

¹⁰⁴ Article 919 de l'Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Officiel ou par tout moyen approprié. Il entrera en vigueur quatre-vingt-dix (90) jours à compter de la date de sa publication au Journal Officiel de l'OHADA conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique signé à Port Louis le 17 octobre 1993 tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008 »¹⁰⁵. Les autres Actes Uniformes OHADA ont également été révisés¹⁰⁶.

36. L'abrogation combinée à une période transitoire a été la technique utilisée par le législateur OHADA afin d'actualiser les Actes uniformes et de préserver les droits acquis durant cette actualisation. Celui-ci a accordé une période de transition pour la mise en conformité des textes antérieurs ou plus exactement des statuts antérieurs aux nouveaux supports formels. La période d'application transitoire devrait permettre non seulement de conserver certaines situations juridiques nées des transactions de droit privé mais également inciter et susciter les destinataires de celles-ci à actualiser leurs statuts. Théoriquement, « *cet objectif commun recouvre cependant des visions assez différentes du rapport*

entre l'État et le droit »¹⁰⁷. En outre, la publication des Actes Uniformes dans le Journal Officiel de l'OHADA et dans les journaux officiels des États membres venaient parachever la procédure d'entrée en vigueur et de leur opposabilité. Ces États membres pouvaient également recourir aux voies appropriées pour diffuser le contenu des Actes uniformes révisés. Cette déclinaison parachève l'acquisition du statut officiel et le caractère exécutoire des Actes uniformes révisés tant au niveau communautaire qu'au niveau interne. Les Actes uniformes actualisés et ceux non actualisés associés aux autres supports formels dénotent l'adoption du positivisme comme motif des requérants et du juge OHADA.

37. L'option pour le positivisme juridique comme motif est avérée en droit privé judiciaire. Toute définition du positivisme est sommaire et peut être inexacte. Il est d'ailleurs parfois difficile de qualifier. L'hétérogénéité des doctrines positivistes rend plus aléatoire encore la recherche d'un critère général du positivisme. « On peut néanmoins

¹⁰⁵ Article 920 de l'Acte Uniforme *op.cit.*

¹⁰⁶ Voy Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 (Journal Officiel de l'OHADA n°8 du 15 Mai 1999), Acte uniforme relatif à la médiation, Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière, Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 septembre 2015 (Journal Officiel de l'OHADA n° Spécial du 23 novembre 2017), Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du

groupement d'intérêt économique, Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté le 15 décembre 2010 (Journal Officiel de l'OHADA n°23 du 15 février 2011), Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, Acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Journal Officiel de l'OHADA n°22 du 15 février 2011).

¹⁰⁷ J. CHEVALLIER., *L'État de droit*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994 p.11.

caractériser les tendances positivistes par le fait qu'elles rejettent toute métaphysique juridique, toute justice transcendante et toute idée de droit naturel mais se réclament de la seule connaissance de la réalité positive, juridique ou scientifique »¹⁰⁸. Les arguments à rechercher ne se réclament d'une affinité à la philosophie idéaliste laquelle correspond aux doctrines du « droit naturel » t à l'affirmation qu'il existe un idéal de justice supérieur au droit positif. Les diverses tendances « jusnaturalistes » ont en commun certaines idées essentielles : l'affirmation que le droit naturel procède de la nature, l'existence de principes non écrits supérieurs au droit positif et qui s'imposent à lui, la primauté de la recherche de la justice sur le respect de la légalité, la permanence de certaines valeurs qui l'emportent sur celles que consacrent les hommes et l'État¹⁰⁹. L'exclusion concerne également la conception delà règle de droit découlant des faits sociaux et non de la volonté des gouvernants. Le positivisme sociologique est la conception selon laquelle le droit se réduit au droit positif, tel qu'il existe à un moment et dans un territoire donnés, « *la règle de droit se dégageant de l'analyse des faits sociaux* »¹¹⁰. La systématisation de ces règles conduit à ne reconnaître de valeur

qu'aux seule règles de droit positif. « *Il faut pourtant les recenser et les regrouper par affinités* »¹¹¹. Les requérants et le juge OHADA utilisent l'ensemble des règles juridiques non abrogées et toujours en vigueur pour justifier et fonder l'inclinaison de compétence de la juridiction initialement saisie. Il s'agit principalement des Actes uniformes révisés, du Traité OHADA révisé, du règlement de procédure révisé et des autres supports formels non révisés. Cela impose de réduire tout le droit OHADA aux règles en vigueur à une époque donnée et dans un État donné membre, sans se préoccuper de savoir s'il est juste ou pas. L'utilisation de ces règles juridiques éparses permettent sans ouvrir droit à l'arbitraire à la motivation du dessaisissement de la juridiction initialement saisie.

2. Le déclassement à motiver de l'instance de saisine initiale

38. L'implication immédiate du déclassement motivé de l'instance initialement saisie est l'adhésion au dessaisissement de celle-ci. Ayant passé en revue la doctrine d'adhésion du juge et des requérants, il est conçu le cadre formel de dénonciation de la juridiction de saisine

¹⁰⁸ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p.26-27.

¹⁰⁹ *Idem*, p.27-28.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.30.

¹¹¹ *Ibidem*, p.31.

« *mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie* »¹¹². La mobilisation des règles juridiques « *puisque'il illustre* »¹¹³ tend simplement à justifier sur le plan du droit l'action de saisir l'instance véritablement compétente pour la préoccupation de droit privé des affaires. Il est question de donner une assise pragmatique à la motivation dans le procès pour la cause.

39. La motivation de la demande contentieuse est fondamentale au dessaisissement de l'instance préalablement saisie. « *Réglementer l'activité humaine c'est pour les juristes faire des normes et prévoir des mécanismes de mise en œuvre* »¹¹⁴. L'incompétence de la juridiction initialement saisie ne se présume pas et ne s'affirme sans fondement juridique. L'option pour le fondement juridique du dessaisissement s'explique par les exigences de sécurité juridique que portent les règles de droit positif. L'accessibilité, la prévisibilité, la clarté permettent à tout requérant de systématiser dans le droit les arguments devant emporter la conviction du juge OHADA lors du

procès. « *Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister* »¹¹⁵. « *Nul ne pourrait rien prévoir. Tout ne serait bâti que sur des sables mouvants. Le droit ne conférerait aucune garantie à ses destinataires* »¹¹⁶. Les règles juridiques à ériger en arguments solides nécessitent juste l'esprit de synthèse et non d'inventivité du requérant. Dans l'affaire Kouo Nsame de 1998, l'article 18 de l'Acte uniforme relatif au commerce général a mobilisé pour conduire le juge OHADA à décliner sa compétence. Cette disposition maintenant spécifiquement en évidence la question de l'exception de prescription des obligations en la matière. Et cette préoccupation mettait non seulement en œuvre l'interprétation, mais également l'application de l'Acte uniforme relatif au commerce général. Sur le fondement de ce duo, le juge de la Cour suprême de l'État a naturellement décliné sa compétence en application de l'article 17 du Traité sur l'OHADA. D'après le juge OHADA., « *Considérant donc s'agissant de la prescription des obligations nées du*

¹¹² L. CADIET., J. NORMAND., S. AMRANI-MEKKI., *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd., Paris, PUF « Thémis Droit » 2013, p. 305.

¹¹³ J. HERON., T. BARS LE., *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, « Domat, droit privé », 2012, p. 217, n°268.

¹¹⁴ P. GARANT., « Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et réglementaires au Canada », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.275.

¹¹⁵ T. PIAZZON., *La sécurité juridique*, thèse publiée, éd. Défrenois Lextenso, 2009, p. 1

¹¹⁶ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*. Paris, Dalloz, « coll. Méthode du droit », 2012, p. 42 ; P. BRUNET., « La sécurité juridique, nouvel opium des juges », *Frontières du droit, critique des droits, BILLETS d'humeur en l'honneur de Daniel LOCHACK*, sous la dir. V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE, L.G.D.J., pp. 247 et s.

commerce, si l'obligation de la Standard à l'égard de dame KOUO NSAME est née à l'occasion du commerce, la Standard est une banque commerciale, et se prescrit donc par cinq ans, il échet de relever là que cette obligation de payer 23.629.987 Francs est née à l'occasion de l'expertise ordonnée par le juge des référés et a été confirmée par la contre-expertise demandée par la Standard ; que dès lors dame KOUO NSAME est encore dans les délais de l'article 18 de l'OHADA suscitée ; Qu'il résulte de ce qui précède que l'interprétation d'un acte uniforme OHADA est en cause ; »¹¹⁷. Cette position n'est pas exclusive. En effet dans les affaires K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBCI-SA).¹¹⁸, Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods¹¹⁹, et Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R.)¹²⁰, la partie a emporté la conviction du juge.

40. L'obligation du dessaisissement de la juridiction initialement saisie tient à la prescription attachée à la répartition de

compétence entre le juge communautaire et le juge national OHADA. Il est un fait que « de nombreuses juridictions interviennent pour régler les différends entre les opérateurs commerciaux »¹²¹. Les sources formelles OHADA ont déterminé le champ matériel des juges dans le procès. Ce champ matériel est précisé de manière claire dans l'article 17 du Traité de l'OHADA. L'idée maitresse de cette disposition est d'attribuer l'exclusivité et non le partage de compétence lorsque des préoccupations de droit privé des affaires concerne l'interprétation et l'application des Actes uniformes et autres instruments juridiques. L'affirmation de cette délimitation de compétence par le juge en cause est partie de la préoccupation relative à la prescription des obligations nées du commerce. Conduire le juge national OHADA vers la déclinaison de compétence s'imposait par la combinaison de l'article 18 de l'Acte uniforme relatif au droit général du commerce et l'article 17 du Traité OHADA. Donnant suite à ces idées, le juge OHADA national a procédé par une application incontestable de la légalité et son office est

¹¹⁷ Cour suprême, Chambre judiciaire, Section Civile, arrêt n°117/civ du 28 avril 2011, affaire *Standard Chartered Bank c. Kouo Nsame Lydienne op.cit.*

¹¹⁸ Arrêt n°262 du 1^{er} avril 2010, affaire K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBCI-SA).

¹¹⁹ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods *op.cit.*

¹²⁰ Cour suprême, chambre commerciale, arrêt n°01/GCS.06 du 23 février 2006, Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R.).

¹²¹ J.-M NYAMA., *Eléments de droit des affaires. Cameroun-OHADA*, Yaoundé, PUCAC ; 2001 p.36.

insusceptible de réformation contentieuse. Le droit OHADA trouve par son fait le moyen d'être appliqué conformément à l'esprit et à la lettre de ses pères fondateurs. Le juge OHADA n'a donc pas failli à sa mission fondamentale en droit processuel. Peu importe que « *de nombreuses obligations professionnelles sont imposées aux opérateurs commerciaux. Certaines de ces obligations sont préalables et d'autres concomitantes à l'exercice de leurs activités* »¹²². Lorsque celles-ci portent sur l'interprétation et l'application du droit OHADA, c'est le juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui est naturellement compétent. L'inclinaison de compétence du juge national suppose l'activation du processus d'interprétation.

41. L'inclinaison de compétence du juge national OHADA ne défait totalement de l'interprétation des Actes uniformes et autres instruments pertinents OHADA. En effet, le juge national OHADA procède d'abord par la certification de l'objet contentieux et de sa confrontation à sa clause attributive de compétence. Il procède davantage à la justification de la demande contentieuse en expliquant certains de ces considérants. Il est traditionnellement admis que cette dernière se traduirait par la

maîtrise de la cause de la demande et de l'objet de la demande. La cause de la demande correspondrait au complexe de faits à l'origine du litige, aux « circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge »¹²³. En l'espèce, il s'est érigé en comptable afin de clarifier la requérante sur l'échéance en cours de la prescription de l'obligation commerciale. L'on dénote une mission de simplification des idées en vue de motiver l'inclinaison de compétence « *qui constituerait leur méthode unique et nécessaire ; d'où ne pourrait surgir qu'une casuistique froide et stérile* »¹²⁴.

B. Le reclassement de la recevabilité du pourvoi hors de l'ordre judiciaire

42. Non seulement la préoccupation de droit privé ne relève pas du ressort du juge d'instance OHADA, mais en plus elle décline la compétence du juge national de saisine en pourvoi en cassation. La pertinence des moyens et des prétentions de l'une des parties a canalisé son office à revisiter l'instance congrue. Dans un contexte où « *les parties sont maîtresses de*

¹²² *Idem*, p.21.

¹²³ H. MOTULSKY., « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in *Ecrits et notes*

de procédure civile, préf. G. CORNU., J. FOYER., Paris, Dalloz, 1973, p.101.

¹²⁴ F. GENY., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique op.cit.*, p.1.

la matière litigieuse »¹²⁵, il n'est pas dépourvu d'admettre que le requérant peut conduire le juge national peu importe sa position hiérarchique au sein de l'ordre judiciaire à ne pas connaître de la préoccupation en cause. Celle-ci impose de reclasser le pourvoi en cassation congru. L'on notait ainsi que « *la maîtrise de la matière litigieuse, c'est le pouvoir de fixer les éléments du litige, de nourrir la contestation* »¹²⁶.

43. Nonobstant le cadre formel¹²⁷, le juge OHADA a apporté sa contribution à l'adhésion au dessaisissement face à l'exception d'incompétence. Dans l'affaire *Standard Chartered Bank c. KOUO NSAME* lydienne, le juge OHADA affirme en substance que « *Qu'il résulte de ce qui précède que l'interprétation d'un Acte Uniforme est en cause ; Qu'il échet par conséquent de se déclarer incompétent et de renvoyer la cause et les parties devant la Cour commune de justice et d'arbitrage* »¹²⁸. Dans l'affaire *K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite SGBICI*, le

juge affirme en substance que « *Mais attendu qu'à raison, la Société Générale de Banque conclut, conformément aux dispositions des articles 14 et 15 du Traité de l'OHADA, à la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage pour connaître du pourvoi ; qu'en effet, l'arrêt attaqué a été rendu dans une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes notamment celui portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution ; qu'ainsi il y a lieu de se dessaisir immédiatement et de transférer l'ensemble du dossier ainsi que copie du présent arrêt de renvoi à ladite cour, conformément à l'article 51 du règlement de procédure de celle-ci ;* »¹²⁹. Ces positions ont été réitérées dans les affaires *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods*¹³⁰, et *Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R)*¹³¹, El

¹²⁵ H. MOTULSKY., « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU., J. FOYER., Paris, Dalloz, 1973, p.38.

¹²⁶ G. BOLARD., « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G*, 1993, I, 3693

¹²⁷ Voy article 14 alinéa 3 du Traité OHADA, article 51 du règlement de procédure de la CCJA.

¹²⁸ Cour suprême, Chambre judiciaire, Section Civile, arrêt n°117/civ du 28 avril 2011, *affaire Standard Chartered Bank c. Kouo Nsame Lydienne op.cit.*

¹²⁹ Cour Suprême, Chambre judiciaire, formation civile et commerciale, arrêt n°262 du 1^{er} avril 2010, affaire *K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBICI-SA)*.

¹³⁰ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods op.cit.*

¹³¹ Cour suprême, chambre commerciale, arrêt n°01/GCS.06 du 23 février 2006, *Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R)*.

Hadj Hassan Maina c. El Hadj Mahamed¹³² et Adama Coulibaly c. Procureur près de la Cour d'Appel d'Abidjan¹³³. Il « *est certain que c'est là une réaffirmation non équivoque* »¹³⁴ de cette position prétorienne. Dès lors l'adhésion au dessaisissement se réalise par la réorientation du pourvoi en cassation (1). Cette réorientation emporte des mesures spécifiques du juge en cours de dessaisissement de compétence (2).

1. La réorientation du pourvoi en cassation

44. L'exception d'incompétence soulevant des préoccupations d'interprétation et d'application du droit OHADA par les juges de droit privé de droit interne dénote la réorientation du pourvoi en cassation. Ceux-ci ne pouvaient connaître d'une préoccupation relevant de la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Au regard de la

délimitation des compétences entre les juges OHADA, certaines matières contentieuses ne peuvent faire l'objet de partage, mais plutôt d'exclusivité. C'est dans cette dynamique que le juge local saisi de cette préoccupation ne peut que réorienter les parties au procès au mieux se pourvoi devant l'instance avérée compétente. Cela « *concerne la matière du procès, non le déroulement de celui-ci* »¹³⁵. Qui plus est sur ce point, l'on se focalise sur « *le contenu, la matière litigieuse* »¹³⁶. Dans les affaires *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods*¹³⁷, et *Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R)*¹³⁸, *El Hadj Hassan Maina c. El Hadj Mahamed*¹³⁹ et *Adama Coulibaly c. Procureur près de la Cour d'Appel d'Abidjan*¹⁴⁰, le juge de cassation interne intime l'ordre au partie de mieux se pourvoir en les indiquant la Cour commune

¹³² CCJA, 2^{ème} Ch. N°136/2015 du 12 novembre 2015 ; P. n°105/2014/PC du 12/06/2014 : *El Hadj Hassan c. El Hadj Mahamed GIRGIRI LAWAN*.

¹³³ CCJA, 3^{ème} ch., n°188/2015 du 23 décembre 2015, *ADAMA COULIBALY c. Procureur près de la Cour d'Appel d'Abidjan, COULIBALY DRAMANE*.

¹³⁴ H. MOTULSKY., « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 » *op.cit.*, p.300.

¹³⁵ F. TERRE., « La réception du Nouveau Code de procédure civile par la doctrine », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, p.27.

¹³⁶ E. JEULAND., « La conception du procès civil dans le Code de 1975 », in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de*

procédure civile en France, LexisNexis, 2006, p.101.

¹³⁷ Cour d'Appel de Pointe-Noire, arrêt n°052 du 22 février 2008, *Société C.E.B.T Sarl c. Société Nonthern Tropical Woods op.cit.*

¹³⁸ Cour suprême, chambre commerciale, arrêt n°01/GCS.06 du 23 février 2006, *Société ERNEST et YOUNG c. Syndic de liquidation de la Congolaise Société des Assurances et de Réassurances du Congo (C.S.A.R) op.cit.*

¹³⁹ CCJA, 2^{ème} Ch. N°136/2015 du 12 novembre 2015 ; P. n°105/2014/PC du 12/06/2014 : *El Hadj Hassan c. El Hadj Mahamed GIRGIRI LAWAN op.cit.*

¹⁴⁰ CCJA, 3^{ème} ch., n°188/2015 du 23 décembre 2015, *ADAMA COULIBALY c. Procureur près de la Cour d'Appel d'Abidjan, COULIBALY DRAMANE op.cit.*

de justice et d'arbitrage pour la résolution de la préoccupation en cause.

45. Le juge OHADA et plus précisément le juge local national s'associe au requérant ayant soulevé l'exception d'incompétence. Il est un fait que toutes les parties au procès privé judiciaire ne peuvent emporter la conviction. A toute décision juridictionnelle, il y a toujours l'une des parties condamnées aux dépens et l'autre affranchit de cette mesure. Le recours au juge a suscité la décision du juge et l'a conduit à certifier le bien-fondé de la préoccupation de droit privé. En s'appropriant le syllogisme judiciaire, il pose sa décision. Cela induit naturellement un déséquilibre et une convergence de position entre le juge et l'une des parties au procès. L'une des parties ne sera considérée dans la conviction du juge. « L'instance permet en effet de dégager les faits et le droit. Il y a une étroite corrélation entre le contenant, le lien d'instance, et le contenu, la matière litigieuse »¹⁴¹. La prescription de mieux se pourvoir n'est que la résultante de la confrontation. Autrement dit, le juge OHADA n'invente pas la mesure à appliquer, mais se contente simplement de

l'application des règles juridiques. Le juge OHADA est au cœur du procès, le procès ne saurait se confondre avec la justice consensuelle. Expression d'un droit négocié ou collaboratif, la justice consensuelle est distincte de la justice étatique¹⁴², elle est une autre justice¹⁴³. Par justice consensuelle nous faisons référence à ce qu'une partie de la doctrine dénomme « *la justice par le contrat* »¹⁴⁴, aux modes alternatifs de règlement des conflits. La réorientation du pourvoi en cassation ne s'insère dans la justice par contrat, négociée ou collaborative.

46. Ce faisant, la justice OHADA ne s'assimile à la justice négociée, collaborative. L'office du juge OHADA n'intègre les éléments de la négociation, mais transige simplement sur la base du droit. Il ne s'agit d'un modèle alternatif pour éviter la réorientation des plaideurs vers l'instance avérée compétente. Or, la doctrine évoque aujourd'hui la justice consensuelle, qui repose sur la liberté contractuelle comme mode d'expression de la liberté des plaideurs¹⁴⁵, comme palliatif des carences de la justice étatique¹⁴⁶. La justice consensuelle serait devenue un «

¹⁴¹ E. JEULAND., « La conception du procès civil dans le Code de 1975 », *op.cit.*, p.101.

