

# 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 UNIVERSITÉS  
FRANCOPHONES D'AFRIQUE ET DE L'OCEAN INDIEN

---

***SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES***

ISSN : 2630-113 X

**N° 5, Vol. 1**

**Janvier 2025**

# 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° 5, Vol. 1**  
**Janvier 2025**

# Revue RAMReS/S.J.P.



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

# COMITE SCIENTIFIQUE DE LA REVUE CAMES/SJP

**Professeur Koffi AHADZI, Président,**

Membres :

**Droit public :**

- **Pr Alexis ESSONO OVONO ;**
- **Pr Eloi DIARRA,**
- **Pr Joël AIVO ;**
- **Pr Abraham GADJI ;**
- **Pr Abdoulaye SOMA ;**
- **Pr Narey OUMAROU ;**
- **Pr Ibrahima LY ;**
- **Pr Saidou Nourou TALL ;**
- **Pr Brusil Miranda METOU ;**
- **Pr Gérard Aïvo.**

**Droit privé :**

- **Pr Michel SAWADOGO ;**
- **Pr Ndiaw DIOUF ;**

- **Pr Christine CHAPPUIS ;**
- **Pr Pierre Etienne KENFACK ;**
- **Pr Abourahmane OUATTARA ;**
- **Pr Joseph Fifamin DJOGBENOU ;**
- **Pr Ndèye Coumba Madeleine NDIAYE ;**
- **Pr Jacques MESTRE ;**
- **Pr Talfi Idrissa BACHIR ;**
- **Pr Nanga SILUÉ.**

**Science politique :**

- **Pr Nadine MACHIKOU ;**
- **Pr Alou Mahamane TIDIANI ;**
- **Pr Alioune Badara DIOP ;**
- **Pr Emmanuel Etienne MESSANH HLINVI ;**
- **Pr Abdourahmane THIAM.**

**Comité de rédaction de la Revue du CAMES/ SJP**

**Rédacteur en chef :** Pr Yaya BODIAN (UCAD)

**Assistant :** Adama NDIAYE (UCAD)

## SOMMAIRE

- 1- **Nouvelles observations sur les domaines respectifs de la loi organique, de la loi ordinaire et du règlement au Congo Brazzaville.....1**  
**Placide MOUDOUDOU**, *Agrégé des Facultés de Droit, Professeur de Droit public à l'Université Marien N'gouabi (Congo- Brazzaville), Doyen honoraire.*
- 2- **Les lanceurs d'alerte en politique africaine : théorie de l'*homo politicus* sauveteur...22**  
**Arnaud Noel VOULA EMVOUTOU**, Université de Dschang - Cameroun
- 3- **Une relecture des principes fondamentaux du service public en Afrique noire francophone.....48**  
**Zeinaba KANE**, Maître-Assistant en droit public, Université Alioune Diop de Bambey /Sénégal.
- 4- **Le contrôle étatique de la sentence arbitrale dans l'espace OHADA : plaidoyer pour une autonomie pleine de la justice arbitrale.....79**  
**EFFI Kokora Serge**, Maître-Assistant à l'UFR des Sciences juridiques, administratives et politiques de l'Université Félix HOUPHOUET BOIGNY d'Abidjan-Cocody
- 5- **Le couple polygame en droit burkinabè.....114**  
**Diane Horélie PALGO**, Attachée de recherche, INSS/CNRST, Docteur en droit privé et sciences criminelles.
- 6- **Les BRICS et le multilatéralisme d'endiguement : espace clive et coopération d'obstruction.....155**  
**Jean NJOYA**, Professeur Titulaire de science politique, Vice-recteur chargé des enseignements, de la professionnalisation et du développement des TIC Université de Dschang- Cameroun.
- 7- **L'arbitrage dans le contentieux administratif en Afrique noire francophone sous l'effet du droit communautaire.....179**  
**Ibrahima MANDIANG**, Docteur en Droit Public, *Enseignant-Chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD).*
- 8- **Régime démocratique, un moindre mal face aux régimes monopolistiques.....211**  
**AYENA Kadoukpè Fidèle**, Maître-Assistant Science Politique FADESP/UAC.
- 9- **L'expulsion dans le droit administratif des États d'Afrique noire francophone : le cas du Cameroun, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal. ....238**  
**SANDIO KAMGA Armel Habib**, Docteur Ph. D. en droit public, Maître-assistant, Université de Yaoundé II (Cameroun).
- 10- **L'oublié de l'arrêt « bac d'Eloka » .....272**  
**Dr Gilles Carson OSSETE OKOYA**, Maître-Assistant à la faculté de droit de l'Université Marien N'gouabi de Brazzaville.
- 11- **Fake news et transformations des espaces publics.....304**  
**Dr Illa AHMET**, Maître-assistant en Science Politique, Faculté des Sciences Juridique et Politique (FSJP), Université Abdou Moumouni de Niamey (Niger).

- 12- **L'influence des dynamiques tribales sur la formation de l'État tchadien (1960-2021).....332**  
**Docteur Ali HAROUN KHATIR**, Enseignant Chercheur de sciences politiques à l'Université de Ndjamena, Doyen de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Doba.
- 13- **Le renouvellement de la relation union européenne (UE)-union africaine (UA) dans le domaine de la paix et la sécurité : entre inconsistances et ambiguïtés politiques.....355**  
**Ladislav NZE BEKALE**, Docteur en Histoire militaire et Études de défense (Univ. Montpellier 3), Enseignant vacataire au département d'histoire de l'Université Omar Bongo.
- 14- **Du pouvoir des médias dans la dynamique de résilience communautaire a diffa (Niger) .....381**  
**Abdoul Kader BIRGUI SEKOU**, *Docteur en science politique de l'UCAD*, Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (F.S.J.P), Université Abdou Moumouni (UAM) de Niamey, Niger.
- 15- **L'étudiant-entrepreneur et le mentor : un duo incontournable ?.....407**  
**Dr. Innocent FETZE KAMDEM** (*LL.D., U. Laval*), Enseignant permanent au département de droit international à l'Institut des Relations Internationales du Cameroun
- 16- **Le rôle du conseil constitutionnel dans l'élection présidentielle de mars 2024 au Sénégal.....422**  
**Ousmane KHOUMA**, Enseignant-chercheur en droit public, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar.
- 17- **La perméabilité du contrat.....445**  
**Dr Luc Kokou SOSSA**, Assistant à la FADESP – UAC (Bénin).
- 18- **Réflexions sur l'extension de l'unité monétaire en Afrique subsaharienne francophone à l'ère du numérique.....480**  
**MBILONGO Alain Martial**, Chargé de cours, Université de Yaoundé II-Soa, Faculté des sciences juridiques et politiques, Département de droit des affaires et de l'entreprise.
- 19- **L'encadrement du licenciement en droit camerounais.....515**  
**TCHATAT NYA Raoul**, Ph.D en Droit des Affaires et Fiscalité, HDR en Droit Privé et Sciences Criminelles, Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Garoua (Cameroun).
- 20- **La requalification du contrat.....535**  
**KODJO GNINTEDEM Marie Duvalé**, Dr/Ph.D en droit privé, Université de Yaoundé 2 – Cameroun, Maître-Assistante Cames.
- 21- **La clémence en droit pénal.....563**  
**Aïssata DABO**, Maître-assistante en Droit privé, *Université Thomas Sankara (Burkina Faso)*

**NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS  
DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT  
AU CONGO-BRAZZAVILLE**

*(Note sous Cour Suprême, Avis n°28 du 7 novembre 2023, Avant-projet de loi fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire)*

**Par**

**Placide MOUDOUDOU,**

*Agrégé des Facultés de Droit, Professeur de Droit public à l'Université Marien N'gouabi (Congo- Brazzaville), Doyen honoraire<sup>1</sup>*

Il y a cinq ans, dans une note sous l'avis n°009/CS/18 du 24 mai 2018 de la Cour suprême du Congo-Brazzaville relative à la distribution constitutionnelle des compétences entre l'Exécutif et le Parlement, on faisait observer que « depuis plusieurs années, une divergence d'interprétation de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 oppose, d'une part, la Cour suprême dans sa fonction consultative, et d'autre part, le Gouvernement et le Parlement quant au pouvoir compétent pour prononcer la dissolution d'un établissement public. En effet, l'article 125 de la Constitution qui fixe le domaine de la loi ne range dans ce domaine que "la création des établissements publics" (et pas leur dissolution) »<sup>2</sup>.

L'avis de cette même juridiction n°28 du 7 novembre 2023 relatif à

l'avant-projet de loi fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire semble venir amplifier cette divergence d'interprétation quant à la délimitation des domaines respectifs de la loi organique, de la loi ordinaire et du règlement ; confirmant bien que cette question « est sans doute aussi ancienne que la République et la naissance du parlementarisme moderne »<sup>3</sup>. En effet, ce thème du domaine de la loi relève, en définitive, « de la légitimité du Parlement, qui doit, sous la conduite du gouvernement, voter les lois nécessaires et écarter les lois inutiles, pour utiliser la formule de Montesquieu dans *De l'Esprit des lois* »<sup>4</sup>. Le doyen Guillaume Drago pose deux questions : « doit-on encore écrire sur le domaine de la loi ? » ; « Tout n'a pas été dit et le

<sup>1</sup> Chercheur associé à l'IRJI-François Rabelais, Université de Tours (France).

<sup>2</sup> Moudoudou (P.), « La distribution constitutionnelle des compétences au Congo-Brazzaville : domaine de la loi et du règlement... », note sous C.S., Avis n°009/18 du 24 mai 2018, *Dissolution de l'Office National de la Main-d'œuvre*, in *Mélanges en l'honneur de Grégoire Bakandéja wa Pungu, Du droit à l'économie et de l'économie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p.411. Voir également, Moudoudou (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Presses universitaires de Brazzaville, 2019, pp.316-318 ; du même auteur, *Droit administratif congolais*, Presses universitaires de Brazzaville, 2023, 2<sup>ème</sup> éd., 457p.

<sup>3</sup> Jean Romieu, Concl. sur C.E., 4 mai 1906, *Babin, Rec.565*.

<sup>4</sup> Drago (G.), « Le domaine de la loi : brève histoire d'une dérive constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, L'intérêt général*, Paris, Dalloz, 2015, p.186.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

constat de la mort de l'article 34 de la Constitution (française), définissant et délimitant ce domaine, ne doit-il pas être dressé sans trop verser des larmes ? »<sup>5</sup> On répondra par l'affirmative sur la première question et sur la seconde, on répondra par la négative.

Cet avis de la Cour suprême congolaise vient encore témoigner de la complexité de la question et de la volonté des gouvernants, notamment de l'Exécutif, de ne toujours pas respecter les périmètres fixés par la Constitution. En l'espèce, en sa qualité de Conseiller du Gouvernement<sup>6</sup>, elle devait se prononcer sur la constitutionnalité de l'avant-projet de loi fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des Comptes et de discipline budgétaire (CSCCDB). Prévus dans la Constitution comme organe juridictionnel au sein du Pouvoir judiciaire<sup>7</sup>, la Cour suprême congolaise assure également, comme on l'a dit, une

fonction consultative à travers des avis. Comme le Conseil d'Etat français, ses « avis émaillent le travail parlementaire »<sup>8</sup>. La Constitution et la loi font donc de la Cour suprême un conseiller des institutions de la République. C'est, par conséquent, une activité de régulation du fonctionnement des institutions et des activités des pouvoirs publics<sup>9</sup>; et cette fonction « n'est pas une entorse au principe de la séparation des pouvoirs si l'avis n'est pas obligatoire et conforme. Même dans cette hypothèse, il s'agit d'un aménagement de ce principe »<sup>10</sup>.

Le CSCCDB est une création de la loi organique n°32-2023 du 25 octobre 2023 déterminant les attributions, l'organisation, la composition et le fonctionnement de la Cour des comptes et de disciplines budgétaire (CCDB) ainsi que de la procédure à suivre qui prévoit à l'article 6 qu' « il est institué un Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire présidé par le Président de la

<sup>5</sup> Ibid., p.169.

<sup>6</sup> A l'instar du Conseil d'Etat français (Constitution du 22 frimaire an VIII et loi du 28 pluviôse an VIII), la Cour suprême congolaise assure aussi, à côté de ses fonctions contentieuses, des fonctions consultatives. Aux termes de l'article 144 de la Constitution, « les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis de la Cour suprême et transmis à l'une ou l'autre chambre du Parlement ». Et, l'article 6 de la loi n°17-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°25-92 du 20 août 1992 et de la loi n°30-94 du 18 octobre 1994 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême dispose que : « La Cour suprême peut être consultée par le Gouvernement sur les projets de règlement et sur toutes les questions pour lesquelles son intervention est prévue par la constitution ou la loi. La Cour suprême donne également un avis sur toutes

les questions qui lui sont soumises par le Président de la République, les membres du Gouvernement et les membres du Bureau du Parlement ».

<sup>7</sup> Article 166 de la constitution : « Il est institué un pouvoir judiciaire exercé par la Cour suprême, les Cours d'appel et les autres juridictions nationales ».

<sup>8</sup> Renaudie (O.), « Le Conseil d'Etat et le fait parlementaire : plaidoyer pour une évolution », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier, Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris, LGDJ, 2013, p.298.

<sup>9</sup> Morand-Deville (J.), *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2013, pp. 30-32.

<sup>10</sup> Kpodar (A.), « Quand les colloques nous font rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in *Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté, Actualités du droit public et de la science politique*, L'Harmattan Sénégal, 2017, p.294.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORDINAIRE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

République. Une loi fixe la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire ainsi que les modalités de cessation des fonctions de ses membres ». Toutes ces réformes ont une origine communautaire : en effet, c'est la directive n°01/1/11-UEAC-190 CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois des finances qui prescrit que « le contrôle juridictionnel des opérations budgétaires et comptables des administrations est assuré par une Cour des comptes qui doit être créée dans chaque Etat (...) Elle est l'Institution Supérieure de Contrôle dans chaque Etat » (art.72). En application de cet engagement international, le constituant congolais a consacré un titre entier à cette institution (le titre IX).

La Cour suprême a estimé, après avoir constaté la traditionnelle existence du domaine de la loi et du règlement, qu'en l'état, l'avant-projet de loi en examen est contraire à la Constitution du 25 octobre 2015 en ce que le législateur organique commet une incompétence négative en renvoyant et en laissant au législateur ordinaire le soin de détailler certaines dispositions de la loi organique. Mais elle n'a pas été suivie par les gouvernants.

Le parlement congolais est très attaché au respect de cette consultation gouvernementale préalable instituée par la Constitution à l'article 144 : toute

transmission d'un projet de loi à lui sans saisine préalable de la Cour suprême pour avis est irrégulière et empêche son examen. Le président du Sénat l'avait rappelé le 18 juin 2020 lors de l'examen du projet de loi portant institution de l'assurance obligatoire de risques sportifs : « l'avis de la Cour suprême (doit être) exploité avant la tenue du Conseil des ministres et le texte est transmis au Parlement avec l'avis de la Cour suprême (...) par le Conseil des ministres qui peut suivre la Cour ou non »<sup>11</sup>. Le respect de cette procédure, avait-il conclu, « est une condition nécessaire pour que le texte soit examiné par le Parlement »<sup>12</sup>. C'est donc en application de cette exigence procédurale constitutionnelle que le présent avis a été rendu.

Si les domaines de la loi ordinaire et du règlement peuvent être considérés comme désormais bien établis (II), il se pose encore en droit constitutionnel congolais la question de la délimitation de compétences entre la loi organique et la loi ordinaire (I).

### **I-LA PRETENDUE EXISTENCE D'UN PERIMETRE EXCLUSIF DE LA LOI ORGANIQUE**

Il est très rare en droit congolais qu'un juge se prononce, même par la voie consultative, sur les frontières établies par la Constitution entre la loi organique et la loi ordinaire. Il est

---

<sup>11</sup> Voir, le quotidien *Les Dépêches de Brazzaville* du mercredi 24 juin 2020, p.2.

<sup>12</sup> Ibid.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

presque certain que c'est la première fois que la Haute Juridiction congolaise soit saisie d'une telle question. Mais on oublie souvent parfois que le contrôle de constitutionnalité de lois en France a d'abord commencé avec le contrôle des lois organiques<sup>13</sup>.

La Cour suprême s'est prononcée en se faisant plus pédagogue, avec la volonté manifeste de convaincre les décideurs. En l'espèce, sans évoquer expressément le mot, elle a estimé que transférer à la loi ordinaire une matière que la Constitution a réservée à la loi organique est un motif d'incompétence négative, source d'inconstitutionnalité.

### *A- Une incompétence négative apparente*

On l'a dit, le mot n'est pas utilisé par la Cour suprême ; mais l'idée est bien présente dans l'avis. Il suffit de lire les paragraphes 5 et 6 de cet avis : « la question peut, à juste titre, être posée de savoir si (des) règles (...) instituées par la loi organique (...) peuvent être fixées par la loi ordinaire » ; « La réponse à cette question essentielle est à rechercher dans la Constitution elle-même ; pour le faire, la Cour s'est d'abord rappelée, à elle-même, que la loi

organique ne peut pas renvoyer une matière que la Constitution a placée dans son domaine, à la loi ordinaire et ce, par le motif que la loi organique tout comme la loi ordinaire ne sont, l'une et l'autre, que des lois quoique, dans la hiérarchie des normes juridiques nationales congolaises, la loi organique soit supérieure à la loi ordinaire ; mais quoi que supérieure, en raison de son mode d'adoption et des contraintes liées à sa promulgation, la loi organique n'a pas le pouvoir de placer dans le domaine de la loi, une matière que la Constitution elle-même n'y a pas placée».

L'incompétence négative constatée en l'espèce s'analyse en la méconnaissance, par le législateur, de sa propre compétence<sup>14</sup> ; en d'autres termes, la loi est entachée d'incompétence négative lorsque le législateur a méconnu l'étendue constitutionnelle de ses attributions, en déléguant une compétence à une autre autorité alors que c'est lui qui aurait dû l'exercer. Le juge constitutionnel demande donc au législateur de « poser lui-même les règles essentielles, de façon que l'autorité chargée de les appliquer n'ait pas de marge trop grande

<sup>13</sup> Favoreu (L.), Philip (L.) et al, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, 15<sup>ème</sup> éd., p.138. C'est ainsi que les décisions du Conseil constitutionnel français du 26 janvier 1967 et du 9 juillet 1970, intervenues sur le contrôle des lois organiques relatives au statut des magistrats, ont prononcé les premières annulations pour méconnaissance des règles de fond de la Constitution, en l'occurrence l'article 64 qui garantit l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats.

<sup>14</sup> Rrapi (P.), « L'incompétence négative dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n°14 ; Schmitter (G.), « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC* 1989, p.137 ; Priet (F.) , « L'incompétence négative du législateur », *RFDC* 1994, n°17, p.59 ; Tremeau (J.), *La réserve de la loi, Compétence législative et Constitution*, Paris, Economica-PUAM, 1997.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

d'appréciation »<sup>15</sup>. C'est bien ce que semble dire la Cour suprême : « la loi organique ne peut pas renvoyer des matières qui relèvent de sa compétence d'attribution à la loi ordinaire. Ce pouvoir n'appartient qu'à la Constitution et à elle seule »<sup>16</sup>. En France, la jurisprudence qui interdit au Parlement de violer sa propre compétence<sup>17</sup>, a permis de préserver la compétence du pouvoir législatif en protégeant le domaine de la loi prévu par la Constitution des abandons que le législateur pourrait consentir au profit du pouvoir réglementaire, notamment dans le domaine de la protection ou de la garantie des droits de l'homme<sup>18</sup>.

En l'espèce, l'Exécutif et le Parlement congolais devraient, selon la Cour suprême, respecter cette sorte de répartition interne de compétences réalisée par le constituant : aux lois organiques de compléter ou modifier les lois organiques ; le législateur ordinaire n'a pas compétence de le faire. Toute autre attitude serait constitutive d'une inconstitutionnalité. Il suffit de rappeler que le contrôle de constitutionnalité des lois organiques fait apparaître les particularités de ce contrôle : l'article

151 de la Constitution prévoit en effet que « Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques, hormis la loi de finances (...) ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par la Cour constitutionnelle de leur conformité à la Constitution ». Et lorsque la Cour constitutionnelle est saisie, elle est nécessairement saisie de l'ensemble du problème de la constitutionnalité de la loi organique, et elle vérifie d'office que toutes les dispositions du texte sont conformes aux règles de forme et de fond contenues dans la Constitution<sup>19</sup>.

Ainsi, dans un avis n°006-ACC-SVC/18 du 12 juillet 2018 rendu sur la conformité à la Constitution de la loi organique portant organisation, composition et fonctionnement du Conseil Economique, Social et Environnemental, la Cour suprême a estimé « que la dite loi organique ne comporte aucune disposition contraire à la Constitution ; qu'elle lui est, par conséquent, conforme » ; dans un autre du même jour relatif à la conformité à la loi fondamentale de la loi organique déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du

<sup>15</sup> Favoreu (L.), Philip (L.) et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, p.150 ; Favoreu (L.) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., p.790.

<sup>16</sup> Avant dernier paragraphe.

<sup>17</sup> Voir, C.C., n°67-31 DC du 26 janvier 1967, *Indépendance et inamovibilité des magistrats*, Rec. CC, p.19 ; C.C., n°83-160 DC du 19 juillet 1983, *Convention fiscale avec la Nouvelle Calédonie*, Rec. CC, p.43 : le législateur ne saurait s'autolimiter c'est-à-dire restreindre sa compétence en s'interdisant de modifier une loi ; C.C., n°94-348 DC

du 3 août 1994, Rec. CC., p.117 : le Parlement ne peut s'autolimiter en s'interdisant de compléter ou abroger des dispositions législatives ; C.C. n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'école*, J.O. du 24 avril 2005, p.7173, texte n°2.

<sup>18</sup> C.C., DC n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark*, AJDA 2010, p.1230 ; C.C. DC n°2010-83 QPC du 13 janvier 2011, AJDA 2011, p.70.

<sup>19</sup> Favoreu (L.), Philip (L.) et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, p.145.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

Conseil consultatif des personnes vivant avec handicap, elle a dit « que la loi organique (précitée), telle que soumise à la Cour constitutionnelle, ne contient aucune disposition contraire à la Constitution ; qu'il s'ensuit qu'elle est conforme à la Constitution »<sup>20</sup>. On note donc que « l'examen auquel se livre le (juge) constitutionnel est complet »<sup>21</sup>.

Ce raisonnement paraît logique, que la Constitution soit considérée comme « système » ou comme « néant »<sup>22</sup>, comme « machine ou organisme »<sup>23</sup> ou « comme ordre de valeurs »<sup>24</sup>, ou éventuellement « comme un catalogue de traités »<sup>25</sup>. Dans le premier cas, la Constitution, c'est le principe de réflexion des sociétés humaines (on doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit est l'acte de foi de tous les courants issus du Kélsenisme) ; il s'agit de penser la Constitution comme l'acte distinctif de la modernité politique. Ainsi, « la Constitution prend la forme d'un système en ce qu'elle est présentée comme le principe d'ordre donnant unité et sens à l'ensemble des règles juridiques organisant la vie des hommes. Toutes les règles s'ordonnent sous la

Constitution, tout le droit procède de la Constitution : les actes individuels des actes règlementaires, les actes règlementaires des lois, les lois de la Constitution. Pensée comme la norme initiale, elle est à la fois la condition de possibilité du système et sa clôture dans la mesure où elle renferme et referme le droit sur lui-même »<sup>26</sup>.

Et comme néant, « là où commence la Constitution finit la vie. Contre le dynamisme social, le foisonnement des initiatives, la spontanéité créatrice, l'imagination politique, contre la volonté de la puissance la Constitution représente et oppose la volonté de la Raison : elle contraint chacun à comprendre la vie politique à travers le langage et les catégories qu'elle institue ; elle oblige la vie politique à s'accomplir dans le respect des procédés et des procédures juridiques ; elle impose à l'action et la décision politiques de se conformer aux principes qu'elle énonce. Dans le jeu politique, qui est désordre, chaos, élans passionnels, la Constitution introduit ordre, cohérence et raison ; elle est, empruntant au vocabulaire de Michel Foucault, un appareil de répression du

<sup>20</sup> C.S., Avis n°008-ACC-SVC/18 du 12 juillet 2018.

<sup>21</sup> Favoreu (L.), Philip (L.) et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, p.145.

<sup>22</sup> Rousseau (D.), « Question de constitution », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, pp.3-22.

<sup>23</sup> Avril (P.), « La Constitution, machine ou organisme ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Rossetto*, Paris, LGDJ, 2016, pp.3-12.

<sup>24</sup> Pierré-Caps (S.), « La Constitution comme ordre de valeurs », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri*

*Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 283-296.

<sup>25</sup> Breillat (D.), « La Constitution, un catalogue de traités ? », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, p.305. Cette quatrième acceptation étant trop éloignée du sujet ne sera pas analysée.

<sup>26</sup> Rousseau (D.), « Question de constitution », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, précité, p.5.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

corps politique »<sup>27</sup>.

Dans le second cas, « machine ou organisme, la Constitution se trouve d'abord confrontée à la réalité politique qu'elle est appelée à régir et, souvent, les circonstances pèsent de manière décisive car elles conditionnent ses premières applications qui, à leur tour, en déterminent le sens (dans les deux acceptations), c'est-à-dire à la fois la signification et l'orientation »<sup>28</sup>.

Dans la troisième acceptation, la Constitution contient ou est porteuse de valeurs comme le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'Etat de droit, l'égalité, le respect des droits de l'homme.

Dans toutes ces acceptations, la constitution a donc institué une « obligation de légiférer »<sup>29</sup>, comme il existe une « obligation de réglementer »<sup>30</sup> ; mais cette obligation doit s'entendre comme une « obligation de légiférer adéquatement »<sup>31</sup>, en respectant les règles de répartition de compétences. M. Garrigou-Lagrange l'évoque en ces termes : « l'obligation de légiférer résulte de la structure pyramidale de notre système juridique. Les normes hiérarchisées les unes aux autres, la (ou

les) autorité (s) compétente(s) pour édicter celles qui prennent place à un rang déterminé est (sont) juridiquement tenue (s) de prendre en considération les normes supérieures. Le législateur n'échappe pas à cette obligation, qui se dédouble en deux éléments : positivement, il devra légiférer chaque fois qu'une norme supérieure à la loi le prescrit ; négativement, il devra éliminer toute loi qui s'avèrerait incompatible avec l'énoncé d'une norme supérieure, ou tout au moins rétablir l'harmonie entre l'une et l'autre »<sup>32</sup> ; « c'est au législateur lui-même qu'il incombe de remédier à ses propres carences, en adoptant les lois nécessaires à la mise en œuvre des normes supérieures. Il appartient aux parlementaires et au gouvernement, dotés du pouvoir d'initiative des lois, de vérifier que la législation existante ne comporte pas de dispositions allant à l'encontre des normes constitutionnelles ou internationales »<sup>33</sup>.

De ce point de vue, comme le dit Hans Kelsen, la Constitution est une « loi de procédure »<sup>34</sup> et qu'en définitive toute inconstitutionnalité matérielle se réduisait à une inconstitutionnalité formelle, c'est-à-dire que la loi

<sup>27</sup> Ibid., p.10.

<sup>28</sup> Avril (P.), « La Constitution, machine ou organisme ? », in *Mélanges Jean Rossetto*, précité, p.3.

<sup>29</sup> Garrigou-Lagrange (J.-M.), « L'obligation de légiférer », in *Mélanges Philippe Ardant*, Droit et politique à la croisée des cultures, Paris, LGDJ, 1999, p.305.

<sup>30</sup> Délpérée (F.), « L'obligation de réglementer », note sous Cour de Cass. Belge (1<sup>ère</sup> Ch.), 23 avril 1971, R.C.J.B. 1975, p.9.

<sup>31</sup> Simonart (H.), « L'obligation de légiférer adéquatement », in *Mélanges Francis Délpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2007, p.1429.

<sup>32</sup> Garrigou-Lagrange (J.-M.), « L'obligation de légiférer », précité, p.306.

<sup>33</sup> Ibid., p.311.

<sup>34</sup> Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, p.206.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

inconstitutionnelle révélait la réalité de la voie de la révision constitutionnelle. La réflexion, continuée par son élève Charles Eisenmann dans sa thèse *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*<sup>35</sup> ne cesse alors d'être précisée en ces termes : « La question en son fond reste de procédure : prononcer l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme légale, c'est dire que, dérogeant par son objet ou son contenu à la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle »<sup>36</sup>.

Comme la Cour suprême, la plus « haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle »<sup>37</sup> qui est la Cour constitutionnelle, est aussi très attachée à la distinction des procédures d'adoption de la loi organique et de la loi ordinaire. Dans un avis n°007-ACC-SVC/18 du 12 juillet 2018 relatif à l'examen de la conformité à la Constitution de la loi portant attributions, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale des Droits de l'Homme (CNDH), elle a considéré comme irrégulière le fait d'avoir été saisie par le Secrétaire Général du Gouvernement qui, s'agissant d'une loi qualifiée à tort

de loi organique, ne figure pas parmi les autorités compétentes pour demander un avis de conformité : « considérant que la loi soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle présentée comme loi organique et portant attributions, organisation et fonctionnement de la CNDH est, au regard de l'article 216 de la Constitution, une loi organique ; considérant qu'en se référant à l'article 35 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle<sup>38</sup>, le Secrétaire Général du Gouvernement ne figure pas au nombre des autorités habilitées à saisir la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une consultation relative à une loi ordinaire avant sa promulgation ; que, par conséquent, la saisine est irrégulière ».

### ***B- Une inconstitutionnalité non retenue par les gouvernants***

Le Gouvernement et le législateur congolais n'ont pas suivi l'avis de la Cour suprême : le Gouvernement a fait adopté une loi ordinaire, la loi n°3-2024 du 8 février 2024 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire,

<sup>35</sup> Eisenmann (C.), *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928.

<sup>36</sup> Drago (G.), « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p.12.

<sup>37</sup> Article 175 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution de 2015.

<sup>38</sup> Les autorités compétentes pour saisir la Cour constitutionnelle pour avis de conformité, avant la

promulgation des lois organiques, sont : le Président de la République et le Premier ministre ; celles pouvant le faire, avant promulgation des lois ordinaires, sont : le Président de la République, le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale, le premier ministre ou un tiers des membres de chaque chambre du Parlement (Art. 30, 31 et 32 de la loi organique n°28-2018 du 7 août 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle).

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

détaillant un point de la loi organique n° 32-2023 du 25 octobre 2023 déterminant les attributions, l'organisation, la composition et le fonctionnement de la dite Cour des comptes.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, le Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire est un organe de décision et de régulation de la Cour des comptes et de discipline budgétaire chargé de délibérer sur les dossiers disciplinaires et sur les demandes d'avancement des membres de cette Cour ; il est aussi chargé de proposer au Président de la République, président du Conseil supérieur de la Cour des Comptes et de Discipline Budgétaire., la nomination des membres de ladite Cour. La composition, l'organisation et le fonctionnement de ce Conseil ne sont pas, à quelques exceptions près, bien différents de ceux du Conseil supérieur de la magistrature<sup>39</sup>.

En choisissant de recourir à la loi ordinaire en lieu et place d'une autre loi organique, l'Exécutif et le Parlement congolais n'ont pas commis un excès de pouvoir législatif<sup>40</sup>, car « tout système

de répartition des compétences normatives ne peut prétendre à la stabilité et à la durée que si les fondements premiers de son agencement échappent aux organes impliqués dans sa mise en œuvre »<sup>41</sup>. Comme le constate le britannique John Bell en effet, « tout texte est rédigé de peu de mots. Les mots choisis expriment explicitement certaines idées importantes, mais ils laissent entendre beaucoup plus. Ainsi les concepts choisis sont souvent incomplets et ont besoin d'être interprétés. De plus, certaines normes ne sont pas formulées dans les textes mais requièrent un acte d'innovation du juriste ou du juge »<sup>42</sup>.

Les gouvernants n'ont pas, non plus, introduit « une bizarrerie constitutionnelle »<sup>43</sup> ou une « anomalie juridique »<sup>44</sup> en droit congolais ; car on sait que « la scène juridique (manque parfois des) harmonies en mouvements », pour reprendre le titre des *Mélanges* dédiés à Bernard Stirn<sup>45</sup>, en raison de la « complexité et des contradictions de l'ordre constitutionnel

<sup>39</sup> Voir, loi organique n°29-2018 du 7 août 2018 fixant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature.

<sup>40</sup> Voir, Ngango Youmbi (E.), « L'excès de pouvoir législatif en Afrique noire francophone », in *Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo, Démocratie en questions*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 587.

<sup>41</sup> Favoreu (L.) et al., *Droit constitutionnel*, précité, n°1143.

<sup>42</sup> Bell (J.), « Les sources non-écrites de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de*

*Dominique Rousseau*, Constitution, justice, démocratie, Paris, JGDJ, p.858.

<sup>43</sup> Luchaire (F.) « Douze bizarreries constitutionnelles bien françaises », in *Mélanges Gérard Conac*, précité, p. 160.

<sup>44</sup> Subra de Bieusses (P.), « De quelques anomalies juridiques en matière de redevances d'occupation domaniale », in *Etudes en l'honneur du professeur Michel Bazex, Droit et économie, Interférences et interactions*, Paris, Litec, 2009, p.323.

<sup>45</sup> *Mélanges en l'honneur de B. Stirn, La scène juridique : harmonies en mouvement*, Paris, Dalloz, 2019, 578 p.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

positif »<sup>46</sup> comme le montre la situation française où on a observé l'existence d' «un législateur organique inférieur à lui-même »<sup>47</sup>.

En effet, en toute logique, une loi organique peut modifier une autre loi organique ou déroger à l'une de ses dispositions. Mais en France, « ce n'est pas toujours vrai »<sup>48</sup> : le Conseil constitutionnel a en effet déclaré contraire à la Constitution la disposition d'une loi organique relative au statut des magistrats parce qu'elle violait l'article 43 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ; elle créait des emplois non prévus par la loi de finances<sup>49</sup>. Selon F. Luchaire, « deux explications peuvent justifier ce résultat fort curieux : ou bien d'une manière très générale une loi organique portant sur une matière ne peut aller à l'encontre d'une autre loi organique portant sur une autre matière. Ou bien, d'une façon plus spécifique à l'ordonnance du 2 janvier 1959, celle-ci dans l'esprit des constituants complète la Constitution. Elle lui emprunte son autorité et s'impose donc aux autres lois organiques »<sup>50</sup>.

On ne pourrait donc pas parler d'incompétence négative au moins pour deux raisons : tout d'abord, l'incompétence négative suppose

l'existence de deux organes distincts au moins ayant des compétences bien distinctes. Or en l'espèce, le Parlement ne confie sa compétence à aucun autre organe ; il ne s'agit que d'une répartition de compétences au sein d'un même organe : le législateur organique confie certaines compétences au législateur ordinaire. Ensuite, à notre connaissance, il n'existe aucun texte juridique ou un principe constitutionnel interdisant la délégation de compétence du législateur organique vers le législateur ordinaire. On ne peut pas nier que la loi organique rentre bien dans le domaine de la loi.

Une question pourrait tout de même être posée : est-il interdit au gouvernement, « pour l'exécution de son programme » (article 158 de la Constitution) d'intervenir dans le domaine de la loi organique par voie d'ordonnances ? Le Conseil constitutionnel français a déjà eu à indiquer qu'il faut entendre par « programme » simplement les objectifs en vue desquels les ordonnances sont prises<sup>51</sup>. On pourrait répondre par l'affirmative ; surtout qu'il a déjà été admis qu'une loi organique peut contenir des dispositions ne ressortissant pas au domaine d'intervention de la loi organique mais ressortissant du domaine de la loi ordinaire, sans être

<sup>46</sup> Pactet (P.), « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la V<sup>ème</sup> République », in *Mélanges Bennoît Jeanneau*, précité, pp.425-440.

<sup>47</sup>Luchaire (F.) « Douze bizarreries constitutionnelles bien françaises », précité, pp. 160-161.

<sup>48</sup> Ibid., p.161.

<sup>49</sup> C.C., 355 DC du 10 janvier 1995, *Rec. Conseil constitutionnel*, p.151.

<sup>50</sup>Luchaire (F.) « Douze bizarreries constitutionnelles bien françaises », in *Mélanges Gérard Conac*, précité, p.161.

<sup>51</sup> C.C. Déc. n°76-72 DC du 12 janvier 1977, *Fouilles de véhicules*, *Rec. CC.*, p.31.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

inconstitutionnelle<sup>52</sup>. Il avait été également jugé incontestables les lois organiques ayant été prises par ordonnances de l'article 92 de la Constitution française de 1958<sup>53</sup>.

Mais les systèmes juridiques autres que congolais poussent à hésiter : le Conseil constitutionnel français par exemple avait jugé que les ordonnances de l'article 38<sup>54</sup> de la Constitution ne pouvaient porter sur des matières relevant des lois organiques<sup>55</sup>. Le raisonnement du juge constitutionnel est cohérent : une ordonnance ne pourrait pas valablement être utilisée en lieu et place d'une loi organique car cette dernière est soumise à un contrôle préalable de la Cour constitutionnelle (art.151 de la Constitution). Or en droit congolais, les ordonnances sont simplement soumises à l'avis de conformité à la Constitution de la Cour suprême<sup>56</sup>.

### II- LA RECURRENTE QUESTION DES PERIMETRES DE LA LOI ET DU REGLEMENT

Selon la Cour suprême, « en droit positif congolais tel que celui-ci se décline à travers la Constitution du 25 octobre 2015 et avant elle, à travers toutes les constitutions qui l'ont précédée, la répartition des matières entre la loi et le règlement est faite par la Constitution et par elle seule ; c'est ainsi qu'à son article 125 et dans d'autres articles, très nombreux, qui y sont disséminés, la loi fondamentale a déterminé, de manière à la fois exhaustive et limitative, l'ensemble des matières qui relèvent de la loi. A son article 126, (la Constitution) dispose que : "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire" »<sup>57</sup>.

Reflète du principe de la séparation des pouvoirs, il existe au Congo<sup>58</sup> et dans tout système juridique des matières réservées à la loi, à cause de leur importance, et des matières réservées au règlement. Le doyen Hauriou parle même d'un « domaine naturel

<sup>52</sup> C.C., n°92-305 du 21 février 1992, *Statut de la magistrature*, Rec. C.C., p.46.

<sup>53</sup> C.C., n°6 DC du 15 janvier 1960, *Magistrats musulmans*, Rec.C.C., p.21 ; Favoreu (L.), Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, 3<sup>ème</sup> éd., n°8.

<sup>54</sup> Article 38 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958 : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

<sup>55</sup> C.C., n°2003-473 du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, J.O. du 3 juillet 2003, p.11205.

<sup>56</sup> Art. 158 de la Constitution. Sur la mise en œuvre de cette procédure, voir Moudoudou (P.), « Le droit de nécessité à l'épreuve de la lutte contre la pandémie du Coronavirus (COVID 19) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Charles Lekene Donfack, Droit et service public*, Paris, L'Harmattan, 2024, Vol. I, p.133 et s.

<sup>57</sup> Paragraphes 3 et 4 de l'avis.

<sup>58</sup> Moudoudou (P.), *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 1<sup>ère</sup> éd., 2003, pp.22-27.

d'application »<sup>59</sup>. Et logiquement, « selon la hiérarchie des normes juridiques, la loi revêt une valeur supérieure aux règlements »<sup>60</sup>.

**A- L'élargissement continu du  
contenu des matières réservées  
à la loi**

Guillaume Drago utilise l'expression « périmètre de la loi » pour « chercher à en fixer les contours, selon une opération de délimitation »<sup>61</sup>. De ce point de vue, la fixation de la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire ainsi que les modalités de cessation des fonctions de ses membres relève bien du domaine de la loi, comme l'avait voulu le constituant de 2015. En effet, celui-ci avait suivi ses homologues africains de l'espace francophone et surtout le constituant français de 1958 : l'article 125 de la loi fondamentale fixant le domaine de la loi commence par une longue énumération des matières réservées au pouvoir législatif dans laquelle figurent les sujets les plus importants : les libertés publiques, le droit économique, l'organisation judiciaire, la fiscalité, la défense, la fonction publique, l'organisation administrative, etc.

A y voir de plus près, on réalise que

le constituant congolais a inscrit le domaine de la loi dans plusieurs dispositions distinctes : à l'article 125 certes, mais aussi dans le préambule et dans d'autres dispositions contenues dans la Constitution. A titre d'exemples, la libre administration des collectivités locales<sup>62</sup> et l'autorisation de ratifier les traités<sup>63</sup> relèvent de la loi. Selon la même Cour suprême, la compétence législative est prévue par au moins 69 articles de la Constitution de 2015<sup>64</sup> ; c'est dans ce sens qu'il faut comprendre le bout de phrase suivant du paragraphe 3 de l'avis commenté : en dehors de cet article 125 de la Constitution, dans « d'autres articles, très nombreux, qui y sont disséminés, la loi fondamentale a déterminé, de manière à la fois exhaustive et limitative, l'ensemble des matières qui relèvent de la loi ».

Il s'agit en réalité de la mise en œuvre d'une ancienne idée défendue en son temps par le Commissaire du gouvernement Romieu dans ses célèbres conclusions sur l'arrêt *Babin* du Conseil d'Etat français du 4 mai 1906 : « On peut identifier plusieurs domaines majeurs d'intervention du législateur : régime des libertés publiques, état des personnes, détermination des infractions pénales, détermination des impôts » ; ainsi, « relèvent par nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives

<sup>59</sup> Hauriou (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933, 12<sup>ème</sup> éd. (revue et mise à jour par André Hauriou), réed. Dalloz, 2002, p.566.

<sup>60</sup> Trib. Admi. de Brazzaville, 22 juillet 2020, *Poaty Moïse*.

<sup>61</sup> Drago (G.), « Le périmètre de la loi », in *Mélanges*

en l'honneur de Louis Favoreu, *Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p.662.

<sup>62</sup> Articles 208 et s. de la Constitution.

<sup>63</sup> Articles 217 et 218 de la Constitution.

<sup>64</sup> C.S., Avis, n°009/18 du 24 mai 2018, *Dissolution de l'Office National de la Main-d'œuvre (ONEMO)*.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel (...) En sens inverse, c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers »<sup>65</sup>. Il fut suivi par le Conseil d'Etat : « est et doit être du domaine de la loi, toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation de l'Etat importante pour la garantie d'une liberté »<sup>66</sup>.

La raison est simple : « le Parlement représente le Peuple, exprime sa volonté souveraine et la Loi qui est son œuvre est l'expression de la volonté générale<sup>67</sup>. Par suite, le Parlement ou le Législateur sont considérés comme disposant d'un pouvoir souverain dans la tradition dominante du droit constitutionnel qui prévaut en Afrique, comme en France »<sup>68</sup>. La limitation du domaine de la loi a fort bien été analysée par la doctrine. Le doyen Favoreu rappelle que la limitation se produit d'abord « par le haut », c'est-à-dire par la Constitution et par le droit international, ce qui n'est que l'expression des exigences de la hiérarchie des normes.

« A ce titre, poursuit-il, la

Constitution est la norme distribuant les compétences entre les organes constitutionnels, y compris le champ des compétences normatives. Dans cette fonction de délimitation des compétences normatives entre la question de la définition d'un domaine de compétence réservé à la loi, ce qu'on appelle aujourd'hui "la réserve de la loi" et son aspect contentieux que sont d'une part la sanction des "incompétences négatives" du législateur lorsque celui-ci abdique abusivement sa compétence au profit d'une autorité subordonnée, d'autre part les "incompétences positives", lorsque le législateur dépasse sa compétence et veut se faire constituant sans prendre le chemin de la révision constitutionnelle. La limitation du domaine de la loi s'est faite aussi "en profondeur", comme on le sait, justement par la distinction des domaines de la loi et du règlement, alors que la conception classique de la relation loi/règlement est celle d'un règlement d'exécution des lois et non autonome par nature. De ce seul point de vue, les règlements autonomes n'existent pas »<sup>69</sup>.

Cette analyse, soutenue par Guillaume Drago<sup>70</sup>, a toujours été celle du constituant congolais et, c'est pour

<sup>65</sup> Romieu, Concl. sur C.E., 4 mai 1906, *Babin*, précité.

<sup>66</sup> C.E., 4 mai 1906, *Babin*, Rec. 565.

<sup>67</sup> Sous réserve de sa conformité à la Constitution avait ajouté le Conseil constitutionnel français (Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution en Nouvelle-Calédonie*, J.O., du 24 août 1985, p.9814).

<sup>68</sup> Bockel (A.), « Le pouvoir discrétionnaire du

législateur en Afrique noire francophone », in *Mélanges en l'honneur de Robert Dossou, L'amphithéâtre et le prétoire*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.220.

<sup>69</sup>Favoreu (L.), « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987, p. 871 et s.

<sup>70</sup> Drago (G.), « Le périmètre de la loi », précité, p.663.

cette raison semble-t-il, que la Cour suprême fait allusion « à toutes les constitutions qui (...) ont précédé » celle du 25 octobre 2015 (paragraphe 3 de l'avis). En 1987, le doyen Nestor Makoundzi-Wolo l'évoquait en ces termes : « Comme on le sait, le mécanisme constitutionnel (antérieur à la Constitution du 8 juillet 1979) était le suivant : tantôt le législateur était appelé à fixer les règles relatives à certaines matières ; tantôt il se bornait à déterminer les principes fondamentaux. Dorénavant (avec la Constitution de 1979), le législateur est habilité à éditer les règles dans tous les domaines relevant de sa compétence, réduisant ainsi de façon substantielle le champ d'intervention du pouvoir réglementaire »<sup>71</sup>. Sous l'ancienne Constitution du 20 janvier 2002, le partage des compétences « entre le Parlement et le Président de la République (mettait) en exergue la place prééminence de l'exécutif dans un domaine qui, traditionnellement était celui du pouvoir législatif »<sup>72</sup>.

Dans ce qu'on peut considérer désormais comme une tradition constitutionnelle, dans la perspective de l'acceptation de l'existence d' « un

patrimoine constitutionnel »<sup>73</sup> universel, comme à l'article 34 de la Constitution française de 1958, les dispositions de l'article 125 de la Constitution congolaise de 2015 sont réparties en deux listes : la première liste des matières dont la loi « fixe les règles » concernent, par exemple, la citoyenneté, la nationalité, l'impôt, la monnaie, le contrat de partage de production des ressources minières, la justice, la création des établissements publics, les élections, etc. La seconde est celle des matières dont la loi « détermine les principes fondamentaux » ; elles sont moins nombreuses : l'eau, l'électricité, l'enseignement, la culture, l'industrie, le commerce, l'action sociale, l'agriculture, etc.

Cette répartition n'est pas ancienne en droit congolais<sup>74</sup> et, selon M. Mebiama, celle-ci « n'est pas claire et peut par conséquent générer de nombreuses difficultés »<sup>75</sup>. Mais, comme le note René Chapus, dans tous les Etats où cette distinction est faite, celle-ci n'a qu'un intérêt très limité : « pour les matières des deux catégories, il y a lieu à édicter de règlements précisant les modalités d'application des lois intervenues »<sup>76</sup>. D'où d'ailleurs, le

<sup>71</sup>Makoundzi-Wolo (N.), « Les institutions congolaises actuelles », in Breton (J.M.), *dir.*, *Droit public congolais*, Paris, Economica, 1987, p.140.

<sup>72</sup>Mebiama (G.J.C.), *Le régime politique de la République du Congo du 20 janvier 2002*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.168.

<sup>73</sup>Rousseau (D.), « La notion de patrimoine constitutionnel européen », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, précité, pp. 27-46.

<sup>74</sup> Moyon (G.), « L'évolution récente de la distinction des domaines de la loi et du règlement en droit congolais », *RJPIC*, 2002, p.155.

<sup>75</sup>Mebiama (G.J.C.), *Le régime politique de la République du Congo du 20 janvier 2002*, précité, p.168. Voir également, Makosso (A.C.), *Le régime consensuel dans la constitution congolaise du 25 octobre 2015 commenté article par article*, L'Harmattan Congo-Brazzaville, 2016, p.281-282.

<sup>76</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 2001, T.I, 15<sup>ème</sup> éd., p.60.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU RÈGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

silence de la Cour suprême sur cette distinction, préférant plutôt insister sur l'existence d'un pouvoir réglementaire.

### ***B- La réduction continue du domaine du règlement***

En droit congolais, lorsqu'on dit qu'à « son article 126, (la Constitution) dispose que 'Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire' » (paragraphe 4 de l'avis), on se demande bien quelles sont ces matières ; en tout cas on en trouve très peu de nos jours. Dans l'avis *ONEMO* n°009/9 du 24 mai 2017, la Cour suprême avait considéré que « la dissolution des établissements publics (et) le transfert du personnel en cas de changement d'employeur » ont un caractère réglementaire. Sous l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 organisant les pouvoirs publics en période de transition, les élections politiques et l'amnistie relevaient du domaine réglementaire autonome ; sous l'ancienne Constitution du 20 janvier 2002, ce fut le cas, par exemple, des marchés publics<sup>77</sup>.

Ainsi déterminée de façon négative, ceci fait apparaître qu'en principe une matière est réglementaire. En apparence, selon le système, les matières législatives seraient l'exception et que,

par suite la compétence de principe d'édiction des normes générales appartient au pouvoir réglementaire. Et, au sein du pouvoir réglementaire, « le premier ministre est (...) détenteur du pouvoir réglementaire de droit commun et le Président de la République détenteur du pouvoir réglementaire d'exception ou d'attribution »<sup>78</sup>.

La réalité du système est autre : en effet, bien que les interventions législatives soient moins fréquentes, la loi est source de règles beaucoup plus nombreuses que celles qu'on la croyait susceptible d'édicter. Guillaume Drago l'énonce ainsi : « on pouvait légitimement penser que cette répartition faite au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, par la Constitution elle-même, contribuerait à renforcer, voire à pérenniser les deux domaines de la loi et du règlement. La pratique constitutionnelle, gouvernementale et politique, montre qu'il n'en a rien été et que le phénomène d'empiètement de la loi sur le règlement prend des proportions jusque-là inégalées »<sup>79</sup>.

En France, cet empiètement a même été validé par le Conseil constitutionnel : « qu'il apparait ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une

<sup>77</sup> Voir Décret n°2009-156 du 20 mai 2009 portant Code des marchés publics.

<sup>78</sup> Makosso (A.C.), *Le régime consensualiste dans la constitution congolaise du 25 octobre 2015 commenté article par article*, précité, p.254.

<sup>79</sup> Drago (G.), « Le périmètre de la loi », précité, p.664.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques (...) le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi »<sup>80</sup>. En clair, une loi contenant des dispositions réglementaires n'est pas pour autant inconstitutionnelle<sup>81</sup> : « la Constitution n'a pas (...) entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »<sup>82</sup>.

Comme le soulignaient M.M. Favoreu et Philip, l'une des conséquences de cette décision de 1982 est de « ruiner définitivement la thèse de la définition matérielle de la notion de loi. Car si une loi peut comporter des dispositions réglementaires sans être inconstitutionnelle, c'est que la loi se définit simplement comme l'acte voté par le Parlement selon certaines formes sans prendre en considération la matière sur laquelle porte cet acte »<sup>83</sup>.

L'Exécutif congolais l'a bien compris. Ainsi, sous l'Acte Fondamental du 24 octobre 1997 précité, le Président de la République avait fait accorder l'amnistie à des 'ex-combattants' de la guerre civile de la fin

des années 1990<sup>84</sup> et fait voter la loi électorale<sup>85</sup> alors que ces deux matières ne relevaient pas du domaine de la loi ainsi qu'on l'a dit ; contrairement à la décision de la Cour suprême du 8 mars 2002. Dans cette décision en effet, elle avait été saisie par des partis de l'opposition pour constater, entre autres, que le fait pour l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 de ne pas avoir mentionné l'élection du Président de la République comme matière réservée à la loi, conduisait à une « impasse juridique » et aboutissait « à l'irrégularité et l'illicéité du processus électoral en cours ». Pour justifier que l'élection relevait bien du domaine de la loi, la Cour suprême, en sa qualité de juge constitutionnel « dut jouer d'ingéniosité pour débusquer un fondement juridique à la compétence du (législateur) dans l'adoption de la loi électorale »<sup>86</sup>.

Le juge constitutionnel jugea en effet que « Considérant que le requérant allègue que la matière ayant trait aux élections n'était pas mentionnée dans l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 au nombre de celles qui forment le domaine de la loi, il en résulte que la loi n°9-2001 du 10 décembre 2001 portant loi électorale viole ledit Acte

<sup>80</sup> C.C., 30 juin 1982, *Blocage des prix et des revenus*, RDP 1983, p.350, note L. Favoreu.

<sup>81</sup> C.C., 20 juillet 1983, *Démocratisation du secteur public*, Rev. Adm. 1983, p.472, note M. de Villiers.

<sup>82</sup> C.C., DC n° 2012-649 du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives* J.O. du 23 mars 2012, p.5253, texte n°2.

<sup>83</sup> Favoreu (L.), Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, n°33, § 9.

<sup>84</sup> Loi n°21-99 du 20 décembre 1999 portant amnistie des faits de guerre.

<sup>85</sup> Loi n°09-2001 du 10 décembre 2001 portant loi électorale.

<sup>86</sup> Mebiana (G.J.C.), *Le régime politique de la République du Congo du 20 janvier 2002*, précité, p.49.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

fondamental (...); mais considérant que la citoyenneté, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens dans l'exercice des libertés publiques sont des matières qui relèvent de la loi tel que prévu à l'article 54 de l'Acte Fondamental; Considérant que les droits civiques se rapportent aux citoyens, lesquels sont, au sens de l'article 54 de l'Acte Fondamental des individus qui jouissent des droits civils et politiques; qu'ainsi, la loi n°9-2001 du 10 décembre 2001 portant loi électorale, en ce qu'elle fixe les conditions d'exercice, par les citoyens du droit de suffrage en tant qu'il constitue un droit civique, conformément à l'article 54 de l'Acte Fondamental du 24 octobre 1997, n'est entachée d'aucune inconstitutionnalité »<sup>87</sup>.