¹⁴² M.-C RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », *op.cit.*, p. 23.

¹⁴³ L. CADIET., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 177.

¹⁴⁴ L. CADIET., J. NORMAND., S. AMRANI-MEKKI., *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd., *op.cit.*, p.213.

¹⁴⁵ R. MARTIN., « Un autre procès ou est-il interdit de rêver ? », *RTD civ.* 1994, p.554.

¹⁴⁶ B. GORCHS., « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et société* 2006-62, p. 223

modèle pour éviter le procès »¹⁴⁷, « *n'est-il la solution du litige par excellence ?* »¹⁴⁸. Ces doctrines ont véritablement encensé la justice conventionnelle. Par ailleurs, en exigeant les parties à se pourvoir devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, le juge de saisine national ouvrait la brèche à la justice mi conventionnelle et mi juridictionnelle.

47. L'arbitrage est un mode de règlement mi-contractuel, mi-juridictionnel¹⁴⁹ des litiges. L'arbitre n'est pas institué par l'État, il ne dispose pas de l'imperium. L'arbitrage s'analyse comme une renonciation temporaire à l'action en justice, au juge étatique. C'est donc la Cour commune de justice et d'arbitrage qui est l'instance adressataire du pourvoi en cassation des requérants. La demande portant des préoccupations d'interprétation et d'application du droit OHADA n'a permis au juge de connaître au fond de la préoccupation. Celui-ci s'est focalisé sur des préoccupations de forme et celles l'ont conduit à décliner sa compétence et à indiquer le cadre congru du pourvoi. Le pourvoi en cassation assujettit donc la

réclamation contentieuse à un traitement conventionnel et juridictionnel compte tenu de l'une des missions de la Cour¹⁵⁰. Cela dit, il est dénié l'idée de procès devant la Cour commune de justice et d'arbitrage¹⁵¹. Or, en droit interne, les préoccupations de droit privé des affaires étaient entièrement traitées hors de la voie conventionnelle. La préoccupation de droit privé des affaires perd de sa justiciabilité totalement juridictionnelle sous l'effet de l'arbitrage. Celui-ci laisse cohabiter et pourvoie à la dilution de cette qualité. En approfondissant la réflexion, c'est du fait du juge ayant décliné sa compétence au niveau interne.

48. L'émergence de l'arbitrage au niveau du pourvoi en cassation est la résultante de l'application du droit positif OHADA par le juge de saisine sur les préoccupations d'interprétation et d'application du droit OHADA. Les textes¹⁵² lui prescrivent de se dessaisir et de transférer l'affaire devant la Cour commune de justice et d'arbitrage. Autrement dit, il cela s'insère dans ses prérogatives d'amener les parties au procès à mieux se pourvoir. Cela met simplement en évidence

¹⁴⁷ Th. CLAY., « Le modèle pour éviter le procès », in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au code comme modèle*, L.G.D.J., « Bibliothèque de l'institut André Tunc », 2006, p. 51.

¹⁴⁸ F. KERNALEGUEN., « La solution conventionnelle des litiges civils », in L. CADIET (dir), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, ECONOMICA, 1987, p.68.

¹⁴⁹ H. MOTULSKY., « La nature juridique de l'arbitrage », in *Ecrits et notes sur l'arbitrage*, préf.

Goldman (B.), Fouchard (Ph.), Paris, Dalloz, 1974, p. 5.

¹⁵⁰ Article 2 du Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

¹⁵¹ G. BOLARD., « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.* 2001- 3, p. 511.

¹⁵² Voy article 14 alinéa 3 du Traité OHADA, article 51 du règlement de procédure de la CCJA.

l'appropriation de l'état de droit formel par le juge OHADA local. « *L'État de droit impose le respect des règles formelles du droit* »¹⁵³. L'on conçoit alors que le droit positif encadre l'action du juge dans le procès et sa réaction hors du procès et plus précisément les obligations processuelles. Au rang de celles-ci figurent la transmission d'un dossier complet vers le juge avéré compétent.

2. La préparation de la résolution définitive de la préoccupation de droit privé des affaires

49. L'exception d'incompétence inclut également la formation des éléments nécessaires à la résolution définitive de la préoccupation, objet de l'incompétence de la juridiction initialement saisie. Par la réorientation du pourvoi en cassation et la transmission du dossier et de l'arrêt d'exception d'incompétence, le juge saisi initialement sur la préoccupation de droit privé des affaires facilite la mutation de la préoccupation formelle en solution matérielle. Celui-ci participe à la cessation du différé de la résolution au fond de la préoccupation de droit privé. Il s'agit là de

« *l'expression moderne pour désigner le rôle du juge* »¹⁵⁴ en la matière. Dès lors, « *réaliser cette mission d'intérêt général consistant à parvenir à la solution la plus juste possible du litige à trancher* »¹⁵⁵.

50. Formellement, « (...) *qu'ainsi il y a lieu de se dessaisir immédiatement et de transférer l'ensemble du dossier ainsi que copie du présent arrêt de renvoi à ladite cour, conformément à l'article 51 du règlement de procédure de celle-ci ;* »¹⁵⁶. Ce considérant est digne d'intérêt et demeure en phase avec notre préoccupation. En l'espèce, le juge local OHADA fixe le rythme de dessaisissement ainsi que les éléments constitutifs nécessaires à la résolution de la préoccupation par la juridiction avérée compétente. Son raisonnement apparaît également comme une appropriation de la législation en vigueur. Cet ensemble « *se forme comme un composé des réalités concrètes* »¹⁵⁷.

51. Suivant la première déclinaison, le juge parle du dessaisissement immédiat de la juridiction initialement saisie. C'est la juridiction qui dans son dispositif évoque de manière claire cette mesure. Elle fait de cette mesure une exigence processuelle

¹⁵³ J. BELL., « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1994, p.15.

¹⁵⁴ M. DOUCHY-OU DOT., *Procédure civile*, « coll. Master Pro », éd. Gualino, Lextenso éd., 2012, p. 195, n°358

¹⁵⁵ L. CADIET, « L'avènement du Nouveau code de procédure civile. Le code », *op.cit.*, p.45.

¹⁵⁶ Cour Suprême, Chambre judiciaire, formation civile et commerciale, arrêt n°262 du 1^{er} avril 2010, affaire K. c. Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite (SGBCI-SA) *op.cit.*

¹⁵⁷ P. HEBRAUD., « La réforme de la procédure civile : le décret du 22 décembre 1958 », *Ann. Fac. Toulouse*, 1961, T. IX, p. 3.

incontestable à l'exception d'incompétence. Cela redore le blason de la répartition et de la délimitation de compétence entre les juridictions constituant l'ordre judiciaire et celles de la Cour Commune de justice et d'arbitrage. Si la juridiction OHADA ne peut s'autosaisir sur des préoccupations de droit privé, elle peut néanmoins s'auto dessaisir sur celles-ci. Sur ce point, elle n'a pas besoin de l'assentiment des parties. Cela exclut qu'elles « *en gardent la maîtrise* »¹⁵⁸. Elle n'a non plus besoin de l'assentiment des autres juridictions, mais simplement l'obligation de se conformer à la légalité. Cela résume à suffisance la primauté des exigences procédurales sur les positions partisans du juge.

52. Par ailleurs, l'office du juge ne peut s'étendre dans l'échéance de transmission et de conservation du dossier. Elle est ligotée par le rythme de dessaisissement et de préparation de la résolution définitive de la préoccupation de droit privé. Le juge OHADA ne doit ériger son office en handicap ou ne doit constituer des conditions défavorables à la solution de la préoccupation. Il ne doit favoriser la carence, l'inertie et l'abstention. Il s'agit en l'occurrence de l'appropriation du délai raisonnable à des fins processuelles.

Donnant suite à ces idées, une figure certaine du juge OHADA se dessine. Celui-ci devient un juge administrateur et cesse d'être le juge censeur connu en tout temps.

53. Le juge OHADA ne mue en administrateur en vue de la solution définitive. Il doit se mouvoir afin de faciliter le cadre matériel de résolution définitive. Son action ne se déroule plus dans le cadre d'un procès, mais hors du procès. Par compatibilité, il ne peut donc se comporter en juge censeur, il ne peut qu'utiliser des mesures administratives en vue de dessaisir du litige. Le juge OHADA pourvoie au bon fonctionnement de la justice, de la gestion des procédures. Le juge initialement adopte des activités non juridictionnelles pour une cause processuelle. « *Il s'agit alors de simples actes d'administration judiciaire qui ne constituent pas des jugements et ne donnent pas lieu à des recours* »¹⁵⁹. Ainsi à chaque étape du processus, le juge OHADA essaie d'adopter une démarche propre et adaptée. L'incompétence matérielle ne signifie aucunement cessation d'activité de la part. Autrement dit, l'incompétence joue uniquement sur la fonction de juge censeur, mais elle n'affecte sa fonction de juge pédagogue ou de juge administrateur. Il est plus loisible de dire qu'en l'espèce,

¹⁵⁸ S. AMRANI-MEKKI., « Les catégories de common law et de civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*.

Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Paris, Dalloz, 2010 p.157.

¹⁵⁹ J.-L. BERGEL., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., op.cit., p.352.

l'incompétence en vue de faciliter la solution définitive ouvre la brèche à une portée non négligeable de la fonction de juge administrateur. Cette fonction est matériellement déterminée.

54. Les actes non juridictionnels que pose le juge OHADA en vue conduire à la résolution définitive du litige sont déterminés. Ils ont été précisés par les dispositions formelles et consolidées par le juge. Il s'agit précisément de transmettre tout le dossier ainsi que l'arrêt en question. Ces mesures visent expressément l'article 52 du règlement de procédure. Formellement, lorsque la Cour est saisie, d'un recours tendant à l'annulation d'un jugement par lequel une juridiction nationale statuant en cassation aurait méconnu la compétence de la Cour, ce recours est immédiatement signifié par le Greffier en chef à toutes les Parties à la procédure devant la juridiction nationale¹⁶⁰. Chacune de ces Parties peut présenter un mémoire dans un délai de trois mois à compter de la signification du recours¹⁶¹. Les mémoires ainsi déposés sont communiqués au requérant et aux autres Parties. Ceux-ci peuvent présenter un nouveau mémoire dans le délai fixé par le

Président. Ce dernier décide en outre s'il y a lieu à audience¹⁶². Si la Cour décide que la juridiction nationale s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue. Toute Partie devant ladite juridiction peut dans les deux mois de la signification du jugement de la Cour saisir cette dernière d'un recours en cassation contre la décision du juge du fond¹⁶³. Ces règles fixent de manière pragmatique le déroulement et les exigences processuelles devant la Cour commune de justice et d'arbitrage. Celles-ci mettent en exergue les prérogatives du greffier en chef, l'obligation de notifier, et les délais de saisine du juge de fond. Tout part effectivement de l'article 52 du règlement de procédure.

55. Au regard de ce qui précède, le juge étatique n'est pas négligeable dans la procédure de protection des règles de droit privé. Celui-ci facilite l'action projetée du juge de la Cour Commune de justice et d'arbitrage. Il avait en aval adhéré à la prétention de l'une des parties au procès. Celle-ci a su emporter sa conviction et a su le conduire à accepter l'exception d'incompétence. Il va sans dire que la

¹⁶⁰ Article 52 alinéa 1 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage CCJA du 18 avril 1996 Modifié par le règlement n°01/2014/CM/OHADA du 30 janvier 2014.

¹⁶¹ Article 52 alinéa 2 du Règlement de la procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage CCJA du 18 avril 1996 *op.cit.*

¹⁶² Article 52 alinéa 3 Règlement de la procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage CCJA du 18 avril 1996 *op.cit.*

¹⁶³ Article 52 alinéa 4 Règlement de la procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage CCJA du 18 avril 1996 *op.cit.*

procédure accusatoire n'a pas été négligée même si elle n'occulte la permanence de la procédure inquisitoire.

Conclusion générale

56. À l'issue de cette réflexion, les requérants peuvent évoquer l'arme d'exception d'incompétence. Toutefois, la décision finale appartient au juge OHADA local. Celui-ci, par l'établissement du lien entre l'objet en contentieux et la clause attributive de compétence, peut établir un déséquilibre organique au sein du procès de droit privé judiciaire. En se soumettant à l'exception d'incompétence, il accepte logiquement les prétentions et moyens de l'une des parties au procès et rejette automatiquement ceux de l'autre partie. Cela va donc fonder le différé de l'examen au fond du litige, lequel s'articule dans la contestation sur la juridiction désignée pour la préoccupation de droit privé des affaires et la révélation de la juridiction avérée compétente sur celle-ci. Il en ressort un maniement de la procédure accusatoire et celle inquisitoire par le juge OHADA. Celui-ci ne s'exclut du procès et ne laisse l'entière latitude aux parties au procès. En outre, la décision exclusivement coercitive du juge étatique laisse place au niveau du pourvoi en cassation, à une décision qui inclut le

caractère conventionnel, mais également juridictionnel. Le juge de la CCJA fédère ces déclinaisons. Dès lors, une réflexion sur l'évaluation des garanties du recours en droit de la contestation du droit privé des affaires tant devant le juge communautaire et le juge étatique mérite une attention particulière.

LE MEDECIN CONGOLAIS ET LE RISQUE PENAL

Miguel BIMBOU

Docteur en droit privé,

Enseignant chercheur

Université Marien Gouabi (Congo)

RESUME :

Le médecin pratique un art noble qui confine à la faute, laquelle comporte elle-même divers degrés allant de la faute simple à la faute caractérisée. Ainsi, chaque acte médical est porteur du germe de la responsabilité pénale du médecin pour atteinte à l'intégrité corporelle du malade. La sanction de la faute s'apprécie à la lumière de la volonté qui départit la faute intentionnelle de la faute non-intentionnelle. A cet égard, l'intention est déterminante du risque de la sorte que la faute peut être orientée vers une finalité bien précise. On parle dès lors du dol qui peut être éventuel ou spécial. Plus la part de la volonté est importante dans l'atteinte, plus le risque pénal est également important. La mise en jeu de la responsabilité pénale devient de ce fait une réponse aux agressions médicales. Dans le même temps, la loi, le juge et la déontologie organisent une limitation du champ de la responsabilité pénale du médecin qui est loin d'être un professionnel comme les autres. A ce titre, le praticien mérite une protection tout aussi particulière dans l'exercice de son art.

INTRODUCTION

Lorsque la confiance et le dévouement que le médecin symbolise se transforment en agression, le juge trouve des objections au « risque légitime [qui] est pris au nom de la nécessité de l'action »¹. En effet, l'acte médical qui est « l'acte qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui »² mérite bien des observations d'autant que l'objet sur lequel il porte n'est pas anodin. Comme dans toutes les interventions, l'action du médecin sur le malade comporte bien de risques. A cet effet, elle se doit de respecter les normes juridiques dans un souci d'efficacité et de protection du patient, car son action peut comporter des risques qui sont autant d'atteintes à l'intégrité physique et à l'intégrité psychologique du malade. Si sur le plan physique les atteintes sont constituées de violences et de coups et blessures, sur le plan psychologique elles touchent à la vie et à la dignité, aux valeurs intrinsèques de la personne qui doit être traitée et respectée dans ce qu'elle a de plus cher, c'est-à-dire son humanité³. Ainsi, tout acte médical sans

portée thérapeutique est une atteinte à la dignité humaine. Sa raison d'être étant la négation de l'humanité d'autrui par son avilissement⁴. De fait, face à ces agressions les malades bénéficient du concours de la justice pénale pour obtenir réparation des dégâts causés par les intrusions quand bien même légitimes des médecins. L'action pénale est opposée à l'acte du médecin qui cause des désagréments ou un effet contraire à celui attendu d'un professionnel.

A la lumière de ce constat, le champ consacré à cet essai est limité aux moyens mis en œuvre par les malades pour parer aux atteintes médicales sur l'intégrité physique. Ces dernières peuvent relever de l'intentionnel ou du non-intentionnel, c'est dire la place première du rôle assigné à la volonté en tant que « support de l'intention [...] et renfort de la faute »⁵. En effet, le primat moral se réfère à l'état d'esprit du médecin qui a voulu ou non l'acte incriminé. Ainsi, lorsque le médecin enfreint une règle sociale qu'il sait défendue par la loi tout en voulant le résultat de l'infraction, il y a faute intentionnelle⁶. Pour

¹ B. Grandordy, *Le médecin devant le juge, Fait-il face à une menace aggravée du pénal ?* Paris, L'Harmattan, 2016, p. 93.

² R. Savatier, J-M. Aubry, J. Savatier et alii, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, p. 574.

³ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, Chron. p. 1508 ; D. Roets, « Le crime français de tortures et actes de barbarie à l'aune du droit international des

droits de l'homme », in *Mélanges Koering-Joulin*, Paris, Anthemis, 2014, p. 251.

⁴ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2016, n° 381.

⁵ Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », in *Mélanges Jean Larguier*, Grenoble, PUG, 1993, p. 203.

⁶ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », *D.* 2000, n° 40, p. 603.

retenir la culpabilité, il revient donc au juge de faire la démonstration que le médecin a violé la loi en connaissance de cause tout en désirant le résultat obtenu. L'adhésion psychologique à l'acte et à ses conséquences constitue dès lors le dol spécial caractéristique de la délinquance en « blouse blanche ». Ainsi, la culpabilité peut toujours être retenue mais elle dépend de l'existence du lien de causalité qui implique une certitude constitutive de faute simple de l'article 320 du Code pénal congolais. La faute simple exige donc selon cette disposition une causalité directe entre la faute et le dommage. La causalité peut relever de plusieurs conditions équivalentes nécessaires à établir la culpabilité ou d'une seule condition retenue pour sa force causale. Cependant, plus protecteur du médecin, l'article 121-3, l'alinéa 4, du Code pénal français établit une causalité indirecte qui ne permet de mettre en œuvre la responsabilité pénale du médecin que lorsque celui-ci a commis une faute d'« une certaine gravité »⁷, c'est-à-dire une faute caractérisée, détournant ainsi le curseur de la culpabilité sur le lien de causalité tandis

que la culpabilité en droit congolais est étroitement liée à la faute.

Historiquement, c'est pour venir à bout des pathologies dues au climat tropical impitoyable que le Congo va être doté d'un cadre moderne⁸ pour l'exécution des actes médicaux malgré l'existence sur le territoire congolais d'une médecine traditionnelle⁹. Mais il n'était pas rare que les moyens mis en œuvre pour imposer la médecine occidentale confinent au délit. En effet, les médecins blancs en venaient « à imposer un savoir-faire, un acquis scientifique contre la médecine empirique [...] »¹⁰, c'est-à-dire en dehors de tout consentement. Dans un contexte où la responsabilité pénale médicale était « quasi inexistante »¹¹ en France, l'institution d'« un privilège d'exercice » pour les médecins, aboli par la Révolution de 1789 mais réhabilité en 1790 sous l'influence de Portalis, « exonérait de la responsabilité civile les représentants du pouvoir et les membres de l'administration »¹². Par conséquent, le statut particulier protecteur que l'Empire attribuait à ses sujets et la condition d'indigène n'admettaient ni n'envisageaient

⁷ A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal français », *Revue des sciences criminelles*, janv.-mars 2003, p. 79.

⁸ Le Congo de la fin du XIXe siècle est un territoire hostile au climat tropical impitoyable à l'origine de nombreuses maladies infectieuses. Pour mener à bien les missions d'expéditions coloniales, il est plus que nécessaire de venir à bout de ces pathologies. On envisagea la construction d'un hôpital général moderne à Brazzaville qui fut inauguré en 1958.

⁹ S. Dianzinga, « Santé et maladies en situation coloniale : l'exemple du Moyen-Congo (1908-1958) », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Lettres et sciences humaines*, 2009, p. 92, spéc. p. 99.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Paris, Cujas, 2013, n° 21.

¹² Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale*, Paris, 2006, PUF, p. 28.

un recours répressif contre le médecin¹³. L'actualité nous renseigne que les méthodes anciennes n'ont pas forcément changé : lorsqu'il s'agit de combattre les pandémies comme la covid, les Etats ont tendance à soumettre les populations à une vaccination de masse sans éclairer leur consentement du risque consubstantiel à l'activité médicale.

La notion de risque est liée à celle de faute. Elle s'entend de « la mise en péril d'une personne résultant de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement »¹⁴. En droit congolais, la notion de faute pénale découle des articles 319 et 320 du Code pénal. Ainsi, sur le fondement de l'article 319, la « maladresse, [l'] imprudence, [la] négligence ou [le] manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements » suffisent pour que la culpabilité du médecin soit retenue. On retient que ces comportements aléatoires appliqués au médecin constituent un risque, c'est-à-dire un évènement aléatoire susceptible de causer un dommage. Ces mêmes textes ont servi de base légale à la culpabilité en

France¹⁵ avant que le législateur qui trouvait son régime assez strict en vienne à des réformes plus apaisantes. L'article 121-3, nouveau, du Code pénal français a inauguré en 1994¹⁶ la première modification des articles 319 et 320. Le texte actuel est l'aboutissement de la réforme de 2000¹⁷ qui a enrichi l'article 121-3 du Code pénal de nouvelles catégories de la faute¹⁸ en fonction du lien de causalité. Dans le même temps, les textes en vigueur en droit congolais ne s'embarrassent pas d'une échelle de gravité réductrice du champ de la responsabilité pénale en cas de comportement dangereux. Ainsi, le seul manquement à une obligation de prudence imposée par la loi et le règlement est suffisant à constituer une faute d'imprudence. Ces fautes non-intentionnelles, caractérisées par un dol éventuel, s'opposent aux fautes intentionnelles, caractérisées par un dol spécial, qui ont par conséquent la particularité d'aggraver la responsabilité du médecin fautif.

En dépit de l'importance que revêt la question des contraintes pénales concernant les praticiens de l'art de guérir au Congo, la

¹³ A ce titre, aujourd'hui plus qu'hier, la responsabilité des praticiens du secteur public hospitalier relève du droit administratif. Ce principe a été posé par l'arrêt *Blanco* (Tribunal des conflits, 8 février 1873, *D.* 1873, III, p. 20).

¹⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018.

¹⁵ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue des sciences criminelles*, avril-juin 2017, p. 236.

¹⁶ Loi n° 96-393 du 13 juillet 1996.

¹⁷ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.

¹⁸ A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 79.

doctrine n'est pas prête au débat. Pourtant, la liberté d'entreprendre qui a pour corollaire l'exercice libéral de la profession et l'utilisation des méthodes médicales sophistiquées fait craindre un risque pénal croissant. L'institution d'une inspection générale de la santé¹⁹ chargée « de conduire, sur instructions, auto-saisine, les investigations relatives à la gestion technique » témoigne de l'intérêt que revêt la question quand bien même sur le plan théorique les rares travaux en la matière traitent de la responsabilité des médecins en général²⁰. Dans le même temps, à ce jour, une seule étude a orienté la discussion sur l'inévitable responsabilité pénale des médecins²¹ qui mérite bien qu'on s'y attarde au regard du nombre exponentiel des décès dans les hôpitaux publics. Tandis qu'en France, la matière a connu un véritable regain d'intérêt²² portant notamment sur les justifications pénales de l'activité médicale²³. La nouvelle rédaction de l'article 121-3 du Code pénal a eu pour

conséquence d'influencer les affaires en cours devant les juridictions pénales²⁴ dans un sens plus favorable aux médecins. Et c'est tout l'agrément que l'on prend de l'analyse de la question relative au risque pénal qui hante la profession. En effet, si son intérêt réside dans la détermination des règles claires de mise en jeu de la responsabilité pénale qui tiendraient compte des droits des différentes parties, force est de reconnaître que l'enjeu de la question consiste à ne pas réserver au médecin fautif le même sort qu'un quelconque délinquant sauf dans les cas extrêmes de faute aggravée. En effet, une contrainte pénale trop forte priverait les malades de l'offre de soins déjà insuffisante au regard des attentes exprimées.

Si le principe de l'inviolabilité du corps humain ne connaît d'exceptions que la nécessité thérapeutique et la loi²⁵, le droit d'ester en justice pour obtenir la réparation d'un préjudice est opposable à tout

¹⁹ Décret n°218-269 du 2 juillet 2018 portant attributions et organisations de l'inspection générale de la santé.

²⁰ A. Nganga, « La responsabilité médicale et hospitalière au Congo », *La Semaine africaine*, n° 1762 du 25 au 31 août 1988, p. 20 ; V. de P. Mouanda-Ngouma, *La situation de la victime d'un accident médical devant les juridictions civiles congolaises : cas des tribunaux populaires d'arrondissements de Mvoumvou et de Poto-Poto*, Mémoire, Brazzaville, 1989, Ecole nationale d'administration et de magistrature ; E. Eyangue, *La responsabilité des personnels du corps médical, des sciences infirmières et auxiliaires médicaux*, Mémoire, Brazzaville, 1997, Ecole nationale d'administration et de magistrature.

²¹ V. R. Samba-Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé*, Berlin, 2018, éditions universitaires européennes.

²² P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP* 2002, I, 149, p. 1285 ; A. Garay, « Le régime pénal de l'erreur de diagnostic en matière médicale », *Gaz-Pal.*, 17-19 déc. 2000, Doctr. p. 21 ; Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle en droit pénal ... », *op. cit.*, p. 603.

²³ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Nancy II, 1993.

²⁴ Cass. crim., 5 sept. 2000, *JCP G* 2001, II, 10507, note Y. Chevallier.

²⁵ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 184.

individu. Ce droit doit être appréhendé comme l'arme fatale du justiciable dans toute société éprise de justice et du respect des valeurs humaines. Cette étude a pour objectif principal de fixer les limites de l'intervention du médecin sur autrui, limites au-delà desquelles tout acte médical devient une agression à laquelle il convient de répondre par le dispositif répressif prévu par le droit. Ainsi, même dans la souffrance extrême, seule la prise en compte de la personne humaine²⁶ et du droit des malades²⁷ à mettre en œuvre la responsabilité pénale du médecin donnerait un sens à l'acte médical. Mais la définition des principes éthiques clairs en matière de protection de la vie en tant que « bien juridique intangible »²⁸ et « droit fondamental »²⁹ transposables en droit pénal n'est pas une sinécure. En effet, la médecine et le droit « sont confrontés à des considérables et quotidiens problèmes déontologiques »³⁰ et à la nécessité de respecter un principe de légalité difficile à appréhender en raison de sa largesse et de ses ambiguïtés³¹.

Considérée comme le bien suprême, la vie est protégée par la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 à son article 8 et à l'article 1^{er} du préambule de la loi n°073/84 du 17 octobre 1984 portant Code de la famille. Ce corpus légal de portée générale sert de fondement à la sanction des actes délictueux auxquels sont exposés les médecins. Aussi, la question de l'encadrement juridique de l'acte médical ne devrait pas poser de difficultés majeures en présence des principes déontologiques et des textes d'incrimination. Mais l'acte médical est avant tout un acte technique entouré d'aléas et d'incertitudes que compenseraient les prouesses scientifiques de ces dernières années en matière de santé. Cette évolution accentue le désir de confort et d'efficacité dans les résultats qui favorise la contrainte pénale que le médecin, considéré dorénavant comme « quasi-infaillible »³² aux yeux de la société et de la loi, trouve injuste. Plus l'efficacité de la médecine est inéluctable, plus la responsabilité pénale des médecins est mise en cause³³. Cependant, les actions pénales contre les médecins demeurent assez rares

²⁶ A. Foulla Damna, « Les politiques de la dignité sur le vivant et le mort en Afrique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 47-63.

²⁷ P. Mistretta, « La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé : réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G* 2002, I, 141.

²⁸ U. Cassani, « Le droit pénal suisse à l'épreuve de l'assistance au décès : problèmes et perspectives », p. 123, www.archive-ouverte.unige.ch. Consulté le 22 janvier 2020, à 03 heures : 33 minutes.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ D. Manai-Wehrli, « Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie », p. 207, www.archive-ouverte.unige.ch. Consulté le 19 janvier 2020, à 22 heures : 03 minutes.

³¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 54, 55.

³² Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 212.

³³ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 31.

contrairement aux cas effectivement constatés de négligence ou de violence³⁴. A cet effet, les médecins hospitaliers sont protégés par leur statut d'agent public qui couvre leurs responsabilités civile et pénale en mettant à la charge de l'Etat la réparation indemnitaire, sauf recours de l'hôpital contre le médecin fautif en cas de faute grave³⁵.

Cette réflexion tendrait vers une meilleure appréhension de la réalité. De ce fait, les hypothèses de condamnation paraissent saugrenues et insolites sauf à considérer le « chiffre noir » de la criminalité en vue d'être éclairé des statistiques concernant les actions intentées. Ce qui met en lumière les insuffisances du dispositif garantissant l'accès au juge³⁶ des victimes d'actes médicaux abusifs. Cependant, la responsabilité pénale d'un médecin en exercice libéral ne rencontrerait pas de difficultés particulières à sa mise en œuvre dans la mesure où l'action est menée par le Ministère public qui dispose de moyens de preuves nécessaires au soutien de son

action³⁷, tandis qu'en matière de responsabilité civile la preuve en plus d'être laborieuse est à la charge du plaignant.

Toutefois, l'écart spectaculaire entre les réalités congolaise et française sur la question justifiera notre propension à nous inspirer de la jurisprudence française qui connaît de nombreuses décisions relatives à la réparation du dommage causé à autrui en matière médicale dès 1830³⁸. Par la casuistique, il sera question de distinguer le cas congolais du cas français qui continue de lui servir de matrice légale en dépit du dynamisme constaté du droit répressif français. Par la méthode comparative³⁹, il sera question de déterminer lequel des deux systèmes constitue la moindre menace possible pour le médecin qui mérite protection au regard des risques auquel il est exposé.

Mais la protection du médecin ne saurait se faire en marge de ce qu'il est convenu d'appeler la « démocratie sanitaire ». Ce principe « signifie que le patient doit

³⁴ Nganga, « La responsabilité médicale et hospitalière au Congo », *op. cit.*, p. 20.

³⁵ Désormais, en France, la responsabilité pénale des personnes morales pour « homicide involontaire » et « mise en danger de la vie d'autrui » a été reconnue ; elle n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices : article 121-2, nouveau, du Code pénal ; Cass. crim., 1er avril 2008, n° 1962, 07-81.509.

³⁶ R. Moutéké, I. Locko, « Protection des droits des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue », in *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, sous la direction de D. Maugest et de P.G. Pougoué, Actes de Colloque de Yaoundé, du 9-11

nov. 1994, UCAC-Karthala, Yaoundé-Paris, 1995, p. 169 : « [les juges] doivent garantir les droits fondamentaux de la personne et demander des comptes à ceux qui se sont rendus coupables d'atteintes à l'intégrité, à la liberté et à la sécurité des personnes ».

³⁷ Nganga, « La responsabilité médicale et hospitalière au Congo (suite) », *La Semaine africaine*, n° 1763, 1988, p. 16.

³⁸ Ex. Cass. req. 18 juin 1835, *DP*, 1835, I, concl. Dupin, 300.

³⁹ Les articles 317, 319, 320 du Code pénal congolais sont hérités de l'ancien Code pénal français.

devenir un acteur totalement impliqué et responsabilisé dans la démarche de soins dont il est le bénéficiaire »⁴⁰. Ainsi, la sanction pénale des manquements fautifs du médecin s'est amplifiée avec l'avènement d'une responsabilité civile professionnelle obligatoire⁴¹ qui a aiguisé la soif de vengeance des victimes. Ce qui témoigne d'une recherche d'efficacité optimale et participative qui devrait prendre en considération la protection accrue de l'humain dans sa subjectivité⁴². A cet égard, la responsabilité pénale mise en œuvre est considérée comme une menace. Le risque, qui s'entend du non-respect du devoir d'assistance « fait craindre de graves conséquences pour la personne »⁴³, justifie la mise en jeu de cette responsabilité. Face à une action pénale aussi vindicative que ciblée, de quels moyens le médecin dispose-t-il pour limiter le risque ?

La réponse à cette question est loin d'être uniforme. Elle dépend avant tout de l'efficacité de l'arme dont dispose le malade pour répondre ou parer à la violence dont il est l'objet. Redoutable, le risque pénal n'est pas à sous-estimer ; car du haut de sa science, le médecin peut désormais faire

l'objet de poursuites devant les juridictions répressives comme tout autre délinquant. Permanent, le risque pénal ne peut être éradiqué ; mieux, il ne peut être que réduit. Pour ce faire, la prise en compte de la spécificité de la profession commande un traitement pénal juste des médecins. Ainsi, autant son intervention sur l'intégrité de la personne humaine en tant que valeur sociale expose le médecin au risque pénal (I), autant le médecin qui s'engage à sauver des vies mérite d'être protégé du risque pénal (II) qui pèse sur lui.

I) Le médecin exposé au risque pénal

En tant qu'humain, le médecin n'est pas infaillible. Il est l'objet de faiblesses qui l'exposent au risque pénal. Mais la loi module la répression en faisant la part des choses selon que la menace résulte d'une faute relevant simplement du vol éventuel, c'est-à-dire de la défaillance de l'homme ordinaire (A), ou du dol spécial de l'homme de l'art (B).

⁴⁰ Comité consultatif national (France) d'éthique (2004). Avis n° 87 « Refus de traitement et autonomie de la personne ».

⁴¹ Avec l'idée que le médecin dont la responsabilité civile personnelle est couverte ne devrait pas échapper à la sanction pénale.

⁴² Chr. Hennau-Hublet, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la

biologie contemporaine », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPEL-UREF, Colloque international, 29-30 sept., 1er oct. 1993, Port-Louis, p. 465.

⁴³ Trib. corr. Rouen, 9 juill. 1975, *JCP* 1976, II, 8258, note R. Savatier.

A- La défaillance de l'homme ordinaire

La défaillance en tant que faiblesse humaine est un facteur de la responsabilité pénale lorsque le médecin dans l'exercice de son art pose des actes qui mettent en danger la vie d'autrui (1) ou participe à la réalisation d'un évènement indésirable (2).

1) La mise en danger de la vie d'autrui

En droit congolais, la faute non-intentionnelle est fondée sur la responsabilité pénale de l'article 319 du Code pénal lorsque le prévenu « par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause [...] »⁴⁴. Cette disposition décrit le profil psychologique du délinquant. Appliquée au médecin, celui-ci échappe difficilement à la sanction⁴⁵ lorsqu'il met en danger la vie d'autrui par le dol éventuel que prescrit l'article 121-3, alinéa 2, du Code pénal

français. En l'absence de toute conséquence dommageable⁴⁶, la faute simple est néanmoins retenue contre le médecin agresseur⁴⁷ dès lors que le lien de causalité directe de l'article 320 du Code pénal est établi. A priori sous-entendue⁴⁸, la faute simple admet une causalité directe énoncée à l'article 320 du Code pénal. En d'autres termes le dommage causé sur l'intégrité corporelle de la victime doit être en rapport direct avec l'acte médical⁴⁹. Ainsi, pour retenir la faute simple, le médecin doit n'avoir pas observé des obligations réglementaires professionnelles ou n'avoir pas effectué des diligences normales inhérentes à sa mission d'assistance et de soins⁵⁰. C'est notamment le cas « lorsque l'acte médical ne participe pas de la normalité »⁵¹, ou lorsque le médecin a mis en danger le malade en s'abstenant d'observer l'obligation qui lui incombait d'arrêter toute alimentation du patient et de

⁴⁴ Voir les articles 221-6, 222-19, 222-29 du Code pénal français.

⁴⁵ J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, 2002-2003, Cujas, n° 516 ; Crim., 18 janv. 1966, *JCP.*, 1966, II, 14663, 3ème espèce, note Vivez ; Paris, 13 juill. 1993, affaire dite « du sang contaminé », *Droit pénal*, 1994, comm. 12.

⁴⁶ Il s'agit de lésions dont la conséquence immédiate serait l'homicide involontaire ou l'incapacité totale ou partielle de travail

⁴⁷ Article 320 du Code pénal : « S'il est résulté du défaut d'adresse ou de précaution, des blessures, coups ou maladies, entraînant une incapacité de travail personnel pendant plus de six jours [...] ».

⁴⁸ E. Dreyer, « La causalité directe de l'infraction », *Droit pénal*, 2007, chron. n° 9.

⁴⁹ M. Dauray-Fauveau, *Droit pénal spécial*, Paris, 2010, PUF, n° 371.

⁵⁰ Les articles 5, 6 et 25 du Code de déontologie des professions de la santé.

⁵¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 329 : Cass. crim., 18 sept. 2007, n° 06-87438 : cas d'un chirurgien qui avait ainsi de façon imprudente et fautive pris un risque vital en prolongeant l'intervention de près de deux heures, ce qui rendait irréversible l'évolution de l'état de choc hémorragique et le décès de la patiente.

poser une sonde gastrique postérieurement à son intervention⁵².

Au regard du juge, il y a faute dans toutes les hypothèses de « défaillance ordinaire »⁵³. A l'inverse, l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal français permet, grâce à la théorie de l'équivalence des conditions⁵⁴, de sanctionner tout comportement de médecins « qui n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter le [dommage] ». Cependant, cette approche extensive est difficile à mettre en œuvre car elle expose à la répression les médecins pris dans leur globalité en raison de la pluralité des fautes⁵⁵. Toutefois, la faute simple peut vite muer en faute caractérisée aux termes de l'article 121-3, alinéa 4, lorsque le médecin expose autrui au danger par sa désinvolture. La responsabilité du praticien est ainsi engagée⁵⁶ au regard du risque pris qui relève du dol éventuel⁵⁷. Ainsi, le médecin expérimenté qui par un moment de faiblesse humaine omettrait d'interroger un malade

sur ses antécédents médicaux commettrait une faute caractérisée⁵⁸. Ici, la conscience du risque suffit ; il n'est pas nécessaire que la faute soit matérialisée dans l'« inobservation des règlements » comme l'indique l'article 319 du Code pénal congolais. Dès lors, la faute est caractérisée lorsque le lien de causalité est aisément établi entre le comportement du médecin et le fait dommageable⁵⁹.

En droit français, la faute caractérisée est à mi-chemin entre la faute simple et la faute délibérée⁶⁰. En réalité, il n'est pas rare qu'une faute légère engendre des sanctions plus lourdes qu'une faute caractérisée⁶¹. En règle générale, le critère de la sanction demeure le défaut de « diligences normales ». De toute évidence, lorsque le comportement fautif du médecin n'engendre pas un homicide involontaire⁶², le simple « défaut d'adresse ou de précaution » du praticien génère les risques prévus à l'article 320 du Code pénal⁶³

⁵² Cass. crim., 29 mai 2001, n° 00-85497, inédit., cité par P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op.cit.*, p. 1290, n° 16.

⁵³ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 330 ; A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 87.

⁵⁴ Cass. crim., 18 nov. 1927, S. 1928, I, p. 192 ; cité par P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1287, n° 6 ; P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », in *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 447.

⁵⁵ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1290.

⁵⁶ J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 518 ; Soc., 28 février 2002, D. 2002, I.R., 1009.

⁵⁷ P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée... », *op. cit.*, p. 445.

⁵⁸ Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-80.635 : négligences graves et fautives. Encore faut-il prouver l'intention fautive du médecin.

⁵⁹ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1287.

⁶⁰ *Ibidem*, n° 18 ; A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 88.

⁶¹ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal ... », *op. cit.*, p. 606.

⁶² Article 319 du Code pénal congolais.

⁶³ Les coupables d'atteintes à l'intégrité corporelle sont punis de peine de prison et d'amende.

consacrant ainsi en droit congolais la conception unitaire des fautes civile et pénale. Ainsi, pour caractériser la faute du médecin il doit « exister un lien de causalité entre la négligence et le décès survenu »⁶⁴. Mais le législateur français à l'article 121-3, alinéa 4, ne se limite pas comme son homologue congolais à établir la faute du médecin, encore faut-il que le « risque » ait été d'une « particulière gravité ». Le danger auquel est exposé le patient est ici prévisible, mais la certitude quant à savoir si le risque était voulu laisse à désirer⁶⁵. Le risque ou la faute peut s'entendre de l'insuffisance de précaution⁶⁶, de la négligence du médecin qui a fait courir « un risque mortel essentiel »⁶⁷ pour le patient ou du « mépris pour autrui »⁶⁸. Evidente⁶⁹, la faute caractérisée est la sanction de la défaillance du médecin qui expose à un risque dangereux le malade même en l'absence de préjudice. Ainsi le juge congolais a-t-il reconnu la « faute caractérisée » concernant le médecin qui « a manqué d'adresse en ce qu'il a semblé sous-estimer la gravité du cas notamment en

administrant à la patiente une seule [poche] de sang alors qu'après interrogatoire aussi bien du médecin ayant pratiqué l'autopsie du corps que du médecin « neutre » invité par le tribunal pour l'éclairer, [...] dans de tels cas deux [poches] de sang étaient exigés »⁷⁰. En effet, les termes de cette décision ne sont pas loin de la faute caractérisée de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français.