L'ancien premier ministre français, Michel Debré, parlant du système français avait vu juste en disant qu'« il faut bien considérer que la Constitution de 1958, après avoir défini le domaine de la loi, a implicitement reconnu au Parlement le droit de statuer en dehors de son domaine. Le Gouvernement peut même faire appel à la loi pour statuer en un domaine réglementaire »<sup>88</sup>; et, depuis lors, la loi est « gonflée de détails

réglementaires »<sup>89</sup>: « c'est plutôt le Conseil d'Etat qui sanctionne parfois les actes du pouvoir réglementaire intervenus en matière législative »<sup>90</sup>.

Certes la Cour suprême congolaise avait avisé, il y a quelques années, que si la création des établissements publics relève de la loi aux termes de l'article 125 de la Constitution, leur suppression serait du domaine du règlement: « le constituant de 2015 ne range pas dans le domaine de la loi, la dissolution des établissements publics (...); mis à part la dissolution par voie judiciaire (elle) tombe dans le domaine réglementaire. Raisonner autrement c'est refuser d'appliquer les dispositions claires des articles 125 et 126 de la Constitution »<sup>91</sup>. Elle a soutenu ce point de vue dans plusieurs autres avis<sup>92</sup>.

En mai 2018, à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de loi portant dissolution de l'Office National de l'Emploi et de la Main-d'œuvre (ONEMO), établissement public à caractère « administratif et social » créé par la loi n°3/85 du 14 février 1985, cette même « Cour demeure constante quant à la lecture qu'elle fait notamment des articles 125 et 126 de la Constitution (...) La Constitution du 25 octobre 2015 a créé deux grands

<sup>87</sup> Cour suprême du 8 mars 2002.

<sup>88</sup> J.O. A.N., Débats, 2 juin 1972, p.2916.

<sup>89</sup> Pierre Mazeaud (alors président du Conseil constitutionnel) dans son discours de présentation des vœux au Président de la République, le 5 janvier 2005.

<sup>90</sup> C.E., 22 octobre 2003, *GISTI, AJDA* 2004, p.347; C.E., 27 septembre 2006, *Société SANEF, APRR et ASF*, Req. n°290716.

<sup>91</sup> C.S., Avis n°03/16 du 24 janvier 2017, *Caisse de stabilisation des produits agricoles et forestiers*.

<sup>92</sup> Voir par exemple, C.S., Avis, n°33/17 du 1<sup>er</sup> septembre 2017, *Centre national de gestion*; C.S., Avis, n°02/18 du 8 janvier 2018, *Société Nationale d'Electricité (SNE) et Société Nationale de Distribution d'Eau (SNDE)*.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

domaines en ce qui concerne la réglementation des matières qui sont au cœur de la vie de l'Etat (...) En présence de l'article 126 de la Constitution, il y a lieu d'admettre que la Constitution n'est pas restée silencieuse quant à la dissolution des établissements publics, matière qui, en raison de ce qu'elle n'est ni visée à l'article 125 de la Constitution, ni dans aucune autre des dispositions de la Constitution comme étant du domaine de la loi, doit être considérée comme tombant automatiquement dans le domaine réglementaire »<sup>93</sup>.

Mais ce raisonnement a été stoppé net par l'Exécutif et le Parlement congolais qui considèrent, à juste titre, que la création et la suppression des établissements publics sont des matières législatives. La Cour a fini par reconnaître « qu'en vertu de l'article 125-11<sup>ème</sup> tiré de la Constitution, la création des établissements publics, de toute catégorie, est du domaine de la loi ; la lecture soutenue de cette disposition de la Constitution a amené la Cour à se convaincre de ce que la détermination des dispositions-cadres auxquelles le Gouvernement doit se conformer au cas

où il projette dans le cadre de la mise en œuvre de la politique économique et sociale de la Nation de créer un établissement public, de dissoudre un établissement public existant et de prononcer sa liquidation est également du domaine de la loi »<sup>94</sup>.

Scrutant « les horizons du droit »<sup>95</sup> en Afrique en général et au Congo en particulier, on est obligé de « constater l'échec de la (...) tentative de réguler l'activité parlementaire en matière législative » et donc d'un retour vers la « culture de l'absolu législatif » voir même d'une « dérive constitutionnelle »<sup>96</sup>, car on est passé de « la souveraineté parlementaire à la souveraineté gouvernementale »<sup>97</sup> ; « La République des députés » (R. Priouret) « a définitivement vécu »<sup>98</sup> : le parlement n'est plus ce qu'il était, un « organe de souveraineté » (R. Carré de Malberg). La loi traduit désormais « la volonté propre du Gouvernement »<sup>99</sup> qui, lui-même, se confond avec l'Etat<sup>100</sup>.

De ce point de vue, le parlement congolais, comme d'autres Parlements d'ailleurs, a cessé « d'être un créateur

<sup>93</sup> C.S., Avis n°009/CS18 du 24 mai 2018, *Office National de l'Emploi et de la Main-d'œuvre (ONEMO)*.

<sup>94</sup> C.S., Avis n°23 du 14 juin 2019, *Avant-projet de loi régissant les établissements publics à caractère administratifs au Congo*.

<sup>95</sup> *Titre des Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo, Les horizons du droit OHADA*, Cotonou, Les éditions du CREDIJ, 2018, 913 p.

<sup>96</sup> Drago (G.), « Le domaine de la loi : brève histoire d'une dérive constitutionnelle », in *Mélanges Didier Truchet*, précité, p.169.

<sup>97</sup> Gicquel (J.), « La souveraineté parlementaire d'antan : relire et découvrir Eugène Pierre », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau*, précité, p.817.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Pierre (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, p.VI.

<sup>100</sup> Sindjoun (L.), « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 971-1011.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

libre de droit » (Kelsen) comme il l'avait été aux premières années de la proclamation de la République en 1958<sup>101</sup> ; marquant de ce fait, « l'épuisement de la démocratie représentative »<sup>102</sup>. Comme en France en 1958, au Congo-Brazzaville en 2015 lors de la rédaction de la Constitution, « la révolution était possible (mais) la révolution n'a pas eu lieu »<sup>103</sup>, car comme le dit le doyen Guillaume Drago, « la Constitution (...) en constitutionnalisant les domaines de la loi et du règlement, a poussé l'exercice de régulation de ces domaines à son point ultime »<sup>104</sup>. Mais en même, ne perdons pas de vue que, du point de vue du fond, c'est-à-dire des droits et des libertés, l'inscription d'un principe ou d'une règle dans la loi ou le règlement ne lui donne pas la même légitimité.

\*\*\*\*\*

On constate donc, « à l'évocation de la brève histoire de la dérive de la loi »<sup>105</sup>, combien, par petites touches, le juge constitutionnel a laissé le

Gouvernement et le Parlement « revenir à leurs vieux démons, sans les canaliser vraiment »<sup>106</sup>, laissant par conséquent aux gouvernants la responsabilité de la qualité de la loi<sup>107</sup>. Le paysage des domaines de la loi et du règlement ouvre donc un champ large au gouvernement pour empiéter sur le territoire de la loi organique et du règlement, « pour toutes les raisons possibles, y compris les plus politiques, en s'assurant d'une inscription dans la loi de ses projets, avec le soutien d'une majorité »<sup>108</sup> au Parlement.

Puisque tout système juridique comporte des inconvénients et des failles, on va conclure le commentaire de cet avis en évoquant cette pensée de Pierre Albertini : « dans tout système constitutionnel, la pluralité d'acteurs et la marge variable de liberté dont ils disposent les uns par rapport aux autres interdisent de déduire, mécaniquement et par avance, un mode de fonctionnement unique. Il n'y a pas de prédétermination dans l'application des institutions et le comportement des

<sup>101</sup> Voir, Moudoudou (P.), *Présidents et ministres du Congo-Brazzaville (1958-2021)*, Presses universitaires de Brazzaville, 2021, pp.37-39.

<sup>102</sup> Hourquebie (F.), « Le constitutionnalisme, les crises et la démocratie (dis) continue. Quelques observations empruntées à l'espace africain francophone », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau*, précité, p. 867.

<sup>103</sup> Rivero (J.), *Rapport de synthèse du Colloque d'Aix-en-Provence des 2 et 3 septembre 1977* (in Louis Favoreu, dir., *Le domaine de la loi et du règlement. L'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958. Bilan et perspectives*, PUAM, 1978, p.263) ; Janot (R.), in Louis Favoreu, dir., *Le domaine de la loi et du règlement. L'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958. Bilan et perspectives*, précité, p.62-63.

Favoreu (L.) et al., *Droit constitutionnel*, précité, p.786.

<sup>104</sup> Drago (G.), « Le domaine de la loi : brève histoire d'une dérive constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, précité, p.184.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Sur la qualité de la loi, voir, C.C., DC n°2005-512 du 21 avril 2005, *Avenir de l'Ecole*, J.O. du 24 avril 2005, p.7173, texte n°2 ; C.C. DC n°2023-863 du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler de l'immigration, améliorer l'intégration*, J.O. du 25 janvier 2024, texte n°2.

<sup>108</sup> Drago (G.), « Le domaine de la loi : brève histoire d'une dérive constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, précité, p.184.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

organes institués. Si précise et si rigide soit-elle apparemment, la Constitution n'implique pas un seul type d'application mais au contraire plusieurs scénarios possibles que l'analyse juridique doit s'efforcer d'expliquer, à

défaut de les prévoir »<sup>109</sup>.

### ANNEXE

#### ***Cour Suprême, Avis n°28 du 7 novembre 2023, Avant-projet de loi fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Cour des Comptes et de Discipline Budgétaire***

##### ***La Cour suprême,***

Saisie pour avis, par lettre n°818/PR-SGG-CAB du 31 octobre 2023 de monsieur le Secrétaire général du Gouvernement, de l'avant-projet de loi fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Cour des Comptes et de Discipline Budgétaire (...); dans la loi organique n°32-2023 du 25 octobre 2023, l'article 6 dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que : « Il est institué un Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire présidé par le Président de la République » et son alinéa 2 ajoute que : . « Une loi fixe la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire ainsi que les modalités de cessation des fonctions de ses membres » ; faisant application de l'article 6 alinéa 2, le

présent projet de texte a été initié et transmis à la Cour pour avis (...);

La Cour suprême, après avoir examiné l'avant-projet de loi ainsi transmis, tel qu'il se décline à travers ses 32 articles, a fait les observations suivantes qu'elle estime fondamentales ;

En effet, en droit positif congolais tel que celui-ci se décline à travers la Constitution du 25 octobre 2015 et avant elle, à travers toutes les constitutions qui l'ont précédée, la répartition des matières entre la loi et le règlement est faite par la Constitution et par elle seule ; c'est ainsi qu'à son article 125 et dans d'autres articles, très nombreux, qui y sont disséminés, la loi fondamentale a déterminé, de manière à la fois exhaustive et limitative, l'ensemble des matières qui relèvent de la loi ;

A son article 126, elle (la Constitution) dispose que : « Les matières autres que

---

<sup>109</sup> Albertini (P.), « La place du Parlement sous la V<sup>ème</sup> République », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper, L'architecture du droit*, Paris,

*Economica*, 2006, p.23.

## NOUVELLES OBSERVATIONS SUR LES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ORGANIQUE, DE LA LOI ORDINAIRE ET DU REGLEMENT AU CONGO-BRAZZAVILLE

celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » ;

La répartition des matières entre la loi et le règlement étant ainsi faite, la question peut, à juste titre, être posée de savoir si les règles relatives à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire institué par l'article 6 de la loi organique n°32-2023 du 25 octobre 2023 peuvent être fixées par la loi ordinaire, comme l'a prescrit l'article 6 alinéa 2 de la loi organique qui dispose à cet égard que : « Une loi fixe la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire ainsi que les modalités de cessation des fonctions de ses membres » ?

La réponse à cette question essentielle est à rechercher dans la Constitution elle-même ; pour le faire, la Cour s'est d'abord rappelée, à elle-même, que la loi organique ne peut pas renvoyer une matière que la Constitution a placée dans son domaine, à la loi ordinaire et ce, par le motif que la loi organique tout comme la loi ordinaire ne sont, l'une et l'autre, que des lois quoique, dans la hiérarchie des normes juridiques nationales congolaises, le loi organique soit supérieure à la loi ordinaire ; mais quoi que supérieure, en raison de son mode d'adoption et des contraintes liées à sa promulgation, la loi organique n'a pas le pouvoir de placer dans le domaine de la loi, une matière que la Constitution elle-même n'y a pas placée ;

C'est ainsi que la Cour a saisi l'occasion que lui offre l'examen de l'avant-projet de loi pour se rappeler, dans le cadre de sa mission de participation à l'élaboration de la loi, telle que voulue par l'article 144 de la Constitution, que la loi organique, tout comme la loi ordinaire, lorsqu'elles n'ont pas épuisé leurs compétences de régir une matière que la loi fondamentale leur a conférée, ne peuvent, l'une et l'autre, renvoyer les détails abandonnés qu'au règlement ; autrement dit, la loi organique ne peut pas renvoyer des matières qui relèvent de sa compétence d'attribution à la loi ordinaire ; ce pouvoir n'appartient qu'à la Constitution et à elle seule, dans le cadre de la répartition des compétences entre la loi organique, la loi ordinaire et le règlement ; or c'est ce qu'a fait l'article 6 de la loi organique n°32-2023 du 25 octobre 2023 en son alinéa 2, s'exposant de la sorte au grief d'inconstitutionnalité que la Cour suprême ne peut relever, la compétence de le faire n'étant pas la sienne ;

La Cour a donc été d'avis (...) que pour fixer la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire, l'auteur du projet de texte doit se fonder exclusivement sur l'article 190 de la Constitution ; en d'autres termes, la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Cour des comptes et de discipline budgétaire ne peuvent être fixés que par la loi organique elle-même ....

## LES LANCEURS D'ALERTE EN POLITIQUE AFRICAINE : THEORIE DE L'*HOMO POLITICUS* SAUVETEUR

Par

**Arnaud Noel VOULA EMVOUTOU**

Université de Dschang - Cameroun

**Résumé :** Le présent article est une analyse des dynamiques actantielles des lanceurs d'alerte en politique africaine. Il pose le problème de l'ontologie politico-affairiste à la sauvette de ces derniers. Ainsi, s'appuyant fondamentalement sur le cas du Cameroun, et minimalement sur d'autres, l'auteur parvient au résultat selon lequel les lanceurs d'alerte sont des *homo politicus* sauveteurs mus par des logiques d'*anarchisme* dont le calcul rationnel est la chute des régimes. Leur *modus operandi* repose sur la construction des *bad buzz* et des *fake news* potentiellement inducteurs d'une psychose sociale, voire des soulèvements populaires. Les réseaux sociaux numériques constituent leurs supports de diffusion informationnelle. Donc, l'objectif ici est de faire une alerte sur les lanceurs d'alerte, au regard de l'ambition internationale de protection de ceux-ci. Sa systématisation passe par la méthode sociologique et le constructivisme épistémologique.

**Mots clés :** Politique, Afrique, Alerte, Sauveteurs, protection

### **Whistleblowers in AfricanPolitics: The Theory of the Saving Homo *Politicus***

**Abstract:** This article analyses the mercantilistfactualdynamics of whistleblowers in Africanpolitics. It poses the problem of their politico-affairistontology on the sly. The authorpostulatesthatthey are *homo politicussaviours* driven by *anarchistlogics* whose rational calculationis the downfall of regimesthey do not support. Their*modus operendi*isthat of disseminating skillfullyconstructed information whoseteleologyis to producea social psychosis, or even a national or international uprising. Theirmeans of disseminating information are digital social networks and a certain press. The aimhere, then, is to sound the alarm about whistleblowers, in the light of the international ambition to protectthem. Itssystematisationisbased on pragmaticepistemology.

**Key words:** Politics, Africa, Alert, Rescuers, protection

## Introduction

Un regard rétrospectif sur les « *traités de science politique* » (M. Grawitz & J. Leca, 1985) montre que les lanceurs d'alerte<sup>1</sup> constituent une thématique presque pas abordée d'entant en science politique. Et portant, leurs manifestations dans le champ politique, remontent à 1971 avec les *pentagone papers* impulsés par Daniel Ellsberg, c'est-à-dire le scandale de dévoilement du rapport secret-défense du Département Américain de la Défense<sup>2</sup>, relativement aux contrevérités des Présidents américains sur les raisons de la guerre du Vietnam de 1945 à 1971 (N. Sheehan, 1971). De nos jours, toutefois, les lanceurs d'alerte apparaissent comme un objet d'étude remarqué en science politique. Ceci, parce que ces derniers investissent de plus en plus la vie politique des nations. En effet, d'essence mythologique grecque, et revivifiés sous forme d'épopée par Virgile (P. Cailleba 2019, p. 15), les lanceurs d'alerte vont se magnifier dans la réalité actuelle.

Cependant, ils ne seront amplement étudiés scientifiquement

pour la première fois qu'en 1972 par Ralph Nader, d'une part, et Charles Peters, d'autre part, sous l'empire du concept anglo-saxon de *Whistle blowing* (R. Nader, P. Petkas & K. Blackwell, 1972 ; Ch. Peters & T. Branch, 1972). Leurs socles définitoires, discursifs à tout le moins (F. Chaltiel, 2018), renvoient à « *une personne, un groupe ou une institution qui, ayant connaissance d'un danger ou d'un scandale, adresse un signal d'alarme et, ce faisant, enclenche un processus de mobilisation collective* » (M. Klen, 2019, p. 96). Ainsi, la dynamique actantielle des lanceurs d'alerte s'opérationnalise au travers de « *la divulgation par les membres d'une organisation (actuelle ou passée) de pratiques illégales, immorales et illégitimes sous le contrôle de leurs employeurs auprès de tiers qui peuvent prendre des mesures* » (J P. Near & M. Miceli, 1985, p. 1).

C'est dire que les lanceurs d'alerte, dont la typologie est composite – entreprises, environnement, santé, et sphère politique - s'attèlent au dévoilement des pratiques cachées et

---

<sup>1</sup> Ce concept a été créé par Francis Chateauraynaud en 1997 à partir du concept anglo-saxon de *Whistle*

*blowing*

<sup>2</sup> Soit 7000 pages réparties en 47 volumes

illégalles ou alors à l'interrogation de la légitimité de certaines pratiques légales. Dans cette perspective, il arrive que leurs actions soient elles-mêmes illégales, comme en témoigne la pénétration, le 28 novembre 2017, de certains Membres de Greenpeace dans la Centrale Nucléaire de Cruas-Meysse afin de dénoncer leurs failles en termes de sécurité nucléaire (*Le Monde*, 2017). De la sorte, la figure de lanceurs d'alerte, « *considérée par les uns comme des héros et par les autres comme des traîtres* » (F. Hartmann, 2017), fait débat dans le champ politique des démocraties occidentales et africaines.

En effet, depuis plusieurs dizaines d'années déjà, les lanceurs d'alerte « *défrayent l'actualité* » (S. Gibaud, 2017) politique dans les grandes démocraties occidentales, entre autres, aux Etats-Unis, en Angleterre et récemment en France, notamment à la fin des années 1990 (F. Chateauraynaud, & D. Torny, 2000). L'écho emphatique reçu à travers les révélations d'Edward Snowden, Chelsea Manning, Julien Assange (S. Gibaud, 2017), pour ne citer que ces exemples, est symptomatique de cet état des faits.

De manière prosaïque, les

lanceurs d'alerte en question ont révélé des informations tenues secrètes par la *Central Intelligence Agency* (CIA) et la *National Security Agency* (NSA), au sujet des programmes de surveillance d'internet, de téléphones portables et de tous les moyens de télécommunication mondiaux par la NSA, de même qu'ils ont révélé les exactions commises par les militaires américains sur les civils iraniens (S. Gibaud, 2017). Aussi, ont-ils révélé, par les soins de William Mark Felt, dit Gorge Profonde, l'implication du Président américain Richard Nixon dans le scandale du Watergate (B. Woodward & G. Profonde, 2007). Assurément donc, c'est cette dynamique de signal d'alarme et d'enclenchement des mobilisations collectives qui fait du lanceur d'alerte une figure emblématique en occident.

La mondialisation aidant, les lanceurs d'alerte vont faire leur apparition dans l'arène politique africaine. De par leurs actions de dévoilement des pratiques illégales et illégitimes des régimes en place, la « *politique en Afrique* » (M. Gazibo & C. Thiriot, 2009) va connaître un bouleversement remarqué. Ceci, parce que les systèmes politiques africains (P

F. Gonidec, 1978) sont un lieu matriciel de balbutiements en termes de gouvernance politique et économique (J-F. Bayart, 1991 ; J-F. Médard, 2000), d'alternance démocratique au pouvoir (P. Heutching, 2017), et d'Etat de droit (A. Moyrand, 1991), c'est-à-dire ce concept forgé par Otto Mayer et qui soumet la puissance publique au droit (J. Chevalier, 2023). Concrètement, la politique de dévoilement mobilisée permanemment par les lanceurs d'alerte en Afrique va fondamentalement marquer le champ politique des pays de cet espace, considérés par Max Liniger-Goumaz (1992) comme étant des « *démocraties* », c'est-à-dire des « *démocraties truquées* » (M. Liniger-Goumaz, 1992).

Or, la figure de lanceurs d'alerte en Afrique est fortement controversée. En effet, alors qu'en occident les révélations des lanceurs d'alerte se fondent très souvent sur des faits avérés, parce qu'investigués au préalable par eux-mêmes (F. Hartmann, 2014), en Afrique, certaines révélations sont adossées sur des ouïes-dires sans

vérification factuelle précautionneuse<sup>3</sup>. Par ailleurs, alors que dans les grandes démocraties occidentales les lanceurs d'alerte ont minimalement le souci de l'intérêt général et de la justice dans leurs révélations (F. Hartmann, 2014), en Afrique, notamment dans bien cas, c'est substantiellement l'intérêt affairiste - politique et financier – inavoué, mais également le parjure qui priment, notamment comme ceci s'est fait observer au Sénégal (*Le Quotidien*, 2024).

En outre, alors que dans les démocraties occidentales les lanceurs d'alerte sont des « *auxiliaires précieux de la démocratie et de la justice, faisant évoluer le regard de l'opinion publique à leur égard* » (F. Talamon & B. Loth, 2021), en Afrique, nombre d'entre eux sont adeptes de la *démocracide*, c'est-à-dire de la décrépitude de la démocratie en construction dans cette aire géographique, créant ainsi une antipathie autour d'eux, eu égard à leur libertinage informationnel<sup>4</sup>, même s'il est constant qu'une proportion non négligeable des dénonciations faites par

---

<sup>3</sup> L'exemple de la construction des fausses morts de Paul Biya, Président du Cameroun, et Ali Bongo, ancien Président du Gabon, est en une illustration remarquable.

<sup>4</sup> Les exemples tirés du terrain politique camerounais, qui à tous égards seront présentés dans le corps du présent article, le démontrent à suffisance.

eux sont avérées. Dès lors, les lanceurs d'alerte en politique africaine deviennent des acteurs problématiques dont l'ontologie affairiste se doit d'être analysée de manière ascète.

Importe-t-il de souligner, au regard de ce qu'il est convenu d'appeler avec Alfred Grosser (1999, p. 21) « *la connaissance cumulative* », que plusieurs écrits se rapportant aux lanceurs d'alerte existent. Ceux-ci sont de deux ordres, à savoir ceux qui sont à large spectre, c'est-à-dire holistiques, et ceux qui sont spécifiques, c'est-à-dire rattachés à une aire géographique précise.

Dans le premier cas, il s'agit des travaux qui s'investissent dans le cadre de la théorie générale des lanceurs d'alerte. En l'espèce, il est analysé la figure de ces derniers au travers de leurs exploits (F. Hartmann, 2014), de leurs risques (S. Gibaud, 2017), de leurs tortures psychologiques (A. Ostojic, 2019) et de la nécessité de leur protection (O. Leclerc, 2017). *Grosso modo*, Florence Hartmann (2014), analysant les lanceurs d'alerte dans trois des quatre continents que compte la planète terre, argue qu'il s'agit des acteurs qui « *défont le système en*

*dénonçant ses turpitudes* » sans pour autant vouloir « *le casser mais l'améliorer (...) pour mieux consolider le subtile et fragile équilibre de la démocratie, quitte à révéler des informations parfois extrêmement sensibles, à provoquer des crises politiques* » (F. Hartmann, 2014). De ce point de vue, elle les perçoit comme une figure prométhéenne.

Cependant, Stéphanie Gibaud (2017) relève que dans cette entreprise, les lanceurs d'alerte risquent pour leurs vies et sont appelés à trouver refuge ailleurs. Au demeurant, Andrea Ostojic (2019) montre que ces derniers subissent d'importants bouleversements psychologiques « *pour avoir dénoncé des conduites illégales, immorales et portant atteinte à l'intérêt général* ». C'est fort de cela que Delphine Pollet-Panoussis et Mathieu Disant (2017), dans un ouvrage collectif, œuvrent pour la protection des droits des lanceurs d'alerte, tout en s'intéressant à leur statut juridique à l'aune du droit comparé.

Dans le second cas, en l'occurrence parlant des travaux spécifiques, la thématique des lanceurs d'alerte est fortement abordée aux Etats-

Unis, en France, à l'Union Européenne et en Afrique, quoiqu'à une portion congrue dans ce dernier cas. Ces travaux traitent fondamentalement, mais pas exclusivement, de la protection des lanceurs d'alerte.

C'est ce à quoi s'atèle Olivier Leclerc (2017) lorsqu'il montre qu'en France, la protection des lanceurs d'alerte a pris source dans les domaines de l'Environnement et de la Santé, notamment avec l'arrêt Cicolella du 11 octobre 2000. Par ailleurs, l'auteur soutient que c'est la loi Sapin II du 9 décembre 2016 qui va révolutionner cette entreprise en élargissant le domaine des alertes et en initiant la formalisation d'un statut juridique qui leur est propre (O. Leclerc, 2017).

A l'échelle de l'Union Européenne, Mathieu Disant et Delphine Pollet-Pamoussis (2017) opinent qu'ici, la protection des lanceurs d'alerte est à géométrie variable. Ceci est confirmé par Christinna Koumpli et Gwenola Bargain (2023) qui se sont essayés à l'analyse de « *l'avenir de la protection des lanceurs d'alerte dans l'Union Européenne* ».

Aux Etats-Unis, Michel Klen (2019, p. 96) argue que la pratique de

*whistleblower* -lanceurs d'alerte - est autorisée, et par ailleurs assortie des primes en ce qui concerne la dénonciation des actes illégaux des responsables gouvernementaux et d'entreprises dans les domaines économique, médical, environnemental. En conséquence, la protection de ces derniers est consacrée, hormis en matière de défense nationale (M. Klen 2019, p. 96).

En Afrique, William Bourdon (2017) constate la vulnérabilité des lanceurs d'alerte sur le continent, et souligne, à la suite de la Plateforme de Protection des Lanceurs d'Alerte en Afrique (PPLAAF), que leur protection se pose comme un impératif catégorique. En effet, l'ordre juridique des pays africains reconnaît très peu, jusqu'ici, cette catégorie juridique, même si dans certains pays comme le Sénégal, une loi y afférente est envisagée.

En tout état de cause, la présente réflexion ne s'inscrit pas dans le même registre analytique que les travaux susmentionnés. Il est un travail spécifique sur la face cachée des lanceurs d'alerte en politique africaine. Autrement dit, il s'agit d'aborder les

lanceurs d'alerte sous le prisme de leurs travers dans le champ politique africain, notamment leurs pratiques transactionnelles ou affairistes avec l'opposition politique nationale et certaines puissances étrangères tournées contre les régimes en place.

C'est dire, en tout état de cause, que ce travail est tributaire d'un double niveau d'intérêts. Il s'agit de l'intérêt heuristique et de l'intérêt empirique.

Le premier repose sur la systématisation théorique d'un modèle spécifique des lanceurs d'alerte en politique africaine, et plus globalement en sciences politique. Il s'agit de celui de l'*homo politicus* sauveteur ou du chaos. En effet, ce modèle rompt avec le visage quasi-prométhéen que revêtent les lanceurs d'alerte dans les grandes démocraties occidentales, car déterminés là-bas par la justice et l'intérêt général, même si çà et là il existe également des dérapages. Il s'agit donc d'un modèle corrompu par rapport à celui occidental.

Le second, en revanche, repose sur la mise en saillance des travers opérationnels des lanceurs d'alerte en politique africaine. En effet, alors même qu'ils s'illustrent comme agents de

dévoilement de la corruption et de la malgouvernance en Afrique, toute chose digne d'intérêt général, ils s'investissent, eux-mêmes, dans la corruption et dans des jeux mercantiles. Ces jeux se magnifient avec l'opposition politique et certains acteurs internationaux, aux dépens des régimes en place. A ce titre, ces lanceurs d'alerte se présentent comme des justiciers politiques injustes, du fait de leurs transactions.

Au demeurant, l'objectif ici est de lancer une alerte sur les lanceurs d'alerte, car la tendance lourde est aujourd'hui à l'universalisation de leur protection. Du reste, cette alerte essaye de montrer que la figure de lanceurs d'alerte en politique africaine est complexe, notamment à l'aune du cas du Cameroun, car ces derniers font de leurs actes de dévoilement un fonds de commerce. Plus encore, ils sont utilisés comme paravents de l'opposition politique et d'autres acteurs étrangers. Dans cette perspective, ils apparaissent comme des catalyseurs de conflits dans ces pays africains à faible construction démocratique.

Dès lors, une question mérite d'être posée. Celle-ci se décline de la

manière suivante : Quelles sont les dynamiques actantielles affairistes des lanceurs d'alerte en politique africaine qui induisent une anarchie programmatique, et dont la construction cognitive donne sens à la théorie de l'*homo politicus* sauveteur ?

La réponse à cette interrogation, systématisée autour des grilles de lecture de la sociologie et de l'épistémologie complexe (E. Morin, 2005 ; E. Morin, 2008), saupoudrées des « *épistémologies constructivistes* » (J-L. Le Moigne, 2021), passe par deux axes analytiques. Le premier est un exposé sur l'ontologie affairiste des lanceurs d'alerte en politique africaine comme matrice factuelle de construction de la théorie de l'*homo politicus* sauveteur. Le second, en revanche, est un développement sur la téléologie anarchiste des lanceurs d'alerte en politique africaine comme socle de formalisation des errements de l'*homo politicus* sauveteur.

## 1. Ontologie affairiste des lanceurs d'alerte en politique africaine : construction de la théorie de l'*homo politicus* sauveteur

L'énoncé, par l'affirmative, de l'ontologie affairiste des lanceurs d'alerte en politique africaine, assurément subjectif *a priori*, car n'ayant pas encore été meublé d'un contenu factuel dialectique, ne doit pas laisser croire que ceux-ci ne s'engagent pas au dévoilement des pratiques non vertueuses réelles observées dans le champ politique africain. Au contraire, ces derniers s'illustrent, à bien des égards, dans l'alerte des malversations financières, de la corruption, du déni de justice, des problèmes de société, de la crise de l'état de droit et du gré à gré politique, c'est-à-dire l'alternance dynastique ou non démocratique au pouvoir. Plusieurs scandales dévoilés en l'espèce par les lanceurs d'alerte le démontrent à suffisance, même si les dénonciations les plus crédibles sont fondamentalement celles des acteurs étrangers, en l'occurrence les consortiums de journalistes, certes appuyés parfois par la Plateforme de Protection des Lanceurs d'Alerte en

Afrique.

C'est dans ce sillage que se situent les révélations faites par le Consortium International de Journalistes d'Investigation (ICIJ) sur le *Luanda Leaks* en Angola, notamment les malversations financières sur fond de corruption d'Isabel dos Santos, fille de José Eduardo dos Santos, ancien Président de l'Angola, et son mari Sindika Dokolo, collectionneur d'art (*Le Monde* 2020). C'est dans le même registre qu'interviennent significativement les révélations du *Congo Hold-Up* où des rapports d'enquête d'un consortium de médias, aiguillonné par la Plateforme de Protection des Lanceurs d'Alerte en Afrique, dévoilent des scandales financiers liés aux Kabila en République Démocratique du Congo (RDC), précisément un placement de millions de dollars dans l'immobilier à Washington (*The Sentry*, 2022) et des virements suspects de Perenco à Joseph Kabila, par le truchement de la BGFI. C'est tout aussi dans la même optique que sont intervenues les révélations du *Lumumba Papers* en RDC ayant conduit à une plainte contre la Banque Gabonaise et Française Internationale (BGFI) en

France, suite à l'alerte de Jean-Jacques Lumumba, ancien employé de ladite banque, au sujet de son implication dans la corruption et le détournement des fonds publics, mais également des transactions suspectes entre la BGFI et la Commission Nationale Indépendante (PPLAAF, 2017).

Dans un tout autre ordre d'idées, les lanceurs d'alerte se sont livrés au dévoilement de la corruption, des assassinats d'Etat, c'est-à-dire avec implication présumée des Membres du gouvernement, de la mal gouvernance, des harcèlements et d'autres faits de société. Les révélations sur l'assassinat du journaliste Martinez Zogo au Cameroun, ou alors celles se rapportant au projet présumé de gré à gré politique dans ce même pays et en Guinée Equatoriale, entre autres, en sont illustratifs. Des faits qui témoignent que les lanceurs d'alerte s'activent au dévoilement des pratiques malséantes en politique africaine.

Toutefois, au regard de la réalité factuelle, il apparaît que ces derniers prennent, eux-mêmes une trajectoire hétérodoxe. En effet, étant donné qu'ils se font approcher par plusieurs acteurs politiques nationaux, y compris de la

diaspora, et internationaux, la variable transactionnelle va prendre le dessus sur leurs actions orthodoxes. De manière prosaïque, ils sont pris au piège de la subjectivité, faisant ainsi de leurs pratiques de dévoilement des contreforts de leur survie financière et politique. Ce qui structure leur affairisme en politique africaine. Toute chose qui donne sens à la théorie de l'*homo politicus* sauveteur.

A cet égard, l'ontologie affairiste des lanceurs d'alerte en politique africaine, systématisée au travers de la théorie de l'*homo politicus* sauveteur, se doit d'être mise en sens cognitif pour faire science. Dans cette perspective, deux axes majeurs seront abordés. Le premier dresse un échiquier heuristique préalable sur la « *généalogie conceptuelle* » (B. Boudon, 2017) de ladite théorie. Le second, par contre, est un étalage analytique des pratiques transactionnelles des lanceurs d'alerte qui donnent sens à la théorie en question.

### **1. 1. Généalogie conceptuelle de la théorie de l'*homo politicus* sauveteur**

Faire une « *généalogie conceptuelle* » (B. Boudon, 2017), c'est dresser les lignes directrices de parturition d'un concept à l'effet de lui

donner un sens contextuel propre. Il s'agit précisément d'établir un syncrétisme entre l'intuition du concepteur et la compréhension de l'interlocuteur, c'est-à-dire lier l'idée pensée d'un concept et la construction de son sens non équivoque. Ceci, dans l'optique de fixer son cap sémantique et éviter tout quiproquo. Cette précaution analytique s'inscrit d'ailleurs en droite ligne des préceptes d'Emile Durkheim (1993, p. 34) qui recommande de toujours définir les mots que l'on utilise pour lever toutes les équivoques possibles.

Ainsi, tabler sur la généalogie conceptuelle de la théorie de l'*homo politicus* sauveteur, c'est mettre en saillance les variables doctrinales construites autour des significations des différents morphèmes, ou mots, qui forment le syntagme en référence. Ce qui débouche sur la précision de son contenu sémantique, mais surtout de ses caractéristiques.

C'est donc le lieu de relever que la construction syntagmatique de la théorie de l'*homo politicus* sauveteur repose sur quatre morphèmes porteurs chacun d'une signification propre contribuant à sa modélisation cognitive.

Cependant, c'est davantage celui de « sauveteur » qui participe à lui donner un sens connoté. Ainsi, il ne sera pas question de revenir sur le concept d'*homo politicus* dont le contenu doctrinal est signifié (B. Rulleau, 2024), tout en sachant que le concept de théorie, par ailleurs éclectique sur le plan définitionnel (M. Vorms, 2011), est perçu ici comme un construit cognitif d'une idée scientifiquement corrélée.

Parlant justement du morphème « sauveteur », il importe de rappeler qu'il s'agit d'une expression utilisée au Cameroun pour désigner toute personne engagée à la vente à la sauvette. Or, la vente à la sauvette se définit, aux termes de l'article 58 de la loi française n° 2019-222 du 23 mars 2019 comme « *le fait, sans autorisation ou déclaration régulière, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des biens ou d'exercer toute autre profession dans les lieux publics en violation des dispositions réglementaires sur la police de ces lieux* ». Ce type de vente s'observe aussi bien dans les pays occidentaux comme la France – notamment dans le « *métro parisiens* » (L. Costes, 1994) et même « *sur le parvis de la Tour Eiffel* » (S. François,

2004) -, que dans les pays africains (J-E. Nodem, 2009). A proprement parler, il s'agit d'une vente clandestine, à l'étalage ou au passage dans des lieux publics, et ceci, sans autorisation administrative. Conséquemment, le sauveteur apparaît comme toute personne menant ses activités commerciales de manière clandestine ou irrégulière, à l'étalage ou au passage sans quitus légal. C'est un vendeur de rue, ou encore, un vendeur à la criée qui fond dans la nature dès l'arrivée des agents de contrôle du fisc, des prix ou du commerce.

Au demeurant, le sauveteur se caractérise par son image de clandestin à forte tendance rebelle. A ce sujet, Gauthier Bayle (2016) parle même de « *l'esprit subversif de la vente à la sauvette* », notamment pour dire que le sauveteur est un marginal prêt à agir de manière subversive, alors même qu'il est hors la loi. Il est vrai que le précédent auteur rappelle que l'esprit subversif dont il fait mention « *n'est pas à prendre ici dans le sens où [les vendeurs à la sauvette] chercheraient à défier les institutions mandatées pour subvenir aux besoins des 'publics précarisés'* ». Mais [un esprit qui] *contredit*

*foncièrement leur discours et contrevient aux actions qu'elles mettent en œuvre dans la mesure où elles refusent d'en constituer la cible* » (G. Bayle, 2016). Toujours est-il que la figure de commerçant sauveteur s'illustre comme figure de subversion, de corruption, de banditisme et d'anarchie ou de désordre.

Quid de l'*homo politicus* sauveteur ? En effet, ce concept désigne une personne qui, sans être considérée officiellement comme acteur politique, s'incruste de manière dolosive dans le champ politique pour en tirer des prébendes financières tout en y créant un chaos programmatique qui lui sera bénéfique si jamais l'alternance politique venait à passer par son activisme. Autrement dit, l'*homo politicus sauveteur* est un acteur politique voilé qui fait de ses jeux politiques un réel fonds de commerce, mais également un vecteur du désordre qui lui sera favorable le moment venu.

Cette image sied à la figure des lanceurs d'alerte en politique africaine. Au juste, comme la figure de commerçant sauveteur, l'*homo politicus* sauveteur se caractérise par l'affairisme, la subversion, la corruption, la

roublardise, la manipulation et l'anarchisme ou le désordre. Au demeurant, la théorie de l'*homo politicus* sauveteur conceptualise la figure businessman et anarchiste des lanceurs d'alerte en politique africaine.

Et pourtant, de nos jours, la mode de l'alerte séduit substantiellement nombre d'africains, même s'il est illusoire de penser avancer quelques chiffres statistiques de cette population. Toujours est-il que plusieurs africains s'enrôlent aujourd'hui dans les activités de lanceurs d'alerte en politique africaine. Mais alors, les lanceurs d'alerte qui investissent le champ politique du continent noir font de lui un comptoir marchand dans lequel ils vendent à la sauvette des informations relatives aux pratiques hétérodoxes des régimes en place. Dès lors, ils se livrent à la politisation mercantile des faits sociaux nationaux tout en manipulant l'opinion nationale et internationale. Parce que ceci se fait dans une dynamique informelle, c'est-à-dire à la sauvette, ces lanceurs d'alerte sont considérés comme des acteurs politiques sauveteurs. L'écho opérationnel de leurs manœuvres affairistes est fondamentalement assourdissant. Ce qui

suscite une analyse factuelle de leurs transactions affairistes. D'ailleurs, c'est cette dernière qui permet de systématiser cognitivement la théorie de l'*homo politicus* sauveteur.

## **1. 2. Praxéologie transactionnelle affairiste des lanceurs d'alerte en politique africaine**

Sachant avec Emmanuel Kant que « *la théorie est absurde sans la pratique et [que] la pratique est aveugle sans la théorie* » (E. Kant, 2006), un constat se dégage. C'est qu'il existe une consubstantialité entre les faits et la pensée, mieux encore, entre la pratique et la théorie. De ce point de vue, la théorie de l'*homo politicus* sauveteur, comme systématisation de l'affairisme anarchiste voilé des lanceurs d'alerte en politique africaine, ne peut se magnifier scientifiquement que si elle est portée par un ensemble de faits réels. Ces derniers sont conceptualisés sous le vocable de praxéologie transactionnelle affairiste. D'ailleurs, c'est cette dernière qui est la preuve matérielle de terrain qui inspire la construction de la théorie susmentionnée, car comme le soulignent Henri Mendras et Marco Oberti (2000) « *le terrain est la source de toute*

*inspiration scientifique* ». A ce titre, la praxéologie transactionnelle affairiste des lanceurs d'alerte en politique africaine est tributaire d'un substratum factuel de validation scientifique. C'est la raison pour laquelle son déroulé est digne d'extériorisation.

Quel est donc l'indicateur objectif de la preuve des pratiques transactionnelles des lanceurs d'alerte en politique africaine ? La réponse à cette interrogation se veut scientifique, parce qu'elle s'inspire d'un fait réel de terrain observé dans la sphère politique isolée du Cameroun. C'est celui d'une querelle, dans les réseaux sociaux, entre trois lanceurs d'alerte de ce pays, notamment Boris Bertolt, Paul Chouta et Jean-Pierre Remy Ngonu, relativement à l'assassinat du journaliste Martinez Zogo (O. Melingui, 2023). En effet, Odette Melingui, journaliste et chroniqueuse judiciaire au Journal *Kalara*, fait glisser un mot induit de l'échange épique entre les trois précédents lanceurs d'alerte, mais également des *verbatim* des internautes ayant commenté leurs chamailleries (O. Melingui, 2023). C'est celui des sommes d'argent qui auraient circulé dans le cadre des pratiques de ces

lanceurs d'alerte (O. Melingui, 2023).

Au juste, Boris Bertolt était accusé d'avoir perçu une importante somme d'argent de la part d'Amougou Belinga, Homme d'Affaire - proche du régime en place au Cameroun - « *citée par diverses sources comme l'un des commanditaires présumés de l'assassinat du journaliste* » susmentionné (O. Melingui, 2023). Ceci, à l'effet de manipuler l'opinion qui avait pris pour coupable déclaré son donateur. D'ailleurs, un internaute, pour consolider cette hypothèse, relève qu'il est connu de tous « *pour qui travaille Boris Bertolt* » (O. Melingui, 2023) dans cette affaire. Une façon d'affirmer que ce dernier a perçu des pots de vin pour jouer un rôle trouble dans l'enquête sur l'assassinat du journaliste en référence.

Sans être hâtif dans cette conclusion, un autre élément doit être analysé. C'est justement celui de la réponse de Boris Bertolt à l'endroit de ses vis-à-vis, notamment au sujet des pots de vins supposément reçus pour manipuler l'opinion. La réplique la plus significative est celle dirigée contre Jean-Pierre Remy Ngonu. Celui-ci disait devoir citer publiquement les noms des « *influenceurs, de personnalités*

*publiques et de journalistes qui auraient reçu des pots de vin pour contrer des informations défavorables à la cause de Jean-Pierre Amougou Belinga* » (O. Melingui, 2023), dont implicitement Boris Bertolt. En l'espèce, ce dernier déclare, à travers une lettre, ce qui suit : « *Remy Ngonu, si tu es un homme, cite mon nom dans tes fables d'Ali Baba et je vais démontrer que tu es le pire des corrompus. Et Dieu seul sait que je ne parle jamais pour rien* » (O. Melingui, 2023). Ainsi, Boris Bertolt faisait observer que son *alter ego* n'est pas moins impliqué dans l'affairisme. Au contraire, il affirme qu'il est substantiellement immergé dans des pratiques de corruption. Autant dire qu'il s'agit ici de deux sujets qui se connaissent, parce qu'au paravent très proches (O. Melingui, 2023).

Au demeurant, les précédents énoncés témoignent que les lanceurs d'alerte en politique africaine sont englués dans l'affairisme et la corruption. Déjà, un internaute ayant suivi les chamailleries de ces derniers s'est posé une question. C'est celle de savoir si « *les lanceurs d'alerte sont (...) indépendants dans leur travail ?* », ou alors « *sont-ils à la solde des clans*

(...) ? » (O. Melingui, 2023).

En tout état de cause, l'élément casuistique qui a servi à la conclusion selon laquelle les lanceurs d'alerte en politique africaine sont des acteurs politiques affairistes est un indicateur, certes isolé, mais significatif. Il est la preuve que ceux-ci perçoivent très souvent de l'argent et s'activent à manipuler l'opinion à la faveur de leurs partenaires politiques. Cette pratique est observée dans nombre de pays du continent noir.

En effet, sur le plan purement politique, les lanceurs d'alerte transigent davantage avec l'opposition politique. Ceci, aux dépens des régimes en place. Toutefois, il arrive que ces derniers entrent également en transaction avec les lanceurs d'alerte pour contrer l'action de l'opposition politique nationale. Ce qui induit une guerre froide entre opposition et régime en place par lanceurs d'alerte interposés. Ceci s'est observé avec les lanceurs d'alerte camerounais de la diaspora. En l'espèce, la Brigade anti-sardinards (BAS), proche d'une certaine opposition politique au Cameroun, s'affronte contre les proches ou présumés proches du régime en place (Y-P. Bobo, 2023),

tout en les nommant « sardinards » – c'est-à-dire les adeptes de la « *politique du ventre* » (J-F. Bayard, 2006) -, et ces derniers les désignent sous le nom de « tontinards » - c'est-à-dire une communauté marginale qui vit des cotisations et tontines -.

Au total, le déroulé analytique de la praxéologie transactionnelle des lanceurs d'alerte en politique africaine se situe à plusieurs échelles. Il balaie aussi bien la dynamique des acteurs-clients et de leurs supports de vente, que celle de la vente elle-même.

S'agissant des acteurs-clients, ceux-ci sont regroupés autour de deux grands blocs, notamment les acteurs internes et les acteurs externes. Ce qui signifie que les lanceurs d'alerte font des transactions d'affaire avec plusieurs catégories d'acteurs de la vie politique africaine. Aux rangs de ceux-ci, il y a respectivement l'opposition politique, la société civile, les partenaires privés nationaux - y compris de la diaspora -, les partenaires internationaux, et, dans une certaine mesure, les régimes en place.

Parlant des supports de vente, ils sont structurés autour de deux blocs. Le premier concerne les réseaux sociaux. Il

s'agit précisément de Facebook, WhatsApp, Instagram, Messenger, Snapchat, TikTok, Twitter, Pinterest, entre autres. Le second, en revanche, concerne certains médias audiovisuels. Ces derniers sont fondamentalement ceux ayant une ligne éditoriale proche de l'opposition politique africaine.

Venant enfin à la vente elle-même, les lanceurs d'alerte perçoivent leurs paiements de deux manières. La première constitue des dépôts d'argent en numéraire. Ces dépôts peuvent être directement effectués ou gérés par personnes interposées. Mais, c'est fondamentalement la dernière option qui est opérante. Ceci, pour éviter toute traçabilité. La seconde, par contre, constitue des rétributions en nature, meubles ou immeubles. Dans les mêmes conditions, la discrétion reste de mise.

Somme toute, ces faits réaffirment l'affairisme des lanceurs d'alerte en politique africaine. Celui-ci est tributaire d'une téléologie anarchistes avérée.

## **2. Téléologie anarchiste des lanceurs d'alerte en politique africaine : Formalisation des errements de l'*homo politicus* sauveteur**

Les acteurs de la politique africaine (M. Gazibo & C. Thiriot, 2009) ont tous un projet personnel. Ce dernier peut être légitime, d'intérêt général ou égoïste. En effet, alors que les régimes en place cherchent à conserver le pouvoir, notamment sous l'empire parfois du « *gouvernement perpétuel* » (M-E. Owona Nguini, 2004), l'opposition politique cherche à l'acquérir (I. Souaré, 2017) et à déstabiliser lesdits régimes, à moins de négocier une cohabitation passive (L. Sindjoun, 2004). En revanche, les autres acteurs de la société civile cherchent à les pourfendre ou à avoir leur protection. Tout dépend donc des visées de chacun de ces acteurs de la scène politique africaine. Ainsi, est-il idoine de se poser la question de savoir quel est l'effet final recherché par les lanceurs d'alerte au regard de leurs jeux en politique africaine ? L'hypothèse qui se dégage est que l'effet final recherché par ces derniers est l'anarchie favorable à leurs transactions affairistes.

De ce point de vue, la dynamique de la téléologie anarchiste des lanceurs d'alerte en politique africaine, systématisée au travers de la

formalisation des errements de l'*homo politicus* sauveteur, passe par deux points. Le premier dresse un échiquier garni de la standardisation du désordre, à travers la mise à sac programmatique des régimes en place à des fins d'affaire. Le second, en revanche, est un exposé sur la projection de positionnement comme acteurs politiques stratégiques nationaux.

## **2. 1. Standardisation du désordre par les lanceurs d'alerte en politique africaine**

Parce qu'ils sont, en très forte proportion, sans formation professionnelle et sans emploi, c'est-à-dire sans revenus fixes, et parce qu'ils sont majoritairement des migrants ou veulent trouver des raisons légitimes pour immigrer en occident, les lanceurs d'alerte en politique africaine surfent sur un élément téléologique remarqué. C'est celui de la standardisation du désordre dans leurs pays respectifs. Ce désordre est fondamentalement tourné vers la désagrégation de l'ordre politique des régimes en place, même si ces derniers sont considérés comme étant très peu enclins à la démocratie (J-F. Bayard, 1991 ; J-M. Severino & O. Ray, 2010), à la gouvernance (Ch. Nsipeufeu

Kamguin, 2020) et à l'Etat de droit (A. Moyrand, 1991).

En effet, deux exemples permettent de rendre compte de cet état des faits. Ils sont puisés des réalités actuelles des lanceurs d'alerte au Cameroun et au Gabon.

Au Cameroun en effet, les lanceurs d'alerte se sont illustrés comme apôtres de la standardisation du désordre à travers deux faits majeurs. Le premier est relatif aux fausses morts du Président Paul Biya. Le second, en revanche, a trait au projet de déstabilisation du régime de Paul Biya, au travers de l'instrumentalisation de l'ancienne métropole, la France, pour une alternance forcée par le Nord.

Dans le premier cas, les lanceurs d'alerte avaient annoncé, le 3 juin 2004, la mort de Paul Biya, notamment après un séjour privé prolongé en Suisse. Le 31 janvier 2017, quelques mois avant la présidentielle du 7 octobre 2018, Guy Parfait Songué, ancien universitaire camerounais radié de l'Université de Douala avait prédit la mort de Paul Biya. Il déclarait, au sujet de ce dernier, ce qui suit : « *il n'a absolument aucune chance d'arriver vivant à l'élection présidentielle de 2018 (...). Je suis*

*radical dessus. (...) Cet homme va mourir en 2018 (...)*» (Adjouda 2018). En 2020, en l'occurrence au lendemain de la présidentielle du 7 octobre 2018, et dont les résultats ont été contestés par le Mouvement pour la Renaissance du Cameroun (MRC), une fois de plus, les lanceurs d'alerte ont annoncé vainement encore la mort de Paul Biya. Cette annonce a été portée, le 25 mars 2020, par Max Sénior Ivoire. Sans ambages, il a affirmé, à travers un direct vidéo sur ses pages Facebook et Youtube que « *Paul Biya est mort* ».

Dans cette perspective, il a exigé que la France officialise cette information qu'il disait détenir de bonne source. C'est quasiment dans les mêmes termes que Nzui Mento, dit *La Panthère*, a également annoncé, dans le même temps, et toujours dans les réseaux sociaux, la mort de Paul Biya. Plus récemment encore, précisément le 8 octobre 2024 après un séjour prolongé en Suisse, une chaîne de télévision privée américaine online basée à Houston dans l'Etat du Texas a annoncé la mort de Paul Biya. Cette rumeur a été alimentée par des lanceurs d'alerte et activistes camerounais ressortissants des Régions anglophones du Cameroun.

A la vérité, il s'est agit d'un autre épisode qui consacre le schéma rumoral savamment construit sur les fausses morts de Paul Biya. Ce qui n'était pas naïf, car Il y avait ici un agenda caché. C'est celui de la déstabilisation du régime de Paul Biya.

Au demeurant, les « *rumours sur la mort du Président Paul Biya* » (P H. Assiene Bissossoli & E V. Salla Bezanga, 2023), alimentées par les lanceurs d'alerte, ont un effet final recherché. C'est celui de créer la psychose dans ce pays et d'ouvrir la voie au désordre. Le choix des réseaux sociaux comme support de diffusion de ces fausses morts de Paul Biya témoigne à suffisance que ces lanceurs d'alerte voulaient toucher un grand nombre de personnes, et dans un temps très court, pour semer la panique au sein de l'« *espace public* » (J. Habermas, 1988) camerounais. De manière prosaïque, ces fausses morts de Paul Biya auraient pu induire un coup d'Etat dans ce pays ou un chaos profond, car le Cameroun est sujet à une crise sécessionniste dans ses Régions du Nord-ouest et du Sud-ouest (NOSO) (P K. Bouopda, 2018).

Dans le second cas, l'histoire s'est ouverte avec un fait inédit,

notamment l'interpellation solennelle du Président de la France par un lanceur d'alerte et activiste politique camerounais. En l'espèce, Thiam Abdoulaye, dit Calibri Calibro, avait apostrophé Emmanuel Macron, lors du salon de l'agriculture tenu le 21 février 2020, pour lui demander de venir en aide au Cameroun « tué », selon lui, par Paul Biya. En effet, celui-ci alertait Emmanuel Macron qu'« *il y a génocide au Cameroun* », faisant ainsi allusion aux événements du 14 février 2020 à Ntumbo, village situé dans la Région du Nord-ouest du Cameroun, où 22 personnes avaient perdu leur vie dans le cadre de la crise anglophone.