Aussi, le Tribunal de grande instance de Brazzaville a eu l'occasion de rendre un jugement⁷¹ concernant un médecin ayant pratiqué une anesthésie générale sur un malade alors que l'intervention chirurgicale bénigne en vue d'une ostéosynthèse de la rotule droite ne nécessitait qu'une anesthésie locale. Il s'en est suivi un coma prolongé du patient qui n'a pas pu reprendre connaissance avant de trouver la mort. Ainsi, faute d'avoir procédé aux tests préparatoires pour s'assurer que le patient pouvait supporter une anesthésie générale, le réanimateur-anesthésiste s'est rendu coupable d'imprudence prévue à l'article 319 du Code pénal. Cependant, l'auteur de

⁶⁴ TGI de Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, *Répertoire*, n° 305, inédit.

⁶⁵ P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée... », *op. cit.*, p. 46.

⁶⁶ Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-82202.

⁶⁷ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, n° 332 ; Cass. crim., 23 févr. 2010, n° 09-85791, *Droit pénal*, 2010, comm. n° 58, obs. M. Véron.

⁶⁸ TGI de Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, préc.

⁶⁹ CA Agen, 27 nov. 2000, n° 00-753, *BICC* 31 mai 2001, n° 606, cité par P. Mistretta, « La

responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1290. Selon les magistrats, il n'était pas établi que les médecins « savaient que leur comportement créait à l'encontre de leur patiente un danger d'une particulière importance ».

⁷⁰ TGI de Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, préc.

⁷¹ TGI de Brazzaville, ch. civ., 20 juin 2000, Rôle civil n° 231, *Répertoire* n° 104, cité par V. R. Samba Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé*, *op. cit.*, p. 76.

la faute n'était pas poursuivi sur le fondement de la responsabilité pénale individuelle. L'action contre le Centre hospitalier de Brazzaville concernait les responsabilités civile et administrative de l'établissement public. Or, la faute à l'origine du décès « [était] aussi constitutive d'une infraction à la loi pénale »⁷².

Dans un autre registre, l'obligation du médecin d'assister et de soigner les malades⁷³ se heurte au principe de « l'intangibilité et de l'inviolabilité du corps humain »⁷⁴ qui permet au patient de refuser l'assistance et les soins qui lui sont prodigués. Cependant, cette disposition n'est pas assortie de l'obligation d'obtenir le consentement du patient qui est sous-entendu à l'article 6 du Code de déontologie des médecins congolais⁷⁵, en tant que gage de protection du malade, et s'impose à l'article 16-3 du Code civil. Par conséquent, le médecin qui outrepasserait ses droits en prodiguant des soins malgré le refus du patient commettrait un acte constitutif du

dol éventuel justificatif de l'intervention du juge⁷⁶. C'est ainsi que les témoins de Jéhovah refusent toute transfusion sanguine qu'ils considèrent comme une « violation du caractère sacré du sang »⁷⁷. Toutefois, lorsque le pronostic vital est en jeu, en dépit du droit au refus de se soigner que reconnaît la loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002, le juge administratif enjoint aux médecins de convaincre le patient d'accepter la transfusion sanguine en tant qu'intervention « proportionnée et indispensable à la survie de l'intéressée [...] »⁷⁸.

A bien y voir, si le risque lié à la mise en danger d'autrui peut être limité par le respect des devoirs de diligence, celui lié à la réalisation d'un événement indésirable l'est encore moins car l'erreur est humaine.

2) L'événement indésirable

Il est convenu que le danger peut provenir également d'un événement indésirable ou d'un accident⁷⁹, c'est-à-dire d'une erreur médicale. A la différence de la faute,

⁷² *Idem*.

⁷³ Article 5 du Code de déontologie des professions de la santé ; article 1111-4, alinéa 1 du Code de la santé publique.

⁷⁴ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 279.

⁷⁵ Article 6 du Code de déontologie des professions de la santé : « Appelés d'urgence près d'un mineur ou autre incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal, les personnels de la santé et des affaires sociales doivent user immédiatement de leurs connaissances, compétences et des moyens dont ils disposent ».

⁷⁶ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.*, p. 129.

⁷⁷ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 279.

⁷⁸ CE, 26 août 2002, *JCP G* 2002, II, 10184, note Mistretta. Le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre son patient témoin de Jéhovah, d'accepter les soins indispensables et s'assurer que le recours à la transfusion sanguine est proportionné et indispensable à la survie de l'intéressé, sans porter atteinte aux articles 16-3 du Code civil, 1111-4 du Code de la santé publique et à l'article 9 de la CEDH : « Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate ! ».

⁷⁹ Cl. Sureau, D. Le court, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 27.

l'erreur est une « anomalie accidentelle de comportement »⁸⁰ à laquelle le bon médecin ne saurait échapper. Ainsi, l'erreur pourrait être considérée comme la maladresse ou l'imprudence des articles 319 du Code pénal congolais et 121-3 du Code pénal français dont la causalité indirecte « ne s'impose pas avec la même force que dans les hypothèses [de la faute] »⁸¹. Ainsi les mêmes considérations qui conduisent à sanctionner la « faute » en matière médicale, font de « l'erreur une espèce dont la faute est le genre »⁸². Toutefois, c'est l'accident qui résulte de la conduite non fautive, c'est-à-dire conforme aux règles de l'art de la médecine (prudente et non négligente) qui pose le problème de la sanction au regard du dommage causé. Dans de telles conditions, l'erreur ne peut être sanctionnée que lorsqu'elle devient faute. Or, « Toute erreur constitue assurément une faute et si la faute la plus légère peut engager la responsabilité, il en est de même pour l'erreur la moins grave »⁸³. Ainsi reconnaît-on qu'il est propre à l'esprit humain, et donc au médecin, soit de se tromper en opérant un diagnostic erroné, anormal, inexact sans pourtant commettre une faute, soit de se tromper en pratiquant

sur le malade un acte matériel avec l'intervention d'instruments. L'absence de faute « ne devrait pas engager la responsabilité » du médecin, mais l'erreur en tant que banalité de la vie humaine peut devenir répréhensible lorsque la faute s'y est immiscée, notamment lorsque le médecin a commis une faute ou des « négligences graves traduisant paresse et désintérêt »⁸⁴.

Dans les ambiguïtés créées par les accidents médicaux, le juge arrive à se frayer tant bien que mal un chemin entre la répression en cas de faute, et la relaxe en cas d'erreur. C'est ainsi que pour un accident qui semble bien porter la marque de l'erreur concernant une injection intraveineuse⁸⁵, le juge congolais apprécie le lien de causalité directe qui aboutit à une condamnation. Il s'agissait de l'exécution d'un traitement d'ampoules injectables prescrit par un médecin à une jeune malade. Ces injections ont été administrées par une technicienne de laboratoire pendant trois jours au terme desquels la jeune fille accusa une infirmité de la jambe gauche ayant valu à la technicienne de laboratoire une

⁸⁰ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1973, LGDG, p. 12.

⁸¹ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1289.

⁸² J. Penneau, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé*, *op. cit.*, p. 82.

⁸³ T. corr. Mons, 29 juin 1965, *Journ. Trib.*, p. 95, note Dalcq.

⁸⁴ *Ibidem*, n° 18 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1289.

⁸⁵ Tribunal populaire d'arrondissement 3, Poto-Poto, 7 juillet 1990, Rôle civil n° 009, 1988, *Répertoire* n° 392.

condamnation pénale⁸⁶. La décision ne précise pas si la technicienne avait accompli l'acte en présence et sous la surveillance du médecin, ce qui aurait pour conséquence d'atténuer la responsabilité de cette dernière. Dans le même sens, la Cour de cassation avait retenu qu'en cas d'injection intraveineuse⁸⁷ il y a également indéniablement erreur, mais seule la négligence du praticien pourrait faire que les juges retiennent à son encontre une faute pour n'avoir pas « réservé la possibilité d'une anomalie anatomique »⁸⁸.

Par ailleurs, lorsque les risques constitutifs d'erreur sont intrinsèques aux prédispositions propres au malade, les erreurs qu'ils génèrent ne peuvent être mises au passif du médecin comme faute⁸⁹. Sans tenir compte des circonstances qui entourent ces accidents, l'erreur ou la maladresse est également manifeste lorsque le chirurgien oublie des compresses⁹⁰ ou des instruments dans le corps du patient⁹¹. Mais compte tenu de l'absence d'intention, la faute résultant de la défaillance humaine

ou d'une technique mal maîtrisée paraît bénéficier de l'indulgence générale. A l'opposé, le juge réprime systématiquement le dol spécial de l'homme de l'art en tant que participant de l'aggravation de la faute.

B- Le dol spécial de l'homme de l'art

C'est le comportement fautif du professionnel qui est sanctionné. Celui-ci aggrave sa responsabilité en tenant compte de l'intention, c'est-à-dire de l'existence d'une volonté consciente de nuire (1) ou de la violation d'une prescription légale ou réglementaire (2).

1) Une volonté consciente de nuire

Le Code pénal congolais prévoit les incriminations de « coups », « voies de fait » sous le vocable « violences » à l'article 309⁹². Pour schématiser, la matérialité des violences ne suffit pas pour que la sanction soit retenue, encore faut-il que le médecin ait agi volontairement et en toute conscience pour que l'incrimination soit constituée indépendamment du résultat⁹³. Ainsi, le médecin auteur d'actes délictueux

⁸⁶ TGI de Brazzaville, ch. corr., mars 1992, Rôle corr. n° 98, *Répertoire* n° 417 bis, 1992.

⁸⁷ Cass. 12 juillet 1961, *D.* 1962, somm. 23.

⁸⁸ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 156 ; Lyon, 6 novembre 1961, *D.* 1962, somm. 55 ; Cass. civ. 18 oct. 1960, *D.* 1961, 125, *JCP* 1960, 2, 11846, note Savatier.

⁸⁹ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 154.

⁹⁰ Paris, 16 janvier 1950, *D.* 1950, 169 ; *JCP* 1950, I, 5716, note Brunet ; Civ. 1ère, - mai 1959, *D.* 1960, somm. 24.

⁹¹ On fait la différence entre la faute en cas d'intervention normale : Besançon, 11 juillet 1932, *JCP* 1932, 2, 944.

⁹² Articles 222-7 à 222-16 du Code pénal français ; G. Levasseur, « Le nouveau régime répressif des atteintes contre l'intégrité corporelle d'autrui », *JCP* 1959. I.1515.

⁹³ Crim., 28 juillet 1969, *Bull. crim.*, n°239 ; 15 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 94 ; *JCP.*, 1979.II.19148, note Roujou de Boubée.

volontaires n'échappe pas à la sanction. Dit autrement, c'est l'intention coupable constitutive de dol spécial qui est au fondement de l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal. Il en résulte que « la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable »⁹⁴. Lorsque l'atteinte concerne les organes procréateurs, on parle de stérilisation violente⁹⁵. La question a été débattue par la Cour criminelle de Brazzaville concernant une ablation utérine intervenue peu après une interruption volontaire de grossesse pratiquée par un médecin. Poursuivi pour coups et blessures volontaires ayant entraîné une infirmité permanente, le praticien sera condamné à bon droit à cinq ans de prison avec sursis et à 120.000 francs CFA d'amende⁹⁶. Lorsqu'il est suivi de décès, l'acte est sanctionné par le législateur français à l'article 229-9 du Code pénal à dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. En effet, les « mutilations » ne peuvent être justifiées

que lorsqu'elles sont pratiquées dans un but curatif ou contraceptif, à défaut l'acte tombe sous le coup des violences de l'article 309 du Code pénal congolais. Seulement, une fois les conséquences de l'acte prescrites et en l'absence de l'élément moral, le médecin échappe à la sanction⁹⁷. Dès lors, l'acte de stérilisation peut être considéré comme un acte chirurgical normal⁹⁸.

En tant qu'homme de l'art, le médecin est autorisé à intervenir⁹⁹ parce qu'il dispose de la formation, de l'expérience¹⁰⁰ et de la connaissance du risque¹⁰¹ lié au métier¹⁰². Par conséquent, fort de ces acquis, ses défaillances sont constitutives de faute caractérisée¹⁰³. Mais en vérité, c'est la simple intention de nuire du médecin qui pourrait produire un effet plus dangereux (mort) que nuisible¹⁰⁴ qui est sanctionné. Bien plus subtil, le délit d'administration de substances nuisibles à la santé est d'interprétation large¹⁰⁵. Néanmoins, le médecin qui administre des soins est un « empoisonneur potentiel »¹⁰⁶ en raison des substances de composante chimique¹⁰⁷

⁹⁴ Cass. Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203.

⁹⁵ Ablation des testicules, ovariectomie, vasectomie, ligature des trompes.

⁹⁶ Cour criminelle de Brazzaville, 30 mars 1994, *Répertoire* n° 004, du 30 mars 1994.

⁹⁷ Cass. crim., 19 janvier 2005, *Droit pénal*, 2005, comm. n° 55, obs. M. Véron.

⁹⁸ S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, Paris, 2006, éd. Heures de France, n° 214.

⁹⁹ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁰ Cass. com., 13 févr. 2007, n° 06-82202.

¹⁰¹ Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-80653, *JCP G* 2012, chron. 341, obs. Véron.

¹⁰² Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-81089, *JCP G* 2007, II, 10 107, note P. Mistretta.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Articles 309 du Code pénal congolais, 222-7 Code pénal français.

¹⁰⁵ Article 317, al. 6, du Code pénal congolais ; article 225-15 du Code pénal français ; *Crim.*, 2 juillet 1886, *Bull. crim.*, n° 238, S. 1887.I.489 ; *Crim.*, 18 juillet 1952, *Bull. crim.*, n° 193, *D.* 1952.667 : administration d'un virus.

¹⁰⁶ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, op. cit., n° 264.

¹⁰⁷ J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, 2017, LGDJ, n° 28.

familiales à l'activité médicale¹⁰⁸. En tous les cas, l'administration des substances doit être « nuisible » sans être toutefois de nature mortifère pour que l'infraction soit retenue. Mais la nocivité se mesure en considération de l'effet de la substance sur l'« individu moyen »¹⁰⁹. Ainsi verrait-on mal qu'un médecin administre des substances nuisibles à un malade sauf pour l'aider à mourir même si, en réalité, c'est l'élément matériel qui est sanctionné sans tenir compte du résultat.

L'acte mortifère qui consiste à détruire volontairement la vie peut prendre la forme de l'homicide de l'article 295 du Code pénal congolais¹¹⁰. Médicalement, un certain nombre de critères¹¹¹ traduisent l'acte d'homicide pratiqué par le médecin qui n'implique pas nécessairement que la mort soit instantanée¹¹². Mais il n'est pas exclu que le médecin soit amené à aider au suicide¹¹³ un malade en lui fournissant les substances susceptibles de donner la mort¹¹⁴. Cette aide pour se procurer la mort est incriminée au même titre que la provocation au suicide¹¹⁵. Enfin, l'acte matériel doit être voulu par le médecin, ses

effets attendus. Un lien de causalité est donc nécessaire entre l'acte médical et la survenance du décès. L'intervention du médecin pour accomplir l'acte constitue une circonstance aggravante¹¹⁶. Il existe donc dans le meurtre un dol spécial (vouloir donner la mort)¹¹⁷ consistant en un acte positif (le fait de donner la mort) n'importe le mobile¹¹⁸.

Il est tout aussi regrettable que dans la pratique de l'acte médical le médecin porte atteinte à la vie d'un enfant nouveau-né. Prévu à l'article 300 du Code pénal, le terme « infanticide » est difficile à cerner en raison de son caractère exclusif. Il est entendu par le droit congolais comme le « meurtre d'un nouveau-né », c'est-à-dire d'un enfant de moins de trois mois. Ce qui suppose que le meurtre d'un enfant de plus de trois mois ou d'un enfant à naître ne saurait être regardé comme un infanticide selon le droit congolais. Dès lors, se trouve justifiée l'hypothèse selon laquelle le corps de la femme n'est pas distinct de celui de l'enfant qu'il porte. L'auto-avortement pouvant ainsi être considéré comme une simple mutilation de soi et le meurtre d'un enfant

¹⁰⁸ Cass. crim., 18 juill. 1952, *Bull. crim.* n° 193 : il s'agissait du virus du typhus exanthématique.

¹⁰⁹ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Paris, 2018, LGDJ, n°123.

¹¹⁰ Article 221-1 du Code pénal français.

¹¹¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 249.

¹¹² Cass. crim., 13 mai 1965, *Bull. crim.* n° 139.

¹¹³ Article 221-1 du code pénal français.

¹¹⁴ *Crim.*, 27 avril 1815, *Bull. crim.*, n° 28 ; ; Trib. corr. Lisieux, 26 févr. 1937, *D.H.*, 1937. 261. Il

s'agirait d'empoisonnement lorsque le moyen utilisé est une substance mortifère.

¹¹⁵ Article 223-13 à 223-15 du Code pénal français.

¹¹⁶ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2016, n° 108.

¹¹⁷ Y. Mayaud, « Meurtre », *Répertoire pénal spécial*, n° 20.

¹¹⁸ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 58.

de plus de trois mois pourrait donc être qualifié d'homicide. Toutefois, l'article 317, alinéa 4, du Code pénal incrimine tout acte d'avortement pratiqué par un médecin. En effet, le médecin qui intervient à l'avortement porte atteinte à l'intégrité physique de la mère seule ; il ne peut donc y avoir infanticide dans ce cas, l'enfant n'étant pas encore né. Cependant, la frontière entre l'infanticide et l'avortement est des plus ambiguës et la difficulté à réprimer l'infanticide qu'aurait commis le médecin évidente¹¹⁹. Par simplification, en droit français, l'auto-avortement n'existe plus comme délit depuis la loi du 27 janvier 1993 et l'infanticide, en tant que délit autonome a été élargi aux enfants de quinze ans¹²⁰ au jour des faits alors que le législateur congolais ne parle d'infanticide que concernant un enfant nouveau-né.

Il est cependant constant de relever que le médecin est souvent confronté à un cas de conscience quant à savoir s'il faut alléger ou abrégé la souffrance du mourant en s'abstenant de tout acharnement thérapeutique. Il intervient dès lors la question de la valeur juridique du

consentement de la victime¹²¹. Le Code pénal congolais ne prévoit pas l'incrimination d'euthanasie, mais le médecin congolais est soumis au *Serment d'Hippocrate* qui lui interdit de distribuer la mort. Le médecin qui donne la mort à un malade dans l'incapacité d'exprimer son consentement s'expose à l'incrimination de meurtre aggravé¹²². En effet, « Nul ne peut demander à autrui de lui donner la mort à sa place »¹²³ sauf dans le cas très exceptionnel de fin de vie causée par une affection grave incurable¹²⁴. Aussi, lorsque l'acharnement thérapeutique est fait à la demande du malade qui a donné à l'acte un consentement sans équivoque, l'acte ne saurait être répréhensible¹²⁵. De fait, en droit français la loi permet une fin de vie douce¹²⁶ en légitimant l'« exception d'euthanasie » lorsque les soins nécessaires n'ont pour seul effet que le « maintien artificiel de la vie ». Ainsi, le « droit à refuser les soins » peut être accompagné de leur suspension par le médecin lorsque la personne en fin de vie, consciente ou inconsciente¹²⁷, le demande.

¹¹⁹ Crime en 1810, délit en 1943, crime à nouveau en 1954, v. Pradel, M. Danti-Juan, *op. cit.*, n° 24.

¹²⁰ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 66.

¹²¹ J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 540 ; F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, 2003, L'Harmattan.

¹²² Cass. crim. ; 1er juillet 1937, S. 1983, 193.

¹²³ Circ. du 20 octobre 2011, loi n°2005-370 du 22 avril 2005.

¹²⁴ Article 1110-10 du Code de la santé publique.

¹²⁵ Article L. 1111-4 du Code de la santé publique ; J. Pradel, « Le refus de soins au risque de la mort », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, pp. 3 et s.

¹²⁶ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 92 ; A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP* 2011, étude 536 ; Crim. 3 janvier 1973, *Bull. crim.*, n° 2.

¹²⁷ Articles 1111-4 à 1111-10 du Code de la santé publique.

On retient de cette analyse que la volonté de commettre une faute en toute conscience aggrave la responsabilité du médecin. La faute est également aggravée lorsque le praticien viole une prescription légale ou réglementaire.

2) La violation d'une prescription légale ou réglementaire

La culpabilité intentionnelle est difficile à cerner tant et si bien que l'élément moral qui relève de l'intime est fuyant. Faire la démonstration de la culpabilité du médecin revient à scruter son état d'esprit en vue d'en appréhender le dol spécial caractéristique de la responsabilité pénale. L'article 319 du Code pénal décrit la faute non-intentionnelle en y insérant comme l'un des critères « l'inobservation des règlements ». Il s'agit de la violation volontaire des prescriptions légales ou réglementaires par le médecin qui aura causé un homicide. Ainsi, ne fait-il l'objet d'aucun doute que lorsque cette inobservation a causé sans le vouloir un dommage l'auteur doit pénalement y répondre. La question de savoir si la prescription a fait l'objet d'une violation en connaissance de cause semble ne pas avoir un grand intérêt pour le juge qui retient en toute hypothèse l'infraction non-intentionnelle au regard du lien de causalité

entre la faute et le dommage. C'est en ce sens que le Tribunal de grande instance de Brazzaville a retenu l'« inobservation de règlements » à l'encontre d'un médecin qui s'est « livré à des actes cliniques sans être détenteur des diplômes requis pour cette spécialité »¹²⁸. En fait, le fait de se livrer à des actes médicaux dans un domaine où on n'est pas spécialisé relève forcément du domaine de l'intentionnel. Il va sans dire que le médecin savait ne pas avoir acquis une formation ou des compétences dans le domaine où il est intervenu. Dans la même veine, la Cour de cassation a qualifié de faute caractérisée « le fait pour un médecin de prendre en charge, sauf circonstances exceptionnelles, une pathologie relevant d'une spécialité étrangère à sa qualification [...] »¹²⁹. En qualifiant de faute caractérisée un tel exercice, le juge français sanctionne l'inobservation des règles d'accès à la profession dont la connaissance en une telle occurrence par le médecin ne pouvait faire l'objet de doute. Dit autrement, l'aggravation de la faute par le médecin est due au fait que la violation de la règle s'est faite en connaissance de cause.

Sans être explicitement volontaire, la faute délibérée ou caractérisée constitue selon le mot d'un auteur « l'antichambre »¹³⁰ de l'intention étant donné que le risque pris par

¹²⁸ TGI Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, préc.

¹²⁹ Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-85360.

¹³⁰ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1290.

le médecin en mettant en danger la vie d'autrui est d'une extrême gravité¹³¹ que le prévenu ne pouvait ne pas en ignorer les conséquences sans les vouloir. C'est le cas du médecin qui applique un traitement aventureux¹³² ou qui accomplit un acte chirurgical maladroit¹³³. L'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français parle de la transgression « manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Le médecin doit donc avoir agi en toute conscience de mettre en danger la vie du patient¹³⁴. L'acte médical anesthésique semble être un terreau favorable¹³⁵ à la faute délibérée qui met en danger autrui au regard de nombreuses prescriptions légales et réglementaires en matière de sécurité¹³⁶. Ainsi, c'est le dommage généré par le comportement¹³⁷ du médecin négligent qui est sanctionné. On pourrait dès lors voir dans l'article 319 du Code pénal congolais les germes d'une interprétation doctrinale de la faute délibérée du médecin qui s'entend de la violation d'un devoir de sécurité ou de prudence en cas « d'inobservation des

règlements ». S'inscrit ainsi dans cette analyse, nous semble-t-il, le cas du médecin expérimenté qui « n'a pas pu se faire assister d'une sage-femme et d'un anesthésiste pour ses opérations d'accouchement »¹³⁸.

La tendance actuelle de la jurisprudence française est de rapprocher étroitement l'inobservation des règlements et l'intention. Il en résulte une sorte d'« infaillibilité » du professionnel que sert l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal en ce sens que le médecin ne peut ne pas avoir connaissance de l'interdit édicté par la réglementation en vigueur dans la profession. Ainsi, « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée à l'article L. 121 alinéa 3 du Code pénal »¹³⁹. Il importe de préciser que cette décision a été rendue dans un domaine autre que le domaine médical. Mais le raisonnement développé s'appliquerait bien au non-respect des

¹³¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 347.

¹³² Crim., 5 avril, *DP* 2005, n° 103, obs. Véron.

¹³³ Crim. 30 oct. 2007, *DP* 2008, n° 18, obs. Veron.

¹³⁴ Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal », *op. cit.*, p. 203. Selon l'auteur, il doit s'agir d'« une attitude volontaire dans une conduite négligente [...] ».

¹³⁵ Médecins urgentistes et anesthésistes : P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 332 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1290.

¹³⁶ TGI de Bobigny, 7 juill. 1999, *Gaz. Pal.* 22-23 mars 2000, p. 41, note J. Bonneau.

¹³⁷ Cass. crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 203. La formule est devenue de style : « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er du Code pénal ».

¹³⁸ TGI de Brazzaville, 2ème ch. corr., 9 août 2006, *op. cit.*

¹³⁹ Cass. crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203.

règles concernant l'exercice de la profession médicale.

Il est ainsi acquis que l'acte médical gouverné par un dol éventuel ou spécial expose le médecin au risque pénal. Ainsi, bien que tenant compte de l'élan intentionnel, la sanction de la faute doit également prendre en considération la noblesse du métier qui consiste à guérir. A ce titre, le médecin mérite d'être protégé du risque pénal devenu permanent.

II- Le médecin protégé du risque pénal

La protection contre le risque pénal mobilise pour sa mise en œuvre des mécanismes juridiques qui sont autant de moyens limitant le champ de la culpabilité des médecins. D'une part, le droit prévoit un cadre réglementaire préventif du risque pénal (A). D'autre part, la réponse au risque pénal a pour effet une intervention mesurée de la sanction pénale (B).

A- Un cadre réglementaire préventif du risque pénal

Dans toute activité juridique, la prévention se présente désormais comme un pis-aller contre le risque pénal. Il s'agit d'abord pour le médecin de veiller à l'observation des prescriptions réglementaires (1). Cette immixtion du règlement dans le domaine de

la loi a pour conséquence le dévoiement du droit pénal (2) qui subit un affaiblissement de son caractère essentiellement répressif.

1) L'observation des prescriptions réglementaires

L'activité médicale est soumise aux règles édictées par la profession. Cet ensemble de règles techniques encadrent l'acte médical avec pour finalité d'en assurer la sécurité à défaut de pouvoir « supprimer le risque »¹⁴⁰. Au sens constitutionnel¹⁴¹, les règlements sont les textes des autorités administratives sous la forme de décret, arrêté ou circulaire à caractère général et impersonnel et imposant une obligation de sécurité et de prudence particulière. Ils sont considérés comme contenant des prescriptions « réglementaires » au sens des articles 320 du Code pénal congolais et 223-1 du Code pénal français.

En tant que texte administratif, le règlement limite par les mesures de sûreté et de sécurité qu'il édicte la survenance des infractions en anticipant la mise en danger de la vie humaine et de l'intégrité de la personne ; ce qui suppose que tout risque doit être étudié, évalué pour être maîtrisé¹⁴² car l'intervention du médecin doit être proportionnée et utile. Ainsi, les

¹⁴⁰ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 217.

¹⁴¹ P. Mistretta, *Le droit pénal médical*, op. cit., n° 328.

¹⁴² B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 217.

prescriptions réglementaires en matière médicale permettent de fixer le cadre de la faute normative en tant que violation d'un comportement attendu ou souhaité du professionnel de la santé¹⁴³ en fixant les contours du permis et de l'interdit. La norme réglementaire s'érige dès lors en un texte qui organise l'activité de l'administration¹⁴⁴ par la prescription des règles techniques. Le respect de celles-ci s'apprécie *in concreto* et contribue à la bonne exécution de l'acte médical, à la protection du médecin¹⁴⁵ et à la sécurité du patient. Concrètement, en France, le décret du 5 décembre 1994¹⁴⁶ impose des normes de sécurité en matière anesthésique auxquelles tous les établissements hospitaliers doivent se conformer¹⁴⁷. La décision rendue par le Tribunal de grande instance de Brazzaville le 9 août 2006 aux termes de laquelle, « la négligence constitue une infraction dès lors qu'il existe un lien de causalité entre elle et le décès survenu [...] »¹⁴⁸ s'inscrit dans une même logique de conformité aux règlements en vigueur. En effet, il s'agissait de « l'inobservation des règles » par un médecin qui ne s'était pas

fait assister d'un anesthésiste pour réaliser un accouchement. Cette absence de « précaution » lui a valu une condamnation pour homicide involontaire. Il a été retenu contre le médecin une « absence de précaution pouvant être interprétée comme un mépris pour autrui »¹⁴⁹. Ainsi, le médecin doit tenir compte de la qualité de l'acte car l'imprudence implique une répression pénale dès lors qu'il existe un lien de causalité entre la faute et le préjudice¹⁵⁰.

A maints égards, la prévention du risque se présente comme un élément majeur de la sécurisation des soins médicaux et de la sécurité transfusionnelle. De même, les dégâts humains colossaux causés par les effets indésirables des soins médicamenteux méritent d'être prévenus¹⁵¹. Seulement, il n'existe pas de cadre institutionnel ou réglementaire de prise en charge du risque médicamenteux¹⁵². Il reste que l'erreur peut être prévenue par une bonne gouvernance de la compliance entendue comme la prise en compte des règles juridiques ou de la réglementation en vue de protéger l'éthique professionnelle¹⁵³.

¹⁴³ P. Mistretta, *Le droit pénal médical, op. cit.*, n° 328.

¹⁴⁴ *Ibidem*, n° 52.

¹⁴⁵ *Ibidem*, n° 578.

¹⁴⁶ D. n° 94-1050, 5 déc. 1994, JO 8 déc. 1994, p. 17383.

¹⁴⁷ P. Mistretta, « La responsabilité médicale pénale ... », *op. cit.*, p. 1290, n° 17.

¹⁴⁸ TGI de Brazzaville, 2ème ch. corr., 9 août 2006, *op. cit.*

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ P. Mistretta, *Le droit pénal médical, op. cit.*, n° 247.

¹⁵¹ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 115.

¹⁵² *Ibidem*, p. 120.

¹⁵³ B. Fasterling, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit économique*, 2016/2, p. 217, spéc. p. 218.

Ainsi, une telle adhérence aux règles de conformité participerait-elle de l'amélioration de l'organisation du circuit du médicament¹⁵⁴ et de la sécurité transfusionnelle. L'objectif est de permettre par l'« autorégulation »¹⁵⁵ des risques de prévenir les infractions pénales lorsque les valeurs propres à l'activité médicale sont remises en cause.

Ces différents « garde-fous réglementaires » sont posés pour protéger les médecins contre le risque pénal permanent. Toutefois, le domaine de la responsabilité pénale a été réduit par le déplacement du curseur de la faute sur le risque objectif qui est la mise en danger d'autrui. Ainsi, l'article 223-1 du Code pénal français est rédigé de telle sorte que le délit de risque, d'interprétation stricte, est soigneusement encadré¹⁵⁶ pour éviter une pénalisation excessive de la profession. Cependant, se contenter de telles exigences serait méconnaître aux prescriptions déontologiques un caractère coercitif. En effet, en optant pour une position « moins rigide », la Cour de cassation a validé une décision des juges du fond ayant fondé la condamnation de

médecins sur la violation d'obligations ayant une source déontologique¹⁵⁷. Tout justement, le Code de déontologie des professionnels de la santé du Congo¹⁵⁸ interdit aux personnels de santé « toute négligence », « tout abandon des patients en cas de danger public sauf cas de force majeure »¹⁵⁹. Au sens large, la négligence professionnelle s'entend de tout manquement au devoir de diligence de l'article 319 du Code pénal mettant en danger autrui. En plus, le Code de déontologie fait obligation au médecin de dispenser des « soins médicaux et désirables en la circonstance »¹⁶⁰ et « de ne pas nuire à son malade »¹⁶¹. Les prévenus sont exposés aux sanctions civiles, pénales et administratives auxquelles renvoie l'article 194 du Code de déontologie. Selon la condition imposée par la Haute juridiction française, l'incrimination ne peut être retenue que lorsque le médecin a « fait preuve d'insuffisance professionnelle, doublée de désinvolture ». En l'occurrence, il s'agissait de la violation par le médecin des articles R. 4127-32 et 4127-33 du Code de la santé publique qui édictent respectivement de façon évidente

¹⁵⁴ Il existe en France un arrêté du 31 mars 1999 (art. L. 595-1 Code de la santé publique) organisant le circuit du médicament.

¹⁵⁵ B. Fasterling, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *op. cit.*, p. 218.

¹⁵⁶ P. Mistretta, *Le droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 349.

¹⁵⁷ Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83067, *JCP G* 2008, II, 10 027, note Mistretta.

¹⁵⁸ Loi n° 009-88 du 23 mai 1988.

¹⁵⁹ Article 8, du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁶⁰ Article 20, du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁶¹ Article 29, du Code de déontologie des professions de la santé.

l'obligation pour le médecin d'assurer personnellement « des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide des tiers compétents » et d'élaborer « son diagnostic avec le plus grand soin ». Il s'agit selon la Cour de cassation de règles particulières « dont l'objectivité les rend immédiatement perceptibles et clairement applicables sans faculté d'appréciation individuelle »¹⁶².

Aussi, les règles de morale sociale et professionnelle ainsi que la loi mettent à la disposition du praticien des instruments pour prévenir l'« épée de Damoclès » que constitue le risque pénal. Ainsi, si l'article 8 de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 garantit le principe de la sacralité de la personne humaine et du droit à la vie que l'Etat doit respecter et protéger¹⁶³, le médecin ne doit pratiquer que des actes commandés par les nécessités thérapeutiques¹⁶⁴. En l'état actuel du droit, seul le respect des limites de l'interdit et du permis qu'énoncent les règlements et le Code de déontologie permet de mettre le

médecin à l'abri des risques de l'action pénale que les patients n'hésitent plus à brandir¹⁶⁵.

Toutefois, il relève de l'observation attentive de la jurisprudence française que les juges ont une interprétation extensive de l'obligation de prudence et de sécurité. Celle-ci ne relève plus inconditionnellement du moule de la légalité des infractions pénales¹⁶⁶; elle est désormais rattachée aux normes réglementaires¹⁶⁷. Il s'agit selon la doctrine d'une règle générale de sécurité¹⁶⁸. On peut dès lors comprendre la fonction répressive du droit pénal lorsqu'il s'érige en sanctionnateur de la violation de l'éthique médicale. En effet, de façon générale, les atteintes à la vie et à l'intégrité trouvent une justification dans la méconnaissance et le mépris des règles déontologiques et des valeurs sociales¹⁶⁹. Sans doute peut-on avancer que le droit pénal médical intervient pour sanctionner la violation de la réglementation médicale¹⁷⁰ par ceux qui en sont destinataires. En conséquence, la réglementation par le respect de laquelle les

¹⁶² Y. Mayaud, « Risques causés à autrui », *op. cit.*, n° 31.

¹⁶³ Article 5 du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁶⁴ V. R. Samba-Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé au Congo*, *op. cit.*, p. 19 ; B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 217.

¹⁶⁵ Loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002.

¹⁶⁶ Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83067, *JCP G* 2008, II, 10 027, note P. Mistretta.

¹⁶⁷ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 352.

¹⁶⁸ Y. Mayaud, « Risques causés à autrui », *op. cit.*, n° 31.

¹⁶⁹ O. Samba, *Pratique de la déontologie professionnelle à l'hôpital de base de Talangai : cas du Service de maternité*, Mémoire, Brazzaville, 2002-2003, Ecole nationale d'administration et de magistrature, Filière Administration générale, p. 45.

¹⁷⁰ P. Mistretta, *Le droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 38.

praticiens corrigent et améliorent leurs habitudes professionnelles permet d'anticiper le risque médical et de « mieux gérer *in fine* l'inacceptable crise que constitue le déclenchement d'une procédure pénale »¹⁷¹. Pourtant, l'inefficacité des règlements à faire atteindre les objectifs fixés par la loi conduit à faire recours au droit pénal. Mais lorsque ce dernier intervient dans le domaine médical, sa fonction répressive connaît un considérable dévoiement.

2) Un droit pénal considérablement dévoyé

Le principe de la légalité des infractions et des peines est un domaine réservé de la loi. Cependant, celle-ci connaît un dévoiement lorsque les textes réglementaires se mêlent de la répression¹⁷². Ainsi peut-on observer que la réglementation en matière médicale, écartelée entre l'anticipation du risque pénal et la protection des malades contre les abus du corps médical, ne permet pas d'atteindre les objectifs assignés à la loi lorsqu'elle intervient pour sanctionner les infractions constatées en raison des défauts de conformité au principe de légalité¹⁷³.

Cette posture est vraisemblablement incompatible avec la fonction de la légalité en tant que « monopole » de la loi. En effet, la singularité du domaine médical s'accommode mal du principe de l'interprétation stricte du droit pénal qui relève originellement de la légalité. En conséquence, il est vraisemblable que les décisions de justice concernant les médecins sont empreintes de la clémence du juge¹⁷⁴ au regard de la spécificité de l'art médical qui est plus considéré comme une technique. A celle-ci s'oppose une technicité juridique résultant des textes réglementaires qui consiste, au lieu de fixer les peines applicables à une infraction, à renvoyer, quant à la sanction, à des textes autres que ceux de l'incrimination¹⁷⁵. Ces renvois réitérés, résultante d'une légalité « mal maîtrisée »¹⁷⁶, ont pour conséquence un foisonnement de textes dont la fonction répressive a du mal à s'affirmer. Ainsi dit-on du droit pénal médical que c'est un « droit au rabais »¹⁷⁷ dont l'ambition est détournée pour être mise au service de normes réglementaires destinées essentiellement aux médecins.

¹⁷¹ *Ibidem*, n° 39.

¹⁷² *Ibidem*, n° 44.

¹⁷³ C. Ballot-Squirawski, « Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance », *Droit pénal*, n° 7-8, juillet-août 2020, p. 16, spéc. p. 1.

¹⁷⁴ Crim., 30 juin 1999, *D.* 1999, jurisp. p. 70, note D. Vigneau, G. Faure ; *JCP G* 2000, II, 10231 ; P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 51.

¹⁷⁵ Sanctions civiles, pénales et administratives auxquelles renvoie l'article 194 du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁷⁶ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 56 et s.

¹⁷⁷ *Ibidem*, n° 52.

Sans doute, le droit pénal médical souffrirait-il de l'éparpillement des textes entre le règlement et la loi. Ce manque de cohésion est nourri d'imprécisions qui rendent difficile la lisibilité de la politique pénale qui se désengage à fixer un réel cadre normatif pour l'application des peines. Aussi, lorsqu'elle est désignée par renvoi à sanctionner les incriminations prévues par un texte réglementaire, mal préparée, la norme pénale est cantonnée à réprimer des comportements propres à une catégorie professionnelle. Le droit pénal est ainsi amené à appliquer des peines à des comportements qui lui sont étrangers pour n'en avoir pas été l'auteur. En perte d'autonomie¹⁷⁸, sa fonction sanctionnatrice¹⁷⁹ est dès lors sollicitée et « instrumentalisée » comme un outil de moralisation de la sphère médicale qui intervient pour garantir le respect des valeurs propres aux médecins et incarnées par les règlements¹⁸⁰ au lieu de garantir le respect de la vie en tant que « valeurs essentielles »¹⁸¹. Lorsqu'ils ne concernent pas directement la technique médicale, ces comportements peuvent relever de la déontologie qui renvoie d'ailleurs, pour ce

qui concerne les sanctions, au Code pénal¹⁸².

Toutes ces considérations participent du « relâchement » du principe de légalité. Celui-ci a du mal à s'affirmer en droit pénal médical où s'entremêlent les normes légales et réglementaires aux fonctions bien différentes. Ainsi, l'incompatibilité des objectifs avoués des deux normes mine considérablement l'efficacité de la responsabilité pénale des médecins. La brèche ouverte par l'affaiblissement du principe de légalité sert de terreau au foisonnement des incriminations pénales qui malheureusement ne laisse que très peu de place à la cohésion. En plus, l'art médical est une activité qui ne peut se concevoir sans le risque duquel dépendent les prouesses scientifiques enregistrées depuis un demi-siècle. Dès lors, considérée comme un opprobre jeté sur une profession dont la noblesse n'est plus à démontrer, toute action en responsabilité pénale s'avère avilissante eu égard à ses conséquences sur les médecins et sur l'art médical dans son ensemble.

Tous ces ratés augurent d'un droit pénal médical peu élaboré et inefficace. Devant

¹⁷⁸ G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique, Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009, p. 53.

¹⁷⁹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, Coll. précis, Dalloz, Paris, n° 31, cité par Ndiaw Diouf, « Le dirigeant social face au risque pénal dans l'entreprise », *Mélanges François Anoukaha*, p. 191.

¹⁸⁰ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 578 et s.

¹⁸¹ *Ibidem*, n° 38.

¹⁸² Article 194 du *Code de déontologie des professions de la santé*.

une telle insécurité juridique, l'hésitation entre la protection du médecin qui commet une faute ou la protection des « valeurs essentielles » à la société, qui suppose le respect de la moralité et de l'éthique, la conscience du législateur est mise à rude épreuve. Face aux enjeux concernant le domaine de la santé publique et le postulat selon lequel il n'y a pas d'avancées majeures dans le domaine médical sans prise de risque, la volonté de protéger les médecins contre les actions pénales pour fautes non-intentionnelles paraissait inévitable. Ainsi, la reconsidération par le législateur du lien de causalité contribue à faire reculer significativement le domaine de la responsabilité pénale des médecins. Il en résulte dès lors une intervention mesurée de la sanction en cas d'infraction non-intentionnelle.