Du reste, Emmanuel Macron lui a répondu en ces termes : « *je sais, je sais cà ! (...) Vous savez mon engagement sur ce sujet. J'ai mis la pression sur Paul Biya pour qu'il traite le sujet de la zone anglophone et ses opposants. On mettra le maximum de pression pour que cette pression cesse. Je suis totalement impliqué dans les violences qui se passent au Cameroun et qui sont intolérables* ».

Visiblement, ces mots du président Emmanuel Macron, assurément salvateurs pour ce lanceur d'alerte, ont

eu un écho pas apprécié de certains camerounais qui ont manifesté devant l'Ambassade de France à Yaoundé. Malgré tout, l'effet final recherché par ce lanceur d'alerte était atteint.

Dans le même registre, Wilfried Ekanga, lanceur d'alerte, activiste politique camerounais et militant du Mouvement pour la Renaissance du Cameroun, a lui également décroché un échange avec Emmanuel Macron en juin 2022, et a à cette occasion dénoncé le soutien de la France à Paul Biya. Sur les points culminants de leur échange, il pose la question suivante à Emmanuel Macron : « *Monsieur le Président, est-ce que ce n'est pas faux de soutenir le peuple en Ukraine et de soutenir la dictature au Cameroun ? Parce que Paul Biya opprime le peuple comme Poutine, mais en Ukraine vous soutenez le peuple ukrainien, ce qui est bien. Au Cameroun par contre vous laissez* ». La réponse donnée à ce dernier semblait ne pas le conforter. Cependant, l'objectif était sauf. Il apparaît même que la victoire symbolique de cet échange était plus importante que la réponse du Président Emmanuel Macron. Il fallait discréditer le régime de Paul Biya. Ce qui était de nature à provoquer un coup

d'Etat dans ce pays, et donc à le mettre dans un état de désordre chaotique.

Parlant à présent du Gabon, les lanceurs d'alerte se sont tout aussi inscrits dans la dynamique de la rumeur de la mort d'Ali Bongo pour standardiser le désordre dans ce pays. En effet, suite à son accident cardiovasculaire du 24 octobre 2018, et après une période remarquable d'hospitalisation à l'étranger, notamment à Riyad en Arabie Saoudite, des informations ont circulé faisant état de la mort de ce chef d'Etat. Ainsi, une thèse sera alimentée, en l'occurrence celle de son sosie qui se présenterait en ses lieux et places pour s'adresser au peuple gabonais. L'exemple le plus cité est celui du discours vidéo controversé du 31 décembre 2018 enregistré à Rabat au Maroc et relatif à la présentation des vœux du Président Ali Bongo au peuple gabonais. Au juste, ces rumeurs ont tout aussi été alimentées par les réseaux sociaux.

En l'espèce, des vidéos mises en circulation faisaient déclarer la mort d'Ali Bongo par l'Ambassadeur du Gabon en France. Au juste, il s'agissait des montages des lanceurs d'alerte et activistes politiques gabonais qui

entendaient voir le Gabon sombrer dans le désordre. D'ailleurs, ces rumeurs ont poussé à l'erreur certains journalistes de la télévision privée camerounaise *Vision 4*, et de la chaîne de télévision nationale gabonaise – par lapsus, en donnant une portée officielle à cette rumeur sur la mort d'Ali Bongo.

Somme toute, la téléologie anarchiste des lanceurs d'alerte en politique africaine est une réalité remarquable. Leur calcul déterminant est de se positionner dans ces pays comme acteurs politiques stratégiques.

## LES LANCEURS D'ALERTE EN POLITIQUE AFRICAINE : THEORIE DE L'*HOMO POLITICUS* SAUVETEUR

### 2. 2. Projection de positionnement comme acteurs stratégiques par les lanceurs d'alerte

La téléologie anarchiste des lanceurs d'alerte en politique africaine repose sur un autre élément caché et fondamentalement égoïste. C'est celui de la projection de leur positionnement comme acteurs politiques stratégiques dans leurs pays à l'ère de la post-alternance. C'est, dans une large mesure, la raison pour laquelle ils s'illustrent comme activistes politiques proches de

l'opposition politique dans leurs pays. D'ailleurs, il ne saurait en être autrement, au regard de leur portrait-profil qu'il convient de dresser au passage.

En effet, les lanceurs d'alerte en politique africaine sont, en forte proportion, des sujets souvent sans formation et sans profession connues ni par le passé ni au présent. En général, ils sont des anciens étudiants n'ayant pas terminé leurs cursus académiques, même s'il faut reconnaître qu'il y en a qui l'ont achevé. D'autres sont des journalistes formés sur le tard et qui peinent à s'insérer sur le plan socioprofessionnel. Beaucoup d'entre eux sont des migrants installés en occident.

Fort de ce portrait-profil, une constance se dégage. C'est que les lanceurs d'alerte en politique africaine ont une figure très peu élogieuse. Certes, il existe des profils de lanceurs d'alerte révolutionnaires en Afrique qui permettent de booster la démocratie, d'œuvrer pour la protection des droits de l'homme, de promouvoir la gouvernance, et d'impulser le développement. C'est le cas de Jean-Jacques Lumumba, lanceur d'alerte

congolais, co-fondateur de « UNIS » et ancien banquier. C'est également le cas du Dr Joannie Marlene Bewa, médecin béninoise, activiste santé, femme et jeunesse, entre autres. Toutefois, la grande majorité des lanceurs d'alerte en politique africaine présentent un visage qui structure la standardisation du désordre à travers l'activisme politique pour la mise à sac des régimes en place dans leurs pays respectifs.

C'est le cas de Bernard Christian Rékoula, activiste politique gabonais, qui tout de même s'est positionné comme lanceur d'alerte ayant dénoncé la pollution pétrolière du groupe Franco-britannique Perenco dans son pays. C'est également le cas de Nadjo Kaina, activiste politique tchadien, porte parole du mouvement citoyen IYINA, ancien coordonateur de la coalition *Tournons la page*, et ancien président national des étudiants tchadiens. C'est même le cas de Calibri Calibro, activiste politique camerounais, leader de la Brigade Anti-sardinards (BAS) de France. C'est encore le cas d'Eromosele Peter Adene dit Eromz, activiste nigérian fondateur d'ABENOL. C'est enfin les cas des camerounais Boris Bertolt, Paul Chouta, Nzui Mento, Wilfrid Ekanga et Jean-

Pierre Rémy Ngono, entre autres.

A tous égards, ces lanceurs d'alerte, à proprement parler des activistes politiques, s'inscrivent dans un projet notoire. C'est celui de leur positionnement comme acteurs de premier plan si jamais l'alternance au pouvoir survenait du fait de leur activisme.

### Conclusion

Les lanceurs d'alerte en politique africaine constituent un nouvel objet de la science politique dont la figure est controversée. Alors que dans les espaces politiques d'ailleurs, ils s'illustrent comme des personnes qui dévoilent et dénoncent des actions illégales et illégitimes pour l'intérêt général, en Afrique, ils se caractérisent davantage par la subjectivité des agendas cachés. Ces derniers sont de deux ordres.

Le premier est l'affairisme, c'est-à-dire que les lanceurs d'alerte en politique africaine se positionnent comme clients de certains acteurs politiques, notamment ceux de l'opposition politique interne et d'autres acteurs étrangers. En contrepartie, ils reçoivent des subsides. Toute chose qui s'explique par le fait qu'ils sont, en

grande majorité, sans formation professionnelle et sans emploi, donc sans revenus stables connus. D'autres sont des anciens agents dont la carrière n'a pas été lumineuse. De ce point de vue, ils penchent vers les transactions pour leur survie financière.

Le second, en revanche, est l'anarchisme. En effet, les lanceurs d'alerte en politique africaine construisent, de manière programmatique, le désordre dans leurs pays d'origine à l'effet de renverser les régimes en place et, surtout, de se positionner comme acteurs stratégiques post-alternance politique.

Au demeurant, c'est fondamentalement ce visage Janusien qui structure les lanceurs d'alerte en politique africaine. Ceux-ci sont conceptualisés autour de l'ontologie affairiste et de la téléologie anarchiste. Ce sont ces variables heuristiques, systématisées à partir des éléments factuels, qui donnent sens à la théorie de l'*homo politicus* sauveteur en rapport avec les lanceurs d'alerte en politique africaine.

En effet, loin de noircir la ligne et de prétendre que les lanceurs d'alerte en politique africaine ne se présentent que

sous un visage politico-mercantiliste et anarchiste, il apparaît cependant que certains d'entre eux y jouent un rôle positif. Toutefois, la tendance lourde est à la dynamique de l'activisme politique auréolé par le militantisme partisan. D'où cette alerte sur les lanceurs d'alerte en politique africaine. Autrement dit, les lanceurs d'alerte en politique africaine doivent être pris avec délicatesse.

Et pourtant, l'autre tendance lourde est aujourd'hui à la promotion de la protection des lanceurs d'alerte. Ceci s'observe, aussi bien dans les grandes démocraties occidentales - y compris à l'échelle régionale comme l'Union Européenne -, que dans les démocraties africaines. Dans ce dernier cas, il apparaît que le Sénégal, la Côte d'Ivoire et le Mali sont en passe de concevoir un statut juridique des lanceurs d'alerte et, partant, des normes de protection de ceux-ci. Or, la figure de lanceurs d'alerte en Afrique est encore ambiguë. Dès lors, il est idoine, avant toute action de protection de ces derniers, de définir les socles critériologiques de cette catégorie sociale, car tous les activistes politiques africains se reconnaissent comme lanceurs d'alerte. La question reste donc celle de savoir si les lanceurs d'alerte en

politique africaine peuvent se départir du cercle vicieux du militantisme et de l'affairisme chaotique pour s'inviter dans le cercle vertueux de la révolution politique de l'alerte salvatrice d'intérêt général ?

### Bibliographie

ADJOUDA Eric, 2018, « Cameroun-Prophétie : Nouveau message alerte de Guy Parfait Songue 'Paul Biya meurt bientôt' », in *237Actu.Com*

ASSIENE BISSOSSOLI Prisca Hélène & SALLA BEZANGA Estelle Verine, 2023, « Rumeurs sur la mort de Paul Biya et usages politiques des réseaux sociaux : Contester et résister à partir de la désinformation », in *Communication, Technologie et Développement* [en ligne] (13) mis en ligne le 20 octobre 2023. Consulté le 28 août 2024.

BAYART Jean-François, 1991, « La problématique de la démocratie en Afrique noire : « La Baule, et puis après ? » in *Politique Africaine*, n° 43, pp. 5 – 20

BAYART Jean-François, 2006, *L'Etat en Afrique : La politique du ventre*. Paris, Fayard.

BAYLE Gauthier, 2016, « l'esprit subversif de la vente à la sauvette : Les échanges de produits alimentaires de récupération en opposition des politiques sociales », in *Sciences & Actions Sociales*, vol 1 n°3, pp. 81 – 98.

BOBO Yves Plumey, 2023, « Contre Paul Biya, les « anti-sardinards » changent-ils de méthode ? », in *Jeune Afrique*.

BOUDON Benjamin, 2017, *Politique de l'hospitalité. Une généalogie conceptuelle*. Paris : CNRS Editions.

BOUOPDA Pierre Kamé, 2018, *La crise anglophone au Cameroun*. Paris, L'Harmattan.

BOURDON William, 2017, « Les lanceurs d'alerte africains ont besoin de protection », in *Le Monde*.

CAILLEBA Patrice, 2019, « Le lanceur d'alerte : la chance du capitalisme ?, in *Futuribles*, n°432, pp. 15 – 25.

CHALTIEL Florence, 2018, *les lanceurs d'alerte*. Paris, Dalloz.

CHATEAURAYNAUD Francis & TORNY Didier, 2000, *Les sombres précurseurs, une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*. Paris, Editions de l'EHESS.

CHEVALIER Jacques, 2023, *L'Etat de droit*. Paris, LGDJ.

COSTES Laurence, 1994, *L'étranger sous terre ? : Commerçants et vendeurs à la sauvette du métro parisien*, Paris, L'Harmattan.

DISANT Mathieu & POLLET-PAMOISSIS Delphine (dir), 2017, *Les lanceurs d'alerte : Quelle protection juridique ? quelles limites ?*, Paris, LGDJ.

DURKHEIM Emile, 1993, *Les règles de la méthode sociologique*, 7<sup>e</sup> éd Paris, PUF.

FRANÇOIS Sébastien, 2004, « Les vendeurs à la sauvette sur le parvis de la

tour Eiffel », in *Terrain & Travaux*, vol 2, n° 7, pp. 25 – 43.

GAZIBO Mamoudou & THIRIOT Céline (dir), 2009, *La politique en Afrique : Etat des débats et pistes de recherche*, Paris, Karthala.

GIBAUD Stéphanie, 2017, *La traque des lanceurs d'alerte*, Paris, Max Milo.

GONIDEC Pierre François, 1978, *Les systèmes politiques africains : Les nouvelles démocraties*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ.

GRAWITZ Madeleine & LECA Jean, 1985, *Traité de science politique : La science politique, science sociale, l'ordre politique, Tome I*, Paris, Presses Universitaires de France.

GROSSER Alfred, 1999, *L'explication politique*, Bruxelles, Editions Complexe.

HABERMAS Jürgen, 1988, *L'espace public*, Paris, Payot.

HARTMANN Florence, 2014, *Lanceurs d'alerte : La mauvaise conscience de nos démocraties*, Paris, Editions Don Quichotte.

HEUTCHING Paul, 2017, *Peuples de toutes les dictatures d'Afrique, révoltez-vous ici et maintenant ! Afrique politique : l'alternance au pouvoir, sinon l'apocalypse et la CPI*, Bonneuil-sur-Marne, Auteurs du Monde.

KANT Emmanuel, 2006 *Critique de la raison pure*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Flammarion.

KLEN Michel, 2019, « La problématique des lanceurs d'alerte », in

*Revue Défense Nationale*, vol 10, n° 825, pp. 96 – 100.

KOUMPLI Christina & BARGAIN Gwenola (dir), 2023, *L'avenir de la protection des lanceurs d'alerte dans l'Union Européenne*, Paris, Mare et Martin.

LE MOIGNE Jean-Louis, 2021, *Les épistémologies constructivistes*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Que Sais-Je.

*LE MONDE*, 2020.

*LE MONDE*, 2017, « Sécurité nucléaire : Des militants de Greenpeace s'introduisent dans la centrale de Cruas-Meysses ».

*LE QUOTIDIEN*, 2024, « Enquête - Lanceurs d'alerte : Projet sans question ».

LECLERC Olivier, 2017, *Protéger les lanceurs d'alerte : La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, Paris, LGDJ.

LINIGER-GOUMAZ Max, 1992, *La démocratie : Dictature camouflée, Démocratie truquée*. Paris, L'Harmattan.

MEDARD Jean-François, 2000, « l'Etat et la politique en Afrique », in *Revue Française de Science Politique* 50 (4 – 5), pp. 849 – 854.

MELINGUI Odile, 2023, « Querelles entre lanceurs d'alerte sous fond de crise politique », in *2025 Times*.

MENDRAS Henri & OBERTI Marco, 2000, *Le sociologue et son terrain : trente recherches exemplaires*, Paris,

Armand Colin.

MORIN Edgar, 2005, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil.

MORIN Edgar, 2008, *La complexité humaine*, Paris, Flammarion.

MOYRAND Alain, 1991, « Réflexion sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique Noire Francophone », in *Revue Internationale de Droit Comparé* 43 (4) pp. 853 – 878.

NADER Ralphe, PETKAS Peter & BLACKWELL Kate, 1972, *Whistle Blowing : The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York : Bantam Books.

NEAR Janet Pollex & MICELI Marcia, 1985, « Organizational dissidence : The case of Whistle Blowing », in *Journal of Business Ethics* 4 (1) pp. 1 – 16.

NODEM Jean-Emet, 2009, *Vente de médicaments à la sauvette à l'Ouest-Cameroun*. Paris : L'Harmattan.

NSIPEUFEU KAMGUIN Christophe, 2020, *Pensée la nouvelle gouvernance en Afrique*, Paris, Dictus Publishing.

OSTOJIC Andrea, 2019, « Psychologie du lanceur d'alerte », in *Cercle Psy* (33) : juin/juillet/aout.

OWONA NGUINI Mathias Eric, 2004, « Le gouvernement perpétuel en Afrique Centrale : Le temps politique présidentieliste entre autoritarisme et parlementarisme dans la CEMAC », in *Enjeux* n° 19, pp. 9 – 14.

PETERS Charles & BRANCH Taylor, 1972, *Blowing the whistle*, New York,

Praeger Publishers.

PPLAAF, 2017

RULLEAU Bernard, 2024, *L'homo politicus : Introduction à la philosophie politique à l'école d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin*, Gooik, Quentin Moreau.

SEVERINO Jean-Michel & RAY Olivier, 2010, « De la démocratie en Afrique », *Le temps de l'Afrique*, Chapitre 13, pp. 173 – 181.

SHEEHAN Neil, 1971, *The Pentagon Papers : The Secret History of the Vietnam War*. New York : Bantam.

SINDJOUN Luc (dir), 2004, *Comment peut-on être opposant au Cameroun ? Politique parlementaire et politique autoritaire*, Dakar, CODESRIA.

SQUARE Issaka, 2017, *Les partis politiques de l'opposition en Afrique : La quête du pouvoir*, Montréal, PU Montréal.

TALAMON Flore & LOTH Bruno, 2021, *Lanceurs d'alerte*, Paris, Delcourt.

*THE SENTRY*, 2022.

VORMS Marion, 2011, *Qu'est-ce qu'une théorie scientifique ?*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Sup.

WOODWARD Bob & PROFONDE Gorge, 2007, *La véritable histoire de l'homme du Watergate*, Paris, Folio.

## **UNE RELECTURE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SERVICE PUBLIC EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE**

Par  
**Zeinaba KANE,**  
Maitre-Assistant en droit public,  
Université Alioune Diop de Bambey /Sénégal

### **Résumé**

Les principes du service public ou les grandes règles de fonctionnement sont essentiels dans l'action administrative. Consacrées depuis plusieurs décennies, ces lois ont résisté aux évolutions du service public et aux mutations de l'Etat. En Afrique noire francophone, cette pérennité est soutenue par un renouvellement normatif diversifié à travers une confirmation législative et jurisprudentielle qui varie selon les pays. Malgré cet élan de renouveau, ces règles sont bouleversées par la privatisation, la concurrence et la nécessité de protéger les droits des usagers. Ce qui constitue un nouveau point de départ de leur élargissement à de nouveaux principes afin de répondre aux exigences de l'Etat de droit.

**Mots clés :** Principe, Service public, Administration, Continuité, Egalité, Etat, Mutabilité.

## Introduction

Le service public est à la fois un sujet classique et un thème fondamental du droit administratif au regard de centralité dans l'action de l'Administration. Il a suscité l'intérêt la doctrine depuis plus d'un siècle<sup>1</sup>. Évoquer ce sujet soulève une interrogation inévitable. Il est possible de se demander s'il reste quelque chose de nouveau à dire sur ce pilier du droit public, car il peut sembler avoir été étudié sous plusieurs angles ou quasiment épuisé. Pour reprendre la formule de Jean de La Bruyère : « *Tout est dit, et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent* »<sup>2</sup>. Cette présente réflexion est un prétexte pour interroger la réalité juridique des principes du service public dans un contexte de mutations profondes de l'action administrative et de transformation de

l'Etat. Gaston Jéze écrivait déjà en 1914 que « le service public est la pierre angulaire du droit administratif français et que cette notion sert à remodeler toutes les institutions du droit public »<sup>3</sup>. Ces propos restent encore d'actualité sous d'autres cieux notamment en Afrique noire francophone où, comme le fait noter Demba Sy, le service public joue et continue de jouer un rôle important en droit administratif<sup>4</sup>. En plus de sa place primordiale dans la discipline, le service public reste une préoccupation majeure de l'Administration publique dans l'exécution de ses missions régaliennes. L'Administration<sup>5</sup> en tant que « bras séculier du pouvoir exécutif »<sup>6</sup> dispose d'importants pouvoirs<sup>7</sup> au sein de l'Etat. Elle a le pouvoir réglementaire<sup>8</sup> ou l'exécution des lois, le pouvoir de police<sup>9</sup> et

<sup>1</sup> Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, 317 p.

<sup>2</sup> Voir sur <https://citations.ouest-france.fr/citation-jean-de-la-bruyere>, consulté le 20 Janvier 2023.

<sup>3</sup> G. Jéze, *Principes généraux du Droit administratif*, Paris, Giard et Brière, 2e éd., 1914, préface, p. X.

<sup>4</sup> D.Sy, *Droit Administratif*, 3eme Edition, revue corrigée et augmentée, Dakar, l'Harmattan 2021, p.409.

<sup>5</sup> L'administration se définit par le critère organique et le critère fonctionnel. Selon le critère organique, l'administration publique est un ensemble d'autorités et de services qui se consacrent à la gestion des affaires publiques et qui appartiennent à la sphère étatique. Le critère fonctionnel met l'accent sur les activités de l'administration. Elle correspond à une activité et à un ensemble de moyens tendant à une finalité. L'activité c'est la gestion des affaires publiques, les moyens étant les procédés employés pour la gestion des services publics, la finalité étant la satisfaction des besoins collectifs de la société l'intérêt général. Voir André De Laubadère, *Traité*

*de droit Administratif*, LGDJ, 8e édition, 1980, Paris, p.25.

<sup>6</sup> CH. Debbasch, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p.127-133.

<sup>7</sup> En droit public, le pouvoir désigne tout à la fois, d'une part l'objet même de la fonction d'une autorité publique, la sphère d'attribution que lui ouvre le droit positif et d'autre part l'organe chargé de cette fonction, l'autorité habilitée à se mouvoir dans ce cercle d'activités. Les pouvoirs de l'administration sont organisés de sorte qu'elle pourra poursuivre sa mission d'intérêt général.

<sup>8</sup> Le pouvoir réglementaire désigne à la fois la mission d'exécution des lois et les autorités chargées de l'accomplir. Ce pouvoir est aussi appelé pouvoir d'exécution des lois.

<sup>9</sup> Le pouvoir de police ou les droits et libertés face à l'ordre public est un pouvoir qui permet à l'administration d'assurer la sûreté de l'Etat ou de maintenir l'ordre public. C'est un pouvoir complémentaire à celui de gestion ou d'exploitation des services public.

le pouvoir de gestion ou l'exploitation du service public.

Le rôle important du service public dans l'action de l'Administration justifie sa soumission à un régime juridique exorbitant, caractérisé par des règles spécifiques de fonctionnement et des principes rigoureux qui encadrent son organisation. C'est ainsi que sont nés les principes fondamentaux du service public, également connus sous le nom de lois du service public. Déduites par Louis Rolland de l'étude de la jurisprudence au début du XX<sup>e</sup> siècle en France, les lois du service publics ont été reprises par la doctrine<sup>10</sup>, puis par la législation<sup>11</sup> et sont encore aujourd'hui présentées comme «la construction doctrinale la plus pérenne du droit administratif»<sup>12</sup> qui a résisté à l'usure du temps pour apparaître comme de véritables lois constitutives<sup>13</sup>. En ce sens, ces principes constituent la base du service public<sup>14</sup> au point où il a été affirmé que «service public sans 'les lois de Rolland'

n'est que ruine de l'Administration»<sup>15</sup>. L'existence de ces principes fondamentaux que sont l'égalité, la continuité et la mutabilité constituent une garantie de pérennité de l'organisation du service public.

En Afrique, la plupart des anciennes colonies françaises ont conservé les institutions léguées parmi lesquelles figure l'Administration publique. Cette dernière assure une fonction d'animation globale de l'économie pour diverses finalités dont l'intérêt général<sup>16</sup> et des missions principales comme la police administrative<sup>17</sup> et le service public. Les transformations de l'Etat postmoderne entraînant «le déclin de l'exorbitance de la puissance publique»<sup>18</sup>, les crises économiques et politiques<sup>19</sup> observées ces dernières décennies ont fini par dépouiller l'Etat de ses obligations principales. Pour faire face à de nombreux défis dont celui de la protection des droits des usagers devenus plus exigeants, les Etats sont obligés de

<sup>10</sup> Voir V. Donier, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p.1219.

<sup>11</sup> G. J. Guglielmi, « Exit les lois de Rolland, la nouvelle ère des principes de fonctionnement garantis », *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou*, IRJS édition, 2017, p. 817.

<sup>12</sup> J. Aroyo, « Le champ d'application des lois de Rolland », *RFDA*, 2021, p.967.

<sup>13</sup> G. J. Guglielmi, « Exit les lois de Rolland, la nouvelle ère des principes de fonctionnement garantis », *Op. Cit*, p. 818.

<sup>14</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome1, 10<sup>ème</sup> édition, 1996, p. 555.

<sup>15</sup> Dodzi K. Kokoroko, *Les Grands Thèmes du Droit Administratif*, Lomé, PUL, 2<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 157.

<sup>16</sup> D.Sy, *Droit Administratif*, Dakar, l'Harmattan, 2014, p.

<sup>17</sup> La police administrative est l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public dans les différents secteurs de la vie sociale.

<sup>18</sup> A.A.D. Kébé, « Le déclin de l'exorbitance de la puissance publique », *Afrilex*, Mai, 2015.

<sup>19</sup> Au chapitre des crise politiques, il y'a les changements anticonstitutionnels de gouvernement incluant les coups d'Etat qui perturbent le fonctionnement normal des administrations et des services publics.

faire appel à d'autres mécanismes. Gérés dans une approche qui demeure toujours interventionniste, centralisatrice et dirigiste, les services publics ont naturellement suivi la pente de déchéance de l'Etat<sup>20</sup>. En partant de toutes ces considérations, s'interroger sur les règles de fonctionnement ou encore sur les principes directeurs se révèle intéressant. Ce qui explique la présente réflexion autour d'une relecture des principes fondamentaux du service public en Afrique noire francophone.

Le service public constitue une des notions les plus complexes à analyser en droit administratif<sup>21</sup>. Pour cerner le concept, des définitions jurisprudentielles et doctrinales seront combinées. D'un point de vue jurisprudentiel, notamment en droit français, la notion de service public a été utilisée dans différentes décisions : l'arrêt Blanco<sup>22</sup>, Terrier<sup>23</sup>. Dans cette conception jurisprudentielle s'ajoute celle de l'arrêt Narcy<sup>24</sup> qui en plus d'avoir consacré la gestion d'un service public par un privé, a retenu trois critères cumulatifs pour définir le service public. Il s'agit du critère finaliste

-le service public doit être une activité d'intérêt général-, du critère organique – la personne doit être soumise au contrôle des pouvoirs publics – et du critère matériel la personne publique ou privée doit disposer de prérogatives de puissance publique. Selon cette conception, le service public est une activité d'intérêt général exercé par une personne publique ou privée qui dispose de prérogatives de puissance publique. Toutefois, cette définition de l'arrêt Narcy sera complétée par la position de l'arrêt Association du Personnel Relevant des Etablissements pour Inadaptés<sup>25</sup> où le juge a caractérisé les personnes publiques privées gérant un service public. A cette occasion, il a reconnu que la gestion d'un service public par une personne privée peut être reconnue en l'absence du troisième critère, à savoir la détention de prérogatives de puissance publique. Ces différentes approches jurisprudentielles du service public seront systématisées par les administrativistes classiques et actuelles.

D'un point de vue doctrinal, les auteurs célèbres de « l'école du service public »<sup>26</sup>

<sup>20</sup> S.P. Ekanza « Etat et services publics en Afrique de l'indépendance à nos jours », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Francis V. Wodié*, 2017, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, p.172.

<sup>21</sup> D. Sy, *Droit Administratif*, 3eme Edition, revue corrigée et augmentée, *Op. cit.*, p.409.

<sup>22</sup> Arrêt Blanco Tribunal des conflits 8 février 1873.

<sup>23</sup> Conseil d'Etat, 06 Février 1903, Terrier, le Conseil d'Etat va juger que dans la mesure où la destruction d'animaux nuisibles est un acte de service public, le contrat est de droit administratif. De la sorte, les relations entre les parties sont des

relations de droit public. Le Conseil d'Etat juge qu'une personne privée peut gérer un service public par délégation.

<sup>24</sup> Conseil d'Etat français, 28 Juin 1963, Narcy. Dans cette décision, il a été reconnu qu'il était possible pour l'administration de faire appel à des règles de droit privé et de gérer ces activités de service public.

<sup>25</sup> Conseil d'Etat français, 22 Février 2007, Association du Personnel Relevant des Etablissements pour Inadaptés (APREI).

<sup>26</sup> L'école du service public désigne ceux qui ont vu dans le service public le critère du droit administratif.

vont définir la notion de service public. Ils vont considérer le service public comme « Toute activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants ».<sup>27</sup> Dans le même ordre d’idées que cette conception historique, le service public désigne « une activité d’intérêt général assurée soit par une personne publique soit par une personne privée rattachée à une personne publique et soumise à un régime juridique particulier ».<sup>28</sup> Il est ainsi défini sur la base de deux critères : il s’agit d’abord de l’élément fonctionnel qui renvoie à un ensemble d’activités réalisées par une personne publique en vue de satisfaire des besoins d’intérêt général, et de l’élément organique qui renvoie à l’ensemble des agents et des moyens qu’une personne publique affecte à une même tâche<sup>29</sup>. Mais les regards doctrinaux sur la notion de service public vont évoluer au gré des changements institutionnels et des transformations des valeurs morales et

politiques. Pour Benoit Plessix, le service public peut être défini comme « toute finalité d’intérêt général orientée vers la solidarité sociale et la cohésion territoriale, dont les pouvoirs publics décident d’en avoir la maîtrise juridique et de la satisfaire au moyen de la fourniture de prestations délivrées au public, parce que l’initiative privée et le libre jeu du fonctionnement du marché ne permettraient pas ou mal sa prise en charge collective »<sup>30</sup>.

En Afrique, la notion de service public est indissociable d’une interprétation qui assigne à l’État une mission générale de développement dont l’expression la plus significative était contenue au nom de l’intérêt général dans une multitude d’activités de production et de fourniture de biens et de services empiétant très largement sur le domaine de la liberté d’entreprendre.<sup>31</sup> Il en résulte que le service public apparaît d’abord comme une invention politique avant de devenir une notion juridique<sup>32</sup>. La Charte Africaine sur

---

Il regroupe les auteurs qui se sont reconnus dans les travaux de Duguít et en ont fait la base de leurs réflexions. Ce courant de pensée est marqué par Bonnard, Rolland, Réglade, Gaston Jèze. Voir F. Malrey « Ecole de Bordeaux, école du service public et école du guítiste proposition de distinction », *RDP*, n°6, 2001, p.1887.

<sup>27</sup> Voir, L. Duguít, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, De Boccard, 3eme Edition, Tome II, 1928, p 66.

<sup>28</sup> D.Sy, *Droit Administratif revue corrigée et augmentée*, 2021, *Op. cit.*, p.409.

<sup>29</sup> Nicolas Kada et de Martial Mathieu, *Dictionnaire d’administration publique*, Presse universitaire de Grenoble, 2014, pp. 464- 465. Voir aussi Vedel et P.

Délvodé, *droit administratif*, T2 11eme, édition, 1990, col, Thémis PUF, p. 704.

<sup>30</sup> B. Plessix, *Droit Administratif général*, Paris, LexisNexis, p.635.

<sup>31</sup> D. Darbon, « Réformer un inexistant désiré ou supprimer un inopportun incontournable ? Le service public confronté à l’État et aux sociétés projetées en Afrique », *Télescope*, 2007, p.100 consulté le 20 Janvier 2023.

<sup>32</sup> **M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1916, p. 6.**

<sup>32</sup> Voir M.M. Aidara, « Dysfonctionnements du service public de la justice et responsabilité de l’État en Afrique : exemple du Sénégal », in F. Hourquébie (sous la direction), *Quel service public de la justice*

les Valeurs et les Principes du Service Public et de l'Administration assimile le service public à « tout service ou activités d'intérêt public placés sous l'autorité de l'Administration »<sup>33</sup>. Au Sénégal, le service public est défini comme « Toute activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général »<sup>34</sup>. A partir de ces différentes définitions du service public, l'on peut se rendre à l'évidence que c'est une notion complexe qui peut se résumer comme suit : une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique ou privée<sup>35</sup> en vue d'un intérêt public<sup>36</sup>. Le service public, ainsi défini, se trouve au cœur des grands débats de la modernisation des administrations. Il est soumis au respect d'un certain nombre de principes.

La notion de principe renvoie à « ce qui est fondamental »<sup>37</sup>. Selon Gérard CORNU, un principe est une « règle générale de

caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques »<sup>38</sup>. Les principes du service public désignent les grandes règles de fonctionnement c'est-à-dire les piliers de l'organisation et de la marche de l'ensemble des services publics. Ils sont intimement liés à l'essence même du service public, ou, en d'autres termes à son caractère d'activités du plus grand service<sup>39</sup>. Il s'agit de la continuité, de la mutabilité ou de l'adaptabilité, et de l'égalité. La continuité signifie qu'il ne doit pas avoir de rupture dans les activités du service public. Le principe de continuité du service public explique les limitations apportées au droit de grève<sup>40</sup>. Quant au principe de mutabilité, ou d'adaptabilité, il renvoie à la capacité d'adaptation de l'administration aux situations de faits et de droit. Il repose sur l'idée que l'intérêt général n'est pas une donnée figée, il varie dans le temps ainsi que les méthodes destinées à le satisfaire. Ainsi,

---

en Afrique ?, Bruylant, 2013, 216p.

<sup>33</sup> Article premier alinéa 13 de la Charte Africaine sur les Valeurs et les Principes du Service Public et de l'Administration du 31 janvier 2011 adopté par l'Union Africaine.

<sup>34</sup> Article 11 de la Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO, 1965, p.945.

<sup>35</sup> Le processus d'implication de la personne privée dans la gestion des services publics peut se faire par régie, concession ou par délégation du service public. Ce dernier est devenu fréquent dans les nouvelles règles de gestion.

<sup>36</sup> R. Chapus, *Droit Administratif général*, Op. cit., p.579.

<sup>37</sup> Madeleine Grawitz, *Lexiques des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 8ème édition, 2004, p. 325.

<sup>38</sup> Gérard Cornu *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition mise à jour « Quadrige », 2007, p. 720.

<sup>39</sup> R. Chapus, *Droit Administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15 -ème édition, p.604.

<sup>40</sup> Voir Conseil d'Etat français, 7 juin 1950, Dehaene. Cette décision consacre l'existence du droit de grève dans les services publics conformément au Préambule de la constitution de 1946 mais reconnaît dans le même temps que ce droit peut être limité en raison des exigences du fonctionnement du service public. *R.D.P.*, 1950, p. 69. Voir à ce propos J. Rivero le droit positif de la grève dans les services publics, d'après la jurisprudence D soc, 1951, p. 591.

L'Administration doit prendre les mesures nécessaires pour satisfaire les besoins des administrés<sup>41</sup> et s'adapter aux changements. S'agissant du principe d'égalité, il désigne le fait que des situations identiques doivent être traitées de la même manière. Inversement, des traitements différents peuvent être réservés à des situations différentes. Il implique notamment l'égalité d'accès aux emplois publics, l'égalité des usagers devant le service public, l'égalité au regard de l'impôt et des charges publiques. Il est un principe de base garantissant ainsi l'égalité des citoyens tel que reconnu par les textes internationaux<sup>42</sup>.

Cette étude n'a pas la prétention de refaire les évolutions et les catégorisations du service public, ou de revenir sur l'ensemble des activités de services public des Etats. Elle se veut une réflexion autour des règles de fonctionnement du service public. Bien que circonscrite en Afrique noire francophone, cette recherche va emprunter

une démarche transversale et comparative. Ce qui permet d'inclure d'autres pays. Dans la foulée, l'encadrement de ces principes qui sont des garanties d'effectivité des droits des usagers semble être remis en cause par de nouveaux paradigmes. On peut d'emblée souligner la dénaturation du service public qui coïncide à l'accroissement des besoins des usagers. Ce qui est un pari difficile pour les Etats déjà secoués par de nombreuses crises économiques<sup>43</sup>, sociales et politiques<sup>44</sup>.

Dans cette perspective, il serait intéressant de s'interroger sur la signification des principes du service public en Afrique noire francophone ? Autrement dit quelle est la réalité juridique de ces règles de fonctionnement du service public ?

Cette perspective révèle sans doute l'intérêt du sujet. Au plan théorique, le service public est l'un des thèmes les plus étudiés

---

<sup>41</sup> Voir, CE 10 janvier 1964, Simonnet, Rec. p. 19 ; CE 3 février 1989, Compagnie Alitalia, Rec. p. 44.

<sup>42</sup> Il s'agit principalement de la déclaration des Droits de l'homme et des peuples de 1789 en ses articles art. 1er DDHC : "les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit" et art. 6 DDHC : la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux ».

<sup>43</sup> La pandémie de COVID-19 (1) et la crise ukrainienne (2) ont fortement impacté les économies déjà fragiles des pays d'Afrique de l'Ouest, entraînant des perturbations économiques sans précédent et en mettant en évidence les vulnérabilités de la région. Les gouvernements ont dû mettre en place des mesures d'urgence pour soutenir les entreprises et les travailleurs, mais l'efficacité de ces mesures a été limitée par la

faiblesse des ressources financières. Voir Anyanwu JC, Salami AO. The impact of COVID-19 on African economies, *Le Monde* (2023)"L'Afrique subit toujours l'impact de la guerre en Ukraine, Consulté le 20 avril 2023. [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2023/01/13/l-afrique-subit-toujours-l-impact-de-la-guerre-en-ukraine-selon-l-agence-francaise-de-developpement\\_6157698\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2023/01/13/l-afrique-subit-toujours-l-impact-de-la-guerre-en-ukraine-selon-l-agence-francaise-de-developpement_6157698_3212.html)

<sup>44</sup> Plusieurs pays d'Afrique de l'Ouest traversent des crises et des tensions politiques majeures qui affectent la sécurité, la paix et la démocratie. Il y a les changements anticonstitutionnels de gouvernement allant des coups d'Etat militaire aux coups d'Etat constitutionnel. A cela s'ajoutent les conflits et la situation sécuritaire précaire dans le Sahel. Dans un tel contexte, les administrations font face à de nombreux défis. Voir

par les doctrines administrativistes<sup>45</sup> et politistes. Maurice Hauriou pensait déjà à « le renouveler dans la forme »<sup>46</sup>. Par la suite, d'importants travaux ont porté sur son sens<sup>47</sup>, ses évolutions, ses espaces<sup>48</sup>. Et l'on s'est interrogé sur l'avenir et l'intérêt du service public en Afrique<sup>49</sup> ? Au-delà de la notion du service public, les règles de fonctionnement du service public ont fait l'objet d'une revue générale en France<sup>50</sup> et d'une lecture partielle<sup>51</sup> au Burkina-Faso et dans d'autres pays<sup>52</sup>. Toutefois, ces travaux ne se sont pas intéressés à tous les principes dans cette ère géographique en ces contextes de crises multiformes. Au plan social, il convient de souligner que l'application des principes du service public peut faciliter la stabilité d'un front social<sup>53</sup> qui est souvent perturbé. Si l'on sait que la cohésion repose la disponibilité des services

publics essentiels<sup>54</sup> comme l'éducation, la santé, les transports ou encore les télécommunications. Au plan pratique, la relecture des principes du service public pourrait inaugurer une perspective d'actualisation législative et doctrinale afin que les principes puissent s'adapter aux réalités et aux exigences des usagers qui revendiquent leurs droits face à une administration devenue moins puissante.

Au regard des intérêts soulevés, il est évident de reconnaître l'importance de revisiter les lois du service public. Ainsi, verrons-nous que les principes du service public sont renouvelés (I) par une œuvre normative et jurisprudentielle. Dans le même temps, ils sont bouleversés par la privatisation et la soumission des activités administratives aux règles de la concurrence ainsi que par l'accroissement

<sup>45</sup> Voir Jacques Chevallier, *Le service public*, Paris, Presse universitaire de France, Que sais-je ? 2022, 128p.

<sup>46</sup> **M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1916, p. 6.**

<sup>47</sup> J. Chevallier, *Le service public*, Paris, Presses Universitaires de France, 2022, 128p.

<sup>48</sup> F. Melin Soucramanien (contributions réunies), *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean Du Bois de Gaudusson*, Presse universitaire de Bordeaux, 2014, 1420p.

<sup>49</sup> D. Darbon, « Réformer un inexistant désiré ou supprimer un inopportun incontournable ? Le service public confronté à l'État et aux sociétés projetées en Afrique », *Télescope*, 2007, p.100, consulté le 20 Janvier 2023.

<sup>50</sup> D. Charbonnel, *Une relecture des lois du service public*, Thèse, Université de Limoges, 2019.

<sup>51</sup> B. Rouamba, *Le principe d'égalité devant le service public burkinabé*, Mémoire Master, Université privé de Ouagadougou, 2020.

<sup>52</sup> U.N. Obélé-Bélé « Le juge administratif et le principe d'égalité en droit administratif africain francophone », in Demba Sy et Alioune Badara Fall (sous la direction), *le juge administratif, le juge constitutionnel et le juge communautaire dans la protection des droits et des libertés fondamentaux : Regards croisés*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2019, p.206.

<sup>53</sup> Le front social est marqué par des perturbations avec des grèves cycliques dans le secteur public. Le nombre de journées perdues est innombrable à tel point que la grève dans les services publics est devenue partie intégrante du paysage social. Ces revendications sociales des fonctionnaires mettent à l'épreuve le fonctionnement des services publics.

<sup>54</sup> Le service public essentiel est une notion qui évoque la catégorisation des services publics en les classant en deux groupes service public essentiel et service public non essentiel. Est considéré comme un service public essentiel si son interruption durant la grève représente un danger pour la santé ou la sécurité des citoyens.

des besoins des usagers (II).

### **I. Des principes renouvelés**

Consacrés depuis plusieurs décennies dans les pays d'Afrique noire francophone, les principes fondamentaux du service public sont renouvelés par différentes normes à la fois infra et supra constitutionnelle (A). Ils ont aussi été revisités par la jurisprudence administrative, constitutionnelle et communautaire (B).

#### **A. Un renouvellement normatif diversifié**

Les principes fondamentaux du service public sont régis par différents textes qui relèvent à la fois du droit communautaire (1) et du droit interne des Etats (2).

##### **1. Une consécration communautaire variée**

Le droit communautaire est devenu une source incontournable du droit administratif avec les mutations observées ces dernières années. Ainsi, le droit administratif est saisi par le droit communautaire grâce notamment à une forte pénétration de ce dernier dans les activités de

l'administration »<sup>55</sup>. Alioune Badara Fall évoque « l'irruption du droit communautaire dans le champ du droit administratif »<sup>56</sup> qui a ainsi contribué à la privatisation du droit public. Dans la foulée, on assiste à une influence du droit communautaire sur les activités administratives avec une certaine « remise en question du service public sous l'influence du droit communautaire »<sup>57</sup>. De ce fait, les normes communautaires ont participé au processus de renouvellement des lois du service public. Au chapitre des textes communautaires sur les principes fondamentaux, il ressort deux catégories. Ceux qui font référence à un seul des principes notamment le principe d'égalité et les textes spécifiques qui ont apporté des évolutions intéressantes sur le régime du service public. Dans la première catégorie de texte, on peut citer à titre d'illustration la charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>58</sup> qui évoque le principe d'égalité devant le service public<sup>59</sup> mais ne fait pas référence à la continuité et à la

<sup>55</sup> A.A.D. Kébé, « Le déclin de l'exorbitance de la puissance publique », *Afrilex*, Mai, 2015, p.16.

<sup>56</sup> A. B. Fall, « Droit Administratif : Convergence ou concurrence des disciplines juridiques », Ndeye Madjiguene Diagne et El Hadj Oumar Diop (Contributions réunies), *Mélanges en l'honneur de Demba Sy*, Presse de l'université de Toulouse Capitole, 2020, p.40.

<sup>57</sup> S. Lath « Les caractères du droit administratif des États africains de succession française », *RDP*, 2011, p. 1281.

<sup>58</sup> La charte africaine des droits de l'homme et des peuples est adoptée par l'OUA en 1981. Elle est une consécration africaine des droits de l'homme qui

prend en compte la spécificité et la culture des peuples africains. Voir Glélé, Maurice, Introduction à la Charte des droits de l'homme et des peuples, *in* Mélanges Colliard, C.A, Droits et libertés à la fin du XXème siècle. Influences des données économiques et technologiques, Pedone, ed. Paris 1984, pages 511-538.

<sup>59</sup> Les dispositions de l'article 13 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples qui précise que « Toute personne a le droit d'user des biens et services publics dans la stricte égalité de tous devant la loi » Voir aussi le texte de la charte sur : <https://www.african-court.org> consulté le 12 Mars 2023.

mutabilité. La seconde catégorie est essentiellement composée par le droit de la Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)<sup>60</sup> et de l'Union Economique Monétaire Ouest Africain (UEMOA)<sup>61</sup> qui ont consacré la notion de service universel<sup>62</sup> dans la sous-région. Mais la Charte Africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'Administration adoptée par l'Union Africaine en 2011 reste un texte de référence communautaire. Elle dégage un droit supranational du service public africain où les Etats énoncent à la fois des principes fondamentaux et des principes nouveaux<sup>63</sup>. Dès le préambule, le législateur communautaire montre la nécessité de maintenir « la trilogie de Rolland » mais surtout la volonté de renouveler pour « adapter les services publics africains aux besoins émergents sur le continent »<sup>64</sup>. Les objectifs <sup>65</sup> sont ambitieux et s'inscrivent

dans une perspective de renouveau du service public dans le continent. Ils affichent clairement la primauté du principe d'égalité qui prend en compte l'égalité devant la loi et l'égalité dans le service public. En plus du principe d'égalité, celui de la mutabilité et de la continuité est clairement affirmé<sup>66</sup> avec même une précision de leur finalité ou de leur bien-fondé. Dans ce registre de renouvellement, de nouveaux principes sont adoptés afin de continuer la modernisation des services publics africains. La charte se veut innovante dans le sens où elle pose les bases théoriques d'un service public africain qui prend en compte les réalités sociales. En effet, la conception africaine du service public comme le fait remarquer Placide Moudoudou n'est pas loin de l'idée de solidarité défendue par Emile Durkheim : « la solidarité à l'égard des plus faibles qui constitue pour les gouvernants non pas une

<sup>60</sup> Ce texte de la CEDEAO est relatif aux secteurs de de la télécommunication est l'acte additionnel A/SA/6/01/07 du 19 janvier 2007 relatif à l'accès universel/ service universel.

<sup>61</sup> C'est principalement la directive n°04 /2006/CM/UEMOA du 23 Mars 2006 relative au service universel et aux obligations de performance du réseau.

<sup>62</sup> Le service universel est plus théorisé par le droit de l'union européenne. Il concerne une catégorie de services énumérés. Il est défini comme un service destiné à mettre à la disposition de tout utilisateur un service minimal, selon une qualité définie et à un prix abordable. Dans l'article 1 de l'acte additionnel précité, il désigne l'accès à un ensemble de service minimal.

<sup>63</sup> Hilaire Akérékoro, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative béninoise*, Cotonou, Les éditions de la miséricorde, 2018p.557.

<sup>64</sup> La Charte Africaine sur les Valeurs et les Principes du Service Public et de l'administration est adoptée par La Seizième Session Ordinaire tenue le 31 Janvier 2011 à Addis Abeba (Ethiopie). Le préambule montre la volonté des Etats « Engagés à promouvoir les valeurs et les principes qui régissent l'organisation du service public et de l'Administration ; Conscients de la nécessité de préserver la légitimité du service public (...) »

<sup>65</sup> Ce sont les dispositions de l'article 2 de la charte qui indique « Promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes ainsi que l'égalité devant le service public et dans l'Administration ».

<sup>66</sup> L'article 3 précise les principes suivants : L'égalité des usagers devant le service public et l'Administration, la continuité du service public en toutes circonstances, l'adaptation du service public aux besoins des usagers.

simple obligation morale, mais plutôt une stricte obligation juridique (...). Le seul moyen pour la collectivité d'acquitter la dette en question, de mettre en place toute une série d'institutions et de services publics destinés à réparer les effets néfastes des principaux risques sociaux ». <sup>67</sup>Cette idée est dans l'esprit de la nouvelle charte qui encourage les Etats à promouvoir « l'égalité d'accès et de non-discrimination » <sup>68</sup>. Mais le service public à-t-il la capacité de rester solidaire avec les plus faibles ? Une question qui sans doute rappelle la trajectoire du service public sous d'autres cieux notamment en Europe où le service public s'est enrichi d'une nouvelle perspective avec les Services sociaux d'intérêt général (SSGI) qui recouvrent une forte dimension sociale <sup>69</sup> et les Services d'intérêt économique général <sup>70</sup>. Peut-on s'attendre à une conception sociale des services publics en droit communautaire qui valorise les principes consacrés ? La réponse affirmative serait une nouvelle

perspective. Le service public en tant qu'« instrument de légitimation de l'action de l'Etat » <sup>71</sup> doit s'adapter conformément aux bases posées par le législateur de l'Union Africaine. Cette dynamique communautaire de réaffirmation des principes fondamentaux du service public a influencé l'adoption des textes au niveau interne.

## **2. Une inscription normative interne**

La réaffirmation des droits et libertés suite au constitutionnalisme des années 1990 a renforcé les bases de la légalité administrative <sup>72</sup>. De ce fait, plusieurs pays d'Afrique noire francophone ont renouvelé les lois du service public dans leurs Constitutions et leurs lois. Dans cette dynamique les principes fondamentaux du service public en général et le principe d'égalité de façon spécifique sont passés en revue. Mais cette consécration n'est pas effectuée avec la même rigueur. Le constituant sénégalais a inscrit dans son préambule les principes du service public <sup>73</sup>

<sup>67</sup> P. Moudoudou « les tendances du droit administratif africain dans les Etats d'Afrique noire francophone », *RJPIC*, n° 1, 2010, p.13.

<sup>68</sup> Article 5 de la Charte Africaine sur les Valeurs et les Principes du Service Public et de l'administration.

<sup>69</sup> Les services sociaux d'intérêt général intègrent les régimes de sécurité sociale couvrant les principaux risques de la vie et toute une série d'autres services essentiels, directement fournis à la personne, qui jouent un rôle préventif et de cohésion/d'inclusion sociale. Ils couvrent des activités économiques et des activités non économiques.

<sup>70</sup> Les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne

seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État.

<sup>71</sup>Le doyen de Bordeaux avait estimé que l'Etat est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants. Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 3ème éd., 1928, p.59.

<sup>72</sup> Voir, B. Strin, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 11ème, édition, 2022, 206p.

<sup>73</sup>Préambule de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2000 qui précise : « l'égal accès de tous les citoyens aux services publics ».

notamment le principe d'égalité devant le service public. Contrairement à la Constitution du Sénégal, les autres constitutions n'ont pas inscrit l'égalité devant le service public. Elles ont consacré l'égalité en droit ou encore l'égalité devant la loi. C'est le cas pour le Togo<sup>74</sup>, le Niger<sup>75</sup>, le Mali<sup>76</sup>, le Benin<sup>77</sup>, le Burkina Faso<sup>78</sup>, la Côte d'Ivoire<sup>79</sup>. Les constituants ont-ils assimilé par extension l'égalité devant la loi à l'égalité dans et devant le service public ? On serait tenté d'interpréter ces positions des constituants comme une généralisation et une extension du principe d'égalité. Partant d'une réalité selon laquelle le principe d'égalité devant et dans les services publics découle du principe d'égalité devant la loi et s'énonce très simplement. Les usagers du service public se trouvant dans une même situation doivent subir le même traitement. Cela

signifie, que toutes les personnes se trouvant dans une situation identique doivent bénéficier du même traitement. Il implique également le respect des différences de situations appréciables<sup>80</sup>. En outre, il faut relever la centralité et la transversalité du principe d'égalité qui comme le rappelle Ferdinand Melin Soucramanien est « une condition d'exercice d'autres droits fondamentaux »<sup>81</sup>. Dans le même sillage, une analyse sur la protection des droits fondamentaux en Afrique le qualifiera « de principe fondamental consubstantiel à l'Etat de droit »<sup>82</sup>. Cette importance est confirmée par les textes constitutionnels qui l'ont hissé au rang le plus élevé de la hiérarchie des normes. Ce qui constitue un progrès important et donne à ce principe-droit une assise constitutionnelle obligeant les juges à le protéger<sup>83</sup>. Contrairement à ce principe -

<sup>74</sup> Article 2 de la constitution du Togo qui dispose « La République togolaise assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race, de sexe, de condition sociale ou de religion ».

<sup>75</sup> L'article 8 de la Constitution du Niger qui dispose « Elle assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction de sexe, d'origine sociale, raciale, ethnique ou religieuse ».

<sup>76</sup> L'article 2 de la constitution pose le principe d'égalité en droit. Elle dispose : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs ».

<sup>77</sup> Article 26 qui dispose « L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale ».

<sup>78</sup> Article 5 de la Constitution du Burkina Faso « Tous les Burkinabè et toute personne vivant au Burkina Faso bénéficient d'une égale protection de la loi ».

<sup>79</sup> Article 4 de la Constitution ivoirienne « Tous les Ivoiriens naissent et demeurent libres et égaux en droit ».

<sup>80</sup> CE Ass., 28 mars 1997, Société Baxter, n° 179049, Rec. Lebon

<sup>81</sup> F. Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Dalloz, « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », 2010/3 N° 29, p. 90.

<sup>82</sup> M. Dagra « La protection des droits humains fondamentaux par les juridictions africaines », in Demba Sy et Alioune Badara Fall (Sous la direction) *le juge administratif, le juge constitutionnel et le juge communautaire dans la protection des droits et des libertés fondamentaux : Regards croisés*, Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole, 2019, p.78.