B- Une intervention mesurée de la sanction pénale

Le médecin est protégé du risque pénal par une intervention nécessairement mesurée de la sanction. D'une part, pour parvenir à un tel équilibre la loi a subordonné l'intervention de la sanction pénale à la connaissance du risque par le médecin (1).

D'autre part, la dépénalisation partielle de la faute non-intentionnelle (2) intervient pour protéger le médecin qui prend des risques pour sauver des vies.

1- Une sanction subordonnée à la connaissance du risque

Par principe, le domaine de la faute de l'article 319 du Code pénal congolais reste large et ne laisse que très peu de place aux fautes non-intentionnelles d'éviter la sanction devant les tribunaux répressifs en considération de la conception unitaire des fautes civile et pénale qu'admet le droit congolais. Toutefois, ce texte prévoit que la culpabilité n'intervient que lorsqu'en plus de sa faiblesse humaine le médecin n'a pas observé des « règlements » dont il ne pouvait ignorer la teneur au regard de sa compétence et de son expérience. En droit français la faute simple « normative » devient caractérisée en cas de manquement à une « obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement »¹⁸³. On peut toutefois observer que dans les deux législations la transgression de la réglementation pourtant essentielle à l'incrimination ne suffit pas à aggraver la faute, encore faut-il que le médecin ait eu connaissance du risque auquel il expose le malade. Ainsi, la connaissance du risque qui peut être

¹⁸³ A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 86.

considérée comme « la connaissance effective de la transgression »¹⁸⁴ est la condition sans laquelle le médecin serait absout de toute faute.

La réduction du champ de la responsabilité pénale des médecins est un phénomène qui est particulièrement mis en exergue à l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français. Ce texte protège particulièrement les médecins contre une répression abusive des atteintes non-intentionnelles. En effet, la culpabilité non-intentionnelle entame le crédit de la profession et ne mérite pas une sanction aussi sévère selon les promoteurs de la loi du 10 juillet 2000. Dès lors il est apparu opportun de réduire le domaine de la responsabilité pénale médicale pour faute non-intentionnelle. Le législateur abandonne ainsi la conception extensive de la faute en instaurant des balises de protection en faveur des praticiens en considération du lien de causalité conditionnant la culpabilité qui désormais devra être appréciée *in concreto*. Désormais, ce n'est plus la faute simple qui conditionne la culpabilité mais plutôt la faute d'« une certaine gravité ». Celle-ci doit être entre autres si « évidente » et si « inadmissible »¹⁸⁵ que le médecin ne «

pouvait ignorer » le risque. A l'opposé, l'ignorance du risque ne saurait exposer le médecin à la condamnation pénale. En effet, « il n'y a pas faute caractérisée lorsque les praticiens ne « savaient [pas] que leur comportement créait à l'encontre de leur patiente un danger d'une particulière importance »¹⁸⁶. Par ce raisonnement des juges du fond d'Agen, c'est toute la théorie de la « faute virtuelle »¹⁸⁷, c'est-à-dire non prouvée, à l'origine des condamnations injustifiées pour bénéficier du dédommagement qui est battue en brèche. Par conséquent, la causalité indirecte est susceptible d'impliquer la faute délibérée ou la faute caractérisée lorsque le lien de causalité est établi. A cet effet, la culpabilité au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français implique nécessairement une démonstration de la faute qui doit être caractérisée. Dit autrement, la faute grave est celle que ne pouvait ignorer le praticien au regard du danger auquel il exposait la victime. On peut dès lors considérer pour acquis que la faute caractérisée devient le « verrou » sans lequel la culpabilité ne peut être retenue. En vérité, l'éviction d'une culpabilité essentiellement générée par la faute simple consacre un allègement de la

¹⁸⁴ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *D.* 2017/2, n° 2, p. 231, spéc. 242.

¹⁸⁵ P. Mistretta, « La responsabilité médicale... », *op. cit.*, p. 1290, n° 18 ; TGI Rochelle, 7 sept. 2000, *RSC* 2000, p. 159, obs. Y. Mayaud.

¹⁸⁶ CA Agen, 27 nov. 2000, n° 00-753, *BICC* 31 mai 2000, n° 606.

¹⁸⁷ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 37.

responsabilité pénale avec le postulat selon lequel l'intervention du médecin peut être la cause d'un fait dommageable (composante causale) sans forcément mettre en jeu sa culpabilité (composante coupable), notamment lorsque le praticien n'avait pas connaissance du risque. Par conséquent, c'est la violation d'une réglementation en connaissance de cause qui caractérise la faute sans pour autant en chercher la cause. En d'autres termes, la sanction est subordonnée à la connaissance du risque. En l'absence d'une telle condition, toute action pénale contre le médecin est limitée dans ses effets faute d'intentionnalité. Ainsi faudrait-il un haut degré d'exigence pour que la culpabilité soit retenue à l'égard du médecin. Cette culpabilité est fondée sur la connaissance du danger auquel le malade est exposé, risque que le médecin serait dans l'impossibilité d'ignorer. Le postulat ainsi posé, la connaissance du risque est la condition sans laquelle la sanction pénale ne pourrait sévir. Elle est désormais regardée comme une modalité d'appréciation de la faute caractérisée¹⁸⁸, un critère d'allègement ou d'aggravation de la faute.

Il va sans dire que cette exigence posée à l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français est difficile à atteindre d'autant

plus qu'au regard de ses compétences il est difficile que le médecin agisse en toute conscience du dommage qu'il cause à sa victime. Cette connaissance de la réalité du risque fait souvent défaut et crée indubitablement un niveau difficilement atteignable. La difficulté est encore plus renforcée du point de vue de la preuve qui n'est pas aisée à établir car la faute doit être forcément délibérée ou caractérisée. La conjonction de toutes ces conditions « rehausse le degré de la faute »¹⁸⁹ qui n'est retenue qu'exceptionnellement, notamment lorsque l'agent qui a la connaissance du risque est conscient du dommage que ce dernier pourrait causer au malade. En conséquence, si la faute caractérisée ou délibérée ne pouvait ne pas être ignorée par le médecin, l'ignorance du risque ne peut justifier la sanction. C'est le cas lorsque le médecin « ignorait tout du danger couru par la victime et ne pouvait par conséquent pas y remédier, même en agissant au mieux de ses compétences »¹⁹⁰. Dans une telle situation il y a lieu de prononcer la relaxe¹⁹¹. On assiste dès lors à une dépenalisation partielle de la faute non-intentionnelle qui mérite l'attention.

¹⁸⁸ *Revue des sciences criminelles et droit pénal comparé*, « Chronique de jurisprudence », 2015/2, n° 2, p. 418.

¹⁸⁹ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 234, n° 4.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 244.

¹⁹¹ Douai, 26 mars 2002, *JCP* 2003, IV, 1041.

2- Une dépenalisation partielle de la faute

Dès lors que la mise en œuvre de la responsabilité pénale constitue une entrave au libre exercice de la profession¹⁹² et un obstacle au développement de la recherche scientifique¹⁹³, un choix équilibré s'impose entre une juste et nécessaire répression. Avant toute chose, il convient de retenir que la dépenalisation est née de la volonté d'alléger la responsabilité pénale des médecins étant donné que les poursuites envers ces derniers ne peuvent être « justifiées que lorsqu'elles sont efficaces »¹⁹⁴. C'est ainsi que dans une affaire relevant au regard des faits de la responsabilité délictuelle, le juge congolais s'est référé à la notion de responsabilité contractuelle de l'article 1147, ancien, du Code civil neutralisant ainsi toute velléité de mise en jeu de la responsabilité pénale du médecin. S'inspirant de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 20 mai 1936¹⁹⁵, le juge a déplacé la question relative à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du médecin sur le plan de la responsabilité contractuelle¹⁹⁶. En

effet, selon de l'arrêt Mercier, « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat* ». De bon sens, cette contractualisation ne concernait que la relation entre le médecin libéral et le patient ou la relation entre l'établissement de soins privé et le patient¹⁹⁷. Cependant, dans le cas d'espèce, le juge congolais a élargi l'application de ce principe au médecin hospitalier. Cela implique dès lors une responsabilité fondée sur une obligation de moyen à l'égard du médecin ou de l'établissement public qui l'emploie. Dit autrement, la responsabilité en cas de dommage relèverait nécessairement de la non-exécution ou de la mauvaise exécution du contrat. Ainsi, le raisonnement écarte-t-il du champ de la répression la faute non-intentionnelle qui ne connaîtrait dans ce cas de sanction que l'indemnisation.

Sur le plan des principes, devant le risque que représente la procédure pénale ouverte contre le médecin, la juridiction régulatrice française avait espéré éviter le retentissement psychologique et médiatique de la plainte dans l'éventualité d'une condamnation du praticien¹⁹⁸. De la sorte,

¹⁹² P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1285.

¹⁹³ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle », *op. cit.*, p. 603.

¹⁹⁴ B. Fasterling, *Compliance – Les risques d'un droit pénal du risque ...*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁹⁵ Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, DP 1936, I, 88, concl. Matter.

¹⁹⁶ TGI de Brazzaville, ch. corr., 21 mai 1983, *K. c/Hôpital général*, inédit : « Attendu que le jeune

K... a été admis à l'hôpital général un jour après avoir été consulté par le docteur V... qui avait déclaré son cas urgent, qu'y étant, un contrat s'était formé entre ledit hôpital et le jeune K...patient ».

¹⁹⁷ S. Elshoud, *Fiches de droit de la santé et de droit médical*, *op. cit.*, p.p. 83-85.

¹⁹⁸ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, « L'erreur médicale », *op. cit.*, p. 36.

l'acte médical qualifié de « contrat »¹⁹⁹ n'était plus péjorativement connoté car exempt de toute considération répressive qui entamerait la réputation et le crédit du médecin. En vérité, la plainte au pénal serait plus attentatoire à la dignité que ne l'est la plainte au civil même si la doctrine estime que les effets sont les mêmes tout en reconnaissant que les conséquences financières sont différentes²⁰⁰. Aussi, sociologiquement, le médecin est considéré comme le notable qu'il est plus facile de frapper au portefeuille.

La tendance à la dépénalisation connaît un réel essor. Si le droit français considère la causalité comme un nouveau critère d'exonération de la responsabilité²⁰¹, le juge congolais a tendance à reporter la responsabilité pénale des médecins sur celle de l'établissement public hospitalier. En effet, le mouvement jurisprudentiel suivi par les juges congolais ayant contribué à reculer le domaine de la culpabilité du médecin est renforcé par des mécanismes juridiques d'exonération de la responsabilité pénale des auteurs de fautes non-intentionnelles. Dans de nombreuses affaires, l'Hôpital général de Brazzaville a été sanctionné sans que le juge n'ait retenu la responsabilité du médecin ni précisé la

nature civile ou pénale de la faute²⁰². En réalité, en droit congolais « *la responsabilité de l'établissement hospitalier exige une faute lourde, c'est-à-dire une faute d'un degré de gravité qui, sans atteindre celui requis pour la faute personnelle, est tout de même important* »²⁰³. Ainsi, le médecin hospitalier quel que soit son degré d'implication dans la faute ne peut être tenu pénalement pour responsable qu'en cas de faute détachable des fonctions. Dans l'hypothèse de « responsabilité systémique », notamment en cas de transfusion du sang infecté par le VIH, le tribunal de Poto-Poto a retenu la faute « des services de l'Hôpital général [qui] ont fait montre d'une négligence et d'une imprudence grave » exonérant ainsi les médecins de leur responsabilité personnelle²⁰⁴. Pour tout dire, ce principe consacre de façon claire une dépénalisation partielle des fautes non-intentionnelles. Dans une autre occurrence, la responsabilité pénale du médecin est absorbée par la responsabilité civile de l'établissement hospitalier qui est condamné à verser des dommages-intérêts à la victime. C'est ainsi qu'en dépit du lien de causalité établi entre le décès de N... et le curetage pratiqué par l'assistant médical MPO..., la Cour

¹⁹⁹ Cass. civ., 20 mai 1936, *op. cit.*

²⁰⁰ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, « L'erreur médicale », *op. cit.*, p. 34.

²⁰¹ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1288, n° 9.

²⁰² V. de P. Mouanda-Ngouma, *La situation de la victime d'un accident médical devant les juridictions civiles congolaises*, *op. cit.*, p. 20.

²⁰³ *Ibidem*, p. 4.

²⁰⁴ Trib. pop. d'arr. Poto-Poto, 17 juin 1989, inédit.

criminelle de Dolisie avait prononcé en date du 21 juillet 2011²⁰⁵ la relaxe en faveur de l'infirmier qui était prévenu d'homicide involontaire. Cette solution s'est imposée au juge quand bien même N... a trouvé la mort des suites de l'intervention de l'infirmier. La décision relève que N... présentait déjà une « anémie doublée d'un coma » à son arrivée à l'hôpital. De la sorte, « l'avortement pratiqué par MPO... ne serait pas la cause immédiate du décès »²⁰⁶ selon les juges répressifs. Pourtant, à bien y regarder, MPO... a bien contribué au décès de N... en réalisant sur elle un avortement qui s'est révélé fatal. En effet, il est évident que le juge congolais s'est référé à la notion de responsabilité pour faute que revêt l'article 319 du Code pénal, celle-ci congédie toute considération relative au lien de causalité pour ne retenir que la faute. Selon cette approche, les comportements fautifs sont sanctionnés individuellement en tenant compte de leur autonomie juridique au regard de la culpabilité qu'ils induisent. Ce qui pourrait justifier la particularité de cette décision qui est la relaxe prononcée pour des faits graves qui entrent pourtant

dans le champ de l'incrimination de l'article 319 du Code pénal.

Il va sans dire que dans l'appréciation de la faute le juge s'est appesanti sur la diligence normale observée par l'infirmier dans l'exécution de l'acte médical en tant que critère objectif nécessaire à la constitution de la faute non-intentionnelle. Cette décision marque une culpabilité allégée et une forme d'indulgence à l'égard des médecins qu'incarne l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français selon lequel la culpabilité en cas de causalité indirecte dépend inévitablement du défaut de diligences nécessaires qui sont de nature à exposer au danger la vie du patient. A contrario, le médecin diligent ne s'expose pas à la sanction²⁰⁷. On perçoit dès lors que par cette nouvelle approche la législation française penche désormais vers une conception dualiste de la faute qui a pour conséquence la « dépénalisation des fautes les moins graves »²⁰⁸. Il ne s'agit pas moins d'une dépénalisation partielle qui suppose en revanche une pénalisation mesurée²⁰⁹. Par conséquent lorsqu'il y a condamnation pénale du médecin, celui-ci verra également sa responsabilité être engagée devant la

²⁰⁵ Cour crim. de Dolisie, 27 juillet 2011, cité par V. R. Samba Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé au Congo*, *op. cit.*, p. 37.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 232.

²⁰⁸ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle... », *op. cit.*, p. 605.

²⁰⁹ W. Feugère, « La sanction adéquate en droit pénal des affaires », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janvier-février 2017, p. 37.

juridiction civile. Au contraire si la mise en jeu de la responsabilité pénale du médecin débouche sur un non-lieu ou une relaxe, seule la responsabilité civile du médecin pourrait être mise en jeu aux termes de l'article 4-1 du Code de procédure pénale français sur le fondement de la faute civile délictuelle, étant donné que la faute simple ne constitue pas le critère recherché pour mettre en cause la responsabilité pénale du médecin. Cependant, en droit congolais, la faute pénale ne connaît pas d'échelle de gravité. Dès lors, la culpabilité n'est retenue que selon le critère de l'article 319 du Code pénal, c'est-à-dire en cas de violation des règlements.

Aussi est-il opportun de préciser que la médiation recèle suffisamment de vertus pour régler un contentieux pénal en cas de faute non-intentionnelle. Mais le législateur congolais ne prévoit malheureusement pas un tel dispositif qui existe pourtant en droit français²¹⁰ et dans les droits voisins. En effet, si l'article 32 du Code de procédure pénale du Sénégal prévoit la possibilité d'une médiation pénale entre les parties, le Code d'instruction criminelle de la République démocratique du Congo propose également cette solution alternative au procès pénal²¹¹. Ainsi, contribuant au

processus de dépenalisation partielle de la faute et à asseoir des relations apaisées entre l'auteur de la faute et la victime, la prévision de ce mode de règlement alternatif de différends conviendrait en droit pénal médical au regard des circonstances de survenue de l'affaire, de la gravité de l'infraction, du profil du délinquant et de ses capacités financières. Le Procureur de la République pourrait s'auto-désigner ou désigner un médiateur pénal préalablement à la décision de l'action publique. Celui-ci sera chargé d'aider les parties à trouver une solution par elles-mêmes en veillant sur l'exécution de leurs obligations. En cas de réussite de la médiation, le procès-verbal est remis au procureur de la République.

Conclusion

On perçoit bien que le degré de gravité de la faute doit être élevé pour retenir la responsabilité pénale du médecin. L'article 319 du Code pénal congolais fixe comme critère de culpabilité la violation d'un règlement qui impose une obligation particulière de prudence et de sécurité. Tandis que le degré de culpabilité du médecin hospitalier se mesure selon le critère de la « faute détachable » des fonctions. En effet, il est bien connu que les

²¹⁰ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes. L'article 30 de cette loi n'offre la possibilité d'une médiation pénale que lorsque la demande en est faite « à la demande ou avec l'accord de la victime ».

²¹¹ A. C. Makosso, « Les nouvelles figures de délinquance mal saisies par le droit pénal des mineurs », *Les Annales de l'Université Marien Ngouabi*, vol. 19, n° 2, 2019, p. 33, spéc. p. 51.

procédures mettant en mouvement la responsabilité pénale des médecins n'aboutissent que rarement à des condamnations devant le juge congolais. Cette tendance est partagée également par le droit français qui, au regard de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal fixe la culpabilité du médecin pour faute non-intentionnelle à la faute caractérisée en tant que degré le plus élevé de la faute. Aussi faudrait-il ne pas perdre de vue que, sociologiquement réfractaires au contentieux et socialement vulnérables, les victimes d'actes médicaux abusifs préfèrent obtenir, autant que faire se peut, une indemnisation réparatrice au titre de la responsabilité civile que d'oser la procédure pénale. Toutefois, on remarque aisément que jusque-là la responsabilité pénale du praticien n'était qu'une responsabilité objective. Désormais, le développement de l'exercice libéral de la médecine et la reconnaissance des droits des malades aidant, le juge saisi dispose d'une cible bien précise en la personne du médecin. Ce qui constitue une réponse opposée au risque pénal permanent dans la mesure où le médecin, anobli par son art qui consiste à sauver des vies, peut être coupable d'atteintes à l'intégrité physique et à la vie entendue comme une valeur élémentaire et fondatrice de la société. Mais, plus qu'un art de guérir, la profession médicale trouve son accomplissement dans la prévention du risque et dans le respect de

l'éthique professionnelle comme étant l'une des rares valeurs en position de circonscrire la contrainte pénale. Par ailleurs, conscients des risques que prend le médecin pour sauver des vies, le législateur et le juge jouent un rôle crucial dans sa protection contre le risque pénal devenu réalité. Si au Congo la responsabilité civile hospitalière est le principal mécanisme juridique de protection des médecins contre le risque pénal qui les guette, en France l'institution d'une échelle de fautes participe de la protection des médecins qui ne sont réellement inquiétés que pour les fautes délibérées ou caractérisées qu'ils commettent. Mais cette prise de position ne jette pas le voile sur la nécessaire protection des victimes qui disposent de l'action pénale comme une arme redoutable contre les comportements fautifs des médecins. Il ne s'agit pas dans cette étude d'opposer la mise en cause pénale du médecin à la prévention du risque par la réglementation et à la dépénalisation partielle de la faute, lesquelles trouvent toute leur place dans l'équilibre des intérêts en présence. Il s'agit de ne pas occulter la responsabilité morale du médecin en faisant intervenir la sanction pénale lorsque l'autorégulation par la réglementation a montré ses limites.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, GARANT DE L'EXPRESSION DE LA VOLONTE POPULAIRE (L'ELECTION PRESIDENTIELLE, L'ELECTION DES DEPUTES ET DES HAUTS CONSEILLERS, LE REFERENDUM)

Babaly SALL

*Enseignant UFR Sciences Juridiques et Politique de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis,
Directeur du Carrefour d'Études et de Recherche-Action pour la Démocratie et le Développement (CERADD)
de l'UGB.*

Les transitions démocratiques des États africains ont été ouvertes par la République du Bénin à travers sa Conférence nationale du 18 au 29 février 1990. Celle-ci entendait trouver des solutions constitutionnelles aux conflits politiques¹.