<sup>83</sup> U.N. Obélé-Bélé « Le juge administratif et le principe d'égalité en droit administratif africain

droit, les principes de continuité et de mutabilité ne sont pas pris en compte par les constituants. Ils sont souvent absents des chartes fondamentales de même que le service public pour lequel ils sont érigés. Dès lors on peut soulever comme le fait noter Didier Truchet une diversité au sein des principes fondamentaux <sup>84</sup>du service public ou du moins une différence dans leurs renouvellements. Cela peut s'expliquer par le fait que la Constitution en tant que norme fondamentale inscrit des règles de portée générale et laisse le soin au législateur la possibilité d'aménager et à l'Administration la charge du fonctionnement normal des institutions. On peut dès lors comprendre l'imprécision des textes constitutionnels sur les règles de fonctionnement du service public. L'inscription constitutionnelle est complétée par l'intervention du législateur qui a participé à cette dynamique de réaffirmation des lois du service public dans quelques pays d'Afrique noire francophone. En droit burkinabé, il y a le décret n°2017-0824/ du 19 septembre 2017 <sup>85</sup>portant charte de la qualité du service public pris en application de la charte africaine sur les

valeurs et les principes du service public et de l'administration. Au Mali, la loi sur le service public <sup>86</sup> a plus insisté sur les principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du contrôle ainsi que la classification des services publics. Elle précise également les normes d'organisation interne des services publics de l'Etat. Mais elle ne fait aucune référence aux principes fondamentaux du service public. Quant au Sénégal, le Code des obligations de l'administration (COA)<sup>87</sup> définit le service public mais n'évoque pas les règles de fonctionnement.

En l'état actuel du droit interne, les Etats sont encore timides dans le processus de réaffirmation et de renouvellement des principes fondamentaux du service public malgré l'existence d'un élan communautaire et international. Toutefois, il existe une volonté des pouvoirs publics de rénover et de transformer le service public à travers un processus de modernisation des administrations ces dernières années. C'est

---

francophone », in Demba Sy et Alioune Badara Fall (Sous la direction), *le juge administratif, le juge constitutionnel et le juge communautaire dans la protection des droits et des libertés fondamentaux : Regards croisés*, Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole, 2019, p.214.

<sup>84</sup> D.Truchet « Unité et diversité des « grands principes » du service public », *AJDA*, 1997, p.38.

<sup>85</sup> Décret n°2017-0824/PRES/PM/MFPTPS du 19 septembre 2017 portant charte de la qualité du service public au Burkina Faso.

<sup>86</sup> Il s'agit de la loi n°2014-049/ du 19 septembre 2014 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du contrôle des services publics.

<sup>87</sup> Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, *JO*, 1965, page 945.

le cas au Niger<sup>88</sup>, au Sénégal<sup>89</sup>, en Côte d'Ivoire<sup>90</sup> avec l'existence d'institutions visant à rapprocher les différents services publics des usagers. Ce qui semble être une traduction des principes fondamentaux et nouveaux du service public. Les dynamiques nationales de renouvellement des règles de fonctionnement du service public offrent aux juges une assise textuelle afin de veiller à l'effectivité des règles.

### **B. Un renouvellement jurisprudentiel confirmé**

La jurisprudence a réaffirmé deux principes fondamentaux du service public l'égalité et la continuité. Ils sont érigés en principes généraux du droit<sup>91</sup> et en principe à valeur constitutionnelle<sup>92</sup>. Cette confirmation est l'œuvre du juge administratif (1) qui sera suivie par celle du juge constitutionnel et du juge communautaire (2).

### **1. Une confirmation rigoureuse du juge administratif**

Le juge administratif a réaffirmé de façon différente les principes fondamentaux du service public. L'égalité et la continuité sont présentes dans la jurisprudence qui du reste semble ignorer le principe de mutabilité. L'analyse du contentieux administratif sur la question a montré que l'égalité devant le service public ou l'égalité devant la loi est plus invoquée que les autres principes. De ce fait, le juge administratif, garant de la protection des droits des administrés<sup>93</sup>, s'est efforcé de le protéger en sanctionnant sa violation. La consécration du principe d'égalité dans la jurisprudence administrative est ancienne. Il est d'ailleurs admis que le principe d'égalité fut consacré par le Conseil d'État français avec une acceptation implicite<sup>94</sup> avant d'être expressément affirmé par les arrêts

<sup>88</sup> Au Niger, c'est le Haut-Commissariat à la Modernisation de l'Etat (HCME) créé par le décret n°2005-361/PRN/PM du 30 décembre 2005 dans le but de moderniser l'Etat pour un service public de qualité en relation avec les ministères concernés, de concevoir, de superviser, de coordonner, de suivre et d'évaluer toutes les actions tendant à moderniser l'Etat.

<sup>89</sup> Au Sénégal le gouvernement s'est engagé dans un programme national de modernisation de l'Administration qui a permis de procéder à un audit des agents de l'Etat.

<sup>90</sup> En Côte d'Ivoire c'est l'Observatoire du Service Public (OSEP) a été créé par décret N° 2017-83 du 8 février 2018 pour répondre plus spécifiquement à la nécessité de préserver les principes de l'égal accès au service public. C'est un organe de veille tripartite permanent qui contribue à l'amélioration de la qualité du service public. Il permet d'apprécier

l'efficacité et la transparence du service public par l'écoute, le recueil des plaintes des usagers.

<sup>91</sup> Les principes généraux du droit (PGD) sont des principes non écrits non expressément formulés dans des textes mais qui dégagés par le juge et consacrés par lui s'imposent à l'administration dans ses diverses activités. Voir

<sup>92</sup> Un principe à valeur constitutionnelle est un principe dégagé par le Conseil constitutionnel et dont le respect s'impose au législateur comme aux autres organes de l'État. Il est une norme juridique à part entière.

<sup>93</sup> Voir « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique Noire ? », *Afrilex*, janvier, 2013.

<sup>94</sup> Conseil d'Etat français, 29 décembre 1911, *Chomel*, 29 décembre 1911, Rec.1265, *RD* 1912p.36. Pour la première fois le juge évoque sur l'égalité des usagers devant le service public des télégraphes en France.

Chambre syndicale des propriétaires marseillais<sup>95</sup> et Tondut<sup>96</sup>. Il a également consacré l'égalité devant le service public en tant que principe général du droit conduisant à l'annulation des différences de traitement injustifiées entre usagers du service public<sup>97</sup>.

En Afrique noire francophone, le juge administratif a longtemps fait l'option de valoriser le principe d'égalité dans le service public. A la faveur de l'élargissement de son officice et dans le souci d'une meilleure protection des droits des administrés, les principes fondamentaux du service public ont été réaffirmés. En droit béninois, le juge a confirmé le renouvellement des principes du service. En plus de la consécration, il propose une définition de l'égalité devant le service public qui dans son entendement doit traiter les personnes de façon identique. Le juge précise que : « toutes les personnes se trouvent placées dans une situation identique à l'égard du service public

doivent être régies par les mêmes règles si elles remplissent les conditions générales posées par la loi »<sup>98</sup>.

En droit sénégalais, le juge dans l'arrêt Ismaïla Diagne et autres c/ Etat du Sénégal a engagé la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice en raison d'un défaut de transmission du dossier constitué en première instance à la juridiction d'appel dix (10) ans après la déclaration d'appel<sup>99</sup>. Bien avant cette décision, le juge sénégalais avait rappelé le principe d'égalité devant le service public dans différentes décisions. Ce fut l'occasion de confirmer l'égalité des candidats aux concours administratifs,<sup>100</sup> l'égalité d'accès au service public de l'enseignement supérieur<sup>101</sup>, l'égalité d'accès à la fonction publique<sup>102</sup>, l'accès à l'emploi public<sup>103</sup>, l'égalité d'accès à la fonction publique<sup>104</sup> et de l'égalité devant la sanction<sup>105</sup>. Ces différentes décisions confirment la constance du juge dans l'évocation du

<sup>95</sup> Conseil d'Etat français, 10 février 1928, Chambre syndicale des propriétaires marseillais.

<sup>96</sup> Conseil d'Etat français 6 mai 1931, Tondut

<sup>97</sup> CE Ass., 1<sup>er</sup> avril 1938, *Société L'alcool dénaturé de Coubert*<sup>97</sup> ; CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*

<sup>98</sup> Cour Suprême du Benin chambre administrative, arrêt n° 42 du 04 décembre 1998, Youssoufou Toukourou Iboureira contre ministère de la fonction publique, du travail et de la réforme administrative.

<sup>99</sup> Cour Suprême du Sénégal chambre administrative, arrêt n° 51 du 20 juin 2018, Ismaïla Diagne/Etat du Sénégal.

<sup>100</sup> Cour Suprême du Sénégal chambre administrative, 6 Avril 1971, Issaga Keita, GDJAS, 1987 p.347.

<sup>101</sup> Conseil d'Etat du Sénégal 31 août 1994, Prosper Nguena Nitchen et autres c/ université Cheikh Anta Diop de Dakar, Bulletin n°1, 1993-1997, p.77.

<sup>102</sup> Cour Suprême du Sénégal, 23 Mars 1966 Samba Ndoucoumane Gueye.

<sup>103</sup> Conseil d'Etat 29 Juin 2000, Association Nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre Etat du Sénégal.

<sup>104</sup> Conseil d'Etat du Sénégal, 26 Avril 1995, Alla Ngom et Boubacar Ndiaye contre Etat du Sénégal.

<sup>105</sup> Conseil d'Etat Sénégal, 29 Novembre 1995, Melle Fatimata Bintou Diallo.

principe d'égalité dans le service public. En droit burkinabé, le juge a rappelé le principe d'égalité en tant que principe fondamental du service public dans plusieurs décisions. Mais il s'est plus distingué dans la consécration de l'égalité des agents du service public en 1969<sup>106</sup> et en 1979<sup>107</sup>. En plus du principe d'égalité qui occupe une place centrale dans la jurisprudence administrative, le juge a aussi réaffirmé le principe de continuité. En droit français, ce principe du service public a été consacré dans l'arrêt Winkel<sup>108</sup> avant d'être atténué plus tard par l'arrêt Dehane<sup>109</sup>. La continuité en tant que principe fondamental occupait une importance capitale au point où l'on affirmait que « la continuité est de l'essence du service public »<sup>110</sup>. Cette continuité est reprise comme principe transversal du service public. Mais cette consécration du principe de continuité n'a pas connu un grand succès comme celui du principe d'égalité.

Quant au principe de mutabilité, il n'est pas rehaussé avec la même rigueur par le juge administratif contrairement en France où ce principe fut admis par la jurisprudence<sup>111</sup>. La consécration du principe profite à l'utilisateur du service public. Par le principe de mutabilité des contrats administratifs, des délégataires de services publics ont pu s'adapter à l'évolution des techniques ou des besoins<sup>112</sup>. En Afrique de l'Ouest, le juge administratif n'a pas eu le même dynamisme sur la consécration du principe de mutabilité. Ceci peut s'expliquer par le fait qu'on a longtemps considéré que le principe de mutabilité est lié à l'organisation du service. Elle est souvent qualifiée de « loi incomplète »<sup>113</sup> du service public car elle constitue plus une modalité d'organisation du service qu'un principe invocable par les administrés. Or dans ce contexte, le contentieux administratif du service public est plus

<sup>106</sup> Cour Suprême du Burkina Faso, ch. Adm., 10 janvier 1969, Tapsoba Georges Et 8 Autres C/ République de Haute-Volta, Arrêt N° 5.

<sup>107</sup> Cour Suprême du Burkina Faso. Chambre administrative, 22 juin 1979, Sankara Vincent de Paul et autres c/ République de Haute volta, arrêt n°8/1979.

<sup>108</sup> CE, 7 août 1909, Winkel, Recueil Lebon, requête numéro 37 317, p.826. Dans cette décision, le juge avait estimé que la grève était incompatible avec la continuité du service public qui conditionne à son tour la continuité de l'Etat et des personnes publiques.

<sup>109</sup> La jurisprudence Dehaene du CE du 7 Juillet 1950 est une décision de principe en la matière. Elle consacre l'existence du droit de grève dans les services publics conformément au Préambule de la constitution de 1946 mais reconnaît dans le même

temps que ce droit peut être limité en raison des exigences du fonctionnement du service public.

<sup>110</sup> Dans les années 1900 en France le Commissaire du gouvernement Tardieu pensait le principe de continuité du service public était central puisque l'Etat Providence devait offrir ces prestations sans interruption.

<sup>111</sup> Voir Conseil d'Etat français 10 janvier 1964, Simonnet, Rec. p. 19.

<sup>112</sup> Voir Conseil d'Etat français, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen et Conseil d'Etat français, 11 mars 1910 Compagnie générale française des tramways.

<sup>113</sup> J.P. Markus « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p.589.

orienté vers la protection des droits des administrés notamment le respect de l'égalité dans et devant le service public et l'accès aux services de base sans interruption autrement la continuité. L'œuvre du juge administratif sera complétée par les juges constitutionnel et communautaire.

## 2. Une valorisation des principes par les autres juges

L'office du juge constitutionnel et du juge communautaire contribuent à l'application des principes fondamentaux du service public. L'avènement de la justice constitutionnelle ainsi que le rayonnement de certaines cours constitutionnelles en Afrique de l'Ouest a favorisé l'érection des principes fondamentaux du service public en principes à valeur constitutionnelle. Parmi les principes valorisés il y a l'égalité et la continuité. Le juge constitutionnel a rappelé plusieurs fois que le principe d'égalité d'une manière générale qui inclut l'égalité devant le service public est garanti par les textes et que sa violation entraînait une sanction. Il en est ainsi de la décision de la chambre administrative et

constitutionnelle de la Cour Suprême de la Guinée qui a annulé la décision du ministre de l'intérieur sous le fondement de la violation d'un principe fondamental celui de l'égalité devant la loi et le service public<sup>114</sup>. Le juge constitutionnel du Niger dans le même sillage a évoqué le principe d'égalité devant la fonction publique. Il a insisté sur le fait que le « principe d'égalité est un droit constitutionnellement garanti »<sup>115</sup>. Il est allé dans le même sens dans son arrêt n° 2003 -09 CC du 10 Juillet 2003 où la violation du principe d'égalité de tous devant la loi avait été sanctionné<sup>116</sup>. Dans la foulée, son homologue béninois a rappelé le principe d'égalité devant la loi dans une décision du 15 Mai 1998<sup>117</sup> sur le fondement de l'article 26 de la Constitution. Le juge burkinabé a dans le même sillage élevé le principe d'égalité en principe à valeur constitutionnelle en 2019<sup>118</sup>. Ces décisions précitées sont la confirmation de l'œuvre protectrice du juge constitutionnel qui s'est poursuivi dans les autres pays de la sous-région ouest africaine. L'intérêt renouvelé des juridictions constitutionnelles sur le principe d'égalité

<sup>114</sup> Il s'agit de l'arrêt n° 002 du 11 Mai 1993 de la cour suprême de Guinée Conakry. Voir aussi *La Voix de l'intégration Juridique et Judiciaire*, (VIJJ)n°1, 2001.

<sup>115</sup> Cour Constitutionnelle du Niger, 12 Décembre 2008, n°20008 06 1.

<sup>116</sup> Dans cette décision, le juge au motif de la violation du principe d'égalité a déclaré non

conforme à la Constitution certaines dispositions du code électoral.

<sup>117</sup> Cour Constitutionnelle du Benin, n° DCC/98-047 du 15 Mai 1998.

<sup>118</sup> Cour Constitutionnelle du Burkina Faso, Décision n°2019-001/CC sur la requête en inconstitutionnalité de l'alinéa 1er de l'article 166 de la loi n°081-2015/CNT du 24 novembre 2015 portant Statut général de la Fonction publique d'Etat au Burkina Faso.

ne s'est pas prolongé pour ses corollaires que sont la continuité et la mutabilité. Le juge constitutionnel en Afrique de l'ouest est encore hésitant pour valoriser ce principe contrairement en France où son homologue a fait de la continuité un principe à valeur constitutionnelle.<sup>119</sup> Par contre, le principe de mutabilité n'a pas encore acquis de valeur constitutionnelle. Elle semble être de ce point de vue la moins prestigieuse des « lois » de Rolland. Ce qui a sans doute donné raison aux auteurs qui considèrent qu'elle est plus une règle de fonctionnement ou d'organisation du service public qu'un principe<sup>120</sup>.

Au-delà de la valorisation du juge constitutionnel, il y a la contribution du juge communautaire à l'effort de renouvellement et de protection des principes fondamentaux du service public. Le juge communautaire en sa qualité de garant de l'effectivité des normes a apporté sa contribution dans l'élan de protection des principes fondamentaux du service public. Sous d'autres cieux notamment en Europe il a largement contribué à l'extension de la notion de service public d'où même l'idée de

dépassement ou de la remise en cause du service public à la française. En Afrique de l'ouest, le juge a rappelé l'essence du service public qui doit fonctionner de façon à satisfaire les besoins des usagers. Dans ce sillage, la Cour de justice de la CEDEAO a condamné l'Etat burkinabè pour le fonctionnement défectueux du service public de la justice, en l'occurrence la violation du droit à un procès dans un délai raisonnable<sup>121</sup>. Il s'est aussi érigé en protecteur des principes notamment du principe d'égalité devant la loi. Ainsi dans sa décision n° ECW/CCJ/JUG/16/15 a érigé le principe d'égalité notamment l'égalité devant la loi comme un droit de l'Homme<sup>122</sup> avant de lui accorder une place importante dans la catégorie de droits sacrés. Il a réaffirmé cette position dans d'autres décisions en rappelant que « la violation du principe de l'égalité devant la loi résulterait de l'accomplissement d'actes discriminatoires »<sup>123</sup>. Il a indiqué dans la même foulée que « le principe d'égalité des citoyens devant la loi implique l'égalité des citoyens devant l'application qui en est faite par une institution judiciaire »<sup>124</sup>.

<sup>119</sup> Conseil Constitutionnel de la France, 25 juillet 1979 décision n°79.

<sup>120</sup> E. Lekkou, « La mutabilité des services publics, un principe en mutation ? », *RFDA*, 2021 p.978.

<sup>121</sup> Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/10/2023 du 31 mai 2023, Affaire n° ECW/CCJ/APP/53/20, KAM Sibiri Eric c/ Etat du Burkina Faso. Voir

<sup>122</sup> CEDEAO, CJ, 13 JUILLET 2015, Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et autres requérants c/ L'Etat du Burkina Faso, Aff

n°ECW/CCJ/APP/19/15, Jugement n° ECW/CCJ/JUG/16/15.

<sup>123</sup> CEDEAO, CJ, 24 Avril 2015, Affaire Agriland S.A contre la République de Côte d'Ivoire jugement n°ECW/CCJ/JUD/07/15.

<sup>124</sup> CEDEAO, CJ, 24 Avril 2015, Affaire N°ECW/CCJ/JUD/04/13 du 22 février 2013.

A travers ces différentes décisions, le juge communautaire a donné une nouvelle perspective au principe d'égalité qu'il semble assimiler à la non-discrimination. De ce point de vue, sa jurisprudence paraît innovante<sup>125</sup>. La confirmation jurisprudentielle du renouvellement de principes fondamentaux du service public est assurée par les juges à travers dans une presque harmonie confirmant ainsi leur dialogue longtemps théorisé. Ils ont participé à l'œuvre de mise à jour des principes du service public qui ont pu résister au temps et aux contextes. Dans différents pays, il est noté un élargissement du principe d'égalité et une timide prise en compte des deux autres principes fondamentaux. Les juges se sont intéressés au respect de du principe d'égalité dans les rapports entre l'administration et les usagers du service public mais aussi à son application dans les relations entre le service public, les agents, les fournisseurs et autres collaborateurs en vertu du « principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics ». La continuité est en cause très souvent mais la mutabilité rarement soulignée. Ces différentes considérations montrent une diversification dans le renouvellement de ces règles. Ceci est révélateur des mutations du service

public qui vont forcément bouleverser ses principes fondateurs.

## **II. Des principes bouleversés**

Les principes fondamentaux du service public bien que renouvelés avec vigueur par différents textes sont bousculés par les transformations de l'Etat qui ont conduit à des mutations profondes. Ces changements sont marqués par la privatisation et l'application des règles de concurrence aux activités du service public (A) mais aussi la posture des usagers quant au respect de leurs droits (B).

### **A. Un bouleversement induit par les mutations du rôle de l'Etat**

Les mutations qui remettent en cause l'essence des règles fondamentales du service public sont la privatisation (1) mais aussi l'application des règles de concurrence (2).

#### **1. Une privatisation justifiée des services publics**

Le service public n'est-il pas finalement victime de son environnement ? Cette question pose avec pertinence l'incidence des transformations de l'Etat sur le service public. L'Etat a connu des mutations

---

<sup>125</sup> B. Rouamba, *Le principe d'égalité devant le service public burkinabé*, Mémoire Master, Université privé de Ouagadougou, *Op. cit*, p.26.

importantes ces dernières décennies en Afrique<sup>126</sup>. Face aux nombreuses crises et sous l'influence des institutions internationales notamment les bailleurs de fonds<sup>127</sup> beaucoup de pays en Afrique de l'Ouest ont opté pour le désengagement et la modernisation de l'Etat c'est-à-dire « le moins d'Etat, mieux d'Etat »<sup>128</sup>. Dans la perspective d'assurer et d'encadrer le développement économique et social, les Etats africains, ont de nombreuses entreprises dans le secteur des services publics essentiels comme l'eau, l'électricité, les transports publics, ainsi que des organismes d'encadrement rural et de commercialisation agricoles<sup>129</sup>. Toutefois, ces entreprises ont rencontré d'énormes difficultés liées à plusieurs facteurs qui sont entre autres le non-respect des règles gestion, l'absence de contrôle, la pléthore des effectifs, la corruption<sup>130</sup>. Dans le but de redresser ou de réajuster ces entreprises, plusieurs solutions s'offraient aux Etats : la réhabilitation des entreprises publiques par

une restructuration, la liquidation et la privatisation. Ainsi, pour les Etats africains, la privatisation<sup>131</sup>, outil de réforme des entreprises publiques est apparue comme la seule solution possible. Les raisons de leurs privatisations sont, essentiellement, d'ordre budgétaire. Confrontés à une crise financière sans précédent, les gouvernements cherchent à obtenir des ressources financières substantielles en supprimant les subventions accordées aux services publics qui pèsent lourdement sur les ressources budgétaires<sup>132</sup>. Ainsi, ils soumettent désormais les services publics privatisés à la logique du marché avec des objectifs de maximisation du profit conduisant l'activité des pouvoirs publics aux exigences de rentabilité et d'efficacité. Dès lors, le service public entre dans une perspective différente de celle de sa logique originelle. Ce qui semble être à la base de ses tourmentes. En tant qu'instrument d'intervention de l'administration est perturbé dans ses critères comme dans ses

<sup>126</sup> Voir Saidou Nourou Tall et Mamadou Badji (contributions réunies), *Les transformations de l'Etat – Mélanges en l'honneur de Babacar Guèye*, Presses Universitaires de Toulouse, 2020, 785p.

<sup>127</sup> Il s'agit des institutions de Breton Woods notamment le FMI et la banque mondiale avec différentes approches dont les politiques d'ajustement structurelle.

<sup>128</sup> D. Sy, *Droit administratif*, 3<sup>ème</sup> édition revue, corrigée et augmentée, 2021, *Op.cit.*, p.63.

<sup>129</sup> B. Chavan « Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de démocratisation », bureau international du travail-Genève -avril 1996, première édition 1996, p.1

<sup>130</sup> M.Dème « la privatisation, une solution pour l'Afrique ? », *Revue Politique et Management Publique*, Volume 12, n°2, cahier 2, juin 1995, p 98.

<sup>131</sup> La privatisation est l'opération inverse de la nationalisation qui réalise le transfert de propriété vers le secteur privé. Les mécanismes dits de « respiration du secteur public » qui tendent simplement à écarter certaines contraintes sans transférer la propriété de l'entreprise au secteur privé ne constituent pas des privatisations. Voir Bazex, « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme », *RFDA*, 1994, p.285 ;

<sup>132</sup> M. Samb, « Privatisation des services publics en Afrique sub-saharienne à l'heure des bilans », *Afrilex*, Juin 2009, p.3.

relations avec le secteur privé<sup>133</sup>. Bouleversé par ces relations avec le droit privé et le droit communautaire ainsi que les exigences de la privatisation, le service public aura du mal à épargner ses principes fondateurs de la tourmente. Ce qui soulève deux questions essentielles : Comment maintenir les principes fondamentaux du service public avec la privatisation ? Quelles sont les conséquences de cette privatisation sur l'égalité, la continuité et la mutabilité? En réalité, la réponse à ces deux questions n'est pas aussi évidente si l'on sait qu'il y a différentes catégories de services publics. Dans cette classification, celle des services publics essentiels et des services publics non essentiels sera considérée. Il est admis généralement que le service public, quel que soit, sa nature et son mode de gestion obéit en général aux mêmes principes. En effet, qu'il soit géré par régie ou externalisé<sup>134</sup>, l'égalité, la continuité et la mutabilité, du fait de l'exigence de l'intérêt

général, demeurent applicables même si ce n'est pas avec la même rigidité. Mais il est évident que la privatisation des services publics essentiels n'est pas compatible avec le principe fondamental d'égal accès aux services publics.

La vague de privatisation en Afrique de l'Ouest instituée par le législateur<sup>135</sup> avait occasionné la privatisation de quelques services publics essentiels<sup>136</sup>. Sous l'emprise des méthodes de fonctionnement du secteur privé ces services ne peuvent plus garantir l'égalité des citoyens qui pour être des usagers de ces services devront au moins s'acquitter de certaines formalités incluant des dépenses. Qu'en sera-t-il de l'utilisateur qui ne dispose pas de ressources pour l'accès à ce service. Le principe d'égalité n'aura peut-être pas de signification pour lui du moins ne sera que théorique. Des instances internationales<sup>137</sup> ont indiqué que la privatisation généralisée des services publics et des infrastructures élimine les protections des droits. Elles ont

---

<sup>133</sup> A. B. Fall, « Droit administratif : convergence ou concurrence des disciplines juridiques » in Madjiguene Diagne et Elhadj Omar Diop (Contributions réunies) *Droit administratif convergence ou concurrence des disciplines juridiques ?* Mélanges en l'honneur de Demba Sy, Presses Universitaires de Toulouse, 2020, p.21.

<sup>134</sup> Pour Stéphane Braconnier, tous les services publics sont soumis, indépendamment de leur nature ou de leur mode de gestion, aux « Lois du Service Public » ou « Lois de Rolland ». L'égalité, la continuité et la mutabilité constituent ainsi les bases traditionnelles de l'organisation du service public. Voir, Braconnier, Stéphane, *Droit des services publics*, Coll. « Thémis ». 2e éd. Paris, PUF, 2003, 530 p.

<sup>135</sup> En Afrique de l'Ouest avec le libéralisme, de nombreuses sociétés nationales sont privatisées. La privatisation est organisée au Sénégal par n°87 623 du 18 Aout 1987 portant privatisation d'entreprises, J.O.n°5192 du 12 Septembre 1987.

<sup>136</sup> Parmi les services essentiels privatisés, il y a l'électricité en Côte d'Ivoire, en Guinée au Sénégal à travers des contrats de concession pour satisfaire la demande des usagers.

<sup>137</sup> Il s'agit du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) créée en 1993 est chargé par l'Assemblée générale de promouvoir et protéger l'exercice et la pleine réalisation, par tous, de tous les droits de l'homme.

également relevé l'absence de critères relatifs aux droits humains dans la plupart des accords de privatisation<sup>138</sup>. De ce fait, il y a une nécessité d'inclure des mécanismes qui garantissent l'égalité d'accès aux services privatisés.

Sur un autre registre, l'application du principe de continuité sous l'ère de la privatisation peut soulever aussi quelques difficultés si l'on sait que le fonctionnement des entreprises privées repose sur d'autres mécanismes. Cependant, l'on pourrait nuancer l'impact de la privatisation sur les règles du service public dans la mesure où elle est un des symboles de la désétatisation. Or l'Etat est accusé d'avoir « amplifié l'application des règles de droit privé dans le paysage administratif »<sup>139</sup>. Les tentatives de privatisation de la police administrative en sont une parfaite illustration. Jadis considérée comme le terrain d'expression de la souveraineté de l'Etat, la police administrative s'est mise au rythme des mutations de l'Etat. Interrogeant le cas spécifique du Sénégal, Omar Dia fait noter que « la privatisation de la police

administrative n'était même pas pensable. Aujourd'hui, la large diffusion de valeurs techno-économiques -ainsi que les progrès de la démocratie et de l'Etat de droit-modifie en profondeur et l'idée et la praxis de la police administrative au Sénégal »<sup>140</sup>. Si ce service commence à faire l'objet de contractualisation avec l'intervention des privés dans des activités de gardiennage et de surveillance l'on peut s'attendre à un rétrécissement du champ de la puissance publique. Dans ce cas, les règles de droit privé vont s'appliquer. La conséquence directe est l'atténuation des principes du service public.

En plus de la privatisation, il y a d'autres mécanismes qui remettent en cause les principes du service public, il s'agit de la gestion privée des services publics qui se fait souvent par le procédé contractuel ou par l'intervention des entreprises du secteur parapublic à travers le procédé législatif qui est en plein essor. L'occasion s'y prête pour évoquer la nouvelle loi d'orientation du secteur parapublic adoptée en 2022<sup>141</sup> au Sénégal qui marque une nouvelle vision

---

<sup>138</sup> Il s'agit du Rapport de 2018 de [Philip Alston, Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme Droits sociaux \(coe.int\)](#), consulté sur : [www.news.un.org/fr/story/2020/08/107469](http://www.news.un.org/fr/story/2020/08/107469), le 10 mars 2023.

<sup>139</sup> A.A.D. Kébé, « Le déclin de l'exorbitance de la puissance publique », *Op.cit.*, p.6.

<sup>140</sup>O. Dia « La privatisation de la police Administrative au Sénégal », In Ndeye Madjiguene Diagne et El Hadj Oumar Diop (Contributions

réunies), Mélanges en l'honneur de Demba Sy, Presse de l'université de Toulouse Capitole, 2020, p.311.

<sup>141</sup> Loi d'orientation n° 2022-08 du 19 avril 2022 relative au secteur parapublic, au suivi du portefeuille de l'Etat et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiaires du concours financier de la puissance publique.

sociale et économique de l'Etat<sup>142</sup>. Dans ce registre contractuel de l'action publique l'on peut également évoquer le partenariat public privé qui n'a pas laissé indifférent le législateur dans plusieurs pays en Afrique de l'ouest. C'est le cas du Burkina Faso à travers son nouveau régime juridique<sup>143</sup> considérée comme une innovation<sup>144</sup> celui du Bénin<sup>145</sup>, et du Sénégal<sup>146</sup>. Ces procédés de gestion des services publics sont difficilement conciliables avec les lois du service public. Il en est ainsi dans la délivrance du service public de l'eau en Afrique subsaharienne. Après les programmes d'ajustement structurels ce service était géré en régie mais depuis quelques années, il est sous l'emprise de la concession, de l'affermage et du partenariat public-privé<sup>147</sup>. Malgré ces mutations dans le mode de gestion, il continue de poser de sérieux problèmes d'accès aux populations. Il est ressorti d'une analyse sur ce service public des difficultés réelles de respecter l'égalité d'accès, la continuité alors qu'il s'agit bien d'un droit humain fondamental

si l'on sait que l'eau est source de vie<sup>148</sup>. Le mode d'accès, le coût, la disponibilité ne sont toujours pas garanties aux communautés surtout celles vivants en zones périurbaines et rurales. A partir de cette illustration sur l'impact de la privatisation des services publics sur le respect des principes fondamentaux l'on peut considérer que le bouleversement est une réalité. En dehors de la privatisation, il y a l'acceptation des règles de la concurrence dans les services publics qui bouleverse aussi l'application des principes du service public.

## **2. Une soumission des services publics au droit de la concurrence**

Parmi les mutations du service public, il y a la soumission de ses activités traditionnelles au droit de la concurrence. Le droit de la concurrence est un corps de règles qui visent à assurer un fonctionnement harmonieux du marché en prohibant les ententes entre entreprises, les comportements anticoncurrentiels et les

---

<sup>142</sup> La loi pose les bases de l'élargissement et de la modernisation du secteur parapublic avec la consécration de la notion de société nationale. Voir exposé de motifs de la loi.

<sup>143</sup> Il s'agit de la loi n° 032 -2021 du 25 Juin 2021 portant régime juridique et institutionnel du partenariat public-privé au Sénégal.

<sup>144</sup> Voir T. Sanon, « le nouveau régime juridique du partenariat public privé au Burkina Faso », p.219 à 253. In Séni M. Ouedraogo, D.Ouedraogo (Sous la direction), *le droit communautaire africain d'hier à aujourd'hui*, Mélanges en l'honneur de Luc Marius Ibriga, IDEALE, 2021.

<sup>145</sup> Loi N°2016-24 DU 24 OCTOBRE 2016 portant cadre juridique du partenariat public privé en République du Bénin.

<sup>146</sup> Loi n°2021-23 du 02 mars 2021 relative aux contrats de Partenariat Public-Privé au Sénégal.

<sup>147</sup> David Carassus, Pierre Morin, « Modes de gestion des services publics », Dictionnaire d'Administration publique, 2014, p.330 à 332, Voir aussi R. Chapus *Droit administratif général*, Op.cit, p.603.

<sup>148</sup> H. M. N. Matsah « Le renouveau du service public de l'eau potable en Afrique francophone subsaharienne », *Afrilex*, Mai ,2019 p.9.

abus de position dominante<sup>149</sup>. A partir de cette acception, il est évident que la concurrence évoque la réglementation de la compétition dans l'espace du marché c'est-à-dire, les normes de production, de vente, de distribution et de consommation des biens et services<sup>150</sup>. Sous l'influence des textes communautaires sur la concurrence<sup>151</sup>, les Etats comme le Sénégal<sup>152</sup>, le Gabon<sup>153</sup> ou la Côte d'Ivoire<sup>154</sup> ont adopté une législation relative au droit de la concurrence. Faisant ainsi de ce droit une source entière de légalité administrative. Dans cette optique, les codes des marchés publics ont intégré les règles de la concurrence mettant l'Etat souvent dans une position de concurrent<sup>155</sup>. Dans un tel environnement juridique, les services publics sont désormais sous l'emprise des règles concurrentielles qui répondent plus à des préoccupations économiques que juridiques. Etant entendu que l'idée de concurrence est souvent porteuse de valeurs et de rationalité économique<sup>156</sup>. Les règles de la

concurrence plus connues en droit privé qu'en droit public ont contribué au bouleversement du service public et de ses principes fondamentaux. En réalité le service public et la concurrence sont a priori antinomiques. Mais la naissance d'un droit appliquant les règles de concurrence aux personnes publiques s'est progressivement imposée, de sorte que le droit public de la concurrence est devenu aujourd'hui l'objet central du droit public économique. C'est le lieu de soulever un débat doctrinal fécond en France sur les pratiques concurrentielles et le service public. Deux thèses contradictoires s'opposent sur la question. La première voit dans les exigences pressantes du droit de la concurrence une logique fatale de déconstruction du service public, la deuxième découvre les chances du renouveau du service public avec ce droit<sup>157</sup>. Dans la foulée de cette controverse, l'on peut en lien avec le contexte des pays ouest africains évoquer les inquiétudes d'une doctrine sur l'existence d'une culture juridique communautaire qui peut être à la

<sup>149</sup> D. Sy, *Droit administratif*, 3ème édition revue, corrigée et augmentée, 2021, *Op.cit.*, p.423.

<sup>150</sup> Voir A. Kanté, « Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : exemple du Sénégal », *Nouvelles Annales Africaines* n° 1, 2009, p. 273.

<sup>151</sup> Il s'agit du traité de l'UEMOA et du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

<sup>152</sup> La loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur.

<sup>153</sup> Loi gabonaise n°14/1998 fixant le régime de la concurrence.

<sup>154</sup> Loi ivoirienne n°91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence.

<sup>155</sup> L'article 1-2 du code des marchés publics Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés publics (JO 2023-7592) dispose « Les marchés publics sont régis par les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence et d'intégrité des procédures. »

<sup>156</sup> Rapport public du Conseil d'Etat ED n°53, la documentation française, 2002, p.220.

<sup>157</sup> Voir Y. Gaudemet, *le service public à l'épreuve de l'Europe : Vrai et Faux procès*, Mélanges en l'honneur de Jeanneau, Dalloz, 2002, p.473-485.

base d'« un refoulement maximal des services publics »<sup>158</sup>. Ces règles communautaires évoquées intègrent le droit de la concurrence. Mais Alioune Badara Fall rassure sur le fait que la transformation du droit administratif par le droit communautaire « n'a pas totalement englouti les principes qui gouvernent le service public classique »<sup>159</sup>. Dès lors, on peut admettre la difficulté pour les principes fondamentaux du service public à s'accommoder avec les règles du droit de la concurrence qui en réalité appellent à l'instar de la privatisation à une logique de marché des biens et services. Or, le service public dans ses activités notamment celles du plus grand service comme la justice aura du mal à appliquer les règles concurrentielles. Cela signifie que la protection de l'intérêt général qui est l'une des valeurs du service public ne se fait aisément que dans l'application des principes fondamentaux du service public. Pourtant au sein des règles du droit de la concurrence subsistent le principe d'égalité de concurrence qui suppose le libre jeu entre concurrents. Un principe rappelé par le juge sénégalais dans la décision *Société Sarre-CONS c/ Agence Régulation des Marchés*

Publics<sup>160</sup>. Dans cette affaire, le juge a demandé à l'administration de respecter les règles de mise en concurrence et de libre accès aux marchés publics. Mais cette égalité visée est différente de l'égalité devant et dans le service public tel que précisé plus haut. S'agissant de la mutabilité et de la continuité, elles semblent plus résister à la liberté des échanges et de marché que l'égalité. En plus des mutations du service public, les principes sont aussi bousculés par les usagers qui exigent le respect de leurs droits ainsi que l'élargissement des principes fondamentaux.

## **B. Un bouleversement induit les usagers du service public**

Les nouvelles règles de gestion des services publics ont renforcé la protection des droits et liberté des citoyens. Ainsi, les administrés et les usagers ont tendance à exiger l'application des principes (1) d'où la nécessité d'élargir ces règles de fonctionnement du service public (2).

### **1. Une exigence du respect des principes fondamentaux du service public**

L'effectivité des droits des usagers du

---

<sup>158</sup> P. Moudoudou « Les tendances du droit administratif africain dans les Etats d'Afrique noir francophone », *Op. cit.*, p.52.

<sup>159</sup> A.B. Fall, « Droit Administratif : Convergence ou concurrence des disciplines juridiques », *Op. cit.*, p.48.

<sup>160</sup> Cour Suprême du Sénégal, 22/08/2013, *Société SARRE-CONS c/ ARMP* Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal.

service public est devenue un enjeu. Face aux administrations devenues moins puissantes, les usagers sont exigeants quant au respect de leurs droits consacrés et reconnus par une diversité de normes. Ainsi, le service public doit protéger d'une part ses agents et d'autre part ses usagers. Dans ce double mouvement de protection, quelle est la place des principes fondamentaux du service public qui se trouvent entre deux impératifs ? Celui de protection de l'intérêt général c'est-à-dire l'application des règles de la puissance publique et celui de protection des droits des usagers et des agents.

En réalité dans le fonctionnement du service public, le principe d'égalité est le plus invoqué aussi bien devant les juridictions que devant les autorités administratives. Cette revendication a trouvé un écho favorable puisque l'égalité est largement consacrée comme démontré plus haut. Dans les fonctions publiques africaines, les agents ont déploré la discrimination et revendiqué l'équité dans le traitement salarial. Ce qui a conduit à des audits de la fonction publique au Sénégal<sup>161</sup> et au

Burkina Faso où un rapport du haut conseil du dialogue social a identifié la discrimination salariale pour cause des perturbations du secteur public<sup>162</sup>.

Par contre le principe de continuité du service public se trouve coincé dans ce débat classique qui le met en balance avec la pratique du droit de grève. En réalité la continuité est garantie de pérennité et d'efficacité du service public, elle est également un principe fondamental mais il fait l'objet d'une remise en cause par les droits des agents des services publics notamment dans la revendication du droit de grève. Si le principe de continuité a longtemps été un rempart à toute idée de grève dans les services de l'État, il est regrettable de noter un revirement de situation. Avec l'évolution des droits fondamentaux, c'est la grève qui bouleverse la continuité du service public au point qu'il est appliqué des voies de mise en œuvre du principe. Les législations nationales ont tenté d'atténuer le bouleversement du principe de continuité à travers l'instauration du service minimum<sup>163</sup> et la pratique de la réquisition<sup>164</sup> pour faire

---

<sup>161</sup> *L'audit physique et biométrique des agents de l'Etat engagé par le gouvernement en 2014 a permis aux syndicats d'enseignants de déceler les inégalités dans le traitement salarial des agents appartenant à une même hiérarchie et de revendiquer des hausses de salaire surtout sur l'indemnité de logement.*

<sup>162</sup> B. Rouamba, *Le principe d'égalité devant le service public burkinabé*, Op. cit, p.16.

<sup>163</sup> Le service minimum se limite à ce qui est nécessaire pour garantir d'une part la continuité de l'action gouvernementale et d'autre part la sécurité des personnes et des biens.

<sup>164</sup> La réquisition est un acte de la puissance publique par lequel, dans des conditions strictement déterminées, une autorité administrative ou militaire impose à une personne physique ou morale l'accomplissement de certaines prestations dans un but d'intérêt général.

fonctionner au moins les services publics essentiels. En plus de la continuité, la mutabilité est aussi touchée par ce bouleversement lié au désir de protection des droits et des agents. En effet, il est apparu que les changements institutionnels fréquents font l'objet de résistance, les réformes sont souvent rejetées et mêmes combattues<sup>165</sup> puisque les agents et les usagers au nom de la protection de leurs droits réfutent souvent toute idée de mutation surtout si les réformes ont des incidences financières. En guise d'illustration, la hausse de prix des carburants liées aux crises internationales a suscité de nombreuses contestations dans différents pays en Afrique de l'ouest<sup>166</sup>. Le coût du carburant affecte de nombreux aspects de la vie quotidienne : les déplacements personnels, le transport des marchandises, le prix des aliments, et l'énergie pour l'électricité entre autres. Or en prenant des mesures de la sorte, les Etats cherchent à adapter l'offre de service aux situations du marché international. En outre, l'on peut souligner les réformes

fréquentes des administrations qui s'expliquent par l'exigence de mutabilité afin de satisfaire l'intérêt général. Pour étayer ces propos, les réformes fréquentes du service public de la justice peuvent être soulevées. En tant que service public central à l'Etat de droit, la justice doit s'adapter aux exigences du respect des droits des justiciables. C'est cette exigence de mutabilité qui commande la mise en place d'une offre juridictionnelle permettant un accès équitable et juste<sup>167</sup>. Au demeurant, la spécificité du service public de la justice doit être prise en compte lorsqu'il commet des manquements liés aux insuffisances temporaires de moyens<sup>168</sup>. En somme la revendication et la protection des droits notamment fondamentaux peuvent souvent mettre en difficulté l'égalité et la continuité qui profitent aux usagers dans ce cas précis mais aussi la mutabilité qui protège plus l'agent du service public que l'utilisateur.

## **2. Une demande d'élargissement nécessaire à de nouveaux principes**

Le service public en Afrique de l'Ouest a

---

<sup>165</sup> Les réformes de l'éducation et de l'enseignement supérieur sont dénoncées. Ce fut le cas de la réforme LMD dans les années 2005 dans plusieurs pays. La hausse des frais d'inscription à l'université et la mise en marché de l'éducation ont été décriés par les étudiants. Les Etats ont négocié l'entrée en vigueur de ces mesures.

<sup>166</sup> La BBC a cartographié toutes les manifestations au sujet du carburant depuis janvier 2021 au moins 90 ont été signalés. Voir <https://www.Hausse des prix du carburant : des manifestations éclatent dans plus>

de 90 pays - BBC News Afrique, consulté le 10 Mai 2023.

<sup>167</sup> M.M. Aidara, « Dysfonctionnements du service public de la justice et responsabilité de l'Etat en Afrique : exemple du Sénégal », *Op. cit.*, p.143.

<sup>168</sup> Yakouba OUEDRAOGO, « Le fonctionnement défectueux du service public de la justice devant la cour de justice de la CEDEAO. Observations sur l'arrêt kam sibiri eric c/ etat du burkina faso du 31 mai 2023 », *Afrilex*, Juillet 2024, p11.

besoin d'un souffle nouveau. Les principes de base ne suffisent plus à apporter aux usagers de réelles garanties. Les interrogations sur le devenir ou le sort de cette activité essentielle de l'administration convergent vers l'idée d'un service public autrement qui doit se faire avec efficacité. Face à la réduction du champ des services publics qui tend à maintenir les services régaliens comme la défense, la justice peut-on espérer un élargissement ? Les administrations en Afrique de l'ouest se trouvent entre deux impératifs celui de la modernisation et celui de satisfaire les besoins urgents des usagers. Ce qui pose une équation à différents inconnus. Seulement les nouveaux défis posés aux administrations publiques consistent en la recherche de méthodes efficaces, efficaces et viables d'organisation et de prestation de service public conformément aux nouvelles règles de gestion publique. Ils offrent la possibilité de repenser les modèles traditionnels et de redéfinir les frontières entre l'Etat et le marché et entre l'Etat et la société<sup>169</sup>. En effet, l'influence du droit communautaire et son intégration dans le

droit interne, ainsi que l'apparition de politiques de modernisation administrative ont révélé de nouveaux principes s'appliquant aux services publics. La neutralité, la gratuité, l'accessibilité, la transparence, la participation, la qualité, la fiabilité, la sécurité, la responsabilité, l'efficacité, la performance peuvent former de nouveaux principes qui gouvernent les services publics. Ceci montre que l'évolution du droit commun des services publics n'est pas achevée. Il se fera au nom du principe de la prédictibilité du droit<sup>170</sup> qui envisage que le droit s'adapte en fonction des circonstances. Mais tous ne constituent pas, pour l'heure, dans les contextes étudiés de nouvelles lois du service public. Certains principes sont néanmoins amenés à jouer un rôle particulier et peuvent être assimilés à des lois du service public en devenir, telle la transparence<sup>171</sup> la qualité, la performance et la neutralité. Ils ne pourront pas tous être érigés en principe fondamentaux du service public en même temps mais il faut naturellement prioriser en fonction des enjeux des administrations et des services ou

---

<sup>169</sup> M. Saddougui, Les nouvelles tendances managériales des services publics au Maghreb, in Demba Sy et Alioune Badara Fall (sous la direction), *Les nouvelles tendances du droit administratif en Afrique*, Presses universitaires de Toulouse, 2018, p.71.

<sup>170</sup> Le principe de la prédictibilité du droit l'encadrement des rapports entre les individus dans la société en tenant compte des situations particulières.

<sup>171</sup>

**Kiane Goudarzi et Marcel Guenoun**, « Conceptualisation et mesure de la qualité des services publics (QSP) dans une collectivité territoriale », *Politiques et management public* [En ligne], Vol 27/3 | 2010, mis en ligne le 15 juin 2012, consulté le 06 mars 2023. URL : <http://journals.openedition.org/pmp/2986>.

encore trouver des principes phares en fonction des catégories de service. Les services publics industriels et commerciaux par exemple peuvent, en plus des principes fondamentaux, adopter la rapidité et l'efficacité, alors que le service public administratif souvent au banc des accusés devra élargir sa base de règle en intégrant le principe de neutralité. En effet, ce principe est souvent considéré comme une variante du principe d'égalité mais en réalité ils n'ont pas la même signification. La confusion pratiquée entre égalité et neutralité est aujourd'hui atténuée par un certain nombre de positions doctrinales qui remettent en cause l'association systématique de ces deux notions<sup>172</sup>. La neutralité s'adresse aux agents du service afin d'assurer le respect du principe d'égal accès à la fonction publique, qui prohibe la prise en compte des opinions philosophiques, politiques, religieuses mais aussi invite les agents du service afin de protéger l'égalité des usagers devant le service. Dans le même registre, David Charbonnel précise deux variables de la neutralité. La « neutralité-protection », qui

suppose l'absence de discriminations fondées sur les convictions, se confond avec la loi d'égalité, la « neutralité-prescription », qui interdit l'expression de toute opinion au moyen et dans le cadre du service public.<sup>173</sup> Il sera pertinent face à la politisation accrue des administrations et au clientélisme dans la fonction publique dans les pays ouest africains d'adopter ce principe.

En plus de la neutralité, il y a la qualité qui est très souvent demandée aux services publics. La qualité fait partie des nouvelles exigences des usagers devenus clients suite aux évolutions<sup>174</sup>. Selon Lucie Cluzel, le principe de qualité « semble pouvoir combler les lacunes des principes traditionnels, impuissants à rendre compte des nouvelles exigences qui s'imposent désormais aux services publics ». Dès lors, il peut être vu comme un « grand principe en puissance » distinct des autres principes parce que répondant à une problématique nouvelle »<sup>175</sup>. En droit communautaire africain, ce principe est retenu par la charte<sup>176</sup>, des politiques de qualité ainsi que des démarches de certification sont de plus

---

<sup>172</sup> G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat de droit public, 2000, p. 428 ; J.-F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, *Droit des services publics*, 2004, Armand-Colin, p. 433 et ss.

<sup>173</sup> David Charbonnel, *Une relecture des lois du service public*, Thèse, Université de Limoges, 2019, cité dans chroniques de thèse, *RFDA*, 2020, p.391.

<sup>174</sup> Voir, C. Braud, « L'usager du service public, des décennies après », in, Ferdinand Melin

Soucramanien, (sous la direction), *Mélanges en l'honneur de Jean Dubois De Gaudusson Espaces du service public*, *Op. Cit*, p.836 et s.

<sup>175</sup> L. Cluzel, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse, Paris 2, 2004, p. 569.

<sup>176</sup> La qualité est inscrite dans l'objectif 2 de la charte. Elle vise à assurer des prestations de service innovante et de qualité répondant aux besoins des usagers.

en plus adoptés dans les services publics. Cette logique vise à améliorer la satisfaction des administrés et l'Administration doit leur rendre compte conformément au principe selon lequel, « l'Administration est responsable de ses actions devant les citoyens »<sup>177</sup>.

### **Conclusion**

De cette relecture des principes fondamentaux du service public en Afrique francophone, il ressort deux considérations majeures. D'abord, la survivance des principes fondamentaux aux différentes évolutions du service public et aux mutations de l'Etat. Cette pérennité est soutenue par un renouvellement normatif diversifié par les constituants, les législateurs communautaires et nationaux et une œuvre constante des juges. Ce mouvement de renouvellement de ces principes n'est pas absolu, il est encore relatif. On note, une sorte de déséquilibre en faveur du principe d'égalité qui semble avoir plus d'attention. Bien qu'il y ait une confirmation normative et jurisprudentielle de ces principes, force est de reconnaître les différences que les pays ciblés ne l'ont pas effectué avec la même vigueur. Le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali le Niger et le Sénégal semblent sortir du lot au moins dans l'encadrement de ces principes.

Ensuite, dans la pratique, les principes fondamentaux sont bouleversés par la privatisation ainsi que l'application des règles concurrentielles qui obéissent plus aux logiques du droit de particuliers qu'à celles des personnes publiques souvent préoccupées par l'intérêt général. À la question de savoir quelle est la réalité juridique de ces principes, la réponse est claire ils sont présents encore dans les textes et la pratique des administrations. L'interpénétration du secteur public et du secteur privé ainsi que les rigueurs imposées par les nouvelles règles de gestion administrative et financière ouvrent une nouvelle ère dans les principes du service public qui doivent inévitablement élargir la liste des principes fondamentaux. La qualité, la transparence et la neutralité sont en bonne position pour rejoindre la trilogie de Rolland qui est incomplète au regard des défis qui se posent aux administrations en Afrique de l'ouest. Cet élargissement des règles de fonctionnement du service public est nécessaire. Elle aura deux conséquences majeures une privatisation des règles du droit administratif déjà enclenchée mais aussi un dialogue permanent des juges administratif et communautaire. La dimension politique du service public devra aussi être prise en compte dans ce processus de renouvellement et d'extension des

---

<sup>177</sup> D. Sy, *Droit Administratif*, Op. cit, p.422.

principes du service public. La question des valeurs<sup>178</sup> est également non négligeable dans « ce renouveau ». Les principes sont soutenus par les valeurs telles que l'éthique qui est fondamentale pour renforcer l'esprit du service public. Ce dernier est à revaloriser afin d'asseoir une culture positive du service public. De nouveaux sentiers sont à envisager pour protéger « la pierre angulaire du droit administratif »<sup>179</sup> des turbulences qui secouent l'autonomie de cette discipline. En outre, l'œuvre jurisprudentielle est attendue pour donner un contenu aux nouveaux principes et les élever au rang de principes généraux ou de principes à valeur constitutionnel. Cette question classique du service public semble à priori épuisée mais prise sous l'angle de ses règles de fonctionnement, elle mérite une attention particulière de la doctrine. Dans une approche pluridisciplinaire en lien avec la science administrative, les finances publiques et la gestion publique, le droit administratif pourra contribuer à renouveler le service public à l'intérieur comme à l'extérieur au grand bonheur de la démocratie afin de « Refonder l'Etat et le rendre capable de relever le défi du service

public »<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> La question des valeurs est une préoccupation de la charte africaine sur le service public précitée. Voir P. Bernier « L'éthique au sein du service public : un aspect de la gestion à moderniser », *Revue Internationale d'Ethique Sociétale et Gouvernementale*, vol. 4, n° 1, 2002, consulté sur

[/journals.openedition.org/ethique-publique/2497](https://journals.openedition.org/ethique-publique/2497), le 06 Mars 2023.

<sup>179</sup> Voir note n°3 sur la place du service public en droit administratif.

<sup>180</sup> S.P. Ekanza « Etat et services publics en Afrique de l'indépendance à nos jours », *Op. cit.*, p.175.

# LE CONTRÔLE ETATIQUE DE LA SENTENCE ARBITRALE DANS L'ESPACE OHADA : PLAIDOYER POUR UNE AUTONOMIE PLEINE DE LA JUSTICE ARBITRALE

Par

**EFFI Kokora Serge,**

Maître-Assistant à l'UFR des Sciences juridiques,  
administratives et politiques de l'Université Félix  
HOUPHOUET BOIGNY d'Abidjan-Cocody

## **Résumé :**

*L'autonomie de l'arbitrage est une condition de son admission sincère comme une justice à part entière dédiée au monde des affaires. Or, l'omniprésence de la justice étatique dans le processus arbitral, pis, sa toute-puissance à décider du sort de la sentence arbitrale retire à cette justice privée, pourtant pétrie de vertus, toute crédibilité. Néanmoins, il ne sera pas question de discuter l'opportunité du contrôle post-arbitral ; pour des questions de légalité et de légitimité celui-ci s'impose comme la contrepartie de tout pouvoir juridictionnel. C'est l'étatisme qui entoure ce contrôle et ses inconvénients qu'il faut objecter et repenser ; conserver la substance pour changer l'organe et les modalités. Consacrer in fine de lege lata un contrôle intra-arbitral épargné de la main-mise étatique serait la solution idoine pour une autonomie réelle de la justice arbitrale.*

**Mots-clés :** *Sentence arbitrale – contrôle post-arbitral – Recours en annulation – Exequatur – justice arbitrale – justice étatique – Autonomie.*

*« Si le juge collabore à l'arbitrage, rapidement et efficacement, s'il évite d'intervenir à mauvais escient dans les instances arbitrales ou d'annuler sans raison valable les sentences, l'arbitrage peut se dérouler sereinement et remplir la mission qui est la sienne, de résoudre rapidement les litiges. Si au contraire, le juge, tenté par la révision au fond des sentences ou trop sensible aux pressions locales, politiques ou autres, devient le grain de sable qui grippe le mécanisme arbitral, le siège de l'arbitrage perd son attractivité et l'arbitrage local n'y survit pour ainsi dire pas<sup>1</sup>. »*

\_\_1. *« Le droit et la justice sont certainement les deux visages les plus expressifs de la juridicité »<sup>2</sup>. Mettant en évidence, la complémentarité du droit et de la justice, le Doyen AKAM AKAM poursuit en soutenant que « droit et justice constituent un couple inséparable, le premier ayant besoin du second pour*

*s'imposer et se faire respecter »<sup>3</sup>. On comprend dès lors qu'aucune société ne peut prétendre instaurer un état de droit si elle ne repose sur des règles de droit qui traduisent l'idée de justice et si lesdites règles ne sont fortifiées par une justice crédible. D'ailleurs, l'étymologie latine de ces deux vocables atteste de leur racine*

<sup>1</sup> Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualité », Rapport de synthèse,

<sup>2</sup> A. AKAM AKAM, *Les deux visages de la juridicité*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 17.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 21.

commune « *jus* » (le juste). Mais, si l'on s'accorde à dire que le droit et la justice sont deux facettes d'une même réalité, sous quelle forme la justice parvient le mieux à atteindre cet objectif de renforcement des règles de droit ? Pour ce qui est du droit des affaires, l'OHADA n'a jamais caché son parti pris pour la justice arbitrale<sup>4</sup> aussi bien dans son Traité fondateur<sup>5</sup> qu'à travers différents Actes uniformes<sup>6</sup> et Règlement d'arbitrage<sup>7</sup> successifs.

\_\_2. Basée sur l'autonomie de la volonté, l'arbitrage résulte d'une convention, c'est-à-dire l'accord des parties de soumettre à un ou plusieurs arbitres – en nombre impair – tout ou partie du litige qui les oppose. Cette convention d'arbitrage est appelée « clause compromissoire » lorsqu'en amont, elle est insérée dans un contrat principal à l'effet de soumettre à un tribunal arbitral les contestations éventuelles qui pourraient s'élever entre les parties. La convention d'arbitrage peut également prendre la forme d'un « compromis » par lequel les parties décident de soumettre un litige déjà né à une procédure arbitrale<sup>8</sup>. Le moment de leur

stipulation constitue ainsi le critère majeur de distinction de ces deux modalités de convention d'arbitrage : l'une est conclue *a priori* et l'autre *a posteriori*.

\_\_3. Outil de répartition, la convention d'arbitrage détermine la compétence du tribunal arbitral au détriment des tribunaux étatiques, tant sur le fond du litige<sup>9</sup> que sur sa propre compétence<sup>10</sup>. Quant à l'arbitre, on en sait un peu plus sur son statut depuis la thèse de Thomas CLAY<sup>11</sup>. Son « contrat d'arbitre »<sup>12</sup> [qu'il ne faut absolument pas confondre avec la convention d'arbitrage elle-même] fait de lui un véritable juge, nommé pour trancher la contestation des parties. Ce contrat fixe sa mission et l'ensemble des points litigieux à résoudre de sorte qu'en cas de non-respect la sentence arbitrale s'expose à un recours en annulation<sup>13</sup>. Le tribunal arbitral est une juridiction à part entière c'est-à-dire un organe doté du pouvoir de dire le droit (*la jurisdictio*) égal à celui du tribunal étatique ; même s'il se distingue de ce dernier par son défaut d'*imperium*, ou plus précisément, par son défaut « *d'imperium*

<sup>4</sup> P.-G. POUGOUE, G. K. DOUJANI, « Notion d'arbitrage », in P.-G. POUGOUE (Dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, LAMY/Volter Kluwers, 2011, n° 1, p. 1177.

<sup>5</sup> Traité du 11 octobre 1997 relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Traité OHADA), « Préambule » et art. 1er.

<sup>6</sup> Il faut préciser qu'un premier Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage (AUA) en date du 11 mars 1999 a été remplacé par second nouvel Acte uniforme depuis le 23 novembre 2017.

<sup>7</sup> Le Règlement d'arbitrage CCJA (RACCJA) du 11 mars 1999 a été remplacé par un nouveau Règlement d'arbitrage en date 23 novembre 2017.

<sup>8</sup> AUA, art. 3-1.

<sup>9</sup> CCJA, 2e ch., n° 002/2022 du 20 jan 2022 : « *le juge étatique est incompétent pour statuer sur la rupture abusive d'un contrat de distribution en présence d'une clause compromissoire* » ; *contra* : CCJA, 1ère ch., n° 177/2020 : « *Encourt annulation*

*la sentence rendue par un tribunal arbitral ad hoc ayant statué en l'absence d'une clause compromissoire dans le contrat litigieux... »*

<sup>10</sup> Sur l'affirmation du principe compétence-compétence en droit OHADA, voy. art. 11 et 13 AUA ; égal. : B. DIALLO, « Le principe compétence-compétence en matière d'arbitrage OHADA », *Jurifis Info*, p. 18, Ohadata D-12-04 ; pour une étude complète en droit comparé, voy. M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 2011.

<sup>11</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, thèse, Paris, Dalloz, 2001.

<sup>12</sup> Sur les contours de ce contrat : *ibid.*, n° 121, p. 115.

<sup>13</sup> Le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission est en effet un cas d'ouverture du recours en annulation, AUA, art. 26-a ; Cf. égal. *infra* : n° 22, p. 10.

*merum et d'imperum summum* ». Un auteur a tenu à préciser les limites de cette carence depuis que l'on a décelé chez l'arbitre un minimum d'*imperium*, un « *imperium mixtum* », dit-on<sup>14</sup>.

\_\_4. Si les instances de l'OHADA accordent un intérêt si grand à l'arbitrage, c'est au regard de plusieurs vertus qu'on lui prête, à savoir, sa confidentialité, sa flexibilité, sa rapidité<sup>15</sup> et surtout son autonomie par rapport à la justice étatique à laquelle on reproche inversement des vices multiples tels que sa lourdeur, son opacité, son manque de fiabilité et d'indépendance<sup>16</sup>. Même si au cours de sa

première décennie dans l'espace OHADA, l'arbitrage n'a pas suscité un engouement significatif<sup>17</sup>, la crise de confiance qui prévaut entre la justice étatique et ses justiciables<sup>18</sup> amplifie de plus en plus la tentation d'expérimenter cette offre de justice alternative, source d'attractivité et de sécurité de l'investissement<sup>19</sup>.

\_\_5. Toutefois, en dépit de ses qualités multiples, il ne faut pas se méprendre sur le but véritable de l'arbitrage. Certes, à l'instar de la médiation, de la transaction et de la conciliation, l'arbitrage est un mode

<sup>14</sup> D. CHEKROUN, « L'imperium de l'arbitre », *Arch. Ph. Dr.*, t. 52, *L'arbitrage*, Dalloz, 2009, pp. 135-180, spéc. p.135. L'originalité de ces travaux mérite une reproduction intégrale du résumé qui les annonce : « *Il est enseigné que le juge étatique, dispose de la jurisdictio, le pouvoir de dire le droit, et de l'imperium, le pouvoir de commandement. À l'inverse, on indique que l'arbitre, juge privé est dépourvu de l'imperium car il ne peut faire appel à la force publique pour contraindre les litigants. Cependant, l'idée selon laquelle l'arbitre ne dispose pas de l'imperium doit être nuancée car l'imperium s'entend de plusieurs déclinaisons : imperium mixtum, imperium merum et imperium summum. Exprimant la contrainte exercée par un organe de contrainte, l'imperium summum est un instrument de la souveraineté territoriale de l'État. L'imperium merum est le pouvoir le plus absolu à la disposition du juge étatique. En revanche, l'imperium mixtum qui exprime l'injonction intellectuelle ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle. Cette dernière parcelle d'imperium n'est pas un monopole d'État et peut revenir dans une certaine mesure à l'arbitre.*

*L'opération par laquelle l'arbitre se trouve doté de cette parcelle d'imperium procède d'une articulation entre l'autorisation implicite des parties et la reconnaissance expresse des États.*

*Ainsi, issu concurremment d'une autorisation implicite des parties et d'une reconnaissance expresse des États intéressés, l'imperium de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens*

*coercitifs exercés par les organes des États* ». Pour une analyse plus complète, voy. D. CHEKROUN, *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008, (Dir.) E. JEULAND.

<sup>15</sup> Notam. Art. 12 AUA : « *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six (06) mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée* ».

<sup>16</sup> D. C. SOSSA, « Le système judiciaire en Afrique francophone », in Organisation internationale de la Francophonie (OIF), *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, Paris, mars 2010, p. 131 ; dans le même sens, Unité de l'état de droit (ONUCCI), *Étude d'évaluation du système judiciaire ivoirien : l'organisation et le fonctionnement du système judiciaire en Côte d'Ivoire*, ONUCCI, juin 2007, p. 22 et s.

<sup>17</sup> Voy. notam P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Rev. arb.*, 2010, n°3, pp.467-494.

<sup>18</sup> N. AKA, A. FÉNÉON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, Paris, LGDJ, 2018, « *Une enquête effectuée par AFROBAROMETRE a concerné 53 935 personnes, ressortissantes de 36 pays africains. L'étude indique qu'au nombre de ces personnes, près de la moitié, soit 43 %, n'ont pas confiance en la justice, plus d'un tiers, soit 33 %, estiment que les juges sont corrompus et seulement 13% disent avoir eu l'occasion de régler leurs litiges par-devant les tribunaux durant les cinq dernières années* ».

<sup>19</sup> Notons d'ailleurs la consécration officielle de l'arbitrage d'investissement en droit OHADA par l'article 3 (nouveau) de l'AUA.

alternatif de règlement des conflits<sup>20</sup>, celui qui s'est imposé en droit des affaires comme le concurrent le plus pertinent de la justice étatique<sup>21</sup>. Il est en outre vrai que l'arbitrage international puise ses origines dans des motivations pacifistes<sup>22</sup>. Il n'est pas moins vrai que certaines hypothèses notamment, la sentence d'accord-parties<sup>23</sup> ou l'amiable composition<sup>24</sup>, rapprochent l'arbitrage des modes amiables de règlement des conflits. Mais, l'arbitrage est à l'instar de la justice étatique, et à la différence des autres MARC<sup>25</sup>, un mode conflictuel de règlement des différends.

Le contexte d'émergence de la justice arbitrale, le monde des affaires, est un milieu aux enjeux financiers énormes. Or, en matière processuelle, à mesure que croît l'intérêt du litige, décroît inversement la vocation des parties à respecter une certaine orthodoxie procédurale. Ainsi, les qualités tant reconnues à l'arbitrage peuvent rapidement se retrouver absorbées par l'enjeu pécuniaire à l'origine de la contestation des parties. S'il est exact que tous les aspects du processus arbitral (la

langue, le droit applicable au fond et à la forme, la constitution du tribunal arbitral, la mission dudit tribunal, le délai etc.) sont conventionnels et doivent nécessairement être soumis à la volonté des parties, l'arbitrage demeure bel et bien un procès. Au cours de l'instance arbitrale, les parties se rendent coup pour coup et le demandeur n'entend faire aucun cadeau au défendeur qui partage le même état d'esprit.

\_\_6. L'arbitrage n'a rien d'amiable. Cela se perçoit dès le stade pré-arbitral, la compétence du tribunal est souvent remise en cause. En effet, lorsque l'une des parties, de bonne ou de mauvaise foi, refuse d'aller à l'arbitrage, elle commence par contester l'existence, la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage. Cela ouvre alors le contentieux de la compétence qui, s'il n'est pas maîtrisé *in limine litis*, peut s'avérer être un outil dilatoire très efficace. D'ailleurs, en droit comparé, spécifiquement en arbitrage international, Emmanuel GAILLARD constate que le contentieux de la compétence occupe une grande partie du contentieux de l'arbitrage dans son

<sup>20</sup> Ces mécanismes sont souvent désignés sous les acronymes de « MARC », « MARL » ou « MARD »

<sup>21</sup> Sur le plan international, un consensus doctrinal tend à désigner l'arbitrage comme « *le mode de droit commun de résolution des litiges du commerce international* », *Ibid.*, n° 2, p. 2.

<sup>22</sup> FI. GRISEL, E. JOLIVET, E. SILVA ROMERO « Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958) », *Rev. arb.*, N° 2, 2016, n°1 p. 404 : « 1. À la suite de la Première Guerre mondiale, un puissant courant pacifiste encouragea l'émergence d'institutions destinées à garantir la paix. Parmi ces institutions, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) visait, conformément à ses statuts initiaux, à « *contribuer au progrès et au maintien de la paix en assurant des relations cordiales entre les nations et les citoyens des différents États* ». La CCI, dont les fondateurs aimaient se décrire comme des « *marchands de paix* », peut être considérée à ce titre comme le pendant

*économique de la Société des Nations. 2. Dans ce contexte, la CCI s'est très vite intéressée à la création d'un mécanisme de règlement des litiges d'affaires par l'arbitrage international. L'objectif de la CCI était alors d'encourager les échanges économiques, et indirectement la prospérité et la paix internationales, en offrant un outil adapté au règlement des litiges internationaux d'affaires. À cette fin, la CCI a constitué dès 1920 un Comité de l'arbitrage commercial dirigé par Owen Young, dirigeant de la société General Electric (...) ».*

<sup>23</sup> AUA OHADA, art. 19 al. 3 ; sur la nature et la valeur juridique de la sentence d'accord-parties, voy. J.-M. TCHAKOUA, « Le statut de la sentence arbitrale d'accord-parties : les limites d'un déguisement bien utile », *Juridis périodique*, N° 51, 2002, p. 80, *Ohadata D-08-26*.

<sup>24</sup> AUA OHADA, art.

<sup>25</sup> Sur cette différence, voy. notam. J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. *Thémis Droit*, 1ère éd. 2016, n° 15, p. 7.

ensemble.

La Cour de cassation va ainsi se consacrer à aider la justice arbitrale à surmonter cet obstacle préliminaire. Le principe de la « compétence-compétence » a fini par devenir un principe général du droit au seul visa duquel plusieurs grands arrêts ont été rendus<sup>26</sup> pour résorber la problématique de la compétence arbitrale<sup>27</sup>. Le droit OHADA n'est pas en marge de ce malheureux constat dans la mesure où la jurisprudence communautaire se nourrit de plus en plus de ce dense contentieux de la compétence<sup>28</sup>. Par le principe de compétence-compétence (de l'allemand *Kompetenz-kompetenz*<sup>29</sup>) on confère aux arbitres une autonomie<sup>30</sup> inouïe pour se prononcer sur leur propre compétence soit, dans une sentence préliminaire pour évacuer rapidement la question, soit en fin d'instance dans la sentence finale, ce afin de déjouer toute manœuvre dilatoire.

\_\_\_7. Si la densité du contentieux pré-arbitral de la compétence pourrait remettre en question la légitimité<sup>31</sup> de la justice arbitrale, au stade post-arbitral c'est surtout l'efficacité, voire l'indépendance même de

cette forme de justice qui se joue. En effet, une fois tous les obstacles processuels vaincus, toutes les étapes du processus arbitral franchies, la sentence rendue, et le tribunal arbitral logiquement dessaisi<sup>32</sup>, on est tenté de pousser un « ouf » de soulagement si on se laisse à croire que la procédure est close. A la vérité, à ce stade rien n'est vraiment joué. Bien évidemment, comme toute décision juridictionnelle la sentence arbitrale peut être soumise à un contrôle susceptible d'intervenir selon deux modalités : les voies de recours et *l'exequatur*. On sait que la seule voie de recours ordinaire ouverte contre une sentence arbitrale est le recours en annulation étant donné que ni l'appel, ni l'opposition ne peuvent être formés contre ladite sentence<sup>33</sup>.

\_\_\_8. Dans l'arbitrage de droit commun, le recours en annulation est exercé « devant la juridiction compétente dans l'État Partie ». En dépit de la critique formulée par la doctrine<sup>34</sup>, l'OHADA a maintenu cette expression imprécise, comme pour laisser aux États parties la liberté de choisir la juridiction adéquate, exposant l'œuvre

<sup>26</sup> *Ibid.* : « Les cassations interviennent plus volontiers au visa des seuls principes généraux du droit : (...) « vu le principe de compétence-compétence... » ; voy. notam. Cass. civ. Ire, 23 janvier 2007, *Sté Levantina de Hydraulicaditea y Motores c. Scala et autres*, Rev. arb., 2007.279, obs. P. Pic. ; Cass. civ. Ire, 5 janvier 1999, *Zanzi es qualité de curateur de la société Tripcovitch c. Coninck et al.*, Bull. civ., I, n° 2 ; Rev. arb., 1999, p. 260, note Ph. Fouchard ; Rev. crit. DIP, 1999, p. 546, note D. Bureau ; RTD com., 1999, p. 380, note E. Loquin ; D. et pat., 2000, n° 79, p. 110, note P. Mousseron.

<sup>27</sup> E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », Rev. arb. 2007, p. 697 et s.

<sup>28</sup> Notam. CCJA, Ass. plén. du 31 janvier 2011, *PLANOR Afrique c/ Atlantique TELECOM* ; CCJA, 2e ch., n° 82/2014, 22 mai 2014 ; CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., n°

249/2018, 07 nov. 2019 ; CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., n° 177/2020, 28 mai 2020 et CCJA, 2e ch., n° 002/2022 du 20 jan 2022 préc. ; etc.

<sup>29</sup> Mag. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, pp. 14 et s.

<sup>30</sup> Pour une étude complète en arbitrage international voy. MAYER (P), « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, t. 217, pp. 319 et s.

<sup>31</sup> Sur la notion de légitimité, cf. *infra* : n° 41, p. 18.

<sup>32</sup> « *Lata sententia, iudex dessinit esse iudex* » ; le principe de dessaisissement (AUA, art. 23) est le premier effet attaché à toute décision de justice avant même qu'elle ne soit tenue pour vérité (Cf. AUA, art. 24) ; « *res iudicata pro veritate habetur* ».

<sup>33</sup> AUA, art. 25.

<sup>34</sup> G. K DOUAJINI, « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », Rev. cam. arb., n° 12, jan – fév. – mar. 2001, pp. 3 et s., spéc. p. 7.

d'harmonisation à une impression d'inachevé. Plusieurs États-parties ont déjà procédé à cette désignation (Ex. : le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Sénégal et le Togo). La plupart des États confèrent la compétence du contentieux de l'annulation aux cours d'appel, comme l'a souhaité une doctrine autorisée<sup>35</sup>, le tribunal arbitral serait perçu en quelque sorte comme une juridiction de premier degré. Cela semble correspondre à la logique de l'Acte uniforme qui prévoit d'ailleurs que « *la décision de la juridiction compétente dans l'État Partie sur le recours en annulation n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* »<sup>36</sup>.

Cependant, dans les États encore indécis, des controverses se sont élevées sur le juge de l'annulation. La CCJA a tranché en affirmant qu'« *en droit processuel, toutes les fois qu'un texte particulier n'attribue pas à une juridiction déterminée la connaissance exclusive de certaines matières, ladite connaissance de celles-ci échoit aux juridictions de droit commun* »<sup>37</sup>. Ainsi, profitant de la latitude offerte par le législateur communautaire, le Bénin se distingue en attribuant la compétence du contentieux de l'annulation au tribunal de première instance en vertu de la loi béninoise du 27 août 2002 qui prévoit que celui-ci est juge de droit commun<sup>38</sup>. Quant à l'arbitrage institutionnel de la CCJA, il confère la compétence exclusive du contentieux de l'annulation à la haute juridiction elle-même, intervenant ici non

plus comme centre d'arbitrage mais comme une juridiction étatique, ou plus exactement juridiction pluri-étatique.

\_\_9. La seconde modalité du contrôle étatique post-arbitral s'opère par le truchement de la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'exequatur de la sentence arbitrale. « *La reconnaissance est l'admission de la sentence dans l'ordre juridique étatique, alors que l'exequatur est, en quelque sorte, un « bon pour exécution* »<sup>39</sup>. Les arbitres étant dépourvus de l'*imperium merum*<sup>40</sup>, pouvoir de contrainte, le juge étatique se voit, une fois de plus, octroyer cette attribution. Dans l'arbitrage traditionnel, la même imprécision<sup>41</sup> sur la nature de la juridiction compétente est à constater et pour l'arbitrage CCJA, c'est à la haute juridiction elle-même que revient ce pouvoir.

\_\_10. En somme, si le contrôle étatique post-arbitral retient l'attention du présent article, quand tout semble avoir été dit sur la question, ce n'est pas le principe du contrôle en lui-même qui dérange. Certes, des ajustements ont été opérés à différents niveaux par la réforme de 2017<sup>42</sup> mais, dans certaines affaires, l'attitude condescendante des juridictions étatiques face à l'arbitrage ne peut échapper à la critique. L'arbitrage est une justice qui revendique son autonomie. Si l'on s'accorde à définir l'autonomie comme « la capacité à être gouverné par ses propres lois », alors il y a une véritable remise en question du contrôle de la justice arbitrale par la justice étatique, d'autant que ce sont les tares de la seconde

<sup>35</sup> Commentaires de P.-G. POUGOUE in *Recueil des Actes du Colloque de Yaoundé*, cité par G. K. DOUJANI, *ibid.*

<sup>36</sup> AUA, Art. 25 al. 4.

<sup>37</sup> CCJA, n° 044/2008, 17 juil. 2008, *Rev. arb.* 2010, p. 588 ; *Ohadata J-10-15*.

<sup>38</sup> N. AKA et al., *op. cit.*, p. 140

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>40</sup> *Supra* : note 13, p. 2.

<sup>41</sup> AUA, art. 30.

<sup>42</sup> Pour l'exequatur, voir notam. N. AKA et al., *op. cit.* 146.

qui motivent le recours à la première.

\_\_11. Avant tout propos, il faut d'ores et déjà s'entendre sur les bases téléologiques de la présente étude. D'abord, il faut demeurer lucide et approuver Roger SOCKENG<sup>43</sup> qui pense que le succès de la justice arbitrale passe inexorablement par une coopération saine et forte avec la justice étatique quand la seconde sert de juge d'appui à la première et quand, à son tour, l'arbitrage est appréhendé comme une justice d'appui à la justice étatique. Puis, l'on n'entend nullement soutenir l'idée que le pouvoir juridictionnel des arbitres échappe à tout contrôle. Il ne faut laisser dans un état de droit aucun pouvoir de décision échapper au principe du contrôle, au risque d'exposer le justiciable à l'arbitraire.

\_\_12. La présente réflexion part du postulat que c'est pour échapper à l'insécurité de la justice étatique que l'arbitrage a été prôné en droit OHADA – tout comme en droit comparé – comme la justice des affaires et comme un gage de sécurité juridique. Cette faveur à l'arbitrage répandue dans tout l'espace OHADA impose donc au législateur un devoir de cohérence. Ce souci de cohérence justifie une remise en question du pouvoir de contrôle post-arbitral conféré aux juridictions étatiques. Dès-lors se pose la question de savoir s'il est réellement opportun que le contrôle post-arbitral soit dévolue aux juridictions étatiques sans remettre en cause l'autonomie supposée de l'arbitrage par rapport à la justice étatique ; ce qui subodore un recours à des instances de contrôle non étatiques ; mieux encore, l'autonomie supposée de l'arbitrage par

rapport à la justice étatique ne commande-t-elle pas le recours à des instances de contrôle non étatiques<sup>44</sup> ?

\_\_13. Se gardant de tout acharnement contre les mécanismes de contrôle de la sentence arbitrale ledit contrôle en lui-même ne se heurtera, dans les présentes réflexions, à aucune objection majeure. Aussi, le premier volet de cette étude prône-t-il l'idée qu'un contrôle post-arbitral est nécessairement opportun en son principe (I). Néanmoins, il faut s'inquiéter des organes de contrôle institués par l'OHADA, à savoir, les juridictions étatiques qui sont le signe d'un paradoxe dans la politique juridique de l'OHADA ; les apories du droit OHADA ne manquent pas d'exemple : on pense notamment aux procédures simplifiées de recouvrement de créance instaurées par l'OHADA et qui semblent parfaite à première vue jusqu'à ce qu'on s'aperçoive que le débiteur pourra faire échec à la bonne volonté du législateur dès lors qu'il décide d'user des voies de recours mises à sa disposition par ce même législateur sans jamais cligner des yeux et sans jamais perdre de sa finesse procédurale. La volonté affichée par l'OHADA de faire de l'arbitrage une justice de prédilection en matière d'affaires, crédible et sûre ne semble pas concorder avec cet étatisme processuel discutabile (II).

<sup>43</sup> R. SOCKENG, « Justice étatique et justice arbitrale dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage : vers une nécessaire complémentarité », *Rev. cam. arb.*, n° 7,

oct.-nov.-déc. 1999, p. 10, *ohadata D-08-83*.

<sup>44</sup> D. C. SOSSA, *op. cit.*

## I. UN CONTRÔLE OPPORTUN EN SON PRINCIPE

\_\_14. « *Le destin normal d'une sentence arbitrale est d'être exécutée spontanément par la partie perdante* »<sup>45</sup>. Pour étayer son optimisme, Jean-Baptiste RACINE avance même des statistiques françaises qui font état de 80% d'exécution volontaire des sentences arbitrales. Cela paraît logique car l'arbitrage étant fondamentalement conventionnelle, tout le processus étant du ressort de la volonté des parties, il va de soi que lesdites parties soient plus enclines à exécuter volontairement cette sentence perçue comme le fruit de leur volonté. Cependant, comme indiqué *in limine*<sup>46</sup>, tel n'est pas toujours le cas ; dans certaines hypothèses, et non des moindres, la sentence arbitrale fera l'objet d'une exécution forcée, après avoir satisfait au contrôle des juridictions étatiques compétentes à travers le recours en annulation ou la procédure d'*exequatur*.

\_\_15. Conférer de tels pouvoirs aux juridictions étatiques à un stade si crucial du processus arbitral n'est pas sans impact sur l'autonomie à laquelle aspire la justice arbitrale vis-à-vis de la justice étatique, autonomie<sup>47</sup> pour laquelle nombre d'auteurs ont longtemps milité et dont l'un des plus prestigieux fut Henri MOTULSKY<sup>48</sup>. D'où la nécessité de disserter sur l'opportunité du contrôle post-arbitral. Par opportunité on pense au bien-fondé<sup>49</sup>, l'intérêt, l'utilité<sup>50</sup>

du contrôle de la sentence arbitrale. Par principe, cette opportunité semble indéniable dès lors qu'on veut protéger le justiciable de l'arbitraire du juge, que ce dernier soit un magistrat ou un arbitre. Il s'agira donc dans cette première approche de montrer le bien-fondé du contrôle de la sentence arbitrale. Pour s'en convaincre, la nature juridique de ce contrôle (A) ainsi que ses fondements (B) sont de précieux indicateurs de cette opportunité.

### A- Une opportunité tirée de la nature juridique du contrôle post- arbitral

\_\_16. On ne peut jauger l'opportunité du contrôle post-arbitral sans l'avoir préalablement identifié. C'est donc sa nature juridique qui mérite d'être déterminée. A ce titre, deux caractéristiques majeures retiennent l'attention. L'une résulte d'une donnée constante : ce contrôle a toujours été présenté comme restrictif (A). La deuxième donnée, plus contingente, a trait au caractère non impératif du contrôle post-arbitral (B).

#### 1. Un contrôle restrictif en apparence

\_\_17. Le recours en annulation de la sentence arbitrale est un recours restrictif qui n'est recevable que dans six hypothèses ou cas d'ouverture limitativement énumérés par l'article 26 de l'Acte uniforme sur le droit de

<sup>45</sup> J.-B. RACINE, *op. cit.*, n° 869, p. 548.

<sup>46</sup> *Supra* : n° 7 et s.

<sup>47</sup> Sur cette question voy. notam. J. C. F. ROZAS, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCADI*, 2001, t. 290, spéc. pp. 53 et s.

<sup>48</sup> H. MOTULSKY, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. REYMOND, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010, cité par Mag.

BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, pp. 56 et s.1011 ; voy. égal. en droit OHADA, F.-G. MOUTIL, « L'autonomie de l'arbitrage OHADA à l'égard du juge étatique », *PENANT*, n° 909, Octobre-Décembre 2019, pp.429-448.

<sup>49</sup> Dictionnaire Larousse, 2017, V° « opportunité », p. 970.

<sup>50</sup> G. CORNU, *op. cit.*, V° « opportunité », pp. 1510-1511.

l'arbitrage. Ces cas d'ouverture sont les mêmes que ceux prévus par l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA depuis l'uniformisation opérée par la réforme de 2017. Il ne serait pas inutile d'examiner successivement chacun de ces cas d'ouverture.

**a) *Le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée***

\_\_18. Ce premier cas d'ouverture concerne principalement le contentieux de la compétence-compétence. En effet l'arbitre qui, usant de l'effet positif de la compétence-compétence se déclare à tort compétent verra sa sentence annulée. Mais, il faut admettre que l'hypothèse d'une sentence rendue sans convention d'arbitrage est rare. Il sera donc question plus souvent de convention d'arbitrage nulle ou dont la portée est remise en cause. Quelques exemples peuvent tout de même être relevés dans la jurisprudence de l'OHADA, notamment, à propos d'un tribunal arbitral assez téméraire pour statuer sur la base d'une clause compromissoire qui n'existait pas dans le contrat litigieux. Mais, à la vérité, avec plus de minutie, on finit par s'apercevoir que ce cas se rapproche davantage d'un cas de contestation de l'étendue de la convention d'arbitrage que de son existence même, étant donné que les statuts de la société concernée comportaient bien une clause compromissoire que l'une des parties a cru bon d'étendre au contrat litigieux<sup>51</sup>. Par contre, une autre affaire en droit camerounais est plus conforme à ce cas

d'inexistence de convention d'arbitrage<sup>52</sup>.

\_\_19. La nullité de la convention d'arbitrage fait tomber le pouvoir de juger qui avait été conféré aux arbitres ; leur sentence doit, par conséquent, être retirée de l'ordre juridique. Le terrain le plus favorable à la nullité de la convention d'arbitrage reste incontestablement l'« inarbitrabilité »<sup>53</sup> du litige, mais d'autres motifs peuvent aussi justifier la nullité, à savoir les vices du consentement, le défaut de pouvoir, la violation des conditions légales de recours à l'arbitrage (Ex. : clause compromissoire interne désignant une personne morale comme arbitre<sup>54</sup>), etc.

Il ne faudrait cependant pas penser que tous les défauts de la convention d'arbitrage entraînent son annulation. Le cas échéant, le juge sollicité peut donner efficacité à la convention, par exemple en nommant un troisième arbitre lorsque ladite convention n'en prévoyait que deux, ou en redressant une clause rédigée avec maladresse. La CCJA n'a pas manqué de le rappeler dans une espèce où la convention d'arbitrage, mal conçue, ne prévoyait que deux arbitres contrairement à la règle de l'imparité, le troisième devant être nommé que si les deux arbitres ne se mettaient pas d'accord sur la sentence. Le tribunal de Cotonou avait déclaré la sentence nulle de ce fait. Mais la CCJA a cassé ce jugement au motif que l'article 8 de l'AUA donnait la possibilité au tribunal étatique d'ajuster la constitution du tribunal arbitral conformément à la règle de l'imparité<sup>55</sup>. Le juge peut donc régulariser une convention d'arbitrage

<sup>51</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., Arr. n° 177/2020, 28 mai 2020, Pourvoi n° 234/2018/PC.

<sup>52</sup> Cour d'appel Ouest (Cameroun), Arr. n° 44/CIV., 08 avril 2009, Société AES-SONEL c. Établissements YAKUNO, in D. MAYOUE (Dir.), *Code Bleu OHADA*, éditions JURIAFRICA, 7<sup>e</sup> éd. 2023, p. 1318.

<sup>53</sup> Pour une étude détaillée de ce concept, voy. L. POSOCCO, « l'inarbitrabilité des litiges », *Gaz. Pal.*, 28 déc. 2013, n° 156 f6.

<sup>54</sup> CA Grenoble, 26 avril 1995, *Rev. arb.*, 1996.452, note Ph. FOUCHARD.

<sup>55</sup> CCJA, arrêt n° 44 du 17 juillet 2008, SARCI SARL c. ATLANTA TELECOM SA, *Ohadata J-10-15*, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

## LE CONTRÔLE ETATIQUE DE LA SENTENCE ARBITRALE DANS L'ESPACE OHADA : PLAIDOYER POUR UNE AUTONOMIE PLEINE DE LA JUSTICE ARBITRALE

« pathologique ». Enfin, lorsque la sentence arbitrale a expiré ou plus exactement lorsque le délai d'arbitrage a expiré, les arbitres perdent leur pouvoir de juger et partant leur compétence. En conséquence, une sentence rendue malgré cette perte encourt nécessairement la censure du juge de contrôle.

### *b) Le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné*

\_\_20. Les parties peuvent avoir directement organisé la procédure de constitution ou de désignation ; elles peuvent aussi avoir renvoyé, pour ce faire, à un règlement d'arbitrage. La volonté des parties peut cependant ne pas s'être bien exprimée sur ce point. Dans ce cas, il appartiendra au juge d'interpréter souverainement les clauses de la convention d'arbitrage. Lorsque le sens de la volonté des parties n'est pas douteux, le juge doit se contenter de lui donner suite, sans aucune appréciation sur l'opportunité de la solution prévue par les parties. Pour preuve, une affaire assez récente a mis en lumière l'opportunité de procéder au contrôle de la sentence arbitrale pour s'assurer que la volonté des parties est strictement respectée. Dans cette affaire la CCJA a annulé une sentence rendue par un collègue de trois arbitres quand la convention n'en prévoyait qu'un seul arbitre<sup>56</sup>. Ce rigorisme de la Cour est à saluer quand on sait que la procédure peut s'avérer coûteuse et que ce coût est à la charge des parties. C'est donc à elle de fixer le nombre d'arbitre. C'est aussi le rôle de la Cour de constater l'impertinence des parties lorsqu'elles tentent de faire annuler une sentence arbitrale sous le présent cas

d'ouverture, alors que le juge d'appui a régulièrement organisé la composition du tribunal arbitral en l'absence d'un accord de volontés desdites parties<sup>57</sup>.

\_\_21. L'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral peut se trouver ailleurs que dans le non-respect des prévisions des parties. Notamment, l'arbitre désigné peut ne pas remplir les conditions fixées par la loi pour être désigné arbitre. Il en serait ainsi, par exemple, pour un arbitre n'ayant pas la capacité juridique requise. D'un point de vue de la procédure de désignation du ou des arbitres, la constitution irrégulière pourrait résulter d'une fraude commise par une partie pour empêcher son adversaire de désigner son arbitre. Le cas le plus probable est la fraude dans la notification de la demande d'arbitrage contenant invitation à désigner un arbitre. Une telle fraude peut laisser le défendeur dans l'ignorance de la demande jusqu'à désignation d'un arbitre à sa place par le tribunal. L'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral pourrait provenir, du fait que l'une des parties ait prématurément eu recours au juge pour désigner un arbitre à la place de l'autre, qui disposait d'un délai pour le faire.

### *c) Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée*

\_\_22. Comme ce fut le cas en droit français, la doctrine et la jurisprudence de l'OHADA ont retenu une conception restrictive de ce moyen. Ainsi, il permet seulement de sanctionner l'*ultra*, l'*infra* ou l'*extra petita* et la violation par l'arbitre d'une règle de procédure expressément et précisément choisie par les parties. Sur le fond, ce moyen permet

<sup>56</sup> CCJA, ass. plén., Arr. n° 214/2021, 23 déc.2021, Recours n° 187/2021/PC.

<sup>57</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., Arr. n° 063/2021, 08 avril 2021, Pourvoi n° 379/2019/PC.

uniquement de sanctionner le non-respect par l'arbitre de la norme applicable choisie par les parties<sup>58</sup> (ex. : l'amiable composition). Dans tous les cas, la CCJA commande à juste titre à celui des plaideurs qui invoque ce moyen d'expliquer à peine d'irrecevabilité en quoi les arbitres ont failli à leur mission<sup>59</sup>. En Côte d'Ivoire, ce cas d'ouverture a été au cœur d'une procédure assez mouvementée et a permis l'annulation par la Cour d'appel de commerce d'Abidjan d'une sentence arbitrale rendue pourtant à l'unanimité des arbitres<sup>60</sup>. Mais, en tout état de cause, la CCJA exige du juge du contrôle qu'il précise l'appréciation qu'il fait de l'étendue de la mission des arbitres et qu'il démontre en quoi ces derniers auraient failli à leur mission<sup>61</sup>.

**d) Le principe du contradictoire n'a pas été respecté**

\_\_23. Le principe du contradictoire commande que les moindres aspects d'un procès soient portés à la connaissance de toutes les parties et soient susceptibles d'être débattus. Ce principe fait partie des principes fondamentaux du procès civil, arbitral ou judiciaire. Il est le garant de tout procès équitable. C'est donc en toute logique qu'une sentence arbitrale soit annulée en cas de manquement à une règle si primordiale. D'ailleurs, la CCJA n'a pas manqué de le rappeler lorsqu'elle en a eu

l'occasion, d'autant qu'en l'espèce, le tribunal arbitral n'avait pas invité les parties à présenter leur défense au fond<sup>62</sup>.

De plus, le contradictoire doit guider les parties et le tribunal arbitral à tous les stades de la procédure, y compris même après la mise en délibéré lorsqu'une pièce a été introduite dans le dossier. Ainsi, la CCJA a pertinemment jugé que le fait d'admettre en cours de délibéré la production de pièces non communiquées à l'autre partie est une violation du principe du contradictoire<sup>63</sup>. Toutefois, dans une autre affaire, la haute juridiction communautaire estime que ce cas d'ouverture n'est pas soulevé avec pertinence en l'absence d'indication spécifique sur la pièce non communiquée<sup>64</sup>. De même, elle juge que le refus délibéré d'une personne de participer à l'arbitrage ne porte pas atteinte au principe du contradictoire étant donné que l'arbitrage par défaut est reconnu en droit OHADA<sup>65</sup>.

**e) Le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international**

\_\_24. Comme il a déjà été souligné auparavant<sup>66</sup>, si la notion d'ordre public s'avère « *insaisissable en droit interne* », elle l'est davantage en droit international. D'autres auteurs, désignent même l'ordre public comme « *un terrain particulièrement dangereux, puisqu'il est le "ventre mou" qui peut tout*

<sup>58</sup> Voy. P. MEYER, « Commentaires sous l'Acte uniforme OHADA du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage », in J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE, F. M. SAWADOGO, OHADA, *Traité et Actes uniformes annotés (Code vert)*, JURISCOPE, 2008, « Article 26 », pp. 144.

<sup>59</sup> CCJA, arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003, *ohadata J-04-108*, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>60</sup> Cour d'appel de commerce d'Abidjan (Côte d'Ivoire), 24 mars 2022, *La société MCI CARE CI c. La société SIDAM SA*, arrêt disponible à l'adresse suivante : [www.courdappelcommerceabidjan.com](http://www.courdappelcommerceabidjan.com).

<sup>61</sup> CCJA, Arr. n° 10/2003, 19 juin 2003, Pourvoi n° 001/2002/PC.

<sup>62</sup> CCJA, 2<sup>e</sup> ch., Arr. n° 242/2018, 29 nov. 2018, Pourvoi n° O14/2015/PC, in *Code Bleu OHADA op. cit.*, p. 1318.

<sup>63</sup> CA Centre (Cameroun), arr. n° 52/civ., 6 fév. 2008 : *Ohadata J-10-249*.

<sup>64</sup> CCJA, ass. plén., Arr. n° 160/2016, 1er déc. 2016, *Aff. 1) CMDT, 2) GSCVM c. IAD, eod. loc.*, p. 1311.

<sup>65</sup> *Eod. loc.*

<sup>66</sup> E. ASSI ASSEPO, « L'ordre public international dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », *ohadata D-09-02-* p. 1, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

*prendre* »<sup>67</sup>. Il s'agirait selon le vocabulaire juridique de l'« ensemble des principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, impose d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères (en quoi il est dit parfois ordre public d'éviction) »<sup>68</sup>. Quant à l'ordre public international, il serait un ensemble de normes impératives acceptées et reconnues par la communauté internationale des États.

\_\_25. Les nuances terminologiques de l'ancien Acte uniforme, entre « ordre public international » (Traité OHADA et RACCJA), « ordre public des États signataires du Traité » (AUA, art. 26 anc.) et « ordre public des États-parties » (AUA, art. 31 anc.), n'avaient qu'assombri davantage la compréhension du concept d'ordre public en matière internationale. Cela avait incité la doctrine à de multiples conjectures<sup>69</sup>. Fort heureusement, la tâche des exégètes est quelque peu facilitée par le nouvel Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui a adopté une formulation unique, l'« ordre public international » sans rattachement à des indices propres à l'espace OHADA. Il s'agirait donc d'un « ordre public véritablement international », c'est-à-dire considéré comme tel par toute la communauté internationale. Ce faisant, le législateur rejoint sa haute juridiction qui semblait déjà préférer cette formulation. D'ailleurs, celle-ci a déjà eu à juger qu'est contraire à l'ordre public

international une sentence arbitrale qui méconnaît l'autorité de la chose jugée d'un arrêt<sup>70</sup>. On le verra cependant, ce moyen offrant aux plaideurs une large palette d'arguments pour invalider la sentence arbitrale est une véritable source d'inquiétude quant à l'autonomie de l'arbitrage et partant sa crédibilité<sup>71</sup>.

**f) La sentence arbitrale n'a pas été motivée**

\_\_26. L'exigence de la motivation des sentences arbitrales est fondamentale. Il ne semble cependant pas qu'elle impose que les motifs des sentences soient présentés dans la même forme que ceux des décisions de la justice étatique. On attend juste des arbitres qu'ils justifient simplement que leur décision n'est pas arbitraire. Concrètement, il s'agira pour eux d'évoquer les éléments de fait et de droit sur lesquels ils ont déterminé leur compétence ou leur incompétence. Mais, il semble que la contrariété des motifs ne devrait pas, en principe, autoriser une annulation dans la mesure où le juge étatique ne peut reconnaître un tel vice sans se livrer à un examen au fond de la sentence ; ce qui lui est interdit. La doctrine estime cependant que la contrariété des motifs peut être tellement flagrante qu'on l'assimile à une absence de motif. Dans ce cas, l'annulation serait inévitable.

\_\_27. Il faut souligner *in fine* que deux griefs n'avaient pas été prévus par le RACCJA pour ce qui est de l'ex-recours en contestation de la validité de la sentence arbitrale rendue sous les

<sup>67</sup> P.-G. POUGOUE, J.-M. TCHAKOUA et A. FENEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, P.U.A., 2000, n° 260, p. 237.

<sup>68</sup> G. CORNU, *op. cit.*, « Ordre public », p. 718.

<sup>69</sup> E. ASSI ASSEPO, *op. cit.* ; P. MEYER, *op. cit.* ; G. K. DOUJINI, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *Revue*

*camerounaise de l'arbitrage*, n° 29, avril-mai-juin 2005, p. 3.

<sup>70</sup> CCJA. 1ère Ch., Arrêt n° 03, Assemblée plénière du 31 janvier 2011, *Société PLANOR AFRIQUE SA c/ Société ATLANTIQUE TELECOM SA, Le Juris-Ohada*, n° 2 / 2011, Avril – Juin 2011, p. 8 ; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 16, p. 58.

<sup>71</sup> Cf. *Infra* : n° 56, p. 25.

auspices de la CCJA. Il s'agit d'abord de la mauvaise constitution du tribunal arbitral et ensuite du défaut de motivation. L'omission par le RACCJA de la mauvaise constitution du tribunal arbitral comme cas d'ouverture pouvait se comprendre vu l'assistance apportée par la CCJA pour la constitution du tribunal arbitral. S'agissant du défaut de motivation, on comprend difficilement son omission par le RACCJA comme cas d'ouverture. En effet, même si les projets de sentence ont toujours fait l'objet d'un contrôle préalable de la CCJA, celui-ci est de pure forme. Or, on ne pouvait pas concevoir que le défaut de motivation soit considéré comme une question de pure forme. Ce principe vise à lutter contre l'arbitraire du juge. Cette question était donc essentielle. Heureusement, pour dissiper toute incertitude, la récente réforme de l'arbitrage institutionnel a intégré les deux cas d'ouverture en cause<sup>72</sup>.

\_\_28. Par principe, le contrôle judiciaire post-arbitral a été limité aux cas d'ouverture sus-énumérés pour limiter le champ d'intervention de la justice étatique dans le processus arbitral. En ce qui concerne l'exequatur, la restriction est encore plus palpable dans l'arbitrage traditionnel car l'Acte uniforme ne soumet au juge du contrôle que la question de la contrariété manifeste de la sentence à l'ordre public international, encore faut-il savoir ce que recouvre cette notion si imprécise<sup>73</sup>. Pour ce qui est de l'arbitrage institutionnel de la CCJA, le règlement d'arbitrage de la cour prévoit quatre conditions négatives sur des points similaires aux cas d'ouverture du recours en annulation. En effet, on note simplement l'élimination des points relatifs à la composition irrégulière du tribunal arbitral et du défaut de motivation de la sentence arbitrale<sup>74</sup>. En tout état de cause, le contrôle

post-arbitral est un contrôle limité pour faciliter la procédure arbitrale. De plus, ce contrôle ne revêt pas de caractère impératif.

## 2. Un contrôle non impératif

\_\_29. Le caractère facultatif du contrôle revient à se demander si les parties peuvent exclure le contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique par une renonciation tacite ou expresse dans la convention d'arbitrage ou même dans un autre acte. Autrement dit, ce contrôle est-il impératif ? La réponse à cette question diffère selon que le contrôle envisagé s'opère par la voie du recours en annulation ou selon qu'il s'opère par la voie de l'exequatur.

\_\_30. Dans un premier temps, pour ce qui est du recours en annulation de la sentence arbitrale, la position du droit OHADA qui était autrefois ambiguë sous l'Acte uniforme de 1999 a été clarifiée par une précision apportée dans l'Acte uniforme du 23 novembre 2017. Cette ambiguïté du droit OHADA concernant le problème du caractère impératif ou pas du contrôle judiciaire résultait de deux attitudes opposées adoptées par le législateur OHADA dans les anciens Acte uniforme et Règlement d'arbitrage. Dans l'Acte uniforme de 1999 sur le droit de l'arbitrage, le législateur était resté muet sur la question de savoir si les parties pouvaient renoncer d'avance à l'exercice des voies de recours contre la sentence arbitrale. Aucun élément du texte ne permettait de répondre à cette question. Pourtant, le législateur adoptait une posture différente au sujet de l'arbitrage institutionnel. En effet, l'article 29.2 du Règlement de la CCJA de 1999 relatif à l'arbitrage prévoyait que la contestation de

<sup>72</sup> RACCJA, art. 29.2 nouv. ; comp. art. 29.2 anc. qui renvoie à l'art. 30.6 anc.

<sup>73</sup> *Supra* : n° 24, p. 11.

<sup>74</sup> RACCJA, art. 30.5 nouv.

la validité de la sentence arbitrale n'était recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y avaient pas renoncé. Cette disposition montrait clairement que dans l'arbitrage institutionnel, le contrôle de la sentence, précisément le recours en annulation, était subordonné à la volonté contractuelle.

\_\_31. Pouvait-on alors estimer que la liberté de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale était également sous-entendue dans l'Acte uniforme ? La réponse à cette préoccupation n'a pas manqué de susciter quelques controverses. En effet, une ancienne jurisprudence de la CCJA avait apporté en 2003 une réponse négative à cette question ; estimant que la clause de renonciation était réputée « non écrite »<sup>75</sup>. S'appuyant sur la logique comportementale du législateur communautaire, comme par réflexe, des auteurs ne pouvaient qu'approuver cette position. Ainsi, M. Jean Marie TCHAKOUA, par une analyse comparative, soutenait que l'Acte uniforme et le Règlement d'arbitrage de la CCJA ayant été adoptés le même jour, il était malaisé de croire que le silence du Conseil des Ministres dans le premier texte était fortuit. Selon l'auteur, « *le fait de ne pas prévoir une solution similaire dans l'Acte uniforme ne semble pouvoir s'interpréter que comme une volonté d'obtenir une solution différente* »<sup>76</sup>. Pourtant, cette première position soutenue par la jurisprudence n'avait pas laissé insensible une partie de la doctrine attentive qui se disait à juste titre intriguée par cette

jurisprudence de 2003<sup>77</sup>. Pour saluer la pertinence de cette doctrine d'alors, il ne serait pas inutile de livrer un extrait de cette critique :

*« En droit commun, il est permis de renoncer à l'exercice d'un droit et en droit processuel, les parties ne sont jamais obligées d'exercer des voies de recours, dans la mesure où elles peuvent acquiescer aux décisions soit expressément soit tacitement, en laissant par exemple s'écouler les délais de recours. Les seules limites à la faculté de renonciation sont les dispositions d'ordre public.*

*À suivre la CCJA dans son raisonnement, il y a lieu de se demander si pour elle, les dispositions de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage relatives aux voies de recours sont d'ordre public ? L'expression « non écrite » utilisée incline à le penser, même si la CCJA ne dit pas expressément. Mais tout cela ne contrarie-t-il pas les règles que l'on croyait pourtant solidement établies en matière d'exercice des voies de recours ? On peut, avec raison, le penser fortement. »<sup>78</sup>*

\_\_32. Mais qu'en pense le droit comparé ? Sur la question de la renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale, les exemples relevés dénotent d'une certaine disparité de la position du droit comparé selon que l'arbitrage est interne ou international. En droit français, par exemple, l'article 1491 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de Procédure Civile (CPC) dispose pour l'arbitrage interne : « *La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation ...* ». Puis, l'alinéa 2 ajoute : « *Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». Le contrôle est donc impératif dans l'arbitrage interne. Mais, l'article 1522 CPC dispose pour l'arbitrage international :

<sup>75</sup> CCJA, Arr. n° 010/2003, 19 juin 2003, *Époux DELPECH c. Société SOTACI, Ohadata J-04-65*, [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>76</sup> J. M. TCHAKOUA, « Arbitrage selon l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », in P.-G. POUGOUE (Dir.), *op. cit.*, n° 218, p. 291.

<sup>77</sup> F. KOMOIN, « Observations sous CCJA, Arr. n° 010/2003, 19 juin 2003 préc. », in *Actualités Juridiques*, n° 40/2003, p.15.

<sup>78</sup> *Ibid.*

« *Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* ». Quant au droit suisse, il autorise le même libéralisme dans l'arbitrage international (Cf. : Loi suisse relative au droit international privé, art. 192 ; Règlement suisse d'arbitrage international, art. 30). Mais, l'on ne trouve aucune trace de cette faculté de renonciation, ni son interdiction, dans le Code de Procédure Suisse qui régleme l'arbitrage interne. Par ailleurs, le droit tunisien adopte une posture semblable aux deux législations précitées c'est-à-dire que la renonciation au recours en annulation n'est possible que dans l'arbitrage international<sup>79</sup>. Mais, le code tunisien est plus explicite. Il précise en son article 42 au sujet de l'arbitrage interne que même si les parties en conviennent autrement, le recours en annulation est possible dès lors que l'un des cas d'ouverture prévus par la loi existe. Autrement dit, le contrôle de la validité de la sentence arbitrale interne est impératif en droit comparé.

\_\_33. Si l'on s'en tient à cet échantillon comme indicateur de la tendance du droit comparé, l'on est conduit à se demander pourquoi une telle souplesse à l'égard de l'arbitrage international. La réponse à cette question nous est fournie par le droit suisse et le droit tunisien qui justifient la faculté de renonciation au recours en annulation par des termes quasi identiques, à savoir lorsque les parties n'ont ni domicile, ni résidence principale, ni établissement en Suisse ou en Tunisie. Cela nous permet de comprendre que le souci de ces législations est de simplifier la tâche des plaideurs

« forains » de l'arbitrage international étant donné que les recours peuvent non seulement influencer sur l'efficacité de la sentence mais également compliquer la procédure et la retarder. On suppose donc que dans l'arbitrage interne les parties résident dans l'État du siège, mais est-ce à dire que le même besoin de simplicité n'est pas ressenti dans ce type d'arbitrage ? Ou inversement doit-on estimer que les impératifs de légalité et de légitimité sont moins pertinents dans l'arbitrage international ? Il serait difficile de le penser dans la mesure où aussi bien en arbitrage interne qu'en arbitrage international, le contrôle étatique présente les mêmes inconvénients et les mêmes fondements.