Les Constitutions modifiées ou adoptées², sous l'influence de cette vague démocratique, se sont quasiment toutes soldées, entre autres conséquences, par la création de juridictions constitutionnelles dont une des principales missions consiste à réguler les consultations électorales.

C'est dans ce contexte particulier que les juridictions constitutionnelles autonomes ont émergé. Les trajectoires politiques de chaque État ont été déterminantes dans la définition des attributions du juge constitutionnel. Le droit antérieur à la période de transition a fortement influencé le droit qui en sera issu. Ainsi, selon Babacar Kanté, « dans certains États, au passé récent

de régime dictatorial ou de faible intensité démocratique, la juridiction constitutionnelle est souvent conçue comme le garant ou la sentinelle contre toute velléité de retour à l'arbitraire ». Le constat renseigne que la quasi-totalité de ces États ont institué des Cours constitutionnelles. Il en a été ainsi pour le Bénin, le Gabon, le Mali et le Togo.

En revanche, poursuit l'auteur, « dans d'autres, où les institutions fonctionnaient tant bien que mal, la juridiction constitutionnelle est plutôt cantonnée à un rôle plus spécifique et limité »³. Le Sénégal fait partie de cette dernière catégorie. Dans ces États comme le Sénégal, les Conférences nationales n'ont pas été organisées. On s'est contenté de modifier juste le texte fondamental en y apportant quelques réaménagements. Au Sénégal, la loi n° 92-22 du 30 mai 1992 portant révision de la Constitution avait bouleversé l'organisation

¹ J. Du Bois De Gaudusson, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine* n° 80, octobre 1996, p. 250.

² Voir J. Du Bois De Gaudusson, Gérard Conac et Christine Desouche, *Les constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 1, Paris, *La documentation française*, 1997, 452 p. ; *Les*

constitutions africaines publiées en langue française, Tome 2, Paris, J. Du Bois De Gaudusson, Gérard Conac et Christine Desouches, *La documentation française*, 1998, 458 p.

³ B. Kanté préface in I.M. Fall (dir.), *Les Décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDIALA, 2008, p. 14.

judiciaire sénégalaise par l'éclatement de la Cour suprême en plusieurs juridictions que sont le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

Ainsi, le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992⁴, est désormais spécialisé aussi bien en matière de contrôle de constitutionnalité des lois que celle de contrôle de la régularité des élections nationales. C'est cette dernière catégorie de compétences qui nous intéresse particulièrement dans cette étude. Celle-ci entend faire un bilan de l'exercice de cette fonction essentielle du Conseil constitutionnel qu'est le contrôle de l'expression de la volonté populaire. Depuis sa création, soit vingt-huit (28) ans aujourd'hui, le Conseil a rendu pas moins de soixante (60) décisions en matière électorale⁵ (présidentielles, législatives, sénatoriales, Hauts conseillers des collectivités territoriales et référendaires confondues). L'analyse de ces décisions du haut conseil suscite une interrogation, celle de savoir si le Conseil constitutionnel est véritablement garant de l'expression de la volonté populaire ?

Une revue de toutes les jurisprudences en matière électorale révèle que la juridiction

constitutionnelle met en œuvre ses larges compétences reconnues par la Constitution aussi bien pour l'éligibilité des candidats que pour l'authenticité des résultats. C'est ce qui dénote une présence remarquable du Conseil constitutionnel pour sauvegarder l'expression de la volonté populaire (I). Cependant, à y regarder de plus près, la lecture de la jurisprudence renseigne aussi sur une figure d'un juge constitutionnel timide dans le contrôle des règles organisant l'expression de la volonté populaire. Le juge invoque fréquemment ses compétences d'attribution pour se retenir d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, bien que celles-ci aient une incidence notable sur l'organisation de l'expression de la volonté populaire. Lorsqu'il s'agit précisément des lois organiques ou ordinaires, le juge constitutionnel fait preuve de retenue assimilable à de l'immobilisme. Il en résulte une quasi-absence du Conseil constitutionnel pour ce qui est du contrôle des règles électorales organisant l'expression de la volonté populaire (II).

⁴ Loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 portant Conseil constitutionnel publiée au J.O. n° 5469 du 1^{er} juin 1992, p. 240 va préciser l'organisation et le fonctionnement. Elle est abrogée et remplacée actuellement par la loi organique n° 2016-23 du 14

juillet 2016, publié au JORS n° 6946 du 15 juillet 2016.

⁵ Décisions disponibles sur ce lien

<https://conseilconstitutionnel.sn/category/toutesles-decisions/matiere-electorale-et-referendaire/>.

I. Une présence remarquable du Conseil constitutionnel pour la sauvegarde de l'expression de la volonté populaire

En souvenance « des turpitudes de trois décennies d'exercice autoritaire du pouvoir »⁶, le juge constitutionnel électoral semble désormais signer un pacte avec le peuple pour porter à destination tout processus électoral même perturbé. Ce processus, quelles que soient les conditions dans lesquelles il se tient, doit aboutir. Cette réalité est valable pour le juge constitutionnel sénégalais qui présente la figure d'un juge garant aussi bien de l'authenticité de l'expression de la volonté populaire (A) que de la sauvegarde de celle-ci par le truchement d'une régulation électorale (B).

A. La figure d'un juge garant de l'authenticité de la volonté populaire

Comme garant de l'authenticité de l'expression de la volonté populaire, le Conseil constitutionnel sénégalais est appelé à se prononcer sur toutes les contestations se rapportant à la validité des résultats. Il statue sur les diverses allégations des requérants. Plusieurs décisions illustrent les diverses possibilités de sa saisine sur de multiples questions comme celles relatives à la composition et au fonctionnement des bureaux de vote⁷, à la régularité de la transmission des procès-verbaux⁸, à l'intérêt des mentions sur les procès-verbaux⁹, à l'entrave au libre accès du bureau de vote par le parti au pouvoir¹⁰ ou à l'interdiction d'accès au bureau de vote¹¹, à la dénonciation des actes de violence exercés sur les représentants des partis politiques et des membres de bureau de vote¹². Il peut également être saisi de griefs tirés de

⁶ I. Diallo, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », A.I.J.C., XX, 2005, p. 95.

⁷ Conseil constitutionnel sénégalais, Décision n°42/98 Affaires n° 12 à 29/E/98 du 08 juin 1998 portant proclamation des résultats des élections législatives.

⁸ Conseil constitutionnel du Sénégal, décision 96/2007-affaires n° 4/E/2007 et 5/E/2007, Ousmane Tanor Dieng et Abdoulaye Bathily, tendant à l'annulation des procès-verbaux de la Commission nationale de recensement des votes et du 1^{er} retour du scrutin présidentiel du 25 février 2007.

⁹ Conseil constitutionnel sénégalais, Décision n°10/93- Affaires n° 20 à 23/E/C/93, I.D. Thiam, M.

Diop, D. Ngom, SD. Thiam, candidats aux élections législatives.

¹⁰ Conseil constitutionnel sénégalais, Décision n° 42/98- Affaires n° 12 à 20/E/98 du 08 juin 1998 portant proclamation des résultats des législatives.

¹¹ Dans le dernier cas de figure, le Conseil a considéré que l'attitude d'un baron socialiste à Rufisque a été constitutive d'une atteinte grave à la régularité du scrutin dans le bureau de vote mis en cause. Il s'en est suivi une annulation des résultats de ce bureau. Voir Décision n° 83-Affaires n° 6 à 12/E/2001 du 12 mai 2001 portant proclamation des résultats des législatives.

¹² Conseil constitutionnel sénégalais, Décision n° 42/98 - Affaires n° 12 à 20/E/98 du 08 juin 1998 portant proclamation des résultats des législatives.

l'implication des membres de gouvernement dans le directoire de campagne d'un candidat et de l'utilisation des moyens et biens de l'État¹³. Attaché au principe d'égalité des candidats, le Conseil constitutionnel reste intransigeant sur les contestations relatives à l'utilisation de l'image et du nom du Président de la République lors d'une compétition électorale à laquelle il n'est pas candidat. C'est ce qu'illustre une décision spectaculaire du juge constitutionnel, celle du 26 mars 2001¹⁴. En l'espèce, la juridiction constitutionnelle a été saisie par des candidats de l'opposition qui demandait l'annulation de l'arrêté du ministre de l'Intérieur fixant les couleurs et les symboles des bulletins de vote des élections législatives du 29 avril 2001. L'arrêté querellé avait admis que les mentions du nom de « WADE », Président de la République, et sa photo, pouvaient figurer sur le bulletin de vote. Les requérants ont soutenu l'illégalité de cet arrêté et la violation des principes généraux du droit constitutionnel et du droit électoral. En réponse à ces allégations, le Conseil

constitutionnel a estimé courageusement que : « Le principe d'égalité entre les partis et les coalitions de partis commande qu'ils connaissent le même traitement ; qu'ainsi, aucun d'eux ne peut, au cours d'une compétition, électorale à laquelle le Président de la République n'est pas candidat, utiliser l'image et les attributs constitutionnels de celui-ci ».

En conséquence, poursuit le Conseil, il y a lieu de décider que l'arrêté n° 001667 du 21 mars 2001 du ministre de l'Intérieur fixant les couleurs et les symboles des bulletins de vote, pour les élections législatives du 29 avril 2001, doit être modifié.

L'authenticité de l'expression de la volonté populaire s'étend aussi à la matière référendaire. Dans sa fonction de garant de la certification des résultats issus du référendum, le Haut conseil assure une présence remarquable. C'est ce qui ressort des décisions des consultations référendaires du 20 mars 2016¹⁵ et du 7 janvier 2001¹⁶. Le référendum du 7 janvier 2001 a soulevé d'importantes questions de droit auxquelles le Conseil constitutionnel a apporté des réponses « juridiquement acceptables ». Il en

¹³ Conseil constitutionnel, Décision n° 4 à 11/E/2000 du 10 mars 2000 portant proclamation des résultats du premier tour de l'élection présidentielle du 27 février 2000.

¹⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2,3 et 4/E/2001 du 26 mars 2001.

¹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 1/E/2016 du 30 mars 2016 portant proclamation des résultats définitifs du référendum du 20 mars 2016.

¹⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 1/C/2001 du 15 janvier 2001 portant proclamation des résultats définitifs des opérations de votes du référendum du 7 janvier 2001.

¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 3/2000 du 9 novembre 2000 sur le pouvoir d'initiative du Président de la République du référendum.

était ainsi des questions se rapportant au pouvoir d'initiative du référendum par le Président de la République¹⁷, des modalités d'organisation du référendum en cas d'absence de dispositions constitutionnelles et législatives y relatives¹⁷¹⁸. Enfin, à l'occasion de ce référendum, le Conseil constitutionnel a précisé son incompetence à statuer sur les recours dirigés contre les décisions prises en matière de référendum par le Président de la République¹⁹.

C'est dire qu'en cette qualité de garant de la sauvegarde de l'expression de la volonté populaire, il met en œuvre ses « pouvoirs exorbitants ». Plusieurs de ses décisions illustrent la mobilisation des pouvoirs de réformation et d'annulation partielle.

Il en est ainsi de la décision du 10 mars 2020¹⁹²⁰. En l'espèce, le juge constitutionnel sénégalais a considéré que l'absence de la liste d'émargement au début des opérations électorales ainsi que l'absence de publication et de notification de l'arrêté de nomination des membres des bureaux de vote dans les délais sont de nature à entraîner l'annulation du bureau de vote concerné.

Cependant, il faut préciser que la fréquence des annulations partielles contraste avec la rareté, voire l'inexistence des annulations générales des opérations électorales de scrutins.

Par ailleurs, le juge constitutionnel peut être invité à trouver une solution inédite dans le but de sauvegarder un processus électoral agité. Dans ce cas, il déploie une fonction de régulation.

B. La figure d'un juge garant de la sauvegarde de la volonté populaire dans un processus électoral agité.

L'année 1993 devrait marquer un pas décisif dans le processus démocratique sénégalais suite à la mise en place de deux dispositifs que sont le Code électoral consensuel de 1992 et le Conseil constitutionnel créé par la loi n° 92-23 du 30 mai 1992²¹. Le Sénégal espérait vivre dans la quiétude l'expérience de ces deux instruments pour l'élection présidentielle du 21 février 1993. Pour la première fois, on devrait mettre en œuvre les stipulations consensuelles du Code de 1992 et expérimenter un contrôle électoral d'une

¹⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 5/2000 du 16 novembre 2000 relative au pouvoir réglementaire du Président de la République relatif aux modalités d'organisation du referendum en cas d'absence de dispositions constitutionnelles et légales.

¹⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 6/C/2000 du 2 janvier 2001.

²⁰ Conseil constitutionnel, Décisions n° 71/2000-Affaires n° 4 à 11/E/2000 du 10 mars 2000 portant proclamation des résultats du premier tour de l'élection présidentielle du 27 février 2000.

²¹ Loi abrogée et remplacée par la loi n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel, J.O.S, n° 6946 du 15 juillet 2016.

juridiction constitutionnelle autonome et spécialisée. L'espoir tant suscité par ces nouveaux outils fera long feu. En effet, l'élection présidentielle du 21 février 1993 a été marquée par un retard notoire de la proclamation des résultats provisoires. Un blocage de la Commission nationale de Recensement des Votes (CNRV) a rendu impossible la proclamation des résultats provisoires de l'élection sus-indiquée. Or, la législation électorale prévoyait, à l'époque, la proclamation provisoire des résultats par la CNRV, avant la proclamation définitive des résultats par le Conseil constitutionnel. Il se trouve que la CNRV n'a pas pu proclamer les résultats provisoires du fait des divergences de vues sur les résultats des représentants des partis politiques, membres de la Commission. Jadis, les représentants des partis politiques, membres de la CNRV, avaient voix délibérative. Qu'est-ce qu'il fallait donc faire si la CNRV n'arrive pas à proclamer des résultats provisoires du fait d'un blocage ?

Ce blocage a été à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel par le Président de la Commission nationale de Recensement des votes. Une saisine avec transmission de l'ensemble des pièces électorales au haut conseil.

Pour résoudre le problème ainsi posé, le Conseil rendra deux décisions spectaculaires. Il s'agit de la décision du 02 mars 1993²² dans laquelle la juridiction constitutionnelle a fait preuve de beaucoup de courage aussi bien sur la recevabilité qu'au fond pour sauvegarder un processus électoral malmené.

Sur la recevabilité de la requête, le Conseil constitutionnel a considéré qu'en dépit du silence des textes, qu'il entend examiner toute la question juridique se rapportant à cette saisine afin de trouver les ressorts de sa recevabilité du simple fait qu'il est « le seul juge chargé du contentieux des élections²³ [et] la seule instance de recours post-électoral habilitée à connaître de toute difficulté susceptible de faire échec au processus électoral établi par le code électoral pour le recensement des votes ».

S'agissant de sa compétence, le Conseil constitutionnel a estimé :

« qu'après s'être déclaré valablement saisi et malgré le silence des textes, il a l'obligation de se prononcer sur la question portée devant lui ; qu'en effet, ni le silence de la loi, ni l'insuffisance de ses dispositions, n'autorisent le Conseil compétent en l'espèce, à s'abstenir de régler le différend porté devant lui ; qu'il doit prononcer par une décision en recourant, au besoin aux

²² Conseil constitutionnel, Décision n° 5/93-Affaires n°6/E/93 du 02 mars.

²³ Le Conseil fait allusion aux élections nationales.

principes généraux du droit, à la pratique, à l'équité et à toute autre règle compatible avec la sauvegarde de l'État de droit et avec l'intérêt commun ».

En réponse à la question de fond, celle de savoir si le Conseil peut proclamer les résultats définitifs sans qu'intervienne la proclamation des résultats provisoires, les sages ont soutenu que la saisine du Président de la Commission « ne l'oblige à procéder à la proclamation définitive des résultats des votes qu'une fois expirés les délais légaux de contestation des résultats après la proclamation provisoire de ces résultats, point de départ desdits délais ». Il en résulte que le juge constitutionnel a pris une décision de refus de proclamer les résultats définitifs en renvoyant tout le dossier à la Commission, tout en l'obligeant à poursuivre ses travaux dans un délai raisonnable de 72 h. Passé ce délai, précise le Conseil, en l'absence de proclamation des résultats provisoires, la Commission est considérée comme dessaisie et les candidats peuvent faire mention de toute contestation dans le rapport du Président de la Commission. La persistance de l'entrave au fonctionnement de la Commission a conduit celle-ci, après l'expiration du délai impératif de 72 h, à renvoyer le dossier, à nouveau, au Conseil constitutionnel pour proclamation

des résultats définitifs. Cette fois-ci, le Conseil constitutionnel a accédé à la demande du Président de la Commission en procédant à la proclamation des résultats définitifs par la décision du 13 mars 1993²⁴. L'intervention de cette décision emportant la proclamation des résultats définitifs a clos le chapitre de la turbulence électorale provoquée par le blocage du fonctionnement de la Commission nationale de Recensement des Votes.

Ces décisions spectaculaires renseignent sur les efforts remarquables du Conseil constitutionnel pour sauver l'expression de la volonté populaire.

Toutefois, cette présence notoire du juge constitutionnel contraste avec sa quasi-absence dans le contrôle des règles destinées à organiser le processus d'expression de la volonté populaire.

²⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 6/93 Affaires n° 7 à 12/E/93 du 13 mars 1993.

II. Une absence dommageable du Conseil constitutionnel du champ de contrôle des règles organisant l'expression de la volonté populaire

Dans le processus électoral sénégalais, si la présence, en aval, du Conseil constitutionnel, est remarquable, son absence, en amont, dans la fixation des règles électorales est tout aussi regrettable. L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel indique que le Conseil se déclare systématiquement incompétent à connaître la constitutionnalité des lois constitutionnelles, y compris celles ayant une incidence électorale. Pour les autres catégories de lois électorales, le haut Conseil fait preuve de retenue s'il est invité à les censurer. Cet état de fait révèle une mollesse du Conseil constitutionnel dans le contrôle des lois électorales organisant les élections (A). Cette absence notoire du juge constitutionnel rétrécit sa fonction de garant de l'expression de la volonté populaire. C'est dire que cette fonction est difficilement assurée lorsqu'un pan entier du processus électoral, celui de la fixation des règles électorales, échappe au contrôle du

juge. Il apparaît ainsi qu'il urge de trouver un remède à cette absence dommageable (B).

A. La faible intensité du contrôle des lois ayant une incidence électorale

« Que peut faire le juge face à des dispositions constitutionnelles et législatives qu'il est chargé d'interpréter et dont l'application a pour effet d'exclure des postulants de la compétition pour la conquête et l'exercice du pouvoir ? »²⁵.

De notre point de vue, « le processus électoral commence depuis la fixation des règles électorales »²⁶. Ce sont les lois qui fixent les modalités électorales et le juge se charge de les exécuter²⁷. Ces lois peuvent être des lois constitutionnelles ou des lois organiques, voire ordinaires. Pour la première catégorie de lois, le juge constitutionnel se déclare systématiquement incompétent sans considération de leur influence sur le processus électoral. Pour les autres catégories de lois électorales, la juridiction constitutionnelle ne se relâche pas dans son contrôle.

²⁵ Léon Dié Kassabo, « Le contentieux de l'élection présidentielle », in revue Afrilex, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/Afrilex>, janvier 2014, p. 10.

²⁶ Y. Niang, « Les fonctions du juge constitutionnel africain en matière électorale », Afrilex, 2018, p. 7, disponible sur ce lien: <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/>

IMG/pdf/Les_fonctions_du_juge_const_en_matiere_elecorale_Dr_Yaya_NIANG_REVU.pdf.

²⁷ S. Dako, « Le contentieux électoral dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », », A.B.J.C., *Revue de contentieux constitutionnel*, I.2013, p. 629.

Or, de notre point de vue, les révisions constitutionnelles ayant une incidence électorale ne doivent pas échapper au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel. Il est noté dans beaucoup d'États africains, comme le Sénégal, que le juge constitutionnel s'abstient de contrôler les lois constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel du Sénégal, conforme à une jurisprudence établie en France²⁸, n'admet pas de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles²⁹. Pourtant, « certaines révisions, constitutives de sources de démolition de la démocratie, peuvent lier une Haute juridiction, avec pour effet pervers d'en faire l'exécutant de basses œuvres légales »³⁰. Ces effets peuvent se rapporter aux restrictions à la liberté de

candidature, à l'anéantissement³¹ de la clause de limitation³² du nombre de mandats ou encore à la prorogation des mandats.

Quelques décisions récentes illustrent cette politique jurisprudentielle du juge constitutionnel sénégalais consistant à déclarer son incompétence à connaître de la constitutionnalité des lois constitutionnelles malgré leur incidence directe ou indirecte sur l'expression de la volonté populaire. Il en est ainsi de la décision du Conseil constitutionnel du 09 mai 2018³³.