\_\_34. Quoiqu'il en soit la position du droit OHADA est aujourd'hui certaine. Ce dernier a clarifié sa position pour résorber toute insécurité juridique en la matière. Désormais, le nouvel Acte uniforme prévoit en son article 25 alinéa 2 que « *les parties peuvent convenir de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale à la condition que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public international* ». Le doute est donc levé définitivement sur le caractère facultatif du recours en annulation, même si bien avant les parties pour y renoncer pouvaient se contenter d'acquiescer la sentence arbitrale<sup>80</sup>. La critique de certains auteurs<sup>81</sup> a donc porté ses fruits. Par ce changement, le législateur OHADA désavoue par là même cette jurisprudence de la CCJA désormais révoquée<sup>82</sup>. Cette question était cruciale pour sauvegarder l'essence volontariste de la justice arbitrale et laisser les parties demeurer libres du sort

<sup>79</sup> Code d'arbitrage tunisien, art. 78, paragr. 6.

<sup>80</sup> J.-B. RACINE, *op. cit.*, n° 871, p. 549.

<sup>81</sup> F. KOMOIN, *op. cit.*

<sup>82</sup> *Supra* : note 72, p. 12.

à donner à l'issue de leur contentieux.

\_\_35. Quant au contrôle par voie d'exequatur, vu les questions de souveraineté qui le sous-tendent, il serait surprenant que le législateur n'ait pas entendu conférer une valeur impérative à cette formalité. Pourtant, l'examen de certains Règlements privés d'arbitrage institutionnel laisse perplexe. Par exemple, l'article 31 du Règlement d'arbitrage de 2016 de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), intitulé : « Caractère définitif et exécutoire de la sentence », dispose :

*« La sentence arbitrale est définitive et revêt un caractère obligatoire pour les parties. Celles-ci s'engagent, par leur adhésion au présent règlement, à l'exécuter sans délai, et de bonne foi.*

*La responsabilité de toute partie qui userait de manœuvres dilatoires susceptibles de retarder ou de bloquer l'exécution d'une sentence arbitrale, peut être recherchée ».*

Ces dispositions semblent, pour une question de célérité, contraindre les parties qui soumettent leur arbitrage au règlement de la CACI à une exécution spontanée de la sentence arbitrale. Autrement dit, elle serait exécutoire sans que la partie qui succombe ait la possibilité de faire contrôler la sentence arbitrale par le juge étatique non seulement par voie du recours en annulation mais également par voie d'exequatur. Quand on sait que selon l'article 14 al. 1 de l'AUA, les parties peuvent soumettre la procédure d'arbitrage à un tel règlement, cette clause du Règlement de la CACI semblait ainsi en contradiction avec la position ancienne de l'Acte uniforme. A la

vérité, il serait plus judicieux d'interpréter ce type de disposition règlementaire comme invitant les parties à s'engager pour une exécution volontaire de la sentence arbitrale sanctionnée par le jeu de la responsabilité civile. Mais au cas où l'une des parties ne respecte pas son engagement, l'exequatur resterait toujours possible pour procéder à l'exécution forcée de la sentence arbitrale, sans préjudice des dommages-intérêts que pourrait encourir le litigant indélicat.

\_\_36. En fin de compte, on retient que le contrôle de la sentence arbitrale par la juridiction étatique compétente ne peut jamais être impératif dans la mesure où, de bonne foi, les parties conservent toujours la liberté d'exécuter volontairement les termes de ladite sentence afin d'épargner à la justice arbitrale une complexité processuelle immanente. Mais, à défaut de ce « solidarisme arbitral »<sup>83</sup>, le contrôle judiciaire post-arbitral ne cessera d'exercer sa fonction d'homologation du processus arbitral.

### **B- Une opportunité tirée de la fonction d'homologation du processus arbitral**

\_\_37. Si ses caractères restrictif et non impératif attestent de l'opportunité du contrôle judiciaire post-arbitral, c'est la fonction exercée par ce contrôle qui peut réellement permettre de jauger son opportunité. On part de l'idée que si on ne sait à quoi sert un mécanisme on ne peut jamais saisir son opportunité, entendu, comme indiqué précédemment<sup>84</sup>, comme

<sup>83</sup> C'est en droit des contrats que le concept de « solidarisme » s'est développé pour faire allusion au devoir de bonne foi et de coopération qui incombe aux parties à un contrat ; voy. notam. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la

nouvelle devise contractuelle ? », in Ph. ARDANT (dir.), *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, P.U.F., 1999, p. 609.

<sup>84</sup> *Supra* : n° 15, p. 8

son utilité, son bien-fondé. À cet égard, la mission assignée au contrôle post-arbitral apparaît clairement comme une mission d'homologation. En effet, il s'agit pour la juridiction compétente de dire si la sentence arbitrale mérite de produire effet et d'intégrer l'ordonnement juridique de l'État qui en est le destinataire. Qu'il s'agisse du recours en annulation ou de l'exequatur, ce contrôle aura, à des stades différents, la même fonction : homologuer ou valider le processus arbitral intervenu en marge de l'ordre juridique étatique. Cette fonction d'homologation revêt deux aspects, à savoir qu'il faut non seulement s'assurer de la légalité du processus arbitral intervenu (1) mais aussi de sa légitimité (2).

### **1. Un contrôle de légalité**

\_\_38. La légalité s'entend de la « *conformité à la loi, ... au droit positif dans son ensemble* »<sup>85</sup>. En tant que justice privée, de surcroît contractuelle, il importe à l'institution arbitrale d'être en accord avec la loi entendue au sens large. C'est principalement à cette exigence qu'obéit le contrôle de la sentence arbitrale via le recours en annulation ainsi que l'exequatur et la reconnaissance de la sentence. Cette nécessité se pose avec force, que le tribunal arbitral ait eu à juger le fond même du litige ou qu'il se soit prononcé uniquement sur sa propre compétence en vertu du principe compétence-compétence. En effet, il faut s'assurer que les opérations se sont déroulées conformément à toutes les sources du droit de l'arbitrage OHADA et qu'aucun abus n'a été commis. Il faut s'assurer en outre que la procédure qui a

engendré la sentence est exempte de tout vice et que l'exécution de la sentence ne perturbe pas l'ordre juridique qui en est le destinataire. En d'autres termes, on a laissé aux arbitres toute la latitude pour connaître du litige en dehors du cadre étatique mais une fois leur mission accomplie, le juge étatique en apprécie la régularité. Bien entendu, le contrôle judiciaire de l'arbitrage n'est jamais spontané, il faut bien que le contestataire se décide à le mettre en œuvre ou que le bénéficiaire de la sentence n'obtienne pas d'exécution volontaire de celle-ci par la partie qui succombe.

\_\_39. Mais au fond, ce contrôle de légalité n'a rien de singulier. Il est le contrepois nécessaire à tout pouvoir juridictionnel. Le pouvoir de juger est l'un des pouvoirs les plus importants que l'État puisse accorder à un individu au regard de ses impacts multiformes sur la vie et les activités des justiciables. L'on peut le dire sans risque de se fourvoyer : c'est l'un des pouvoirs les plus craints des hommes. La balance immanente de la Justice commande donc qu'il soit canalisé. Ainsi, le système judiciaire dans sa hiérarchisation a établi à travers les voies de recours et autres procédés des moyens de contrôle des décisions de justice : un véritable gage de sécurité juridique et judiciaire.

\_\_40. L'arbitrage, ne bénéficiant pas de la même organisation que la justice étatique, obéit cependant à ce même impératif de légalité de la décision juridictionnelle. Aussi, a-t-on jugé bon de confier au juge étatique ce rôle de censeur des sentences arbitrales. Cela est nécessaire surtout en matière de compétence-compétence. L'effet positif de la compétence-compétence

---

<sup>85</sup> G. CORNU, *op. cit.*, « Légalité », p. 528 ; Pour une étude plus étendue de ce concept voy. Y.

GAUDEMET, « Légalité (Principe de) », in D. ALLAND, S. RIALS, *op. cit.*, pp. 917-920.

confère une autonomie hors du commun aux arbitres pour apprécier la réalité ou l'étendue de leur compétence. Plus généralement, cela revient à dire que le processus arbitral doit obéir à toutes les règles de droit applicables à l'arbitrage OHADA – ad hoc ou institutionnel –. Mais, on le verra, au regard de certaines prohibitions faites aux juridictions étatiques<sup>86</sup>, la légalité objet du contrôle post-arbitral est une légalité formelle et minimale car le juge du contrôle n'a aucun pouvoir d'appréciation de la substance même de la sentence arbitrale. Il s'assure du respect par les arbitres des règles fondamentales du droit processuel, en témoigne les cas d'ouverture du recours en annulation ou encore les conditions d'octroi de l'exequatur étudiées précédemment. Mais, au-delà de la légalité de la sentence arbitrale, c'est la légitimité même de la procédure qui est en jeu.

## **2. Un contrôle de légitimité**

\_\_41. Contrairement à la légalité qui est absolument rive au droit, le concept de légitimité s'appuie certes sur le juridique mais, comme le souligne Mme GOYARD-FABRE, il « *implique aussi un rapport avec la dimension extra-juridique de l'expérience humaine et avec l'horizon métajuridique d'une exigence axiologique* »<sup>87</sup>. Autrement dit, la légitimité ne se mesure pas à la seule aune du droit et nécessite d'être confrontée à des données morales et/ou sociologiques. Plus simplement, on pourrait la définir comme l'acceptation ou la validation morale d'un fait ou d'un processus. Pour en venir à

l'objet de notre étude, le contrôle judiciaire *a posteriori*, s'il assure et s'assure de la légalité du processus arbitral, tend à légitimer la sentence qui en est la résultante. Cette légitimité peut s'apprécier selon deux relations.

\_\_42. La première relation est celle que l'arbitrage entretient avec l'ordre juridique étatique. Cette première relation contient elle-même deux approches. Tout d'abord, l'ordre étatique est agencé autour de ses valeurs essentielles. Il est donc normal si un État entend prêter son concours à l'exécution forcée d'une sentence arbitrale, et surtout si cette sentence émane d'un État étranger, qu'il puisse exercer un droit de regard minimum sur l'acte qu'on lui demande de faire exécuter. Il vérifiera ainsi, notamment, si la sentence respecte ses valeurs cardinales qu'il entend nécessairement sauvegarder, mais aussi les limites à l'intervention de ses propres juridictions, c'est-à-dire leur compétence. La légitimité est tirée ici de la souveraineté exercée par l'État sur le processus arbitral.

La seconde approche dans la relation ordre arbitral/ordre étatique lie l'arbitrage à l'appareil judiciaire. En effet, il ne faut pas perdre de vue qu'au sein des M.A.R.C. l'arbitrage est l'expression la plus aboutie de la déjudiciarisation de la justice et donc de la réduction du domaine de la compétence juridictionnelle des tribunaux étatiques. Si l'on soupçonne parfois l'existence d'un conflit sous-jacent entre la justice étatique et la justice arbitrale c'est bien au regard de l'empiètement qu'opère celle-ci sur les attributions normales de celle-là. Dès lors, permettre aux juridictions étatiques de contrôler *in fine* le processus

<sup>86</sup> *Infra* : n° 48, p. 20.

<sup>87</sup> S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND et S. RIALS, *ibid.*, p.929.

arbitral c'est en quelque sorte « réconcilier » ces deux formes de justice. Le juge étatique, s'il a été écarté du processus en application notamment de l'effet positif de la compétence-compétence, a, à travers le contrôle post-arbitral, la possibilité d'exercer son *imperium* sur la sentence. Par conséquent, il parviendra à intégrer l'arbitrage comme une forme de justice plus acceptable d'autant plus qu'il y aura participé. Mieux, c'est à lui que le « *dernier mot* »<sup>88</sup> a été conféré. C'est sans doute dans cette logique que le magistrat camerounais Roger SOCKENG eut à affirmer que « *le juge étatique contribue davantage à donner un sens à la mission juridictionnelle de l'arbitre* »<sup>89</sup>. En fin de compte, c'est tout le personnel judiciaire qui se sentira moins marginalisé mais au contraire aura le sentiment de participer à l'émergence d'une forme de justice assez originale.

\_\_43. La seconde relation qui permet de démontrer la légitimité que confère le contrôle judiciaire à la sentence arbitrale est celle que l'on peut établir entre l'ordre arbitral et l'ordre social dont le justiciable est l'élément central. En effet, la société n'est pas toujours très avertie des mutations qui s'opèrent dans le monde juridique. En Afrique, ce problème se pose avec une double acuité. Le justiciable africain est très peu informé sur le droit et la justice, *a fortiori* sur l'arbitrage. Au surplus, s'il y a une forme de justice qu'il connaît et

respecte relativement, c'est bien la justice étatique. Alors, soumettre le justiciable à un arbitrage dont il n'a sans doute pas mesuré la portée véritable au moment de la signature de l'acte qui en est l'origine revient à ruiner la légitimité de la sentence qui en découlerait. Ainsi, on peut estimer que le contrôle de la sentence par le juge étatique, que le justiciable connaît mieux, apporte une certaine légitimité au processus.

\_\_44. Comme indiqué à l'entame de nos réflexions, l'objectif de notre premier axe était de montrer le bien fondé du contrôle de la sentence arbitrale. Dans le principe, l'idée de soumettre la sentence arbitrale à un contrôle minimum de légalité et de légitimité est primordiale pour faire valider en quelque sorte tout le processus arbitral. Il n'est donc pas question de militer pour la disparition du contrôle post-arbitral. Cependant, d'un point de vue organique, l'étatisme processuel qui s'en dégage paraît très problématique.

## **II- UN ETATISME PROCESSUEL PROBLEMATIQUE**

\_\_45. *Stricto sensu*, « étatisme » est un concept économique qui renvoie à une « *doctrine politique préconisant l'extension du rôle de l'État dans la vie économique et sociale* »<sup>90</sup>. Mais, dans une acception plus large, on peut l'appréhender comme « *l'exercice des pouvoirs de l'État, et l'expansion de son champ d'intervention sur*

*as to its jurisdiction is subject to control by the courts of law, which in this respect have the final word*”.

<sup>89</sup> R. SOCKENG, *op. cit.*, p. 10.

<sup>90</sup> *Le Robert en ligne*, V° « étatisme », consulté le 29 juillet 2023, à l'adresse suivante : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/etatisme>

<sup>88</sup> N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Student Version, Oxford University Press, 2009, p. 344 (traitant de la règle d'autonomie de la clause compromissoire dans le cadre de la contestation de la compétence) et insistant sur leurs liens, n° 5.111, p. 351 : “*Any decision given by an arbitral tribunal*

la société »<sup>91</sup>. On peut donc envisager l'étatisme comme une tendance de l'État, ou des États, à intervenir, pour y exercer sa suprématie, dans divers secteurs de la vie sociale, en l'occurrence, les activités juridictionnelles qui relèveraient d'entité privées. C'est ce qui justifie que l'on qualifie un tel étatisme de processuel car se rapportant au droit processuel, envisagé comme le droit commun du procès<sup>92</sup>. L'on est pourtant bien conscient de la connotation péjorative qui sous-tend ce vocable. Mais, derrière son emploi se cache l'intention de mettre en exergue l'omniprésence de la justice étatique dans le processus arbitral.

—46. A la vérité, le second axe de la présente étude, plus critique, part du postulat que l'arbitrage est une justice qui nécessite une autonomie complète pour se réaliser pleinement comme une alternative efficace et effective à la justice étatique. Confier le destin de la sentence arbitrale aux juridictions étatiques s'avère paradoxal au regard de la place de choix que l'OHADA a entendu conférer à la justice arbitrale dans la résolution des litiges d'affaires. Dès lors, l'omniprésence des juridictions étatiques, leur pouvoir considérable au stade post-arbitral, cet étatisme donc, s'avère être un problème pour l'autonomie de la justice arbitrale (A), problème que l'on propose de surmonter par une consécration de *lege lata* d'un contrôle intra-arbitral de la sentence arbitrale (B).

<sup>91</sup> Définition tirée de l'encyclopédie Wikipédia en ligne, Consultée le 29 juillet 2023, à l'adresse suivante

<https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89tatisme>.

<sup>92</sup> S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel/Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 9e éd., 2017, cité par S. GUINCHARD *et al.*, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 34e éd., 2018, « Avant-propos », p. X.

### **A- Un obstacle à l'autonomie effective de la justice arbitrale**

—47. Emprunté au grec « *autonomia* », dérivé de « *autonomos* » qui renvoie à la capacité d'une entité à être régie ou administrée par ses propres lois ; être autonome c'est avoir la possibilité d'agir sans intervention extérieure<sup>93</sup>. À cet égard, le Professeur FOUCHARD distillait, en visionnaire notoire, au cours d'un colloque vieux de 58 ans, les différents aspects de l'autonomie de l'arbitrage, notamment l'arbitrage commercial international, par rapport aux ordres juridiques nationaux<sup>94</sup>. Toutefois, cette autonomie tant recherchée paraît fortement compromise par les atteintes répétées au principe de non révision au fond de la sentence arbitrale (1). À cet empiètement regrettable il faut ajouter l'inefficacité subséquente de la justice arbitrale par l'instrumentalisation du contrôle judiciaire post-arbitral (2).

#### **1. Une autonomie compromise par les atteintes au principe de non révision au fond**

—48. Même si l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne l'affirment toujours pas expressément – et cela est regrettable –, il est de principe que le contrôle judiciaire post-arbitral, qu'il intervienne à l'occasion du recours en annulation ou de l'exequatur,

<sup>93</sup> Dictionnaire de l'académie française (en ligne), V° « autonomie », consulté le 22 juillet 2023 à l'adresse suivante : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A3281>.

<sup>94</sup> Ph. FOUCHARD, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », Actes du colloque du Comité français de l'arbitrage, séance du 30 juin 1965.

n'a pas pour objet de réexaminer l'affaire au fond. Mieux, il est interdit aux juridictions étatiques de critiquer et réviser la décision du tribunal arbitral. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un contrôle total mais d'une vérification purement formelle de la régularité de la procédure. Le contrôle étatique devrait se limiter à ce qui « *crève les yeux* »<sup>95</sup> c'est-à-dire rechercher toute « *violation flagrante, effective et concrète* »<sup>96</sup>. En droit OHADA comme en droit comparé, doctrine et jurisprudence semblent s'accorder sur l'idée d'un contrôle superficiel de la sentence arbitrale. Et sur ce point, l'analyse de M. Jean-Marie TCHAKOUA est on ne peut plus clair : « *le recours en annulation ne permet pas au juge étatique de juger à nouveau* »<sup>97</sup>. Un auteur connu pour ses travaux sur la question parle même d'un « *principe de non révision au fond* »<sup>98</sup>.

\_\_49. Le principe de non révision au fond de la sentence arbitrale par le juge étatique a été fortement critiqué par une partie de la doctrine. On lui reproche d'être excessivement libérale, en empêchant un véritable contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux valeurs essentielles de l'État, comme l'ordre public international. Au grand dam de cette doctrine, la Cour de cassation française a récemment réaffirmé cette prohibition dans une espèce opposant une société française dénommée « M. SCHNEIDER » à trois sociétés nigérianes<sup>99</sup>.

\_\_50. Mais, que signifie réellement ce principe de non-révision au fond ? À cet effet, le Professeur Denis MOURALIS<sup>100</sup> nous révèle trois degrés de contrôle de la sentence arbitrale. D'abord, au degré maximal, le juge peut procéder à une nouvelle instruction du dossier, en droit et en fait. Il peut examiner tous les éléments de preuve, qu'ils aient été préalablement soumis à l'arbitre ou non, et remettre en cause l'interprétation faite par le tribunal arbitral des preuves qu'il a examinées (mais pas les faits directement constatés par le tribunal arbitral lui-même, qui font foi jusqu'à inscription de faux, la sentence étant un acte authentique<sup>101</sup>). Ensuite, à un degré intermédiaire, le juge considère comme constants les faits établis par la sentence et se contente de vérifier la conformité de la qualification et de la solution retenue. Enfin, au degré minimal, le juge peut seulement vérifier que le tribunal arbitral a tiré des faits qu'il a constatés et des qualifications qu'il a retenues des conclusions conformes aux valeurs essentielles de l'État (notamment la conformité de la sentence à l'ordre public international). Mais, comme l'affirme M. MOURALIS, même au degré maximal « *il ne s'agit pas de juger à nouveau le différend soumis aux arbitres mais seulement de vérifier, de manière approfondie, que la solution retenue est conforme à celle que les règles d'ordre public internationale commandaient* ».

<sup>95</sup> Mag. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 697, p. 522.

<sup>96</sup> D. MOURALIS, note sous Cass. Civ., 1ère, 12 févr. 2014, n° 10-17.076, *JurisData* n° 2014-001827, *JCPG*, n° 16, 21 avr. 2014, p. 783.

<sup>97</sup> J. M. TCHAKOUA, *op. cit.*, n° 211, p. 289.

<sup>98</sup> V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision des sentences arbitrales*, thèse, Paris II, 2007.

<sup>99</sup> Cass. Civ., 1ère, 12 févr. 2014, n° 10-17.076, *JurisData* n° 2014-001827, *op. cit.*

<sup>100</sup> D. MOURALIS, *op. cit.*, p. 783.

<sup>101</sup> À ce sujet, voy. notam. Cass. 2e civ., 12 déc. 1990, n° 89-18.435, *Rev. arb.* 1991, p. 317, note Ph. Théry ; CA Paris, ch. 1, sect. C, 24 mars 2005, n° 2004/02588, *JurisData* n° 2005-277092 ; *JCPG* 2005, I, 179, n° 7, note J. ORTSCHIEDT

\_\_51. Au regard de ce qui vient d'être expliqué, l'on est en droit de se demander quel est le choix du droit OHADA ? Comme indiqué précédemment, les textes réglant l'arbitrage OHADA ne tranchent pas véritablement la question de l'étendue du contrôle judiciaire post-arbitral. On aurait pu se servir de l'interdiction de certaines voies de recours classiques, à savoir l'appel, l'opposition et le pourvoi en cassation (AUA, art. 25) pour en déduire que le droit OHADA adhère au principe de non-révision au fond de la sentence arbitrale. En effet, l'appel et l'opposition visent à un réexamen complet de l'affaire. Il en est de même du pourvoi en cassation lorsque la juridiction suprême est dotée du pouvoir d'évoquer. On aurait pu également se fonder sur la limitation du pouvoir d'évocation de la CCJA par la volonté des parties (RACCJA, art. 29.5) pour conforter l'idée de la non-révision au fond de la sentence arbitrale dans l'arbitrage OHADA.

\_\_52. Pour autant, une exégèse plus poussée laisse un sentiment mitigé quant à l'étendue réelle du contrôle post-arbitral. En effet, d'un côté, on voudrait se rassurer du caractère restrictif du contrôle décelé dans la première partie de nos réflexions<sup>102</sup>. On s'en souvient, les cas d'ouverture du recours en annulation ainsi que les motifs éventuels de rejet de l'exequatur sont limitatifs et se focalisent en général davantage sur la régularité de la procédure arbitrale que sur le fond de l'affaire. Mais, d'un autre côté, plusieurs zones d'ombre subsistent et ne manquent d'inciter à des conjectures légitimes à divers égards. Par exemple, dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA, on

s'interroge tout d'abord sur la légitimité du pouvoir d'évocation reconnu à la CCJA lorsqu'elle annule la sentence, quand bien même ce pouvoir serait subordonné à la volonté des parties. En effet, il ne faut pas l'oublier, dans cette hypothèse la Cour intervient comme une juridiction étatique, ou plus exactement comme une juridiction pluri-étatique. C'est dire que dans ce rôle, la haute juridiction est garante de l'ordre juridique de la communauté des États-membres. Elle joue donc le même rôle qu'une quelconque juridiction nationale intervenant au titre du contrôle post-arbitral.

A la vérité, octroyer à la CCJA un pouvoir d'évocation, c'est en quelque sorte retirer aux arbitres leur compétence juridictionnelle issue de la convention d'arbitrage, car en définitive on opère un transfert du litige de l'arbitrage à la justice étatique. L'idéal serait donc que la nullité de la sentence remette les parties dans le *statu quo ante* et qu'il leur soit loisible d'engager une nouvelle procédure arbitrale comme c'est le cas avec l'arbitrage traditionnel<sup>103</sup>. Mais, bien entendu, on pourra rétorquer d'abord que le mal est moindre car ce pouvoir d'évoquer émane de la volonté même des parties, et ensuite que l'évocation facilite la tâche des parties en leur offrant les services juridictionnels de la Cour qui n'était censée jouer qu'un rôle purement administratif. Ces contre-arguments ne manqueraient pas de pertinence, faut-il l'admettre.

\_\_53. En outre, l'article 29.4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA permet à la juridiction communautaire, pour statuer sur le recours en annulation, d'instruire la cause et de statuer conformément à son

<sup>102</sup> *Supra* : p. 9 et s.

<sup>103</sup> Cf. AUA, art. 29.

Règlement de procédure. La haute juridiction communautaire sera donc conduite à un réexamen en fait et en droit de l'affaire. Une telle largesse offerte à la Cour ne manque pas de choquer, d'autant que, comme expliqué précédemment, la faculté d'instruction est le degré maximal du pouvoir de révision au fond de la sentence arbitrale. Par cette disposition la justice arbitrale devient carrément hypothétique. La sentence arbitrale n'a de condition de subsistance que la bonne foi ou l'absence de résilience des parties. Peu importe que le tribunal arbitral ait été composé des plus hautes sommités du droit OHADA, il suffit d'un recours en annulation et la Cour, après instruction, pourrait se faire sa propre opinion et tout remettre en question. Quel « coup de poignard » subtile porté par le législateur OHADA à ce qu'il a lui-même promu comme un gage de sécurité juridique, cette justice arbitrale censée supplanter la justice étatique pour le règlement des différends contractuels !

\_\_54. Par ailleurs, c'est sur le terrain de la compétence-compétence que de « petits cadeaux subtiles » offerts par le législateur OHADA aux juridictions étatiques en charge du contrôle post-arbitral se découvrent le mieux, comme des « œufs de Paques », si on est quelque peu attentif à la sémantique du législateur communautaire. Pour rappel, selon le principe de compétence-compétence, seul le tribunal arbitral a la compétence pour juger de sa propre compétence. Si une partie conteste l'existence, la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage, si cette dernière ne veut pas aller à l'arbitrage, il revient uniquement aux arbitres, par une sentence

partielle ou dans la sentence finale sur le fond, de décider de leur compétence ou de leur incompétence, à charge pour les juridictions étatiques compétentes de contrôler la sentence de compétence ou d'incompétence à l'occasion du recours en annulation ou de la requête aux fins d'exequatur<sup>104</sup>.

\_\_55. Ainsi, dans le contentieux de la compétence, à bien observer les cas d'ouverture du recours en annulation (ou causes de refus de l'exequatur)<sup>105</sup>, on se demande effectivement comment la juridiction de contrôle pourrait se contenter d'un simple examen *prima facie* de la sentence arbitrale lorsque la majorité des griefs susceptibles d'être invoqués à partir des cas d'ouverture du recours en annulation ou causes de refus de l'exequatur permet à la juridiction de contrôle de réexaminer dans le fond la compétence arbitrale. En fait, qu'il s'agisse de vérifier que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée, qu'il s'agisse de contrôler la constitution du tribunal arbitral (qui nécessite au préalable une convention d'arbitrage), la conformité de la sentence à la mission arbitrale (déterminée certes dans la convention d'arbitre, mais conditionnée par l'existence préalable d'une convention d'arbitrage), etc., toutes ces questions renvoient directement ou indirectement à la compétence arbitrale. Autrement dit, une autorisation implicite est faite au juge étatique de réexaminer le procès arbitral de la compétence.

\_\_56. L'étendue du contrôle étatique post-arbitral n'ayant pas été circonscrite relativement aux trois degrés sus-évoqués

<sup>104</sup> Cf. art 11 et 13 AUA, voy. égal., pour une étude complète, Mag. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*

<sup>105</sup> AUA, art. 26 et RACCJA, art. 30.6

de la révision au fond<sup>106</sup>, l'on craint que la juridiction étatique ne soit tentée de s'approprier la mission arbitrale tant sur le fond que sur la compétence. Concrètement, cela signifie que le juge du contrôle est libre d'examiner les faits qui sont à l'origine du litige, d'interpréter la convention d'arbitrage, le contrat principal tout comme les différents documents soumis au tribunal arbitral ou les comportements des parties rapportés par le tribunal arbitral. Les éléments de fait rapportés au tribunal arbitral et que celui-ci a retenus pour apprécier la compétence pourront être exploités. Cependant, le juge du contrôle retrouve l'entière liberté de les apprécier ou de les qualifier juridiquement, sans être tenu de suivre l'appréciation ou interprétation du tribunal arbitral, ni d'avoir besoin d'invoquer, pour opérer ce contrôle, une quelconque dénaturation des documents. Ainsi, par exemple, une convention de procédure qualifiée de convention d'arbitrage pourra être requalifiée en convention de règlement amiable. De même, un comportement que le tribunal arbitral a estimé valoir acceptation de la compétence arbitrale pourra être analysé autrement par le juge du contrôle.

Une jurisprudence de plus en plus croissante en droit comparé confirme les craintes exprimées relativement à une potentielle usurpation de la compétence-compétence par les juridictions étatiques à l'occasion du contrôle post-arbitral ; en témoigne la célèbre affaire du *plateau des Pyramides*<sup>107</sup>. Dans cette affaire, le défendeur au recours en annulation prétendait que les constatations du tribunal arbitral sur sa compétence étaient

souveraines, et concernant l'interprétation des documents permettant de fonder la compétence du tribunal arbitral, que le juge du recours en annulation était lié par l'interprétation des faits telle qu'elle résultait des énonciations de la sentence arbitrale. La cour d'appel a rejeté cette thèse en retenant qu'« *il est erroné de prétendre que ce tribunal avait le pouvoir d'apprécier souverainement la validité de sa saisine et que la cour d'appel ne peut qu'entériner l'interprétation de la volonté des parties déduite par lui des éléments débattus à sa barre ; que si les arbitres dont la saisine est contestée ont le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, il n'en demeure pas moins certain qu'ils ne décident que sous réserve de l'appréciation qui sera faite par le juge du recours en annulation prévu par l'article 1504 du N.C.P.C., observation étant faite que ce recours est ouvert « si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée (article 1502-1°) » ».*

Par la suite, un pourvoi fut formé contre l'arrêt susvisé motif pris de ce que le juge de l'annulation « *ne pouvait contrôler que la violation ouverte ou la dénaturation de [la] convention [d'arbitrage], la juridiction arbitrale restant souveraine pour interpréter celle-ci, et que ladite Cour d'appel ne pouvait donc remettre en cause cette interprétation pour apprécier elle-même s'il avait été statué hors compromis* ». Le pourvoi sera rejeté par la première chambre civile de la Cour de cassation aux motifs que « *si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du NCPC, est limitée à l'examen des*

<sup>106</sup> *Supra* : n° 50, p. 21.

<sup>107</sup> CA Paris, 12 juillet 1984, *Affaire du Plateau des*

*Pyramides*, Rev. arb., 1986.75 ; JDI, 1985.129, note B. GOLDMAN.

*vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage* »<sup>108</sup>. Depuis cet arrêt fondateur, la règle est constante et on vire dangereusement vers un principe du contrôle total de la compétence<sup>109</sup>. La doctrine s'en fait l'écho<sup>110</sup> de surcroît.

Ces largesses incitent Mme BOUCARON-NARDETTO à conclure à l'existence d'un effet positif de la compétence-compétence en faveur des tribunaux étatiques. Il faut pourtant le déplorer car cette latitude accordée aux juridictions étatiques pourrait nuire à l'autonomie de la justice arbitrale et partant consacrer la suprématie de la justice étatique qui aurait le droit de censurer la sentence de compétence surtout quand on

sait qu'elle pourrait s'appuyer sur une notion dont le contenu a été à juste titre jugé « insaisissable »<sup>111</sup> par M. ASSI-ASSEPO, un concept aussi « mou » comme « l'ordre public international ».

—57. Au-delà de la compétence-compétence, pour revenir au contentieux du fond, une récente affaire en Côte d'Ivoire vient confirmer les inquiétudes exprimées précédemment à propos du cas d'ouverture du recours en annulation relatif au non-respect par les arbitres de leur mission. Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel de commerce d'Abidjan en date du 22 mars 2022<sup>112</sup>. En fait, dans cette affaire deux compagnies d'assurances se querellent sur le montant exact des factures des polices d'assurance dont l'une avait la gestion pour le compte de l'autre. L'affaire a été jugée au cours d'un arbitrage institutionnel organisé par la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI). Une sentence a été rendue à l'unanimité des arbitres, prononçant des

<sup>108</sup> Cass. civ. 1ère, 6 janv. 1987, Plateau des Pyramides, *Rev. arb.*, 1987.469, note Ph. LEBOULANGER.

<sup>109</sup> CA Paris, 28 octobre 1999, Société Fretal c. SA ITM Entreprises, préc. ; CA Paris, 22 mai 2003, Ess Food c. Caviar Trade, *Rev. arb.*, 2003. 252 ; CA Paris, 23 oct. 2003, Société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autre c. SA Laboratoires Besins International, *Rev. arb.*, 2006, p.149 : « si la mission de la cour d'appel saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée aux pouvoirs du juge de l'annulation de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question, qu'en particulier il appartient à la cour d'appel d'apprécier par elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage » ; CA Paris, 15 mai 2008, *Rev. arb.*, 2008.344 ; CA Paris, 25 sept. 2008, République Tchèque c. Nreka, *Rev. arb.*, 2009.337, note I. FADLALLAH : « la Cour, au titre de son appréciation du sens et de la portée de la convention d'arbitrage, constituée par les dispositions ci-dessus du TBI, conduit un examen indépendant, en fait et en droit, des moyens et arguments des parties [...] ».

<sup>110</sup> Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001, n° 425, p. 200 : « [d]ans le but de ne pas nuire au bon déroulement de l'arbitrage, on autorise seulement l'arbitre à porter une première appréciation sur sa compétence. Mais son appréciation reste soumise à un contrôle ultérieur strict » ; I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *Gaz. Pal.*, 5-6 juin 2002, n° 5, p. 26 : « le risque existe donc que le juge étatique contredise ultérieurement la compétence arbitrale qu'il avait initialement réservée, et ce d'autant plus que le juge du contrôle n'est lié, sur la compétence, ni par les constatations de fait, ni par les affirmations de droit de l'arbitrage ... ».

<sup>111</sup> E. ASSI-ASSEPO, « L'ordre public international dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », *Ohadata* D-09-02, p. 1, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>112</sup> Cour d'appel de commerce d'Abidjan (Côte d'Ivoire), 24 mars 2022, *La société MCI CARE CI c. La société SIDAM SA*, arrêt disponible à l'adresse suivante : [www.courdappelcommerceabidjan.com](http://www.courdappelcommerceabidjan.com).

condamnations réciproques à l'encontre de chaque partie et procédant même à des compensations. Naturellement, la partie qui avait le plus à perdre a exercé un recours en annulation auprès de la juridiction commerciale du second degré, laquelle a, à son tour annulé la sentence arbitrale motif pris du non-respect par les arbitres de leur mission.

Cependant, la motivation de la cour paraît douteuse. En effet, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, le moyen tiré du non-respect de la mission arbitrale doit être interprété strictement et consister à rechercher si le tribunal arbitral a omis de statuer sur un chef de demande (*infra petita*), ou a statué sur un objet non demandé par les parties (*ultra petita*). En l'espèce, il était indiqué dans le procès-verbal de réunion préliminaire valant acte de mission en date du 17 mai 2021 que « *le tribunal arbitral résoudra tous les points litigieux résultant des écritures déjà produites et encore à produire* ». Or, la recourante avait au cours de l'arbitrage réclamé l'application de l'article 1322 du code civil, afin, selon elle, d'établir la preuve par acte authentique de sa créance. Le Tribunal arbitral pour se faire une idée claire de la véracité des différentes allégations avait organisé une expertise à ce sujet dont les conclusions ont servi de base à sa sentence. Cela pouvait se comprendre car l'objet réel du litige était, au-delà des détours terminologiques et tournures rhétoriques des parties, de déterminer la réalité des créances alléguées par lesdites parties. Or, la sentence arbitrale répondait largement à cette question.

La cour d'appel de commerce devait donc se contenter de vérifier si le Tribunal arbitral avait statué effectivement sur l'objet du litige et partant tous les points de discorde. Pourtant, on se rend compte qu'elle porte de nombreux jugements de valeur sur l'appréciation faite par le tribunal arbitral. Par exemple, la Cour affirme :

*« Qu'à la lecture de la motivation aux pages 28 et 29 de la sentence arbitrale, la Cour constate que le tribunal arbitral a justifié le rejet de la prétention de la société MCI CARE par l'application des articles 1108, 1126 et 1326 du code civil avancés par la SIDAM, sans qu'il dise en quoi l'acte dont se prévaut la société MCI CARE ne remplit pas les conditions prévues par l'article 1322 du code civil pour avoir la force probante d'un acte authentique, soit parce qu'il n'est pas un acte sous seing privé, soit parce qu'il n'a pas été reconnu par la SIDAM à laquelle la société MCI CARE l'oppose ou encore parce qu'il ne peut être légalement tenu pour reconnu (...) ».*

À vrai dire, le juge de l'annulation, reproche au tribunal arbitral d'avoir fondé sa sentence non sur l'article 1322 du Code civil invoqué par la recourante mais sur le rapport d'expertise et d'autres dispositions du Code civil que ledit tribunal arbitral a jugé souverainement suffisants à lui donner une idée claire de la réalité des créances objet du litige. Dès lors, la Cour d'appel en reconnaissant que le tribunal arbitral « *a justifié le rejet de la prétention de la société MCI CARE par l'application des articles 1108, 1126 et 1326 du code civil avancés par la SIDAM* », elle atteste que les arbitres se sont bel et bien prononcés sur l'objet du litige<sup>113</sup>. Il n'est à *contrario* pas du ressort

<sup>113</sup>, G. CORNU, *op. cit.*, V°, « Objet (du litige) », p. 1485 : « *Dans un procès, l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre ; ce qu'une partie*

*demande et à quoi s'oppose son adversaire ; la chose demandée et contestée, donc litigieuse (res contestata, res litigiosa). Comp. CPC, a. 4 : «*

du juge de l'annulation de critiquer le choix opéré par le tribunal arbitral car le faisant elle statue non pas sur l'accomplissement de la mission arbitrale mais sur le fond même du litige. Malheureusement, le pourvoi formé contre l'arrêt d'annulation n'apporte aucune leçon à tirer du cas d'ouverture du non-respect de la mission arbitrale, étant donné que l'arrêt de la cour d'appel de commerce d'Abidjan sera cassé plus tard sur un autre terrain exclusivement procédural<sup>114</sup>.

\_\_58. De ce qui précède, il ressort une usurpation potentielle ou avérée de la compétence arbitrale par les juridictions du contrôle post-arbitral autorisée insidieusement par le législateur OHADA à travers son lexique trop extensif. À cela, il faut ajouter un zèle trop prononcé des juridictions étatiques pour s'ériger en censeur systématique de la justice arbitrale. De ce point de vue, l'autonomie de l'arbitrage devient chimérique et c'est toute sa crédibilité qui s'en trouve dissipée. On croit à une justice autonome uniquement au stade arbitral. On laisse toute la liberté aux arbitres pour s'autodéterminer. Mais, une fois la sentence rendue, l'issue véritable du processus arbitral appartient au juge de l'annulation en cas de recours. À la vérité, le destin entier de la justice arbitrale bascule entre les mains de la justice étatique toutes les fois qu'un recours en annulation est exercé ou que le contentieux de l'exequatur échoit à un juge étatique trop téméraire. Derrière cet étatisme regrettable, c'est cette contingence existentielle qui est critiquée et qui incite à rêver d'une autonomie pleine et

effective de la justice arbitrale vis-à-vis de la justice étatique. Mais, au-delà de l'autonomie, c'est l'efficacité de la justice arbitrale qui est menacée du fait de l'instrumentalisation du contrôle judiciaire post-arbitral.

## **2. Un risque d'instrumentalisation du contrôle judiciaire post-arbitral à des fins dilatoires**

\_\_59. Une autre préoccupation est celle de l'instrumentalisation des mécanismes de contrôle post-arbitral à des fins dilatoires. On le sait, la rapidité est censée être l'un des atouts majeurs de la justice arbitrale. C'est pour échapper à la complexité et aux complications procédurales de la justice étatique que les opérateurs économiques, jaloux de leur précieux temps, se confient à la justice arbitrale. Dès lors, si on peut saluer la limitation par l'OHADA des voies de recours contre la sentence arbitrale, laquelle concourt indéniablement à la célérité du processus arbitral, l'on peut néanmoins craindre un ralentissement de la procédure par le contrôle judiciaire post-arbitral. En effet, le risque d'un enlisement n'est pas négligeable. Il a été déjà expliqué que de multiples griefs permettent de remettre en cause la compétence arbitrale ; il devient trop aisé de déclencher le recours en annulation de la sentence au regard des cas d'ouverture trop « mou » comme « la violation de l'ordre public international » que personne n'a réussi à définir réellement.

\_\_60. L'absence de balise terminologique peut aboutir à un contrôle intempestif de la sentence arbitrale au gré des intérêts des parties, ce, d'autant plus que « *l'exercice du*

*L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. » Ex. l'annulation ou l'exécution d'un contrat, la réparation d'un dommage, la rupture ou le relâchement du lien*

*matrimonial, etc. On emploie souvent dans le même sens l'expression objet de la demande ».*

<sup>114</sup> CCJA, arr. n° 171/2023, 13 juil. 2023, *Société SIDAM c. Société MCI CARE*, arrêt inédit.

*recours en annulation suspend l'exécution de la sentence jusqu'à ce que le juge étatique ait statué* »<sup>115</sup>. On aura évité les manœuvres dilatoires pendant la procédure arbitrale mais en réalité cette paralysie de la mauvaise foi des plaideurs n'aura été que momentanée. La seule épreuve du plaideur impertinent serait la patience. Une fois cette vertu acquise, il attendrait le prononcé de la sentence pour faire jouer son droit à contestation. De plus, ses espoirs de faire échec au procès arbitral se trouvent amplifiés par les autorisations implicites accordées au magistrat de rejuger l'espèce arbitrale indirectement sur le fond et partant d'aller en sens contraire de la sentence arbitrale.

\_\_61. Une autre preuve du risque d'enlisement de la procédure arbitrale au moyen du contrôle judiciaire de la sentence arbitrale est fournie par la même affaire opposant la société MCI CARE contre la SIDAM. Cette affaire a révélé une faille majeure du système actuel de l'arbitrage OHADA. Cette faille résulte de l'article 29 de l'Acte uniforme OHADA. Cet article dispose en effet, qu'«*en cas d'annulation de la sentence arbitrale et sauf lorsque ladite annulation est fondée sur le fait que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée, il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale,*

*conformément au présent Acte uniforme*».

La question que soulève cette disposition est cruciale. En effet, elle donne la possibilité aux parties de reprendre la procédure arbitrale annulée. Mais, elle ne prend pas le soin de canaliser l'engouement de la partie dite « la plus diligente » au point de faire courir à la justice arbitrale un risque de procédures parallèles et de contrariété de décisions<sup>116</sup>. Le législateur OHADA en donnant cette faculté aux parties sans aucun délai d'attente semble oublier que paradoxalement à la faculté de reprise de la procédure arbitrale, il a donné à l'article 25 alinéa 3 une autre possibilité, celle de former un pourvoi en cassation contre la décision du juge de l'annulation. On se retrouve ainsi dans la situation d'une première procédure qui peut se poursuivre devant la CCJA en tant que juridiction de cassation et d'une nouvelle procédure d'arbitrage engagée par la partie la plus diligente sur la même affaire, pourtant encore pendante devant la haute juridiction de communautaire. C'est cette situation gênante et pénible qui s'est produite au cours de l'affaire précitée, au vu des enjeux financiers, on imaginait mal les parties manquer de diligence surtout celle à qui profitait l'arrêt d'annulation. Cette dernière n'a en effet pas hésité à réintroduire une nouvelle demande en arbitrage auprès de la CACI pendant que celle à qui l'arrêt était profitable attendait patiemment l'issu de

<sup>115</sup> (AUA, art. 28).

<sup>116</sup> Pour parer à cette situation, l'arbitrage CIRDI recourt à une solution qui ne transige pas et cela n'a pas échappé à l'œil attentif du Pr. E. GAILLARD, La jurisprudence du CIRDI (vol. I), *op. cit.*, p. 762 : « *principe de l'autonomie de l'arbitrage CIRDI* » signifie « *que si une contrariété de décisions résulte de cette liberté d'appréciation du tribunal chargé de statuer sur les engagements internationaux de l'État,*

*ce dernier ne pourra pas s'abriter derrière la décision prise dans un ordre juridique pour ne pas respecter celle qui a été rendue dans l'ordre international. C'est ce principe qui, en cas de contrariété de décisions, commande la solution selon laquelle celle qui a été rendue sur le fondement du traité l'emporte en définitive sur la décision rendue sur le fondement du seul contrat [...]* ».

son pourvoi en cassation. Une décision rendue sur le pourvoi en cassation formé contre l'ordonnance de la Cour d'appel annulant la première sentence peut venir en totale contradiction avec la sentence arbitrale rendue sur la deuxième procédure générant ainsi une contrariété de décisions.

\_\_62. En pareille occurrence, quelle solution espérer pour éviter le pire ? Un sursis à statuer sur la nouvelle procédure d'arbitrage, prévu par les textes, en cas de pourvoi devant la CCJA pourrait régler aisément la question. Mais, dans l'affaire « la MCI CARE contre la SIDAM » rien n'y fit en l'absence d'un tel sursis prévu par les textes. En effet, une seconde procédure arbitrale fut ouverte entre les mêmes parties et dans la même cause qui était pourtant encore bien pendante devant la CCJA. Une seconde sentence arbitrale a même été rendue. Fort heureusement, la providence a épargné cette procédure des décisions contraires tant redoutées, la CCJA a en effet déclaré nul et non avenu l'arrêt d'annulation de la cour d'appel de commerce d'Abidjan, jugé trop tardif (le juge d'appel ayant statué hors délai<sup>117</sup>).

\_\_63. La première véritable solution devrait donc provenir du législateur

<sup>117</sup> CCJA, arr. n° 171/2023 préc. : « (...) qu'« **en tout état de cause, le jugement est rendu dans un délai impératif de trois mois à compter de la première audience.** » ; (...) que la notion de date de saisine prévue par l'article 27 AUA doit être entendue, en République de Côte d'Ivoire, comme celle à laquelle la juridiction nationale peut légalement commencer l'instruction de son dossier, à savoir la date de la première audience ; **Attendu qu'en l'espèce, l'affaire objet du recours en annulation de la sentence arbitrale a été appelée pour la première fois à l'audience du 23 décembre (...); la Cour d'appel qui a statué le 24 mars 2021, alors que le délai avait expiré la veille à savoir le 23 mars 2021, l'a fait hors délai ; qu'au moment où elle statuait, la cour d'appel était donc dessaisie au profit de la Cour**

communautaire qui devrait ajouter au texte de l'article 25 alinéa 3 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage des dispositions imposant un sursis à statuer tant que l'issu du pourvoi en cassation éventuel n'est pas connu ou que le délai d'exercice dudit pourvoi n'a pas expiré et fait l'objet d'un « certificat de non pourvoi ». Mais, surtout, face à cette insécurité juridique et judiciaire, n'est-il pas temps d'envisager de *lege lata* l'instauration en droit OHADA de mécanismes autonomes de contrôle de la sentence arbitrale ?

### **B- De l'instauration de lege lata de mécanismes autonomes de contrôle post-arbitral**

\_\_64. Le postulat selon lequel l'arbitrage ne saurait produire du droit sans le parrainage ou même le patronage du droit étatique semble s'évanouir dans les mutations profondes que subit cette matière au fil du temps. De ce point de vue, l'arbitrage doit être envisagé comme une justice à part entière et entièrement à part. Une grande partie de la doctrine<sup>118</sup>, appuyée par la jurisprudence, notamment dans les affaires *Hilmarton* et *Chromalloy*<sup>119</sup>, est de plus en plus attentive à cette émancipation de

*commune de justice et d'arbitrage ; qu'en statuant alors qu'elle n'était plus saisie, la cour d'appel a commis un excès de pouvoir et son arrêt est dès lors nul et non avenu.*

<sup>118</sup> E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2008 ; E. GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité », *op. cit.* ; pour une étude complète, voy. F.-G. MOUTIL, *op. cit.*

<sup>119</sup> Cass. civ. 1ère, 23 mars 1994, *Hilmarton*, *JDI*, 1994.701, note E. GAILLARD ; *Rev. arb.*, 1994.327.

note Ch. JARROSSON ; CA Paris, 14 janv. 1997, *Chromalloy*, *JDI*, 1998.750, note E. GAILLARD ; *Rev. arb.*, 1997.395, note Ph. FOUCHARD.

l'arbitrage du joug étatique. La règle de compétence-compétence est à n'en point douter l'une des formes les plus relevées de cette autonomie. Peu à peu l'ordre juridique arbitral s'affirme et se construit. L'ordre juridictionnel arbitral en résulte intrinsèquement. Le Référé pré-arbitral conçu par la Chambre de commerce internationale<sup>120</sup>, et qui se répand de plus en plus dans les centres d'arbitrage à travers le monde, n'en est-il pas une illustration ? Aussi, ne serait-il pas utopique de suggérer, pour remédier aux insuffisances du contrôle étatique de la sentence arbitrale, des procédés autonomistes (2) fondés sur l'hypothèse d'un ordre juridique arbitral autonome (1).

### **1. Une solution fondée sur l'hypothèse d'un ordre juridique arbitral autonome**

—65. Dans ses célèbres *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, M. GAILLARD dénombre trois représentations graduelles de l'arbitrage. La première et la plus ancienne représentation fait de l'arbitrage une composante d'un ordre juridique étatique donné. Une telle représentation consiste à « *assimiler purement et simplement l'arbitre à une juridiction d'un ordre juridique unique, qui se trouve être l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, le siège étant conçu comme un for* »<sup>121</sup>. Par exemple, l'on pense que cette représentation a influencé l'émergence de l'idée assez répandue dans l'espace OHADA que le tribunal arbitral serait une juridiction de premier degré de l'État du

siège, raison pour laquelle une cour d'appel serait compétente pour connaître du recours en annulation. Une telle conception trouve beaucoup de difficultés à penser l'arbitrage comme une justice autonome et entièrement émancipée du droit étatique. La deuxième représentation fonde l'arbitrage sur une pluralité d'ordres juridiques étatiques. Cette représentation de l'arbitrage est, selon Emmanuel GAILLARD, « *celle qui trouve la source de la juridicité de la sentence non dans le seul ordre juridique du siège, mais dans l'ensemble des ordres juridiques prêts, à certaines conditions, à reconnaître l'efficacité de la sentence. Dans cette optique, multilocalisatrice tandis que la précédente était monolocalisatrice, le droit du siège de l'arbitrage, sans être éliminé complètement, n'est plus qu'un droit parmi d'autres* »<sup>122</sup>. C'est en vertu de cette conception qu'on prétend que les arbitres n'ont pas de for et que leur for est le monde entier et que de ce fait tout État peut donner effet à une sentence arbitrale même si elle a été rendue à l'étranger, d'où la signature de la convention de New York de 1958. On voit dans la seconde conception un détachement de l'arbitrage d'un ordre juridique étatique donné mais on ne peut réellement parler d'autonomie car le destin de l'arbitrage se trouve encore, dans cette conception, entre les mains des ordres étatiques. Enfin, la troisième représentation est celle de l'ordre juridique arbitral. Purement autonomiste et pluraliste, cette conception « *accepte de considérer que la juridicité de l'arbitrage puisse être puisée non dans un ordre juridique étatique, qu'il*

<sup>120</sup> Institut pour l'Arbitrage International (IAI), « Les premières applications du Règlement de référé pré-arbitral de la CCI », Séminaire du 31 mai 2002, *Revue libanaise de l'arbitrage*, 2003, n° 25.

<sup>121</sup> E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 11, p. 73.

<sup>122</sup> *Ibid.*, n° 23, p. 81.

*s'agisse de celui du siège ou de celui du ou des lieux d'exécution, mais dans un ordre juridique tiers, susceptible d'être qualifié d'ordre juridique arbitral. Elle correspond à la perception forte chez les arbitres du commerce international qu'ils ne rendent pas la justice au nom d'un État quelconque, mais qu'ils n'en exercent pas moins une fonction juridictionnelle au service de la communauté internationale »<sup>123</sup>.*

\_\_66. Ainsi, s'appuyant sur la troisième représentation pour faire de l'arbitrage une justice privée utilitaire, un système entièrement émancipé du joug étatique, l'on pense qu'il incombe au droit OHADA d'instaurer des mécanismes autonomes de contrôle de la sentence arbitrale. Cela part de l'idée qu'il faut accorder une pleine confiance à la justice arbitrale en tant qu'émanation d'un ordre juridique autonome, l'ordre juridique arbitral, et lui donner les moyens de s'autodéterminer dès lors qu'on la considère comme un mode préférentiel de règlement des différends contractuels. Cela la rendrait plus crédible aux yeux des investisseurs surtout quand l'arbitrage comporte une dimension internationale avec des acteurs étrangers.

Certes, l'on pourrait opposer à cette philosophie autonomiste l'argument de la souveraineté étatique ; la fonction juridictionnelle étant l'un des attributs essentiels de ladite souveraineté. Mais, cet argument pourrait être battu en brèche. Il y

a bien un moment que les États ont sacrifié à l'autel du libéralisme économique une grande part de leur souveraineté et partant leur monopole d'édicter le droit et de rendre la justice. La *lex mercatoria*<sup>124</sup> en est l'illustration la plus édifiante. L'arbitrage est pourtant la justice marchande de principe et la règle de compétence-compétence, une de ces règles matérielles que le commerce international a forgées et solidifiées au fil de son évolution. Ainsi, les États doivent faire preuve de cohérence et accepter l'idée bien ancrée dans la théorie contemporaine du droit qui consiste en la désinstitutionalisation, et du droit, et de la justice.

C'est donc dire que cette conception qui n'est que pure virtualité ne peut accéder à la réalité que si l'OHADA adhère à une vision purement autonomiste de la justice arbitrale qui serait perçue non pas en tant qu'une justice parallèle, et dont la juridicité semble encore débattue<sup>125</sup>, ni même en tant qu'une justice subalterne qui n'acquiert légitimité que marquée du sceau étatique, mais comme une justice alternative chargée d'une mission particulière, foncièrement économique et dotée d'agents et d'institutions propres. Franchir un tel cap signifierait que la justice arbitrale puisse se doter de procédés autonomes de contrôle de la sentence arbitrale.

<sup>123</sup> *Eod loc*, n° 40, p. 91.

<sup>124</sup> Quoique controversée, la *lex mercatoria* est aujourd'hui bien établie ; voy. en ce sens les travaux de B. GOLDMAN, « Frontières du droit et «*lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit : Le droit subjectif en question*, Dalloz 1964, p. 177 ; Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Études offertes à Berthold GOLDMAN*, 1982, p. 97 ; dans

une perspective différente, C. SCHMITTHOFF, « The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Opération », *The Sources of the Law of International Trade*, Londres, Stevens & Sons, 1964, p.3.

<sup>125</sup> Sur cette question, voy. notam. A. STONE SWEET, Fl. GRISEL, « L'arbitrage international : Du contrat dyadique au système normatif », *Arch. Ph. Dr.*, t. 52, *L'arbitrage*, Dalloz, 2009, pp. 75-95.

## **2. Des procédés autonomes de contrôle de la sentence arbitrale**

\_\_67. Confier le contrôle des sentences arbitrales à une entité spécifique à l'arbitrage conférerait plus d'autonomie à l'arbitrage OHADA en ce qu'elle soustrairait le processus arbitral de l'emprise judiciaire. Cela aboutirait également à centraliser le contentieux du contrôle entre les mains d'une institution unique mais décentralisé et déchargerait la CCJA de sa mission de contrôle de l'arbitrage institutionnel. Toute sentence arbitrale prononcée sur le territoire d'un État-partie à l'issue d'un arbitrage ad hoc ou institutionnel (CCJA ou autre) devra être examinée par l'institution de contrôle national et devra être archivée dans un fichier régional tenu au siège. L'un des atouts dont devra faire sien le processus de contrôle est l'outil informatique qui permet une communication rapide des documents sans nécessiter le déplacement des parties. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication doivent nécessairement pénétrer la méthodologie de l'OHADA. Une audition par « visioconférence » ne doit plus être considérée de nos jours comme une simple vue de l'esprit. La nécessité d'innover s'impose en droit africain comme ailleurs. Par conséquent, l'extrême rapidité de la procédure serait un enjeu capital. Les outils matériels ainsi que les ressources humaines et financières ne sont plus des obstacles à cette Afrique émergente. Tout repose sur la volonté politique.

\_\_68. L'hypothèse envisagée est celle d'un contrôle intra-arbitral effectué par une instance collégiale autonome créée au sein de l'ordre juridique arbitral de l'OHADA.

Cette institution dont les membres élus seraient des arbitres expérimentés et reconnus au sein de l'espace OHADA pour leur sagesse et leur probité serait présidée par l'un desdits membres lui-même élu par ses pairs. Un acte fondateur signé par les États membres de l'OHADA, les Ministres de la justice, les corporations d'opérateurs économiques et toutes les entités concernées par la justice arbitrale, son essor et son succès définirait l'organisation et le fonctionnement exact de cette institution. Son siège serait établi sur le territoire d'un État-membre de l'OHADA et elle aurait des représentations dans chaque État-membre.

\_\_69. Peu importe la dénomination donnée à l'institution de contrôle des sentences arbitrales (Centre Régional de contrôle des opérations d'arbitrage, par exemple), l'essentiel est la mission qui lui serait assignée à savoir passer au peigne fin l'ensemble des sentences arbitrales au regard de la loi et de la volonté des parties lorsqu'elle serait saisie en contestation de la validité de la sentence arbitrale, de même que le ferait un juge étatique. De ce fait, un examen ultime de la compétence du tribunal arbitral serait effectué par l'autorité de contrôle. Par ailleurs, elle devra avoir la compétence de donner force exécutoire aux sentences arbitrales qu'elle jugera valides dispensant ainsi de la procédure d'exécutur. Quant à l'étendue du contrôle, elle devra dépendre du grief invoqué. L'autorité de contrôle devra juger souverainement de l'opportunité d'un contrôle approfondi ou non selon les nécessités de l'espèce et pourra même être dotée du pouvoir d'évocation.

\_\_70. Une solution complémentaire pourrait s'ajouter à celle proposées en sus. Il s'agit de l'arbitrage à double degré déjà

expérimenté en droit comparé, notamment en France où les parties peuvent décider que la sentence arbitrale fera l'objet d'appel<sup>126</sup>. Par principe, et par soucis de célérité, le tribunal arbitral statue en premier et dernier ressort et seul le contrôle post-arbitral confié aux juridictions étatiques ainsi qu'à la CCJA peut avoir lieu de façon superficielle ; on l'a déjà dit : il n'est pas possible, en droit OHADA de faire appel contre une sentence arbitrale<sup>127</sup>. Toutefois, en droit comparé, certains centres d'arbitrage prévoient la possibilité d'un arbitrage à deux degrés : une procédure d'arbitrage de première instance suivie, le cas échéant, d'une procédure d'appel également devant des arbitres. Mais, dans ces législations, l'existence d'un appel arbitral n'exclut pas les recours devant les juridictions d'État lorsque ceux-ci sont impératifs.

\_\_71. En plus de l'institution autonome de contrôle qui interviendrait en dernier ressort pour statuer sur le recours en annulation ou la demande d'exequatur, l'on pourrait laisser la possibilité aux différents centres d'arbitrage de proposer dans leur offre un arbitrage à double degré prévu dans un délai assez court. On peut croire que, contrairement à une cour d'appel étatique, le « tribunal arbitral d'appel » ne serait pas en charge d'une quantité énorme de dossiers auquel cas on pourrait prévoir dans les dispositions règlementaires que les arbitres déjà engagés dans une instance arbitrale ne pourraient pas siéger dans une autre instance arbitrale de second degré sans avoir préalablement été dessaisis de leurs

dossiers en cours, ce pour éviter, une surcharge et, partant, fluidifier la procédure arbitrale d'appel. Bien entendu, une telle innovation supposerait une modification de l'article 25 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUA<sup>128</sup> pour consacrer un appel intra-arbitral, autonome et qui permettrait de statuer à nouveau sur l'affaire.

En outre, le double degré arbitral devra être stipulé expressément dans la convention d'arbitrage pour s'assurer de sa légitimité auprès des parties concernées qui en assumeront les frais selon les mêmes modalités de l'instance arbitrale de première instance. On pourrait rétorquer les frais et le temps supplémentaires que ne nécessiterait une telle procédure. Mais, un tel argument serait surprenant au vu de la densité actuelle du contentieux post-arbitral qui porte à croire que dans les arbitrages en droit OHADA, les parties semblent disposer suffisamment d'argent et de temps pour multiplier les procédures de contestations qui le plus souvent ne prennent fin qu'au stade de la cassation. Ainsi pourquoi, ne pas consacrer ce temps et ces moyens financiers au système arbitral lui-même qui d'ailleurs aurait l'avantage d'être plus rapide, plus confidentiel et surtout plus libre ? Pourquoi donc ne pas, si on voue une sincère considération pour la justice arbitrale, consacrer les efforts et les moyens au développement et à l'autonomie réelle de cette forme de justice si originale ?

\*

\* \*

\_\_72. Dans ses lignes inaugurales, la

<sup>126</sup> Voy. notam. art. 1489 CPC (France) : « La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties. »

<sup>127</sup> *Supra* : n° 7, p. 5 ; n° 51, p. 21.

<sup>128</sup> Art. 25 al. 1<sup>er</sup> : « la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, **d'appel** ni de pourvoi en cassation ».

présente étude se préoccupait de savoir si la dévolution du contrôle post-arbitral aux juridictions étatiques était propice à une autonomie réelle de la justice arbitrale ; en d'autres termes, est-il cohérent de confier le sort de la justice arbitrale à celle qu'on a pris l'habitude de soupçonner ou d'accuser de tous les défauts<sup>129</sup>. L'arbitrage pouvait-il réellement s'émanciper du joug étatique pour qu'enfin puisse se réaliser le vœu du Doyen MOTULSKY<sup>130</sup> ? En guise de réponse, on a pu constater qu'en dépit de l'opportunité de principe du contrôle post-arbitral, la dévolution de cette compétence aux juridictions étatiques s'avère problématique au regard des aspirations autonomistes de la justice arbitrale. Si on entend faire de l'arbitre le « juge naturel »<sup>131</sup> des différents contractuels dans l'espace OHADA, l'on estime qu'il faut donner à la justice arbitrale les moyens de s'assumer et de s'autodéterminer. L'idée de soumettre la sentence arbitrale à un contrôle étatique pour admettre sa juridicité témoigne d'un souverainisme et d'un étatismisme qui s'accommode difficilement à la quête d'attractivité de l'espace OHADA.

\_\_73. Certes, l'arbitrage est une justice de nature privée, conventionnelle par sa source, juridictionnelle dans son fonctionnement<sup>132</sup>. Mais, la source conventionnelle de l'arbitrage n'enlève rien à ses vertus en tant que forme de justice à

part entière, encore moins son caractère privé : un juge ne peut manquer de crédibilité du seul fait que sa nomination ne découlerait pas d'une loi étatique mais d'une loi conventionnelle et que son tribunal ne se situe pas au « palais ». Les arbitres ne sont pas moins outillés en termes d'expertise juridique que les juges étatiques. Aucune preuve ne peut être apportée d'une plus grande probité des juges étatiques que celle des arbitres. Pis, on l'a vu, le développement de l'arbitrage contemporain se justifie par les lacunes de la justice étatique. Aucun argument sérieux ne justifie donc que l'on arrime le destin de la justice arbitrale au bon vouloir de la justice étatique.

\_\_74. C'est donc un fervent autonomisme qui a guidé la présente étude, moins pour dénoncer que pour promouvoir, moins pour juger que pour défendre. L'esprit libertaire des arbitragistes – le Doyen MOTULSKY placé au premier rang – apprécie davantage le rôle d'une justice d'appui que celui d'une justice de contrôle qui s'empresse de réduire à néant des sentences qui auraient pu constituer la source première de la jurisprudence arbitrale. A une époque où la justice connaît des mutations profondes et que les sociétés les plus progressistes ne manquent jamais d'imagination pour déployer leur attractivité économique, quitte à proposer les idées les plus

<sup>129</sup> D. C. SOSSA, *op. cit.*

<sup>130</sup> FOUCHARD (Ph.), « Henry MOTULSKY et l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1992.523, spéc. n° 22.

<sup>131</sup> Sur cette notion, voy. notam. N. PICARDI, « Le juge naturel – Notion fondamentale en Europe », *RIDC*, Vol. 62, N° 1, 2010, pp. 27-73, disponible sur [http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2010\\_num\\_62\\_1\\_19930](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2010_num_62_1_19930) ; E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, n° 25, pp. 33-42, disponible sur

[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_REVUE=RFAP&ID\\_NUMPU=BLIE=RFAP\\_125&ID\\_ARTICLE=RFAP\\_125\\_003\\_3](http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPU=BLIE=RFAP_125&ID_ARTICLE=RFAP_125_003_3).

<sup>132</sup> VIDAL résume parfaitement cet hybridisme caractéristique de l'arbitrage : « *l'arbitrage est un mode conventionnel de règlement juridictionnel d'un litige* » ; D. VIDAL, « Notions de base de l'arbitrage », in Y. STRICKLER, J.-B. RACINE, *L'arbitrage – Questions contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 13.

déroutantes, à une époque où certains expérimentent une « justice prédictive »<sup>133</sup>, il faut absolument repenser le fonctionnement du contrôle post-arbitral. Pourquoi ne pas tenter l'expérience d'une justice arbitrale enfin émancipée dans tous ses aspects ?

---

<sup>133</sup> Sur cette question, voy. R. BOUCQ, « la justice prédictive en question », *Dalloz Actualité*, 14 juin 2017, disponible sur : [https://www.dalloz-](https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question#.W1csGTe2zIU)

[actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question#.W1csGTe2zIU](https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question#.W1csGTe2zIU).

## LE COUPLE POLYGAME EN DROIT BURKINABÈ

**Diane Horélie PALGO**

*Attachée de recherche, INSS/CNRST*

*Docteur en droit privé et sciences criminelles.*

### **Résumé**

Le droit burkinabè reconnaît expressément le mariage civil comme l'une des principales formes de mariage. Pour le mariage civil, deux options matrimoniales sont prévues : la polygamie et la monogamie. La monogamie est consacrée comme l'option de principe et la polygamie comme une option secondaire.

Cette reconnaissance expresse de la polygamie conduit à considérer que les effets personnels du mariage prévus par le Code des Personnes et de la Famille s'appliquent aux deux options matrimoniales (monogamie et polygamie). Toutefois, l'application des obligations du mariage dans la pratique pour le couple polygame est différente compte tenu de la particularité même du mariage polygamique.

Le mutisme du législateur sur l'application des effets personnels moyennant adaptation en cas de pluralité des liens conjugaux simultanée de l'époux est, de ce fait, critiquable. Les relations extrapatrimoniales du couple polygame sont également régies par des règles impératives qui ne tiennent pas compte de la spécificité du fonctionnement de ces couples. Le législateur applique systématiquement au couple polygame, un régime de séparation des biens n'excluant pas la contribution par chacun des membres aux charges du mariage.

### Introduction

La famille est importante dans toute société. En effet, « *la famille complète et perpétue notre être : elle l'étend dans l'espace et dans la durée. L'homme seul n'occupe qu'un point sur la surface de la terre, et en mourant ne laisse rien après soi. La famille étend ses rameaux, envoie au loin ses rejetons et plonge des racines presque immortelles* »<sup>1</sup>. Le mariage, défini comme l'union entre un homme et une femme<sup>2</sup> est un moyen de fonder la famille, considérée comme la cellule de base de la société<sup>3</sup>. Par conséquent, la famille fondée sur le mariage est aujourd'hui celle qui est légalement reconnue. Le mariage, clé de voûte de la famille<sup>4</sup>, revêt cependant plusieurs formes donnant ainsi aux futurs époux une option matrimoniale<sup>5</sup>. Le couple peut être monogame ou polygame.

Le droit burkinabè fait du mariage civil le seul type de conjugalité légal reconnu par le Code des Personnes et de la Famille (CPF). La hiérarchisation des systèmes matrimoniaux est alors consacrée en droit burkinabè. Le système de la monogamie est le choix de

droit commun et celui de la polygamie est un choix optionnel et exceptionnel<sup>6</sup>. Le choix de l'option matrimoniale (monogamie ou polygamie) est l'aspect le plus important du mariage<sup>7</sup>. La monogamie est le régime selon lequel est pensé le mariage dans la société burkinabè. La matérialisation expresse de la reconnaissance de la monogamie comme le régime de droit commun permet de comprendre le type de famille et de société que l'Etat burkinabè veut mettre en place, ainsi que les valeurs qu'elle doit incarner. Certaines dispositions du Code des Personnes et de la Famille (CPF) laissent percevoir que, en réalité, un plein épanouissement des époux ne se conçoit vraisemblablement que dans un mariage monogamique<sup>8</sup>. L'article 232 le précise en ces termes : « *dans le but de favoriser le plein épanouissement des époux, de lutter contre les entraves socio-économiques et les conceptions féodales, la monogamie est consacrée comme la forme de droit commun du mariage. Toutefois, la polygamie est admise dans certaines conditions* ». Consacrer une option matrimoniale tout en étant

<sup>1</sup> JANET Paul. *La famille : leçons de philosophie morale* 1856, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, p. 15, Disponible sur : [La famille : leçons de philosophie morale / par Paul Janet,... \(bnf.fr\)](#).

<sup>2</sup> Article 237 du CPF -Burkina Faso.

<sup>3</sup> Article 231 du CPF -Burkina Faso.

<sup>4</sup> KOUMBA Mesmin Euloge, « Le pré-mariage dans le code de la famille congolais », *Revue RAMReS/S.J. P*, n°01, Janvier 2023, p. 306.

<sup>5</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *Revue PENANT*, 97<sup>ème</sup> année, n°793, Janvier à Avril 1987, p. 87.

<sup>6</sup> Art. 232. Dans le but de favoriser le plein épanouissement des époux, de lutter contre les

entraves socio-économiques et les conceptions féodales, la monogamie est consacrée comme la forme de droit commun du mariage. Toutefois, la polygamie est admise dans certaines conditions.

<sup>7</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de droit, Tome 1§2, Université des sciences sociales de Toulouse, octobre 2003, p. 151.

<sup>8</sup> Art. 232. Dans le but de favoriser le plein épanouissement des époux, de lutter contre les entraves socio-économiques et les conceptions féodales, la monogamie est consacrée comme la forme de droit commun du mariage. Toutefois, la polygamie est admise dans certaines conditions.

conscient que les membres n'y seront pas épanouis, est une manière pour le législateur de dissuader les futurs époux d'y souscrire. Un auteur africain considère que : « *la monogamie constitue la forme normale et idéale du mariage. Quand on se marie, on le fait à une femme et on pense rarement au même moment à une deuxième ou à une troisième* »<sup>9</sup>. Pourtant, un autre auteur considère que : « *dans une Afrique en constante paupérisation et instabilité économique, le choix de la monogamie se fait plus par dépit que par conviction* »<sup>10</sup>. La polygamie a longtemps été perçue comme un moyen d'obtenir de la main d'œuvre et de s'assurer une certaine stabilité économique. En effet, le législateur burkinabè « *semble n'avoir retenu la polygamie qu'à contre-cœur* »<sup>11</sup>. Il faut remarquer qu'il a dû « *céder aux résistances et même à l'hostilité d'une partie de la population face au projet initial, qui retenait la monogamie comme seule forme de mariage* »<sup>12</sup>. La reconnaissance expresse de la polygamie était nécessaire afin d'assurer une certaine équité dans le choix de l'option matrimoniale. En effet, la

famille polygame a pendant longtemps été reconnue dans la société traditionnelle africaine comme utile pour la communauté<sup>13</sup>. Il a pu être constaté que ce sont les femmes, principalement celles des milieux ruraux, qui ont souhaité le maintien de la polygamie dans la législation<sup>14</sup>.

La reconnaissance de la polygamie est la manifestation de l'exercice même de la liberté individuelle<sup>15</sup> et de religion en droit burkinabè. C'est l'expression de la libéralisation même des droits fondamentaux. En effet, la défense des droits humains a été un motif pour le législateur lors de l'adoption du CPF en 1989<sup>16</sup>. « *La polygamie a été admise afin d'éviter de heurter de front la sensibilité des citoyens burkinabè, sur une question remettant en cause leurs valeurs traditionnelles* »<sup>17</sup>. Il faut, cependant, exclure de la polygamie légale, les mariages célébrés religieusement et coutumièrement car, le CPF ne reconnaît pas pour l'instant ces formes de conjugalité. Il faut néanmoins noter que le 5<sup>ème</sup> recensement général de la population a fait ressortir qu'au Burkina Faso, 22% des hommes sont polygames<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *Revue PENANT*, *op.cit.*, p. 92.

<sup>10</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de droit, *op.cit.*, p. 163.

<sup>11</sup> ILBOUDO Monique, *Droit de cité : Être femme au Burkina Faso*, Ouagadougou, Éditions Hamaria, 2006, p. 89.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> NGUIMFACK Leonard, « Conflits dans les familles polygames et souffrance familiale », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 2014/2, n° 53, p. 50.

<sup>14</sup> ILBOUDO Monique, *op.cit.*, p. 89.

<sup>15</sup> Au nom de cette liberté et du respect de la vie privée, chaque personne est libre de choisir l'option matrimonial qu'il souhaite pour son mariage.

<sup>16</sup> ILBOUDO Monique, *Droit de cité : Être femme au Burkina Faso*, *op.cit.*, p. 78.

<sup>17</sup> DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, Thèse de droit privé et sciences criminelles de l'Université de Bordeaux et de l'Université D'Abomey-Calavi, 15 décembre 2017, p. 285, § 378.

<sup>18</sup> Il s'agit précisément d'union polygame légale. Aussi « la majorité des mariés sont monogames. La

Le législateur prévoit alors une certaine liberté pour les couples dans le choix de l'option matrimoniale. L'acte de mariage polygamique n'est validé qu'après le constat de la réunion d'un certain nombre de conditions, notamment l'existence du consentement. Le droit burkinabè exige un double accord de volonté : celui de la future épouse polygame qui doit opter de façon expresse pour le choix du régime polygamique et celui du futur mari polygame. On assiste à la réaffirmation de l'importance du consentement matrimonial. Cette liberté matrimoniale implique la liberté de choisir son option matrimoniale en toute connaissance de cause. La polygamie n'est donc pas imposée, du moment où elle relève de la volonté expresse et exclusive des futurs époux. En effet, « *l'idée de mariage implique celle de concordance, d'accord* »<sup>19</sup>. Cette option doit alors être choisie avant le mariage par une « *déclaration souscrite par les*

*époux* »<sup>20</sup>. Avant le mariage, les époux disposent de la liberté d'accepter ou de renoncer librement à cette option. Pour établir l'existence de consentement, le droit burkinabè impose à l'Officier d'État Civil (OEC), de recevoir physiquement les futurs époux<sup>21</sup>. Cela permet à l'OEC de s'assurer du consentement des futurs époux, surtout en cas de choix de l'option polygamique, et de recevoir par la même occasion leur déclaration<sup>22</sup>. C'est manifestement le constat du « *libre arbitre d'adultes consentants voulant s'engager dans une union multiple* »<sup>23</sup> qui est recherché. La formation du couple polygame est cependant restreinte par l'exigence que le futur conjoint ne soit pas membre proche de la famille de la mariée<sup>24</sup>. Le mariage incestueux reste d'interdiction formelle, quelle que soit l'option matrimoniale<sup>25</sup>. On constate que le législateur burkinabè ne prévoit pas expressément la possibilité de passer d'une option

---

polygamie concerne néanmoins 37.5% des femmes et 22% des hommes. Quel que soit l'âge la proportion des femmes vivant dans une union polygame dépasse celle des hommes ». Cf. Ministère de l'Économie des finances et de prospective, Institut National de la Statistique et de la Démographie (INSD), 5<sup>ème</sup> RGPH, Cinquième Recensement Général de la Population et de l'Habitation du Burkina Faso, synthèse des résultats définitifs, Juin 2022, p. 53-54.

<sup>19</sup> ILBOUDO Monique, *op.cit.*, p. 74.

<sup>20</sup> Article 258 CPF.

<sup>21</sup> Art. 252. En vue de la constitution du dossier de mariage, chacun des futurs époux doit se présenter personnellement devant l'officier de l'état civil d'un centre principal d'état civil.

<sup>22</sup> Art. 258. L'option de polygamie résulte d'une déclaration souscrite par les futurs époux antérieurement à la célébration du mariage. Ceux-ci comparaissent personnellement devant l'officier de l'état civil du lieu de constitution du dossier de

mariage et, en cas de mariage à l'étranger, devant l'agent diplomatique ou consulaire territorialement compétent.

<sup>23</sup> Cf. Conseil du statut de la femme, Avis, la polygamie au regard du droit canadien, Québec, Bibliothèque et Archives nationales, Novembre 2010, p. 99.

<sup>24</sup> Article 247, 248, 249 du CPF.

<sup>25</sup> Article 533-18 du Code pénal burkinabè de 2018 : Constitue le délit d'inceste puni d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende d'un million (1 000 000) à cinq millions (5 000 000) de francs CFA, le fait d'avoir des rapports sexuels avec ses ascendants ou descendants sans limitation de degré ou avec un frère ou une sœur germaine, consanguins ou utérins.

Or les cas de concubinage notoire ou de mariage incestueux, la poursuite ne peut être engagée que sur plainte d'un parent et seulement contre la ou les personnes désignées dans la plainte.

matrimoniale à une autre. Il est alors difficile de changer d'option au cours du mariage<sup>26</sup>. En effet, la souscription de l'option polygamique exige une déclaration expresse avant la célébration du mariage<sup>27</sup>. Il n'est alors pas évident de passer de l'option polygamique à celle de monogamie. Par contre, il n'est tout simplement pas possible de passer de l'option de monogamie à celle de polygamie<sup>28</sup>.

Le mot couple provient du terme latin « *copula* » qui signifie un lien, une chaîne ou une paire<sup>29</sup>. Le couple indique l'idée de l'existence de deux personnes ou de deux choses. Il implique également deux personnes unies par le mariage, liées par un pacs ou vivant en concubinage<sup>30</sup>. Le CPF ne fait pas référence à cette notion dans ses dispositions. Juridiquement, la polygamie désigne la situation d'un homme ayant plusieurs épouses (la polygynie) ou d'une femme ayant plusieurs époux<sup>31</sup> (la polyandrie). Cependant, dans la pratique, le type de

polygamie le plus répandu et connu est la polygynie, qui correspond à la situation d'un homme légalement marié à deux ou plusieurs femmes. C'est bien cette forme de polygamie qui est consacrée en droit burkinabè<sup>32</sup>. Quant à la polyandrie, sa non consécration s'explique socialement<sup>33</sup>. En effet, elle est considérée comme immorale car elle entraîne des difficultés majeures notamment en ce qui concerne son fonctionnement pratique et relativement à la paternité des enfants.

Cependant, le droit burkinabè ne limite pas le nombre d'épouses d'un mari polygame. Cela pourrait s'expliquer par le fait que le Burkina Faso est un État laïc et, par conséquent, le législateur a voulu rester constant dans le respect de cette laïcité en ne consacrant pas un nombre limité d'épouses pour le mari polygame<sup>34</sup>.

Évoquer la notion de « couple polygame » peut paraître, à première vue, incohérent. Un auteur qualifie cette expression de « *oxymore* »<sup>35</sup>. Dans la

<sup>26</sup> L'exigence d'une manifestation expresse de s'engager dans les liens d'un mariage polygamique, conduit ainsi à interdire au couple déjà marié sous l'option monogamique, de changer d'option au cours du mariage.

<sup>27</sup> Cela conduit ainsi certains hommes à opter pour la polygamie afin de contourner la naissance d'un désir futur d'épouser plusieurs épouses. Au départ, l'intention de pratiquer la polygamie peut faire défaut. Cette interdiction légale de passer de l'option monogamie à celle de polygamie, protège ensuite les femmes, car les hommes auraient utilisé cette possibilité comme une épée de Damoclès contre la femme, surtout en cas de différends conjugaux. Cf. Conseil du statut de la femme, Avis, la polygamie au regard du droit canadien, Québec, Bibliothèque et Archives nationales, Novembre 2010, p. 70.

<sup>28</sup> Exceptionnellement, il a pu être admis dans une décision de justice, la possibilité pour un couple polygame de changer d'option au cours du mariage.

Cf., Sur le changement d'option, Cf. Jurisprudence civile, Tribunal de première instance, 24 mars 1993, note de D. N. J., RBD n°26, juillet 1994, pp. 282-284.

<sup>29</sup> Dictionnaire de l'académie française, 9<sup>ème</sup> édition, V. Couple, Disponible sur : [couple | Dictionnaire de l'Académie française | 9e édition \(dictionnaire-academie.fr\)](http://couple.Dictionnaire.de.l'Academie.francaise|9e.edition(dictionnaire-academie.fr)).

<sup>30</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12<sup>ème</sup> éditions, janvier 2018, V. Couple.

<sup>31</sup> Ibid., V. Polygamie.

<sup>32</sup> Article 260 du CPF.

<sup>33</sup> DABO Aïssata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, op.cit., pp. 296-305.

<sup>34</sup> ILBOUDO Monique, op.cit., 2006, p. 87.

<sup>35</sup> FAINZANGN Sylvie, « La notion de couple dans les unions polygamique africaines en milieu

polygamie, il y a coexistence de couples : l'homme et chacune des conjointes. En effet, il existe au sein d'un mariage polygamique plusieurs personnes<sup>36</sup>, mais le fonctionnement de ces unions polygamiques permet de mettre en évidence l'existence d'une relation de couple entre l'homme et chacune de ses épouses. Il est ainsi affirmé que : « *chaque relation conjugale est une relation conjugale à part entière* »<sup>37</sup>. Dans le même ordre d'idée, CARBONNIER disait : « *nous ne comptons pas par mariages mais par couples ou par ménages* »<sup>38</sup>. L'époux polygame forme avec chacune de ses épouses un ménage. Sur le plan juridique chaque ménage dans la polygamie est indépendant. Cela marque l'idée qui a été soutenue par plusieurs auteurs et selon laquelle la polygamie renvoie en pratique à plusieurs « *mariages monogamiques*

*juxtaposés* »<sup>39</sup>. Il ne faut cependant pas perdre de vue, que chaque couple polygame s'inscrit dans un ensemble qui est la famille polygame. Plus précisément, le fonctionnement du couple polygame tient compte des autres couples formés par le mari polygame. Ce système matrimonial est un « *système matrimonial complexe* »<sup>40</sup>.

En Afrique, pendant la colonisation, il était appliqué un principe de pluralisme juridique pour régir les rapports familiaux<sup>41</sup>. Au Burkina Faso, il a existé un dualisme juridique<sup>42</sup> normatif suite à la colonisation<sup>43</sup>. C'est dans ce sens qu'« *avant l'adoption du CPF, le droit écrit et le droit coutumier se partageaient la réglementation burkinabè du droit des personnes et de la famille* »<sup>44</sup>. A compter de son indépendance, le Burkina Faso a procédé à une codification des dispositions juridiques devant régir le droit de la famille. Il était à cette époque

---

immigré », résumé, *in*, Journée scientifique « Quand la santé questionne le couple : correspondances Sud et Nord », 21 octobre 2010, CEPED, Disponible sur : [ceped.21.oct.2010.journee.couple.sante.05.sylvie.fainzang.pdf](http://ceped.21.oct.2010.journee.couple.sante.05.sylvie.fainzang.pdf).

<sup>36</sup> Ainsi, dans la famille polygame, les épouses peuvent cohabiter dans la même résidence ou avoir chacune des résidences séparées.

<sup>37</sup> FAINZANGN Sylvie, « La notion de couple dans les unions polygamique africaines en milieu immigré », *op.cit.*

<sup>38</sup> CARBONNIER Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, 2001, p. 258.

<sup>39</sup> Cf. FAINZANGN Sylvie, « La notion de couple dans les unions polygamique africaines en milieu immigré », résumé, *in*, Journée scientifique « Quand la santé questionne le couple : correspondances Sud et Nord », 21 octobre 2010, CEPED, Disponible sur : [ceped.21.oct.2010.journee.couple.sante.05.sylvie.fainzang.pdf](http://ceped.21.oct.2010.journee.couple.sante.05.sylvie.fainzang.pdf) ; Aïssata DABO, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, Thèse de droit

privé et sciences criminelles de l'Université de Bordeaux et de l'Université D'Abomey-Calavi, 15 décembre 2017.

<sup>40</sup> HERTRICH Véronique, « La polygamie : persistance ou recomposition ? Le cas d'une population rurale du Mali », *Cahiers québécois de démographie*, Vol. 35, n°2, automne 2006, p. 39.

<sup>41</sup> Cf. RODET Marie, « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'études africaines*, 187/188, 2007, pp. 583-602.

<sup>42</sup> Un décret a été promulgué le 28 mai 1875 réservant certains domaines aux règles traditionnelles. Cf. Jurisprudence -Droit civil, Tribunal de première instance, Ouagadougou, 24 mars 1993, Note de DABIRE N. J., *RBD*, n°26, p. 280 ; MEYER Pierre, « L'évolution du dualisme des juridictions », *Revue. Burkinabé. Droit*, 1988, p. 45.

<sup>43</sup> TOE Jean Jado, « Les cas de divorce dans le nouveau code Burkinabè des personnes et de la famille », *Revue PENANT*, 105<sup>ème</sup> année, n°817, Janvier-avril 1995, p. 37.

<sup>44</sup> ILBOUDO Monique, *Droit de cité : Être femme au Burkina Faso*, Ouagadougou, Éditions Hamaria, 2006, p. 79.

le détenteur d'un « *monopole exclusif de la production juridique* »<sup>45</sup>. Ce dualisme juridique va quasiment disparaître avec l'adoption du CPF<sup>46</sup> en 1989. Cette codification a été influencée par le régime politique<sup>47</sup>. La polygamie a pu être considérée comme faisant partie intégrante de la « *famille des coutumes africaines* »<sup>48</sup>. Un autre auteur précisait que le domaine familial était un « *terrain de prédilection de la coutume* »<sup>49</sup>. Déjà en 1975, 32,4% de la population burkinabè mariée était polygame<sup>50</sup>. A l'époque, le mariage polygamique était régi par les coutumes<sup>51</sup>. C'est ainsi que dans le « *Code des personnes et de la famille, le*

*dualisme droit écrit-coutumier a été conservé sur ce seul point...* »<sup>52</sup>.

L'utilisation de la notion de « polygamie » en droit burkinabè constitue un amalgame<sup>53</sup>. En effet, ce n'est pas la polygamie tout entière qui est consacrée légalement, mais plutôt la polygynie. La présente analyse porte alors sur la polygynie, la situation dans laquelle un homme épouse plusieurs femmes. Dans plusieurs législations, même en l'absence d'une consécration de la polyandrie, la notion de « polygamie » est employée comme synonyme de polygynie<sup>54</sup>. Aussi, la doctrine s'accommode bien de cette notion de polygamie<sup>55</sup>. L'analyse

<sup>45</sup> N'DIAYE Marième, « La légitimation par le droit ? Les défis du gouvernement de la famille en contexte musulman. Une comparaison Sénégal/Maroc », *Critique internationale*, Éditions Presses de Sciences Po 2016/4, n° 73, p. 112.

<sup>46</sup> Cf. ILBOUDO Monique, *op.cit.*, pp. 80-81.

<sup>47</sup> « Le Conseil National de la Révolution a entrepris une vaste entreprise de codification après sa prise de pouvoir en 1983 ». Cf. DELEZENNE-NUYTINCK H, « La spécificité du projet de code des personnes et de la famille burkinabè », *RDB*, n°12, Décembre 1987, p. 487.

<sup>48</sup> KANGAMBEGA Elisabeth L., « Le droit pénal burkinabè à la croisée des coutumes », *RBD*, n°49, 2<sup>ème</sup> semestre 2014, p. 151.

<sup>49</sup> TOE Jean Jado, « Les cas de divorce dans le nouveau code burkinabè des personnes et de la famille », *Revue PENANT*, *op.cit.*, p. 37.

<sup>50</sup> Institut national de la statistique et de la démographie, Recensement général de la population, décembre 1975, Vol.1, p. 76, cité par TOE Jean Jado, « Les cas de divorce dans le nouveau code Burkinabè des personnes et de la famille », *Revue PENANT*, 105<sup>ème</sup> année, n°817, Janvier-avril 1995, p. 37.

<sup>51</sup> « Avant l'arrivée des religions révélées, la polygamie avait cours dans bon nombre de ménage ». Cf. TOUGMA Olga, DIEME Ndèye Binta, La polygamie au Burkina Faso : Niveau et tendance, in Institut national d'études démographiques, Sixième (6) conférence africaine sur la population : *La Population Africaine : Passé,*

*Présent et Futur*, Ouagadougou, Burkina Faso, 5-9 Décembre 2011, p. 1.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Sur ce point, cf. DABO Aïssata, *op.cit.*, p. 296.

<sup>54</sup> Code des personnes et de la famille du Burkina Faso, du Niger, du Mali, du Sénégal. Même les États qui en font l'interdiction formelle : Côte d'Ivoire, Bénin, France, Canada, etc.

<sup>55</sup> Plusieurs articles de doctrine, évoque la notion de polygamie. Cf. HERTRICH Véronique, (à paraître). – La polygamie : persistance ou réaménagement ? Le cas d'une population rurale du Mali, *Cahiers québécois de démographie* ; TOUGMA Olga, DIEME Ndèye Binta, « La polygamie au Burkina Faso : Niveau et tendance », in Institut national d'études démographiques, Sixième (6) conférence africaine sur la population : *La Population Africaine : Passé, Présent et Futur*, Ouagadougou – Burkina Faso, 5 – 9 Décembre 2011 ; KINDO Aïssata Soumana, « Le mariage polygamique dans les arts en Afrique. La polyandrie comme parodie de la polygynie dans deux œuvres africaines », in BAZIE Isaac, SANOU Salaka (dir.) *Danko. Études culturelles africaines*, Québec : Éditions science et bien commun, 2019. pp. 159-181 ; DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, « La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques comparatifs et internationaux) », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 9, n°1,1993. pp. 143-159 ; COURADE Georges, TICHIT C., « Les africains sont tous polygames », in

concernera la polygynie tout en utilisant le terme général de polygamie pour la caractériser. Ceci, compte tenu du fait que le législateur burkinabè lui-même a maintenu dans le CPF cette confusion. Cela permettra aux citoyens de mieux appréhender l'étude de ce sujet.

Dans la pratique, la polygamie peut revêtir deux facettes : la polygamie légale et celle de fait. La polygamie de fait<sup>56</sup> existe et est fréquente dans la société. Elle équivaut principalement à l'homme ayant plusieurs épouses de fait sans la célébration d'une union légalement reconnue. Les mariages coutumiers et religieux permettent de perpétuer cette polygamie au Burkina Faso compte tenu de leur non reconnaissance en droit des personnes et de la famille. C'est la reconnaissance légale de ces unions qui permettra de les comptabiliser dans la polygamie légale. L'étude du sujet portant sur le couple polygame s'inscrit dans le cadre d'une polygamie légale, donc résultant de la célébration d'un mariage devant l'OEC. Cette analyse revêt un intérêt à plusieurs niveaux. Théoriquement, les recherches juridiques sur ce sujet sont assez rares dans le contexte burkinabè<sup>57</sup>. Ce sont

principalement des études sociologiques que nous pouvons recenser<sup>58</sup>. Ce constat donne une pertinence indéniable à l'analyse de ce sujet qui permet de clarifier le fonctionnement juridique du couple polygame par l'analyse des dispositions juridiques prévues par le CPF. Elle permet aussi de distinguer les obligations du mariage qui connaissent un inflexionnement au sein de la famille polygame. De plus, compte tenu de la révision du CPF qui est en cours, cette étude permettra au législateur de revoir son mutisme quant à l'application après adaptation des obligations du mariage en matière de polygamie. Elle permettra aussi de montrer que le législateur ne s'est pas formellement prononcé sur l'adaptation des obligations du mariage. Il faut souligner que, le choix de l'option matrimoniale relève, dans de nombreux cas, de l'arbitraire. Les personnes désirant s'unir dans les liens sacrés du mariage n'ont pas toujours la pleine mesure de la teneur des dispositions juridiques qui vont gouverner leurs rapports matrimoniaux. Une préoccupation plus grande lorsqu'on se retrouve au sein d'un régime polygamique. Sur le plan pratique,

COURADE Georges (dir.), *L'Afrique des idées reçues*, Paris, Belin, 2006, pp. 251-257.

<sup>56</sup> Cf. DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, « La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques comparatifs et internationaux) », in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 9, n°1, 1993. P. 147 ; COURADE Georges, TICHIT Christine, Les africains sont tous polygames, In COURADE Georges (dir.). *L'Afrique des idées reçues*, Paris, Belin, 2006, p. 251.

<sup>57</sup> Cf. DABO Aissata étudie la polygamie sous l'angle de l'égalité entre l'homme et la femme. Cf. DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme*

*dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, Thèse de droit privé et sciences criminelles de l'Université de Bordeaux et de l'Université D'Abomey-Calavi, 15 décembre 2017, 590 p.

<sup>58</sup> Cf. TOUGMA Olga, DIEME Ndèye Binta, La polygamie au Burkina Faso : Niveau et tendance, in Institut national d'études démographique, Sixième (6) conférence africaine sur la population : *La Population Africaine : Passé, Présent et Futur*, Ouagadougou, Burkina Faso, 5-9 Décembre 2011 ; PILON Marc, « Contribution à l'analyse de la polygamie », *Etude de la population africaine*, Janvier 1991, n°5, 16 p.

l'étude d'un tel sujet permettra aux futurs époux de procéder à une option matrimoniale judicieuse. Il est possible d'augurer qu'un homme célibataire peut avoir pour préférence l'option polygamique ; qu'un homme monogame peut opter pour l'option polygamique lors d'un remariage à la suite d'un divorce. Il est alors difficile de passer sous silence le cadre juridique devant s'appliquer au fonctionnement du couple polygame.

L'importance de la clause d'option matrimoniale dans l'épanouissement des familles et leur protection conduit alors à focaliser l'analyse sur la structure, le mécanisme et la normativité juridique applicable au couple polygame. Pour ce faire, le droit burkinabè prévoit-il un régime spécifique pour le fonctionnement des couples polygames ? Autrement, quel est le régime juridique applicable aux couples polygames en droit burkinabè ?

Se marier entraîne, pour les époux, la nécessité de conjuguer leur vie personnelle et leur vie patrimoniale. Au sein des mariages polygamiques, il faut tenir compte du fait que le couple polygame ne peut s'appréhender isolément et indépendamment de l'ensemble des autres membres de la famille polygame. La prise en compte de tous les ménages est indispensable même s'il n'existe pas réellement un lien juridique entre chacun des ménages du même mari. De ce fait, il faut observer

que le législateur burkinabè a prévu une application *erga Omnes* des effets juridiques du mariage à tous les modes de conjugalités reconnues par le CPF. Ainsi, le couple polygame se voit alors appliquer les règles d'ordre public relatives à la dimension horizontale de la vie du couple (I) mais également celles visant les relations patrimoniales existant entre les membres du couple polygame (II).

### I- La soumission des époux aux règles impératives dans leurs relations personnelles

L'ordre public se rapporte, de prime abord, à des normes impératives qui s'appliquent aux individus et auxquelles on ne peut déroger. Ainsi, les individus ne peuvent s'en écarter, ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions<sup>59</sup>. En effet, l'ordre public correspond à des exigences fondamentales qui sont essentielles au fonctionnement de la société ; il concerne des normes impératives auxquelles la volonté des parties ne peut déroger. Réglementer les relations personnelles du couple est alors d'ordre public. C'est la protection de l'intérêt général qui est recherchée à travers l'encadrement des relations de couple. L'État recherche au sein des relations de couple la stabilité et la durabilité<sup>60</sup>. Ces règles impératives qui s'imposent aux personnes mariées s'appliquent ainsi aux couples polygames sans spécification. Le mariage sous l'option polygamique ne permet pas de déroger à

<sup>59</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12ème édition, janvier 2018, V. Ordre public.

<sup>60</sup> PINEAU Jean, « L'ordre public dans les relations de familles », *Les cahiers de droit*, volume 40, n° 2, 1999, p. 327.

ces règles<sup>61</sup>. Le couple polygame n'est alors pas exempté de l'application de cet ordre public de direction (A).

Toutefois, l'application pratique de l'ordre public de direction des relations personnelles entre les membres du couple polygame est limitée dans la pratique, eu égard à l'absence d'une organisation particulière de ces relations par législateur. Pourtant, le couple polygame est un couple particulier, car ne pouvant s'organiser juridiquement sans tenir compte de tous les autres ménages composant la famille polygame (B).

### A- *Une exigence légale non différenciée des obligations du mariage*

L'État a une responsabilité dans le cadre familial. Son intervention dans le choix personnel des individus en matière d'option matrimoniale conduit à réglementer le fonctionnement de chaque ménage polygame. Les obligations du mariage prévues par les dispositions juridiques font cas de l'application non différenciée de ces obligations aussi bien pour un couple monogame que pour un couple polygame. Chaque ménage polygame devrait fonctionner comme un couple monogame. Ainsi, l'existence de la pluralité de ménages au sein de la famille polygame ne fait pas obstacle à l'application intégrale des obligations

issues du mariage.

S'impose alors au couple polygame un devoir de solidarité entre les époux. D'une part, cette solidarité n'est obligatoire qu'entre l'homme et la femme du ménage (1). D'autre part, cette solidarité conduit également à l'imposition d'un accord entre les membres du couple sur la direction de la famille (2).

### *1-Un devoir de solidarité imposé*

La solidarité désigne un principe d'entraide liant des personnes qui sont proches et qui concerne des devoirs élémentaires de secours et d'assistance<sup>62</sup>. C'est un impératif<sup>63</sup> au sein d'une famille. Elle s'applique alors au couple marié sans égard à l'option matrimoniale. « *L'entraide caractérise le couple et permet de le différencier d'une simple relation d'amitié* »<sup>64</sup>. Au sein d'un couple marié, cette entraide revêt un caractère obligatoire et non facultatif. La CA de Ouagadougou, a réaffirmé expressément dans un arrêt rendu le 21 février 2003, le caractère impératif des dispositions du CPF<sup>65</sup>.

Cette solidarité équivaut à l'existence, au sein du couple, d'un esprit de famille qui va conduire à une entraide sur tous les aspects de la vie : familial et professionnel. Au sein d'un couple, l'unité et l'harmonie dans le mariage sont cruciales. La mise en place d'une telle unité impose l'obligation de

<sup>61</sup> Cf. Ibid., pp. 323-344.

<sup>62</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12<sup>ème</sup> édition, janvier 2018, v. Solidarité.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> DELVALLE-LEZIER Ismérie, « Solidarité dans les couples Les aspects civils », *Revue française des affaires sociales*, 2005, n°4, p. 82.

<sup>65</sup> CA de Ouagadougou, 21 février 2003, sur le jugement n°420 du 25 avril 2001, Cf. RBD n°43-44, 2003.

solidarité dans tous les aspects. Un auteur soulignait ainsi : « *la famille a pour fin et fonction secondaire, l'entraide de ses membres en tous leurs besoins concevables, matériels et spirituels, physiques et moraux* »<sup>66</sup>. Les époux ont l'obligation d'être solidaires. Un auteur s'interrogeait en ces termes : « *À quoi bon s'unir si chacun doit supporter en solitaire les difficultés de l'existence ?* »<sup>67</sup>. En effet, il est important que les liens personnels entre époux se tissent et se renforcent. C'est cela qui conduira à la mise en œuvre concrète d'une certaine solidarité au sein du couple polygame. Il faut aussi noter que, « *en dehors des articles du code, le sens profond et humain du mariage, qui est une institution admirable, réside dans la détermination des époux qui se donnent l'un à l'autre sans réserve et pour toujours* »<sup>68</sup>.

L'idée revient à soutenir que « *le mariage, c'est résoudre à deux les problèmes qu'on n'aurait jamais eus*

*tout seul* »<sup>69</sup>. Est ainsi instaurée une sorte d'obligation à mettre en œuvre entre membres du couple polygame. Le mariage est un « *engagement* »<sup>70</sup> ; les époux en s'engageant, s'obligent ainsi à respecter les principes légaux qu'impose le mariage. La polygamie étant une institution reconnue légalement, les couples polygames s'engagent, par le mariage, à respecter ces mêmes obligations. La seule célébration d'un mariage polygame implique l'adhésion des époux à des règles juridiques préétablies nécessaires pour assurer un ordre social au sein de la société.

Le législateur burkinabè accorde à cette solidarité une importance particulière dans la mesure où il prévoit des dispositions pénales sanctionnant le manquement à cette solidarité au sens de la famille<sup>71</sup>.

Cette solidarité peut se décliner en plusieurs facettes. Elle se manifeste au travers des effets personnels du mariage

<sup>66</sup> BAUDIN E., « La morale de la famille ». Extrait du cours de philosophie morale », Paris, 1936, p. 349 et svt., Disponible sur : [E. Baudin, la morale de la famille \(Extrait du « Cours de philosophie morale », Paris 1936, p. 349 et s.\) \(ledroitcriminel.fr\)](#).

<sup>67</sup> Cf. DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, Thèse de droit privé et sciences criminelles de l'Université de Bordeaux et de l'Université D'Abomey-Calavi, 15 décembre 2017, p. 325, § 400 ; OUOBA Valentin, *Le code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, Presses Universitaires de Perpignan, novembre 2001, pp. 159-173.

<sup>68</sup> CADERE G. Victor, « Aperçu général sur le droit roumain du mariage et des régimes matrimoniaux », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 19, n°3, Juillet-septembre 1967, p. 688.

<sup>69</sup> CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « Fiches 5 les effets du mariage », Dalloz, Droit de la famille, 2019, p. 72,

<sup>70</sup> DEL VALLE-LEZIER Ismérie, « Solidarité dans les couples Les aspects civils », *op.cit.*, p. 97.

<sup>71</sup> La solidarité entre époux revêt plusieurs facettes. Le manque de respect et les violences pourraient alors englober cette prise en considération de l'époux. D'où l'application des infractions sur les violences physiques, psychologiques. L'article 513-5 du Code pénal de 2018 punit les violences morales ou psychologiques pouvant survenir dans le mariage ou même en dehors. Exemple : la répudiation ou les mauvais traitements infligés à une femme qui accouche d'un enfant de sexe non désiré par son époux ; - les mauvais traitements infligés aux femmes stériles ; - l'interdiction sans motifs tirés de l'intérêt ou de la stabilité du ménage, de rendre visite à ses parents ou de recevoir leurs visites ; - l'interdiction sans raison fondée d'exercer une profession, de pratiquer une activité génératrice de revenus, une activité associative et politique, etc.

par l'existence même d'une communauté de vie entre époux, du devoir d'assistance et de secours devant exister entre époux. La manifestation première d'une solidarité dans le couple passe par le maintien d'une communauté de vie. Cela représente l'obligation de mener une vie de couple, c'est-à-dire vivre sous le même toit et partager la même vie<sup>72</sup>. C'est alors « *partager la vie comme on partage le pain* »<sup>73</sup>. Elle implique une communauté de toit et de lit<sup>74</sup>. Le droit burkinabè ne donne pas une définition précise de cette communauté. Ce devoir de cohabitation a un caractère impératif<sup>75</sup> qui impose alors la résidence des époux à la résidence familiale. De plus, il faut comprendre que « *vivre ensemble, c'est vivre sous le même toit, derrière la même porte, habiter en commun* »<sup>76</sup>.

Un auteur considère cependant que « *la communauté de toit ne signifie pas nécessairement cohabitation ininterrompue, mais, dans tous les cas de figure, elle ne doit pas être douteuse* »<sup>77</sup>. Donc, en principe, les époux mariés, quel que soit le régime, monogamie ou polygamie, ne peuvent déroger à ce devoir par convention. Il faut, cependant, préciser que la communauté de vie ne fait pas obstacle à l'existence de domiciles distincts. En

effet, la cohabitation peut exister sans que cela démontre l'existence d'une communauté de vie. Il a pourtant été reconnu par certaines législations et précisé par des jurisprudences, la possibilité d'avoir des domiciles distincts dans une communauté de vie. De plus, la présence d'une communauté de vie n'implique pas également que la résidence soit obligatoirement commune<sup>78</sup>. Les domiciles distincts ne signifient pas absence de vie commune. Dans un arrêt de 2014, la Cour de Cassation française avait précisé que : « *la communauté de vie n'implique pas nécessairement une cohabitation, à laquelle elle ne se réduit pas* »<sup>79</sup>. Le législateur burkinabè n'impose aucunement au couple polygame d'avoir une résidence familiale commune. Compte tenu de la pluralité de couples polygames pour le mari, parfois l'existence de domiciles distincts relève de la volonté des conjoints.

L'exigence de cette communauté de vie influe sur le choix de la résidence familiale. Un choix qui devra être régi principalement par l'intérêt de la famille. Le choix de la résidence familiale est laissé à la volonté des époux<sup>80</sup> ; cela doit se faire de commun accord. Cependant, dans un mariage polygamique, en présence de plusieurs

<sup>72</sup> RENAULT-BRAHINSKY C., *L'essentiel du droit de la famille*, août 2023, Lextenso, 9782297236140, Consulté en juillet 2024.

<sup>73</sup> NKOLO Pierrette, *op.cit.*, p. 103.

<sup>74</sup> DABIRE Julien, « Droit de la famille », précis de droit burkinabè, Novembre 2008, p. 129.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 130, § 344.

<sup>76</sup> NKOLO Pierrette, *op.cit.*, p. 103.

<sup>77</sup> DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, *op.cit.*, p. 321, § 443.

<sup>78</sup> DJIGUENDE Judaël, « La protection du logement familial en droit burkinabè », *RBD*, n°57, 1<sup>er</sup> semestre 2019, p. 106.

<sup>79</sup> Civ, 12 février 2014, n°13-13.873.

<sup>80</sup> Article 294 du CPF.

épouses, l'accord peut revêtir des difficultés. L'application de ce principe peut paraître, par moments, illusoire. C'est plutôt l'exception qui prévaut : « *en cas d'impossibilité de parvenir à un accord entre les époux, c'est le mari qui choisit le lieu de la résidence de la famille* »<sup>81</sup>. Ainsi, en présence d'un mariage polygamique, c'est probablement la volonté du mari qui va prédominer dans ce choix.

« *La communauté de résidence n'est que le signe extérieur d'une communauté matérielle et affective et sous-entend notamment communauté de lit et communauté de ménage. Elle inclut également une certaine communauté intellectuelle, une volonté de vivre à deux, une affection et un amour réciproque* »<sup>82</sup>. Le respect de cette communauté de vie jaillit inéluctablement sur la communauté de lit. La communauté de lit qui symbolise les relations sexuelles au sein du couple est applicable au couple polygame. Ainsi, « *le logis étant commun, la présomption est que la table et le lit le sont également* »<sup>83</sup>. Le législateur burkinabè ne donne pas de spécifications particulières concernant le maintien de relations sexuelles entre conjoints. Elles sont tributaires de l'existence même d'une communauté de toit. Lorsque cette communauté réelle de cohabitation est atténuée, il va sans dire

que cela va réagir sur la communauté de lit. Évoquant l'importance du devoir conjugal, un auteur explique : « *ce devoir est d'autant plus évident que se profile à l'horizon, la naissance des enfants, la transmission de la vie...* »<sup>84</sup>. La communauté de lit est alors incontournable au sein du couple. Son application pratique n'est cependant pas sans difficultés. En effet, au sein du couple polygame, l'existence d'une communauté de lit ne saurait s'apprécier de manière continue et permanente compte tenu de l'appartenance du mari à plusieurs ménages. La fréquence des rapports sexuels n'est pas légalement règlementée. On pourrait même ironiser car, comment le juge pourrait-il procéder à une réglementation des fréquences des rapports sexuelles ? Le caractère strictement privé et intime des relations sexuelles rend naturellement sa réglementation difficile. Une telle fréquence est liée à la conception personnelle de chaque conjoint.