En l'espèce, le Conseil a été saisi par l'opposition suite à l'adoption de la loi n° 2018-14 du 11 mai 2018 portant révision de la Constitution³² et instituant le parrainage intégral³³ pour toutes les élections.

²⁸ Voir Conseil constitutionnel français, Décision n° 203-469 DC du 26 mars 2003, J.O du 29 mars 2003, p. 5570, R.293.

²⁹ L. Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 337.

³⁰ S. bolle, « Vices et vertus du contentieux des élections en Afrique », in J. P. Vettovaglia, J. Du Bois De Gaudusson, A. Bourgi, C. Desouches, J. Maila, H. Sada,

A. Salifou (dir), *Démocratie et Élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Bruylant, Prévention des crises et promotion de la paix, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, P.538.

³¹ Au Sénégal, instaurée pour la première fois le 26 février 1970, la clause de limitation des mandats présidentiels à deux a été supprimée en avril 1976 avant d'être restaurée en octobre 1991 et supprimée à nouveau en octobre 1998. Cette instabilité de la clause s'explique par le fait qu'à chaque fois qu'elle s'avère être un obstacle à la candidature du Président Abdou Diouf, ce dernier la supprime pour pouvoir se porter candidat. La limitation des mandats présidentiels a été restaurée par la loi n° 2001-03 du

22 janvier 2001 portant Constitution du Sénégal, à travers son article 27. ³² Sur la limitation des mandats dans les États africains, voir A. Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique noire francophone », Afrilex n°3, 2003, disponible sur ce lien : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/3doc8loada.pdf>.

³² Loi n° 2018-14 du 11 mai 2018 révisant l'article 29 de la Constitution, publiée au JORS, numéro 7094 du 12 mai 2018, p. 551.

³³ La loi n° 2018-14 du 11 mai 2018 subordonne la recevabilité d'une candidature à l'élection présidentielle à la satisfaction d'un seuil de parrainages représentant entre 0,8% et 1% du fichier électoral. Il en résulte qu'elle est manifestement restrictive. Or, la liberté de candidature est consacrée par l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'article 21 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (C.A.D.H.P) du 27 juin 1981 et, enfin, la Déclaration de Bamako adoptée le 03 novembre 2000. ³⁶ Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n° 1-C-2018 du 09 mai 2018 Affaires n°1-C- 18 du 09 mai 2018, disponible sur ce lien :

Le juge constitutionnel a considéré dans sa décision du 09 mai 2018³⁶ « qu'il ne tient ni de la Constitution, ni de la loi organique, compétence à statuer sur une révision constitutionnelle ». Le Conseil précise au surplus « que le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier et de compléter les dispositions à valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ». En application de cette loi instituant le parrainage, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 janvier 2019³⁴ portant publication des candidatures à l'élection présidentielle du 24 février 2019, a invalidé vingt (20) candidatures³⁵ au motif que les candidats n'ont pas obtenu le minimum de parrainages valides de 0,8 % du fichier électoral exigé désormais par la loi controversée.

Une attitude similaire du juge constitutionnel a été notée dans sa décision du 18 janvier 2006. En l'espèce, la juridiction constitutionnelle était saisie par l'opposition politique d'une requête en

inconstitutionnalité de la loi n° 29/2005 prorogeant le mandat des députés élus aux élections législatives de 2001. En réponse aux moyens soulevés, le juge constitutionnel a rappelé dans le 12^e considérant que :

« La compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution et la loi organique sur le Conseil constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux limitativement prévus par ces textes ; que le Conseil Constitutionnel ne tient ni [de la loi constitutionnelle] ni de la loi organique le pouvoir de statuer sur une loi constitutionnelle »³⁶.

Une jurisprudence fortement inspirée des considérants du Conseil constitutionnel français dans sa décision n° 469 DC du 26 mars 2003³⁷ sur la révision constitutionnelle relative à l'organisation de la République dans laquelle il s'était déclaré incompétent pour connaître la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

<https://conseilconstitutionnel.sn/dec-n-1-c-2018-du-9-mai-2018-affaire-n-1-c-18/>.

³⁴ Conseil constitutionnel, Décision n°2-E-2019 affaire n° 12-E-19 Élection séance du 13 janvier 2019 portant publication de la liste de candidature à la l'élection présidentielle du 24 février 2019, disponible sur ce lien : <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-2-e-2019-affaire-n-12-e-19-seance-du13-janvier-2019/>.

³⁵ Ce sont les candidatures suivantes qui ont été invalidées : Cheikhe Hadjibou Soumaré ; El Hadji Malick Gakou ; Boubacar Camara ; Amadou Seck ; Aissata Tall Sall ; Mamadou Lamine Diallo ; Aissata Mbodji ; Papa Diop ; Khalifa Ababacar Sall ; Karim Meissa Wade ; Pierre Atépa Goudiaby ; Moustapha

Mamba Guirassi ; Abdoul Mbaye ; Thierno Alassane Sall ; Abdou Wahab Bengelloune ; Bougane Guèye ; Moustapha Mbacké Diop ; Samuel Sarr ; Amsatou Sow Sidibé ; El Hadji Mansor Sy ; Mamadou Ndiaye ; Mamadou Diop.

³⁶ Jurisprudence quasi similaire aux considérants du Conseil constitutionnel français dans sa décision n°469 DC du 26 mars 2003 (précitée) sur la révision constitutionnelle relative à l'organisation de la République dans laquelle il s'est déclaré incompétent pour connaître la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

³⁷ Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision n° 469 DC du 26 mars 2003 précité, J.O. du 29 mars 2003, p. 5570, R., p. 293.

De cette posture jurisprudentielle du juge constitutionnel sénégalais, surgit une interrogation, celle de savoir qui se chargera alors de limiter les dérives de la majorité lorsqu'elle entreprend des initiatives aux antipodes de la démocratie ? Cette interrogation est légitime si l'on considère ce rappel de Stéphane Bolle qui précisait que la sanction de vices de constitutionnalité devrait permettre de mesurer « l'indépendance du juge vis-à-vis de la majorité, qui use et abuse du pouvoir de faire la loi pour défavoriser, voire désarmer, les candidats au pouvoir »³⁸.

Pourtant, chose étonnante, même dans les cas où la loi électorale n'est pas de nature constitutionnelle, le Conseil fait aussi preuve de retenue. C'est ce qu'illustre sa décision du 2 juillet 2018³⁹.

En espèce, la loi n° 2018-22 du 04 juillet 2018 avait été adoptée pour modifier le Code électoral afin d'y intégrer le parrainage en application de la loi constitutionnelle précitée. Cependant, une modification supplémentaire a été ajoutée à l'article L. 57 alinéa 1 du Code électoral. Cette modification qui ne figure nulle part dans l'exposé des motifs du projet de loi érige la qualité d'électeur en critère d'éligibilité à l'élection présidentielle. Or, l'article 28 de la

Constitution ne mentionne pas expressément la qualité d'électeur comme une condition d'éligibilité. Saisi sur ce moyen, le Conseil a considéré qu'en ajoutant la qualité d'électeur comme condition d'éligibilité à une élection présidentielle, « le législateur ne fait que rappeler une condition générale résultant implicitement, mais nécessairement de l'article 28 de la Constitution. Cette motivation n'est pas convaincante. L'emploi des adverbes « naturellement » (argument d'autorité) et « implicitement » renseigne que cette motivation n'était pas aisée pour le juge constitutionnel.

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel, la loi n° 2018-22 du 04 juillet 2018 fut promulguée.

Dans la foulée, le Haut conseil prendra sa décision du 13 janvier 2019 portant publication de la liste des candidats à l'élection présidentielle du 24 février 2019, de laquelle sont exclus Karim Wade et Khalifa Ababacar Sall, dont les candidatures sont jugées irrecevables sur la base de la nouvelle disposition de l'article L. 57 alinéa 1.

Il faut dire que l'abstention du juge constitutionnel à se prononcer sur les lois constitutionnelles et sa retenue dans le contrôle des autres catégories de lois

³⁸ S. Bolle, « Vices et vertus du contentieux des élections en Afrique », in J. P. Vettovaglia, J. Du de Gaudusson, A. Bourgi, C. Desouches, J. Maila, H. Sada, A. Salifou (dir), *Démocratie et Élections dans l'espace francophone, Prévention des crises et*

promotion de la paix, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 536.

³⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2/C/2018/ du 2 juillet 2018.

favorisent une quasi-absence de la haute juridiction dans la fixation des règles électorales. Les vives contestations électorales connues récemment trouvent leur source dans l'adoption des lois électorales controversées. Cette situation est source de tensions du fait que les lois sont jugées partiales, favorables à la majorité au pouvoir. Il s'y ajoute l'absence d'un arbitre comme le juge constitutionnel. C'est ce qui explique la récurrence des violences au moment de l'adoption des lois constitutionnelles ayant une incidence électorale. Il en est ainsi de la loi sur le ticket présidentiel de 2011 qui a donné naissance au « mouvement du 23 juin ». Plus récemment, l'adoption de la loi instituant le parrainage a provoqué des violences. Pour y mettre fin et restaurer la confiance entre le peuple et la juridiction constitutionnelle, il urge que le Conseil assure un contrôle préventif dont le but serait de purger des lois électorales de leurs éventuels vices.

B. L'exercice d'un contrôle des lois électorales : un palliatif à l'absence du Conseil

Le Conseil constitutionnel ne peut assumer pleinement sa fonction de garant de l'expression de la volonté populaire que lorsqu'il exerce un contrôle préventif sur les lois destinées à organiser les élections. Il est nécessaire que le juge constitutionnel soit investi de la faculté d'empêcher les dérives de la majorité par le truchement de son contrôle. Il doit s'affirmer « comme un juge indépendant vis-à-vis de cette majorité qui use et abuse du pouvoir de faire la loi pour défavoriser, voir désarmer les candidats au pouvoir »⁴⁰. L'organe constitutionnel, soutient Robert Badinter, « doit devenir ce qu'il est : une juridiction, car plus le Conseil soumet des majorités politiques différentes au respect des mêmes principes, plus il apparaît comme une juridiction et moins il sera accusé d'être une assemblée politique, mieux son rôle sera accepté »⁴¹. C'est dire qu'il y a lieu, particulièrement au Sénégal, de trouver un palliatif à l'absence dommageable du Conseil constitutionnel dans le contrôle des lois constitutionnelles destinées à organiser les élections. Dans le cadre de notre analyse, deux mécanismes

⁴⁰ S. Bolle, op. cit., p. 536.

⁴¹ R. Badinter, in Dominique Rousseau, *sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997, p. 59 cité Frédéric Joël Aivo,

Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 130.

thérapeutiques sont proposés. L'un se rapporte à l'instauration d'un contrôle obligatoire de constitutionnalité de toutes les lois ayant une incidence électorale. L'autre consiste à rendre intangibles toutes les lois électorales substantielles.

Concernant le contrôle obligatoire de constitutionnalité, nous faisons nôtre, ce plaidoyer consistant à défendre le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, celles électorales en particulier. Le souhait ardent défendu ici est que toutes les lois électorales doivent être soumises à un contrôle obligatoire du juge constitutionnel. Peu importe qu'elles soient constitutionnelles, organiques ou ordinaires. Le constat renseigne que dans nos États, la loi électorale est à l'origine des tensions et violences électorales. Elles occupent un pan important du processus électoral. Si le juge constitutionnel n'intervient pas pour censurer les excès de pouvoir du constituant dérivé et purger la loi électorale de ses vices, le peuple risque, de manière fréquente (et éruptive), de se substituer aux institutions.

Il faut noter que beaucoup de réserves sont émises contre la proposition de contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. Au soutien de ces réserves, il est souvent évoqué que les lois de révision

constitutionnelle ont la même valeur que la Constitution. Par conséquent, il ne peut être admis que le juge constitutionnel exerce un contrôle de conformité entre deux textes de même valeur.

Notre point de vue est différent. Les lois constitutionnelles, au moment de leur soumission au contrôle du juge, n'ont pas encore acquis une dignité constitutionnelle. Elles sont dans le cadre du processus, à l'étape de gestation et, donc, loin de la maturité constitutionnelle. C'est seulement après promulgation qu'elles peuvent être revêtues du sceau de constitutionnalité. Dès lors, un contrôle de constitutionnalité peut intervenir avant la promulgation de la loi pour purger celle-ci de tout vice de nature à infecter la Constitution.

Le deuxième aspect de notre thérapie consiste à sanctuariser les dispositions électorales substantielles. Celles-ci renvoient aux règles électorales relatives à la liberté de candidature, à la limitation des mandats et aux modes de scrutin⁴². Aucune modification de ces règles ne devrait être admise sauf consensus large des acteurs politiques. C'est dans ce cadre que s'inscrit le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance. Il prévoit dans sa section II intitulée « Des

⁴² Il faut préciser que la loi référendaire n° 2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution, les clauses prévues à l'article 103 alinéa 7. Seulement, cela n'a pas empêché l'adoption de la loi

n° 2018-14 du 11 mai 2018 instituant le parrainage intégral sans un large consensus des acteurs politiques.

élections » qu': « Aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six mois précédant les élections, sans le consentement d'une large majorité des acteurs politiques (...) »⁴³.

C'est dire que le législateur ou le constituant ne doit pouvoir modifier les règles électorales substantielles, à titre exceptionnel, que sur la base d'un consensus national. Un consensus élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle du Bénin, dans son rôle avant-gardiste⁴⁴. C'est ce qui ressort de ses décisions du 8 juillet 2016⁴⁵ et du 20 octobre 2011⁴⁶. Cette posture jurisprudentielle de la Cour a été malheureusement remise en cause par ses récentes décisions comme celles du 06 novembre 2019⁴⁷ et du 07 janvier 2021⁴⁸.

Au niveau de la justice communautaire, la Cour africaine des Droits de l'Homme et du Peuple a rendu récemment un arrêt spectaculaire le 27 novembre 2020⁴⁹. Suite à sa saisine par un requérant anonyme soutenant que la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2020 (modifiant 47 articles de la

Constitution), viole le principe du consensus national, la Cour africaine des Droits de l'Homme a considéré que la loi querellée, portant révision de la Constitution du Bénin, n'a pas fait l'objet d'un large consensus. Il en résulte, qu'au niveau communautaire, le consensus national, comme principe fondamental, est en train d'y prendre une place confortable.

Conclusion

En définitive, la revue de l'ensemble des décisions du juge constitutionnel en matière électorale dénote une présence remarquable du juge dans la sauvegarde de l'expression de la volonté populaire. Il est garant de l'authenticité des résultats des élections nationales et de la sauvegarde de l'expression de la volonté populaire même dans un processus électoral agité. Il déploie ses pleins pouvoirs juridictionnels afin d'apporter des réponses aux multiples contestations qu'il reçoit des requérants.

Cependant, cette présence spectaculaire contraste avec son absence au moment de la fixation des règles organisant l'expression

⁴³ Le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté le 21 décembre 2001 à Dakar.

⁴⁴ A. B. Fall « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme en Afrique » in Frédéric Joël Aivo (dir.), La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 717-728.

⁴⁵ DCC 06-074 de la Cour constitutionnelle du Bénin du 08 juillet 2006.

⁴⁶ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 11-067 du 20 octobre 2011.

⁴⁷ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 19-504 du 6 novembre 2019.

⁴⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 21-011 du 07 janvier 2021.

⁴⁹ Cour africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, arrêt du 27 novembre 2020, Affaire XYX contre la République du Bénin.

de la volonté. Le juge constitutionnel s'abstient de contrôler les lois constitutionnelles, même celles ayant une incidence électorale.

Compte tenu des controverses que suscitent les lois électorales, l'intervention du juge en amont est fortement souhaitée. C'est la seule manière de purger les lois électorales de tout vice destiné à favoriser le candidat sortant et de manière corrélative à gêner les concurrents. C'est dire qu'en ces temps de tempête électorale dans les États africains, le juge constitutionnel doit plus que jamais concevoir son rôle comme celui de garant de la constitutionnalité de toutes les lois destinées à organiser l'expression de la volonté populaire. C'est le seul gage de la préservation du consensus national sur les règles du jeu électoral. L'absence du juge à cette étape déterminante priverait le processus de construction du consensus démocratique de son fondement essentiel

Bibliographie sélective :

- 1- Aivo. F. J., Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois, Paris, L'Harmattan, 2006, 222p.
- 2- Aivo F. J. (dir.), La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele, Paris, L'Harmattan, 2014, 800 p.
- 3- Bolle S., « Vices et vertus du contentieux des élections en Afrique », in J. P. Vettovaglia et al. (dir.), Démocratie et élections dans l'espace francophone, Bruxelles, Bruylant, Prévention des crises et promotion de la paix, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, P.538.
- 4- Dako S., « Le contentieux électoral dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », », A.B.J.C., Revue de contentieux constitutionnel, I.2013, p. 629.
- 5- De Gaudusson J. Du Bois, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », Afrique contemporaine n° 80, octobre 1996, p. 250.
- 6- De Gaudusson J. Du Bois , Gérard Conac et Christine Desouche, Les constitutions africaines publiées en langue française, Tomes 1 et 2, Paris, La documentation française, respectivement 1997, 452 p. et 1998, 458 p.
- 7- Diallo I., « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », A.I.J.C., XX, 2005, p. 95.
- 8- Fall A. B., « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme en Afrique » in Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele, Paris, L'Harmattan, 2014, 800 p.
- 9- Fall I. M. (dir.), Les Décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal, Dakar, CREDIALA, 2008, 565 p..
- 10- Loada A., « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique noire francophone », Afrilex n°3, 2003, disponible sur ce lien : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/3doc8loada.pdf>.
- 11- Niang Y., « Les fonctions du juge constitutionnel africain en matière électorale », Afrilex, 2018, p. 7, disponible sur ce lien: <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/>
- 12- Rousseau D., Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie, Descartes et Cie, Paris, 1997, 198 p.

13- Sindjoun L., Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, Bruxelles, Bruylant, 2009, 598 p.

14- Vettovaglia J. P. et al. (dir), Démocratie et élections dans l'espace francophone. Prévention des crises et promotion de la paix, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, 936 p.

Décisions, textes législatifs et internationaux :

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n°42/98 Affaires n° 12 à 29/E/98 du 08 juin 1998

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision 96/2007-affaires n° 4/E/2007 et 5/E/2007, Ousmane Tanor Dieng et Abdoulaye Bathily.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n°10/93- Affaires n° 20 à 23/E/C/93, I.D. Thiam, M. Diop, D. Ngom, SD. Thiam, candidats aux élections législatives.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 42/98- Affaires n° 12 à 20/E/98 du 08 juin 1998 portant proclamation des résultats des législatives.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 83-Affaires n° 6 à 12/E/2001 du

12 mai 2001 portant proclamation des résultats des législatives.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 42/98 - Affaires n° 12 à 20/E/98 du 08 juin 1998 portant proclamation des résultats des législatives.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 4 à 11/E/2000 du 10 mars 2000 portant proclamation des résultats du premier tour de l'élection présidentielle du 27 février 2000.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 2,3 et 4/E/2001 du 26 mars 2001.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 1/E/2016 du 30 mars 2016.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 1/C/2001 du 15 janvier 2001

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 3/2000 du 9 novembre 2000.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 5/2000 du 16 novembre 2000

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 6/C/2000 du 2 janvier 2001.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décisions n° 71/2000-Affaires n° 4 à 11/E/2000 du 10 mars 2000 portant proclamation des résultats du premier tour de l'élection présidentielle du 27 février 2000.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 5/93-Affaires n°6/E/93 du 02 mars.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 6/93 Affaires n° 7 à 12/E/93 du 13 mars

1993. bordeaux4.fr/Afrilex, janvier 2014, p. 10.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 1-C-2018 du 09 mai 2018 Affaires n°1-C-18 du 09 mai 2018,

Conseil constitutionnel, décision n°2-E-2019 affaire n° 12-E-19

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 2/C/2018/ du 2 juillet 2018.

Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n°2-E-2019, Affaire n° 12- E-2019 du 13 janvier 2019.

lien

<https://conseilconstitutionnel.sn/category/outes-les-decisions/matiere-electorale-et-referendaire/>

Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 06-074 du 08 juillet 2006.

Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 11-067 du 20 octobre 2011.

Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 19-504 du 6 novembre 2019.

Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 21-011 du 07 janvier 2021.

Cour africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, arrêt du 27 novembre 2020, Affaire XYX contre la République du Bénin.

Loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 portant Conseil constitutionnel publiée au J.O. n° 5469 du 1er juin 1992,

Loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016, publié au JORS n° 6946 du 15 juillet 2016.

Le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté le 21 décembre 2001 à Dakar.