Aussi, le couple polygame a l'obligation de s'entraider. Cette entraide découle logiquement de l'existence d'une communauté de vie. Les époux ont l'obligation de s'entraider en se portant secours et assistance<sup>85</sup> dans la vie. L'entraide conjugale implique « *toute attitude de nature à rendre la vie commune agréable ou tolérable* »<sup>86</sup>. L'assistance consiste à apporter une aide

<sup>81</sup> Article 294 du CPF.

<sup>82</sup> Civ, 12 février 2014, n°13-13.873, Dalloz-étudiant, Droit de la famille, la communauté de vie n'est pas la cohabitation.

<sup>83</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *op.cit.*, p. 103.

<sup>84</sup> DABIRE Constantin Gbaâne, *L'homme comme relation (Tome1)*, Thèse de philosophie, Ecole des gradués de l'Université Laval, janvier 1983, p. 162.

<sup>85</sup> Article 292 du CPF.

<sup>86</sup> DABIRE Julien, « Droit de la famille », Ouagadougou, Presse universitaire burkinabè, Novembre 2008, p. 130

morale et psychologique à l'autre conjoint<sup>87</sup> ; c'est un soutien à lui fournir<sup>88</sup>. Un soutien, un appui, mais surtout « *une aide d'ordre matériel, moral ou physique* »<sup>89</sup>. Elle prendra dans certaines situations, une forme pécuniaire, comme dans le cadre de la survenance d'un problème de santé. De façon générale, elle implique pour chaque membre du couple, un devoir d'entraide. Une entraide qui n'a pas de limite spécifique, puisqu'elle doit se déployer « *dans toutes les circonstances de la vie* »<sup>90</sup>. L'affection et le dévouement d'un membre du couple envers l'autre<sup>91</sup> sont alors pris en compte. De ce point de vue, les devoirs d'assistance et de secours se recourent de façon générale. Considéré comme un devoir de nature alimentaire, le devoir de secours renvoie à l'obligation qui est faite pour chaque membre du couple de subvenir aux besoins de l'autre en cas de nécessité<sup>92</sup>. Si un membre du couple est dans le besoin, il faut lui apporter le minimum vital. « *C'est une sorte de coopérative de consommation, une manière de vivre à moindre frais que dans deux ménages de célibataires* »<sup>93</sup>, expliquait un auteur.

Le sens profond de ces obligations

d'assistance et de secours conduit à leur application au couple polygame. Elles relèvent du droit primaire du mariage<sup>94</sup> qui s'applique à tous les couples légalement mariés avec toute sa vigueur. Tenant compte de la pluralité de couples au sein d'une famille polygamique, le législateur burkinabè prévoit expressément, pour l'application de cette entraide conjugale, la possibilité pour chaque épouse du même mari polygame de prétendre à l'égalité de traitement par rapport à l'autre<sup>95</sup>.

Le devoir d'assistance nécessite une implication adéquate de chaque membre du couple dans l'entretien du ménage. Le mari devrait être un bon père, les épouses de bonnes mères ; une déclinaison de l'autorité parentale qui leur est confiée. La liberté dont chaque membre du couple polygame jouit<sup>96</sup> doit alors être exercée en tenant compte du devoir de secours et d'assistance. Ce qui signifie que certaines libertés ne peuvent s'exercer en occultant le conjoint.

Cette obligation ne s'impose qu'à l'homme et à sa femme. Dans la polygamie, elle va concerner uniquement le mari et chacune de ses épouses. Pour l'homme, il doit combiner plusieurs devoirs d'assistance et de

<sup>87</sup> Marie LAMARCHE ; Jean-Jacques LEMOULAND, « Chapitre 2- Les effets personnels du mariage », *Répertoire de droit civil* /, septembre 2024, consulté en ligne sur Dalloz.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12<sup>ème</sup> éditions, janvier 2018.

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> RENAULT-BRAKINSKY Corinne, L'essentiel du droit de la famille, août 2023, Lextenso, 9782297236140, Consulté en juillet 2024.

<sup>92</sup> CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique », *op.cit.*

<sup>93</sup> NKOLO Pierrette, *op.cit.*, p. 103.

<sup>94</sup> Sur le régime primaire, Cf. REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, 8<sup>ème</sup> édition, 2016, Dalloz, Cours-Dalloz L3, M1, p. 19.

<sup>95</sup> Article 292, al. 2

<sup>96</sup> Art. 295. « Chacun des époux a le droit d'exercer une profession sans le consentement de l'autre » ; Art. 298. « Chaque époux a la pleine capacité juridique ; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et les dispositions ci-après »

secours. Les coépouses ne sont pas liées par ce devoir d'assistance et de secours entre elles.

Le législateur consacre expressément l'obligation pour les époux polygames d'instaurer entre eux le respect et l'affection. Respecter renvoie principalement, à ne pas porter atteinte à quelque chose, à une personne. Cela renferme le fait également de manifester une considération particulière à une personne<sup>97</sup>. Cette considération que l'on exprime envers une personne va conduire à ne pas troubler la quiétude, violenter, voir injurier<sup>98</sup> cette dernière. Ce devoir de respect renferme l'obligation de mettre en œuvre certains droits de la personne<sup>99</sup>. Le respect de l'intégrité physique de l'autre, le respect également de ses convictions morales<sup>100</sup>. C'est une obligation qui tend à protéger chaque conjoint du comportement de l'autre. Le respect s'appréhende également comme la base pour mener à bien une vie de couple. La jurisprudence camerounaise évoquait la question d'une « morale conjugale »<sup>101</sup>. Cette morale conjugale nécessite de respecter son conjoint en déployant un comportement de sincérité, de patience et de communion spirituelle<sup>102</sup>.

L'harmonie qui va découler de

l'existence de cette obligation va conduire à la mise en place d'une entraide au sein du couple. A ce que chaque membre du couple assure à l'autre une « *solidarité minimale* »<sup>103</sup>. L'instauration de ce devoir de respect contribue à prévenir les violences pouvant survenir au sein du couple<sup>104</sup>. Des violences qui peuvent être d'ordre physique ou moral. L'existence d'une affection au sein du couple est source d'une vie commune agréable. Cette affection désigne, d'une certaine manière, le partage de la « *table et du lit* »<sup>105</sup>. Ainsi, ce partage doit se faire de façon égalitaire avec chacune des épouses. La CA de Ouagadougou à établi, dans un arrêt, un lien entre l'affection et les rapports conjugaux : « aucune affection n'existe entre les époux pouvant les obliger à avoir des rapports conjugaux... »<sup>106</sup>. Ainsi, de l'obligation d'affection dépend le respect des autres obligations du mariage, telle que l'obligation de maintenir une communauté de lit au sein du couple.

La loi impose aux couples polygames, de s'assurer d'une vie agréable au sein du foyer. Ils ont ainsi l'obligation de se préoccuper également du bien être moral et matériel de leur foyer.

<sup>97</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », *op.cit.*, V. Respecter

<sup>98</sup> SENE Cheick, « L'organisation juridique du mariage au Sénégal », *RAMReS*, n°01, 2020, p. 180-

<sup>99</sup> Par exemple, une vie d'égalité, de dignité et de respect, etc.

<sup>100</sup> RENAULT-BRAKINSKY Corinne, L'essentiel du droit de la famille, *op.cit.*

<sup>101</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *Revue PENANT*, 97<sup>ème</sup> année, n°793, Janvier à Avril 1987, p. 102.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> DEL VALLE-LEZIER Ismérie, « Solidarité dans les couples Les aspects civils », *op.cit.*, p. 86.

<sup>104</sup> LAMARCHE Marie, « Etat matrimonial », *Répertoire de droit civil*, Chapitre 116, p. 205, § 116.142.

<sup>105</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, *op.cit.*, p. 155.

<sup>106</sup> CA de Ouagadougou, 15 février 2002, RBD n°42n 2<sup>ème</sup> semestre, p. 159.

### 2- Une codirection du foyer obligatoire

Les membres du couple polygame sont tenus de respecter certaines obligations ayant trait à leur propre foyer. Ainsi, l'article 293 du CPF précise que : « *Les époux assument ensemble la responsabilité morale et matérielle du ménage* ». L'alinéa 2 se veut plus précis en ce qui concerne les cas d'option polygamique : « *dans les familles polygamiques, chaque épouse forme un ménage avec son conjoint* ». Ce qui implique alors que chaque couple polygame doit assurer les besoins moraux et matériels de son ménage. Cette responsabilité incombe alors aux deux membres du couple, donc à chaque ménage.

Du latin *responsus*, la responsabilité équivaut à l'idée d'une personne qui se porte garante, qui répond de ses actes<sup>107</sup>. Les responsables seront recherchés au sein même de chaque ménage du mari polygame. La morale permet pourtant de faire une distinction consciente entre le mal et le bien<sup>108</sup>. Le couple polygame est donc tenu d'inculquer les valeurs morales nécessaires aux membres de son ménage. Au-delà de l'aspect matériel du ménage, qui renferme les besoins nécessaires pour mener une vie décente et normale, l'aspect moral est inéluctable. Les parents sont tenus d'éduquer les enfants et de leur

apprendre les règles morales de la société. Dans le même sens, un auteur soutient que : « *l'enfant apprend tout naturellement à devenir responsable au fur et à mesure que son environnement culturel l'ouvre à un monde de valeur...* »<sup>109</sup>.

Il incombe, de ce fait, aux parents de prendre, de commun accord, les décisions nécessaires pour mener à bien la vie familiale<sup>110</sup>. Cette obligation née du simple fait du mariage, est d'application plus aisée au sein d'un couple monogame ou au sein d'un couple polygame. Son application devient sujet à discussion en présence de plusieurs couples polygames formés par le même mari. En effet, les « *discussions et les prises de décisions dans les mariages polygamiques sont assez complexes* »<sup>111</sup> surtout lorsque tous les ménages sont logés dans la même résidence familiale.

Une direction conjointe est donc nécessaire. Une direction conjointe qui implique que les problèmes moraux, matériels du foyer doivent toujours être réglés par les deux. Cela revient à confier l'autorité de la famille au couple, aussi bien à l'homme qu'à la femme<sup>112</sup>. Toute décision doit être précédée du consentement du couple. Une égalité de l'homme et de la femme se dégage alors de cette codirection. Ils assument

<sup>107</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12ème édition, janvier 2018.

<sup>108</sup> HUMANN Claire, *Introduction au droit*, Paris, Éditions Ellipses, 2012, p. 9

<sup>109</sup> METAYER Michel, « Vers une pragmatique de la responsabilité morale », *Lien social et Politiques*, septembre 2002, n° 46, p. 21.

<sup>110</sup> RENAULT-BRAKINSKY Corinne, *L'essentiel du droit de la famille*, août 2023, La Base Lextenso, Consulté en juillet 2024.

<sup>111</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimonial au Cameroun ? », *op.cit.*, p. 107.

<sup>112</sup> PINEAU Jean, « L'autorité dans la famille », *Les cahiers de droit*, Volume 7, n°02, avril 1965-1966, p. 204

ensemble tous les besoins matériels et moraux de la famille. Le chef de la famille est donc l'homme et la femme, par conséquent le couple. C'est alors une « *direction collégiale* »<sup>113</sup> de la famille qui est mise en place, et dans laquelle, affirme un auteur, « *la femme est l'associée de son mari* »<sup>114</sup>.

La codirection permet d'instaurer un « *meilleur équilibre juridique dans les décisions du ménage* »<sup>115</sup>. Elle détermine les choix moraux et matériels que le couple polygame optera d'imposer à leur ménage. Ce choix n'est pas individuel mais requiert l'accord des membres du couple. Il en va ainsi de la responsabilité parentale.

Cette obligation ne s'applique pas à toute la famille polygame mais à chaque ménage pris individuellement. Le droit burkinabè l'érige en principe d'ordre public s'appliquant à tous les types de conjugalités légalement reconnues. L'application pratique de ce principe doit tenir compte de l'intérêt du ménage. Le couple polygame est alors tenu d'organiser ensemble le fonctionnement du ménage sur le plan extra-patrimonial et sur le plan patrimonial.

On constate, cependant, au sein des couples polygames, une application pratique atténuée des effets personnels du mariage, qui sont pourtant impératifs. En effet, il existe une certaine liberté développée au sein de chaque ménage

polygame ; ce qui va conduire les conjoints à régler le fonctionnement pratique de chaque mariage tenant compte de tous les couples composant la famille polygame.

### ***B-Une application pratique différenciée des obligations du mariage***

Le choix de l'option polygamique conduit à considérer que « *l'union matrimoniale ne pourra se concevoir comme une union conjugale classique* »<sup>116</sup>. Ce qui implique que même si le législateur a prévu que les effets personnels du mariage s'appliquent dans tout leur contenu au couple polygame, la pratique est différente. Il faut alors admettre que les effets personnels du mariage ne peuvent pas s'appliquer de la même manière dans un couple monogame que dans un couple polygame. Au sein du couple polygame, il faut tenir compte de la pluralité des liens conjugaux du mari (1). En prévoyant une application des effets personnels du mariage au couple polygame de la même manière que le couple monogame, le législateur substitue à la place des époux sa conception du mariage polygamique. Pourtant, dans une société comme celle burkinabè, où il existe plusieurs types de conjugalité, il devient primordial d'accorder au couple polygame une plus grande liberté dans l'organisation du

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid., p. 205.

<sup>115</sup> NYAMSI David, La nouvelle loi Ivoirienne sur le mariage, contenu et difficultés d'application. 30 août 2013, Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/nouvelle-ivoirienne-mariage-contenu,15072.html>

<sup>116</sup> DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, op.cit., p. 287, § 384.

fonctionnement de la vie conjugale.

Pour mettre en pratique les obligations du mariage, les familles polygamiques ont parfois recours à certains usages coutumiers (2).

### 1- Une application pratique équivoque

Le législateur consacre l'application des effets du mariage au sein de chaque couple polygame. Mais, l'homme étant commun à plusieurs ménages, il n'est pas judicieux d'occulter complètement les autres ménages du même mari. C'est un aspect important, surtout lorsque ces ménages partagent la même résidence. S'entraider dans une famille polygame implique l'instauration d'un esprit de famille entre tous. Cette obligation incombant à des personnes mariées, le législateur va exiger au sein du couple polygame, un traitement égalitaire de toutes les épouses du même mari dans la mesure où il n'est pas établi de hiérarchie entre elles. Le législateur ne donne pourtant aucune définition du « traitement égalitaire ». L'égalité signifie que toutes les épouses sont égales. Elles ont les mêmes droits et devoirs vis-à-vis de l'époux commun<sup>117</sup>. Chacune des épouses doit alors bénéficier des mêmes droits et avantages sans aucune distinction<sup>118</sup> tenant à leur date d'arrivée dans le mariage, au physique, à la religion, ou à

l'appartenance culturelle. Pourtant, les obligations personnelles du mariage ne peuvent s'exercer permanemment dans le mariage polygamique. Cette difficulté d'exercice permanente s'explique dans la mesure où le droit burkinabè place sur un pied d'égalité toutes les épouses du même mari. Cette égalité des épouses rend ainsi « *inapplicables et d'une manière continue les différents devoirs et droits du mariage* »<sup>119</sup>. Cette particularité tenant à l'application des obligations du mariage, dans le mariage polygamique, a conduit à conclure que : « *le mariage polygamique ne constitue pas une unité sociale et économique* »<sup>120</sup>. Il a alors sa situation juridique qui lui est propre<sup>121</sup>.

Le CPF prévoit que « *chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport à l'autre* »<sup>122</sup>. Ce traitement égalitaire de chaque épouse peut concerner par exemple l'assistance et le secours, les relations sexuelles, le respect et l'affection. En effet, elles forment avec le mari une « *entité spécifique* »<sup>123</sup>. Il faut alors préciser que naturellement l'époux polygame reçoit un traitement équitable auprès de chacune des épouses. Le mari polygame est alors tenu d'accomplir les mêmes devoirs et obligations au sein de chaque ménage formé avec chacune de ses épouses ; en n'omettant pas que le législateur fait de chaque couple

<sup>117</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12<sup>ème</sup> éditions, janvier 2018, V. Egalité.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *op. Cit.*, p. 106.

<sup>120</sup> NKOLO Pierrette, *op.cit.*, p. 113.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Article 292 al. 2 du CPF.

<sup>123</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de droit, *op.cit.*, p. 153.

polygame, un ménage. Ce qui signifie que les attributs inhérents au ménage doivent être accomplis de la même manière dans chacun des ménages : soins matériels, moraux et affectifs. Et c'est principalement à l'homme de s'assurer de cette distribution égalitaire. En effet, « *les conséquences liées aux engagements du lien polygame représentant les éléments d'une mission presque impossible qui exige de traiter loyalement et équitablement chacune des épouses* »<sup>124</sup> sont à prendre en compte. Le traitement égalitaire de toutes les épouses est « *quasi impossible* »<sup>125</sup>, peut-on noter. Le réalisme commande de reconnaître que l'instauration d'un traitement égalitaire dans une famille polygame est difficile à établir.

Certaines législations utilisent plutôt le terme « d'équité ». Le Mali prévoit ainsi que « *le mari sous le régime de la polygamie, est astreint à une obligation d'équité entre ses épouses...* »<sup>126</sup>. Pourtant, dans l'équité, il faut tenir compte de la particularité de chaque épouse. Ainsi, l'époux devrait traiter chacune selon ce qui lui conviendrait le mieux<sup>127</sup>. La prise en compte de l'équité dans le traitement des épouses va susciter moins de contradictions et d'oppositions entre les épouses et pourra permettre au juge de justifier, par

moments, une attitude adoptée par l'époux à l'égard d'une de ses épouses uniquement. En effet, la situation particulière dans laquelle se trouve une épouse peut nécessiter par exemple un traitement de faveur.

La problématique du traitement égalitaire se constate par rapport aux choix des termes par le législateur burkinabè. Il est question selon l'article 292 al. 2<sup>ème</sup> de « prétendre » ; ce qui implique la possibilité pour les épouses du polygame, de pouvoir revendiquer une égalité de traitement. L'utilisation du verbe « prétendre » est faite à bon escient, dans la mesure où cela peut conduire à mettre en place une certaine équité. Cette revendication implique alors une possibilité pour chaque épouse de saisir le juge afin d'obtenir une telle égalité de traitement. Le juge pourra alors analyser le comportement du mari polygame en prenant en compte la particularité de chacune des épouses, donc l'équité dans le traitement. Ainsi, à la lecture des dispositions du CPF, il ne transparaît pas explicitement une obligation expresse pour le mari de traiter de façon égalitaire ses épouses. Toutefois, l'intervention du droit pénal dans ce volet permet de confirmer qu'il s'agit bien évidemment d'une obligation pour le mari. En effet, le code pénal permet de poursuivre et de sanctionner

<sup>124</sup> KOUDJIL Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb Controverses autour d'un droit en mouvement » *Confluences Méditerranée*, 2002/2, n°41, p. 77.

<sup>125</sup> MAKAM KEITA Issa, « Les droits de la femme dans le code malien des personnes et de la famille », *RBD*, n°59, 1<sup>er</sup> semestre 2020, p. 197.

<sup>126</sup> Article 320 de la loi n°2011-087/ du 30 décembre 2011 portant code des personnes et de la famille au Mali.

<sup>127</sup> Cf. *Equité Définitions : équité - Dictionnaire de français Larousse*, ; CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12<sup>ème</sup> éditions, janvier 2018, V. Équité.

le mari polygame qui ne traite pas de façon égalitaire ses épouses<sup>128</sup>.

On constate tout de même que le droit sénégalais prévoit également l'application des effets personnels du mariage de la même manière au sein du couple polygame. Le législateur sénégalais spécifie tout simplement, tout comme son homologue burkinabè, la possibilité pour chaque épouse dans un mariage polygame, de prétendre à une égalité de traitement par rapport aux autres<sup>129</sup>.

Tenons compte également des dispositions de l'article 235 du CPF qui prône l'égalité des droits et des devoirs entre époux. Le législateur accorde aux épouses déjà mariées sous l'option polygamique, la possibilité de s'opposer à un autre mariage du mari polygame<sup>130</sup>. C'est un droit d'opposition qui est accordé à la femme mariée et non un droit au consentement à l'application pratique de la polygamie. Le droit burkinabè accorde implicitement ce droit à toutes les épouses du même mari. Il ne revient pas logiquement uniquement à la première épouse d'user de ce droit d'opposition. Le droit d'opposition accordé à la femme déjà mariée s'exerce principalement lorsque cette dernière estime que le mari polygame abandonne elle et ses enfants. Toutefois, le CPF ne donne pas de précisions sur les modalités de cet

abandon. Pour s'opposer à quelque chose, il faut au préalable être informé de la tenue de cette chose. Le législateur ne fait pas transparaître dans les dispositions du CPF une obligation pour le mari de donner l'information à l'épouse sur le projet de mariage d'une seconde épouse. Pourtant, on ne peut omettre le fait que la première épouse ne peut exercer son droit d'opposition que lorsqu'elle a été mise au courant d'un projet de mariage de son mari. Pourtant, le même code impose une obligation de respect entre époux. Respecter quelqu'un renvoie au fait d'avoir une certaine considération pour la personne<sup>131</sup>. Lorsqu'on considère une personne, l'on est tenu de lui communiquer certaines informations importantes relevant surtout d'une vie de couple. Même si la loi ne mentionne pas expressément cette obligation d'information, elle se déduit d'une certaine manière de l'obligation de respect mutuel. Il est alors possible de considérer que le consentement de la femme n'est pas expressément exigé, mais est plutôt extirpé. Comme le souligne un auteur, « *toutes les dispositions relatives au consentement des femmes à la polygamie révèlent la volonté du pouvoir masculin de faire passer à travers les lois, ce qui arrange le genre masculin* »<sup>132</sup>.

Lorsqu'elle ne fait pas usage de ce droit

<sup>128</sup> Article 513-5 du Code pénal de 2018. La peine se limite à des amendes de 250 000 à 600 000 FCFA.

<sup>129</sup> Article 149 du code de famille sénégalaise.

<sup>130</sup> Art. 272. En cas de mariage contracté sous option de polygamie, la femme mariée peut s'opposer au mariage de son mari, si elle rapporte la preuve

qu'elle-même et ses enfants sont abandonnés par le mari.

<sup>131</sup> Définitions : respecter, être respecté, se respecter - Dictionnaire de français Larousse.

<sup>132</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique, op.cit.*, p. 155

d'opposition, aucune autorisation expresse de sa part n'est requise. Pourrait-on alors augurer qu'en l'absence d'opposition, subsiste alors une autorisation implicite<sup>133</sup> ?

L'opposition, lorsqu'elle est mise en œuvre et est renforcée par les preuves nécessaires, constitue une alternative à la non célébration du second mariage du mari polygame. Cette opposition constitue un effet suspensif de la célébration du mariage. En n'exigeant pas expressément le consentement des autres épouses pour la célébration d'un autre mariage du mari polygame, le législateur burkinabè réduit considérablement le droit des épouses polygames. Lorsqu'elles n'auront reçu l'information qu'après la célébration d'un autre mariage par le mari polygame, elles ne bénéficient plus de ce droit d'opposition. Pourtant, le même code prévoit que le mariage ne peut être attaqué que par les personnes dont le consentement était requis<sup>134</sup>.

Dans le même esprit que l'application du devoir de respect, il faut noter qu'au sein d'un mariage monogamique, l'amour est en principe sincère. Par contre, au sein d'un mariage polygamique, « *il faut engager une certaine compétition pour*

*arracher l'amour du mari* »<sup>135</sup>.

Pour ce faire, le visage de la fidélité au sein du couple polygame revêt une connotation particulière. Cette particularité de la fidélité renvoie principalement à la difficile mise en œuvre d'une réciprocité de cette obligation au sein du couple polygame. Le code civil burkinabè ne définit pas expressément la fidélité. La fidélité renvoie à l'attachement à son conjoint<sup>136</sup>. Elle implique l'interdiction pour chaque membre du couple d'entretenir des relations d'attachement avec une autre personne. Un auteur soulignait, relativement à l'amour conjugal, que « *de tous les sentiments humains, l'amour conjugal est donc celui qui satisfait le plus et le mieux au besoin de vivre en autrui, de s'appuyer sur autrui...* »<sup>137</sup>. Le succès du mariage repose d'une certaine manière sur l'existence d'un amour conjugal par lequel régnera probablement le respect des obligations du mariage.

Ce que l'on sanctionne, c'est l'infidélité. Elle relève plus d'une obligation morale que légale, pourrait-on affirmer. L'appréciation de cette fidélité diffère chez l'époux et chez l'épouse<sup>138</sup> au sein du couple polygame. Pour ce faire, un auteur préconise alors qu'il faudra peut-

<sup>133</sup> Cf. KAGAMBEGA Élisabeth, « Le consentement matrimonial dans quelques systèmes juridiques ouest-africain », *RBD*, n°46, 1<sup>er</sup> semestre 2013, p. 125.

<sup>134</sup> Art. 285. Le mariage contracté sans le consentement des père et mère ou de celui dont le consentement était requis ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

<sup>135</sup> SOMDAH Maibouare Félix, *Le mariage traditionnel au pays Dagari*, Mémoire de fin

d'année, Ecole nationale d'administration, République de Haute-Volta, p. 28.

<sup>136</sup> DABIRE Julien, *Droit de la famille*, Presses universitaires burkinabè, Novembre 2008, p. 134, § 354.

<sup>137</sup> JANET Paul. *La famille : leçons de philosophie morale* 1856, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, consulté le 15 juillet 2024, p. 12, Disponible sur : [La famille : leçons de philosophie morale / par Paul Janet.. \(bnf.fr\).](https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/BPT6k9734847q/f12)

<sup>138</sup> DABO Aissata, *op.cit.*, p. 287.

être prévoir une « *fidélité relative dans le mariage conclu avec option de polygamie* »<sup>139</sup>.

Il est vrai que l'engagement dans un ménage polygame relève d'un choix personnel de chacun des membres, mais il est difficile d'occulter néanmoins que les conséquences issues de ce choix ne sont pas seulement individuelles mais se répercutent sur la société, sur la collectivité<sup>140</sup>. Il se situe principalement dans la relation verticale donc concernant principalement la filiation et l'autorité parentale. Le droit burkinabè a supprimé la puissance paternelle<sup>141</sup>. Le concept de chef de famille<sup>142</sup> n'existe plus.

Il se dégage des dispositions du CPF burkinabè, une égalité parfaite entre l'homme et la femme dans la direction de la famille<sup>143</sup>. Ils sont tous les deux chefs de famille, pourrait-on affirmer. Au sein d'un couple monogame, l'instauration d'une égalité se conçoit et son application en pratique pourrait être plus judicieuse. Par contre, le couple polygame, comme souligné, doit s'analyser en prenant en compte toute la famille polygame. Dans cette hypothèse, la famille se conçoit plus largement que le couple. Lorsqu'on se retrouve avec

deux ou trois couples au sein de la famille polygame, nous sommes en présence d'un groupe<sup>144</sup> ; le mari étant commun à plusieurs femmes. Au sein d'un groupe, si toutes les personnes ont le même pouvoir, la prise de décisions peut s'avérer par moments problématique. Ainsi, l'égalité au sein de cette famille est-elle l'idéale ? Un auteur affirme, depuis 1965, que « *dans la famille, comme dans toute association, un chef est nécessaire, afin d'éviter qu'elle ne soit désorganisée et livrée à l'anarchie* »<sup>145</sup>. Le cas particulier des familles polygames interroge alors sur l'absence d'un chef de famille. L'absence d'un chef au sein d'une famille polygame composée au minimum de deux (2) ménages, peut entraîner des dérives. « *Quoi qu'il en soit, il faut que la famille ait un chef* »<sup>146</sup>, surtout dans celle polygame. Le droit sénégalais a opté expressément pour une direction de la famille par un chef. L'article 152 du Code des personnes et de la famille sénégalais dispose : « *le mari est le chef de la famille, il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants* ». Il est alors consacré dans les familles polygames, l'autorité de l'homme comme chef de

<sup>139</sup> ILBDOUDO Monique, *Droit de cité. Être femme au Burkina Faso*, p. 97.

<sup>140</sup> Conseil du statut de la femme, Avis, la polygamie au regard du droit canadien, Québec, Bibliothèque et Archives nationales, Novembre 2010, p. 101.

<sup>141</sup> Cf. DABIRE Julien, *Droit de la famille*, Presses universitaires burkinabè, *op.cit.*, p. 456, § 1363.

<sup>142</sup> Prévu dans l'article 373 du C. Civ.

<sup>143</sup> Certaines dispositions du CPF permettent de le constater : Art. 293. Les époux assument ensemble la responsabilité morale et matérielle du ménage. Dans les familles polygamiques, chaque épouse forme un ménage avec son conjoint.

<sup>144</sup> Le Vocabulaire juridique de CORNU définit le groupe comme étant un ensemble de personnes (physiques ou morales) ayant un objectif commun ou unies par un lien de droit. Cf. CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12ème éditions, janvier 2018.

<sup>145</sup> PINEAU Jean, « L'autorité dans la famille », *Les cahiers de droit*, Volume 7, n°2, avril 1965-1966, p. 216.

<sup>146</sup> Cf. PINEAU Jean, « L'autorité dans la famille », *Les cahiers de droit*, volume 7, n°02, avril 1965-1966, p. 222.

famille<sup>147</sup>. En effet, le mari a des prérogatives importantes en matière de gestion de la famille. Sans omettre que « *la polygamie est un titre de gloire. N'est pas polygame qui veut...* »<sup>148</sup>. C'est la raison pour laquelle, il revient généralement au mari, chef de famille, de trancher lorsque survient un différend<sup>149</sup>.

Pour répondre à ces différentes préoccupations relatives au régime de la polygamie, le droit malien consacre également le mari comme le chef de la famille<sup>150</sup>. Consacrer l'homme en tant que chef de famille est « *l'héritage du mode d'organisation traditionnelle de la famille africaine* »<sup>151</sup>. L'admission d'un pouvoir de décision ou de direction participe à l'instauration d'une stabilité au sein de la famille polygame en particulier. Ainsi, « *seule une autorité forte serait susceptible de regrouper les différents ménages autour de leur unique centre d'intérêt érigé en la personne du mari* »<sup>152</sup>, souligne un auteur.

Il a pu être constaté que le droit burkinabè prévoit une application non différenciée des obligations du mariage au couple polygame. Pourtant, l'application pratique laisse entrevoir certaines difficultés. Ne faut-il pas soutenir l'idée qu'il devient impératif

d'accorder au couple polygame un droit à la différence ou une possibilité de fonctionner différemment même si les effets personnels du mariage sont d'ordre public ?

Ce qui compte, ce ne sont pas, en théorie, des obligations juridiques mais la mise en place d'instruments et de règles juridiques capables d'instaurer la paix, la solidarité dans la famille polygame, généralement composée de plusieurs ménages. La recherche d'un équilibre et de l'instauration d'un principe d'égalité conduit ainsi les couples polygames, pour leur fonctionnement pratique, à procéder à une réorganisation de certains effets personnels du mariage.

### *2- Une application pratique moyennant adaptation*

La problématique de l'application pratique va conduire à réaménager certaines obligations du mariage au sein des couples polygames. En effet, il faut convenir que les unions polygamiques occasionnent des relations interpersonnelles et patrimoniales complexes<sup>153</sup>. Le mariage représente aussi une institution dans la mesure où des règles impératives s'y appliquent. Ainsi, « *si la volonté des époux est indispensable, elle n'a aucune prise sur le statut d'époux fixé par des règles*

<sup>147</sup> Cf. SENE Cheick, « L'organisation juridique du mariage au Sénégal », *op.cit.*, pp. 180-181.

<sup>148</sup> DABIRE Constantin Gbaâne, *L'homme comme relation (Tome1)*, Thèse de philosophie, Ecole des gradués de l'Université Laval, janvier 1983, p. 161.

<sup>149</sup> SOMDAH Maibouare Félix, *Le mariage traditionnel au pays Dagari*, Mémoire de fin d'année, Ecole nationale d'administration, République de Haute-Volta, p. 28.

<sup>150</sup> Article 319 du Code la famille malienne.

<sup>151</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de droit, Tome 1§2, octobre 2003, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 176.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *op.cit.*, p. 115.

*légales impératives et les candidats au mariage doivent le prendre en bloc sans en rien modifier* »<sup>154</sup>. Les époux sont tenus ainsi de respecter le bloc d'obligations impératives devant s'appliquer à eux. La difficulté résultant de l'application pratique des règles impératives concernant le mariage ne se pose pas lorsqu'on est en présence d'un seul couple polygame. Les difficultés réapparaissent lorsque le mari épouse une seconde voire plusieurs autres épouses. Il faut alors tenir compte également de la multitude de ménages formés par le mari polygame. Les époux vont mettre en place un certain « *droit à la différence* ». L'application différenciée des obligations du mariage dans la pratique pourrait s'expliquer sociologiquement par l'accueil réservé aux textes de lois, qui est, dans une certaine mesure, lié au milieu de vie, à la culture des destinataires desdits textes. Comme le fait observer un auteur, « *dans tout système normatif, on peut effectivement constater que l'autorité et le sens de la règle se fondent dans les pratiques et ne constituent pas des propriétés inhérentes à la norme* »<sup>155</sup>. La prise en compte des réalités

sociologiques est alors importante. Un autre auteur affirme alors que « *lorsqu'un texte de loi est calqué sur les réalités sociologiques (...) On peut penser qu'il sera suivi* »<sup>156</sup>.

On constate un mutisme du législateur sur l'application moyennant adaptation des obligations du mariage. Pourtant, la polygamie existait au Burkina Faso bien avant la colonisation<sup>157</sup>. Son fonctionnement était régi par les règles coutumières, et même après les indépendances, les ménages polygamiques ont demeuré. Dans certaines sociétés traditionnelles, on notait un pourcentage des ménages polygames supérieur à celui des ménages monogames<sup>158</sup>.

La coutume a pendant longtemps régi le fonctionnement pratique des ménages polygames. Il est vrai qu'évoquant les us et coutumes en matière de mariage, il ne faut pas faire fi de la disposition du CPF qui indique que : « *les coutumes cessent d'avoir force de loi dans les matières régies par le présent code* ». Même si le droit burkinabè a choisi d'évincer la coutume, elle se retrouve néanmoins dans le fonctionnement pratique du mariage polygame. Néanmoins, les

<sup>154</sup> NEIRINCK Claire, BRUGGEMAN Maryline, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », *Les Cahiers de droit*, Diffusion numérique, 3 juin 2009, Volume 49, n° 4, décembre 2008, pp. 551-569.

<sup>155</sup> N'DIAYE Marième, « La légitimation par le droit ? Les défis du gouvernement de la famille en contexte musulman. Une comparaison Sénégal/Maroc », *Critique internationale*, 2016/4, n° 73, p. 114.

<sup>156</sup> MBENG Tatawa « ou en est-on avec le droit de la famille au Cameroun ? » *Revue PENANT*, revue

trimestrielle de droit africain, juillet-sept 2005, 358, n°852, p. 355.

<sup>157</sup> DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal. La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques comparatifs et internationaux, in *Revue européenne des migrations internationales*, 1993, vol. 9, n°1, p. 147 ; TOE Jean Jado, « Les cas de divorce dans le nouveau code burkinabè des personnes et de la famille », *Revue PENANT*, 105<sup>ème</sup> année, n°817, Janvier-avril 1995, p. 37.

<sup>158</sup> SOMDAH Manibouare Félix, *Le mariage traditionnel au pays dagari, op.cit.*, 1965-1966, p. 27.

familles polygames vont procéder à une application moyennant adaptation des obligations du mariage. Ainsi, certains usages coutumiers, qui étaient mis en œuvre au sein des familles polygames pour assurer une équité et une égalité entre les épouses du même mari, sont toujours d'actualité. En effet, « l'éviction par le législateur du dualisme normatif du nouveau droit de la famille ne suffit pas, dans l'immédiat tout au moins, à rendre ineffectives toutes les coutumes »<sup>159</sup>. L'usage est considéré comme synonyme de coutume<sup>160</sup>. Il renvoie à des pratiques particulières, à des habitudes existantes entre des professionnels ou dans un cadre conventionnel. Le dictionnaire juridique de droit privé définit les usages comme des règles non écrites suivies par certaines personnes soit parce qu'elles sont issues d'un même milieu ou de la même culture, de la même profession. Ces règles sont obligatoires entre ces personnes et permettent de régler leurs rapports<sup>161</sup>. L'usage existe également en droit civil de la famille. Dans les familles polygames, le recours aux mœurs sociales et aux coutumes permet de leur assurer un meilleur fonctionnement pratique.

Le recours aux usages pour assurer un meilleur fonctionnement des ménages

polygames s'explique : « dans l'organisation sociale traditionnelle, l'individu est rarement appréhendé comme une entité distincte du groupe auquel il appartient...chacun, chacune est situé socialement et a, par cette situation même, des droits et des devoirs bien déterminés ». Il ne faut pas omettre qu'en Afrique, la coutume est « socialement symbolique »<sup>162</sup>. Le recours aux usages a pour objectif de faciliter l'entraide au sein de la famille polygame. Les usages permettent d'adapter l'application de certains effets du mariage à la famille polygame, sans pour autant omettre que « la loi prévaut sur l'usage lorsqu'elle est impérative... »<sup>163</sup>. De ce fait, l'usage en matière de mariage n'a pas de valeur supérieure aux règles impératives. Ils permettent cependant d'améliorer le fonctionnement des ménages, surtout ceux polygames. Par exemple, le législateur burkinabè n'a pas spécifié dans le CPF, les modalités d'exercices pratiques du traitement égalitaire des épouses, de la répartition de la communauté de lit entre plusieurs épouses. Le recours à certains usages permet de fixer les modalités de traitement pour chaque épouse.

Selon les dispositions de l'article 292 du CPF, en cas de polygamie, chaque

<sup>159</sup> TOE Jean Jado, « Les cas de divorce dans le nouveau code Burkinabè des personnes et de la famille », *Revue PENANT*, 105<sup>ème</sup> année, n°817, Janvier-avril 1995, p. 37.

<sup>160</sup> CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12<sup>ème</sup> édition, janvier 2018.

<sup>161</sup> BRAUDO Serge, *Dictionnaire du droit privé*, Disponible sur : [Usages et coutumes - Définition - Dictionnaire juridique \(dictionnaire-juridique.com\)](http://Usages-et-coutumes-Définition-Dictionnaire-juridique(dictionnaire-juridique.com)).

<sup>162</sup> KANGAMBEGA Élisabeth, « Le droit pénal burkinabè à la croisée des coutumes », *RBD* n°49, 2<sup>ème</sup> semestre 2014, p. 150.

<sup>163</sup> MOUSSERON Pierre, « Les usages : un Droit hors la loi », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre Liber amicorum*, 2019, LGDJ Lextenso, pp.663 – 673.

épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport à l'autre en ce qui concerne l'exécution des effets personnels du mariage. Il a pourtant pu être constaté que pour un couple polygame, la mise en œuvre pratique des effets personnels du mariage nécessite la prise en compte des autres ménages formés par le mari polygame. Ce qui conduit très souvent à des aménagements dans l'application pratique des effets du mariage. De toute évidence, « *dans la polygamie traditionnelle, toutes les épouses formaient avec le mari un ménage unique. Obligation était faite de s'entendre, et celle qui ne parvenait pas à cette symbiose était simplement répudiée comme élément perturbateur* »<sup>164</sup>.

Le législateur impose à chaque ménage polygame d'assurer l'entretien moral et matériel du ménage. Cependant, il ne spécifie pas les modalités de cette obligation au sein de la famille polygame qui est pourtant composé de plusieurs ménages. Par exemple, au sein de la famille polygame, « *certaines coépouses établissent entre elles un code de conduite moral quant à la gestion du travail quotidien et celle relative à la distribution équitable de la sexualité* »<sup>165</sup>. L'aménagement peut concerner la mise en place d'une cohabitation alternée entre chaque

couple polygame. Un auteur expliquait à ce propos : « *les femmes elles-mêmes ont fini par intégrer cette norme qui place l'homme au centre de la vie conjugale en se prêtant au jeu des "revendications, prêt ou échanges de nuits"* »<sup>166</sup>. Ces aménagements n'ont pas pour objectif de déroger au régime primaire du mariage, mais d'adapter ces obligations au statut particulier des ménages polygames.

Ces aménagements au sein de la famille polygamique ne doivent en aucun cas vider de sens les obligations découlant du mariage, qui sont impératives et ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation résultant de la volonté, même commune, des époux. Toutefois, cet aménagement conventionnel ne devrait léser aucune des épouses des foyers polygames. Dans une telle hypothèse, si l'aménagement des effets personnels du mariage proposé par les usages ne permet pas d'établir l'égalité recherchée par l'une des épouses, elle a la possibilité de saisir le juge pour exiger l'instauration, par le mari polygame, d'un traitement égalitaire. La saisine de la juridiction pour exiger le respect des obligations du mariage constitue un droit pour ses épouses. Cependant, elle ne constitue pas la voie idéale lorsqu'on veut maintenir une vie conjugale. En effet, l'usage coutumier ayant pour objectif de permettre un meilleur

<sup>164</sup> ILBOUDO Monique, *Droit de cité. Être femme au Burkina Faso*, op.cit., p. 96.

<sup>165</sup> ARBONCANA Aliou. « L'institution de la polygamie : quelques effets personnels en droit malien de la famille ». *Réflexions sur le pluralisme familial*, édité par Odile Roy, Presses universitaires

de Paris Nanterre, 2011, <https://doi.org/10.4000/books.pupo.691>.

<sup>166</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, op.cit., p. 156.

fonctionnement de la famille polygame, un retour à ces usages coutumiers devient nécessaire en cas de non-respect de ces pratiques par les autres épouses et le mari commun.

Ces aménagements par l'application de quelques us et coutumes en matière de mariage s'apparentent, d'une certaine manière, à des contrats d'adhésion. Il y a contrat d'adhésion lorsque l'une des parties impose à l'autre des conditions contractuelles préétablies. Il se dégage alors une certaine « *supériorité du stipulant* »<sup>167</sup>. Cette adhésion vise principalement les épouses nouvellement mariées. Elles se retrouvent à adhérer aux règles déjà établies par les plus anciennes sur la base des us et coutumes ou même qu'elles s'obligent à adhérer à l'option opérée par les maris. En principe, dans un contrat d'adhésion, l'adhérant doit prendre connaissance préalablement des clauses contractuelles<sup>168</sup>. Dans le cadre de la polygamie, cela n'est pas évident. Il peut paraître décousu pour une nouvelle épouse, entrant dans la famille polygame, de s'opposer ou de refuser d'adhérer à l'organisation préalablement établie par les anciennes épouses et le mari.

De prime abord, il faut rechercher l'existence d'une « *volonté commune* » des membres du couples de procéder à ces réaménagements. Cette volonté doit exister pour chaque membre. S'il existe plusieurs ménages polygames du même

mari, l'accord de volonté concerne tous les membres. Sur le plan juridique, cette volonté doit être libre et éclairée. Au sein du couple polygame, l'analyse de cette volonté libre et éclairée est relativement différente. En exprimant expressément la volonté d'entrer dans les liens d'un mariage polygame, les époux acceptent implicitement de vivre de façon différente les effets personnels nés du mariage.

La polygamie est la seule institution coutumière qui a été conservée dans le CPF entré en vigueur en 1990. Il serait alors aussi logique que le droit burkinabè prenne en compte les aspects coutumiers du fonctionnement pratique du mariage polygamique. Une intervention plus précise de l'État dans l'aménagement et la réglementation du fonctionnement des couples polygames devient indispensable et nécessaire. Il serait judicieux de répertorier, dans un premier temps, les us et coutumes en matière de polygamie. La société évolue, la conjugalité aussi. Les couples polygames ne sont pas exemptés. Le mutisme du législateur sur la particularité de l'application des effets du mariage au couple polygame est critiquable. Ne faut-il pas revoir les dispositions juridiques des effets personnels du mariage afin de spécifier les obligations du mariage, d'une part pour une famille polygame et, d'autre part, pour un couple monogame ?

À côté des règles relatives aux effets

---

<sup>167</sup> GUILLEMARD Sylvette, ONGUENE ONANA Dieudonné Édouard, « Le contrat d'adhésion », *Les cahiers de droit*, 2007, volume 48, n°04, p. 640.

<sup>168</sup> Ibid., p. 646.

personnels, le législateur burkinabè a prévu également des règles impératives pour régir les relations pécuniaires du couple polygame.

**II – La soumission des époux aux règles pécuniaires impératives**

« *Qu'il soit de raison ou d'amour, le mariage met la question patrimoniale en bonne place dans les relations entre époux* »<sup>169</sup>. L'existence d'une union matrimoniale entre deux personnes, qu'elle soit de type polygamique ou monogamique, entraîne des conséquences comme celles relatives aux obligations patrimoniales du fait même du mariage<sup>170</sup>.

Dans la polygamie, la liberté des conventions matrimoniales s'efface pour faire place à un régime matrimonial légal et obligatoire. Les relations pécuniaires au sein du couple polygame sont organisées principalement par le législateur. Celui-ci impose alors au couple polygame un régime matrimonial séparatiste (A). Ce régime n'intervient, en réalité, que pour régir les rapports pécuniaires mais uniquement après déduction faite des biens nécessaires

pour le fonctionnement quotidien du ménage<sup>171</sup>. Ainsi, la séparation de biens ne dispense pas les époux polygames de la contribution aux charges du mariage (B).

***A- L'imposition d'un régime matrimonial séparatiste***

L'existence logique de plusieurs ménages dans le mariage polygamique va ainsi conduire le droit burkinabè à imposer le régime de la séparation de biens à tout couple polygame. Ainsi, le choix de l'option polygamique comme régime entraîne, de facto, l'impossibilité pour le couple polygame de faire un choix du régime matrimonial devant régir le fonctionnement de leurs biens. Ce régime s'applique à chaque ménage formé par le mari avec chacune des épouses. Un auteur précisait à juste titre que « *seul un régime de séparation de biens est compatible avec la polygamie* »<sup>172</sup>. L'option de la séparation de biens, imposée lors du choix de la polygamie<sup>173</sup> comme option,

<sup>169</sup> DABIRE Julien, *Droit de la famille*, Novembre 2008, *op.cit.*, p. 165.

<sup>170</sup> NKOULOU Yannick Serge, « La Contractualisation Mesurée du Droit Camerounais de la Famille : La Liberté Contractuelle, Ombre Portée de l'Ordre Public Familial », in Frederik Swennen *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Springer International Publishing Switzerland, Janvier 2015, p. 79.

<sup>171</sup> Au Sénégal, la séparation de biens constitue le régime de droit commun. Article 368 Code des Personnes.

Le régime matrimonial règle les effets patrimoniaux du mariage dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers. La loi organise trois régimes différents : - La séparation des biens ; - Le régime dotal ; - Le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts. La séparation des biens

constitue le régime de droit commun ; mais les époux peuvent choisir l'un des deux autres régimes organisés par la loi.

<sup>172</sup> REVILLARD Mariel, *Les régimes Patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Paris-la Défense, Defrénois, 2020, p. 21, § 26.

<sup>173</sup> Art. 252 al 2 : L'officier de l'état civil les reçoit ensemble et leur rappelle les règles énoncées aux articles 231 à 251. Il s'assure de la liberté du consentement de chacun d'eux. Il indique aux futurs époux que la monogamie est la forme de droit commun du mariage, et qu'à défaut d'option de polygamie souscrite conformément aux articles 258 et suivants du présent code, le mariage sera un mariage monogamique. Il les interpelle sur le régime matrimonial qu'ils entendent choisir et leur explique qu'en l'absence d'un contrat de mariage ou de

bénéfice alors d'une certaine légitimité. En effet, il ne saurait y avoir, en principe, de biens communs compte tenu du fait que l'homme forme un couple avec chacune des femmes<sup>174</sup> (1). Le législateur ne prévoit pas expressément une possibilité pour le couple polygame de réaménager son régime de séparation des biens par voie contractuelle (2).

### *1-La primauté de l'indépendance des patrimoines*

L'indépendance des patrimoines caractérise de prime à bord le régime de la séparation des biens. Il faut considérer que « tous les types de régimes matrimoniaux ne s'y accommodent pas »<sup>175</sup>. Les biens acquis personnellement par chacun des membres du couple constituent un bien propre. Cela concerne les biens acquis non seulement avant mais aussi pendant le mariage. Comme le précise un adage populaire, « à chacun ses biens, à chacun ses dettes ». Pour ainsi dire, « dans la séparation de bien, tout en principe est séparé : l'actif, le passif et la gestion »<sup>176</sup>. Un auteur précise que : « dans le régime de séparation des biens, il n'y a pas de participation de l'un

à l'enrichissement de l'autre »<sup>177</sup>. Chaque membre du couple gère individuellement son patrimoine. « L'indépendance des patrimoines entraîne une indépendance des gestions »<sup>178</sup>. Un auteur considère alors que la séparation de biens traduit « une conception individualiste du mariage. »<sup>179</sup>.

Tout comme en droit burkinabè, le législateur sénégalais consacre la séparation de biens comme le régime de droit commun<sup>180</sup>. Le mariage polygamique inclut l'existence de plusieurs épouses du même mari. Il y aurait autant de régimes séparatistes que de couples formés par le mari. Chacun gère à sa guise ses biens personnels sans toutefois occulter les actes nécessaires au bon fonctionnement et à l'harmonie du couple. En droit malien, c'est également le régime de la séparation de biens qui constitue le régime légal pour tous les mariages, quelle que soit l'option matrimoniale. La possibilité est ensuite donnée aux époux monogames de choisir un autre régime s'ils le

---

déclaration d'option pour la séparation de biens, ils seront placés sous le régime du droit commun de la communauté de biens, sauf en cas d'option de polygamie où le régime de la séparation de biens leur sera applicable.

<sup>174</sup> Art. 261. L'option de polygamie souscrite dans les conditions prévues aux articles 258 et 259, a pour effet de placer les époux sous le régime légal de la séparation de biens.

<sup>175</sup> NKOLO Pierrette, *op.cit.*, p. 95.

<sup>176</sup> MALAURIE Philippe, LAURENT Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Droit civil, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2007, p. 331.

<sup>177</sup> FAKEYE Edmond Moboladji Akambi, *Les procédures de liquidation des régimes*

*matrimoniaux*, Mémoire de droit des contentieux, Université de Toulon, 2017, p. 94.

<sup>178</sup> DABIRE Julien, *op.cit.*, p. 251.

<sup>179</sup> LIPINSKI Pascal, *La liquidation dans le régime de la séparation de biens*, Paris, LGDJ, 2002, p. 21.

<sup>180</sup> Code de la famille sénégalais : chapitre II régime de droit commun de la séparation de biens, Article 380 Séparation des intérêts des époux : « Chacun des époux conserve dans le régime de la séparation des biens l'administration, la puissance et la libre disposition de ses biens personnels, il doit contribuer aux charges du mariage selon les dispositions de l'article 375. Chaque époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage, hors le cas prévu par l'article 375 ».

souhaitent<sup>181</sup>.

Une autre conséquence de cette indépendance des patrimoines, c'est la responsabilité personnelle de chaque membre du couple polygame des dettes qui sont nées de son chef<sup>182</sup>. Compte tenu du principe régissant la séparation de biens, à la fin du mariage, chaque membre du couple devrait récupérer ses biens propres. Pourtant, vivre en couple implique obligatoirement une certaine solidarité qui va conduire, dans une certaine mesure, à une mise en commun de certains biens pour assurer l'harmonie dans le foyer. En effet, « *les conjoints avant d'être séparés en biens, sont des époux* »<sup>183</sup>. Il est inexact alors de « *considérer que les fortunes des époux séparés de biens se trouvent dans la même situation que celles des célibataires* »<sup>184</sup>. L'achat par exemple d'un bien immobilier, de biens meubles en commun par le couple polygame peut intervenir. Il faut tenir compte également que la vie maritale conduit très souvent à une solidarité qui entraînerait l'acquisition de certains biens en commun. A la fin du mariage, l'existence de biens acquis en commun par les époux polygames entraîne la mise en place d'une certaine liquidation du régime matrimonial même séparatiste. Évoquer le caractère

obligatoire de la liquidation d'un régime de séparation de biens peut paraître incompréhensible. La liquidation est une « *opération qui consiste à démêler les intérêts patrimoniaux confondus* »<sup>185</sup>. La liquidation du régime matrimonial de séparation est en principe illusoire. Compte tenu du principe régissant la séparation de biens, à la fin du mariage, chaque membre du couple devrait récupérer ses biens propres.

La liquidation est souvent nécessaire même pour des époux séparés de biens<sup>186</sup>. En droit français, la Cour de cassation avait précisé dans un arrêt que « *le fonctionnement du régime de la séparation des biens n'exclut pas, au moment où il prend fin, la nécessité d'une liquidation des droits respectifs des époux* »<sup>187</sup>. Lorsque tous les ménages formés par le mariage polygame partagent la même résidence, certains biens peuvent être acquis de commun accord par les épouses et le mari. Une telle situation pourrait occasionner des difficultés au moment de la liquidation.

La séparation de biens, est un régime qui, a priori, est très simple. Un régime qualifié surtout par certains auteurs de « *simplicité illusoire* »<sup>188</sup>. En effet, l'exigence d'une cohabitation, d'un devoir de secours et d'assistance

<sup>181</sup> Article 388 du code malien de la famille : Le régime de la séparation des biens est le régime légal dans les mariages contractés sous l'option de la polygamie ou de la monogamie. Les époux qui optent pour la monogamie ont la faculté de choisir un des régimes de communauté des biens prévus au Titre III du Livre II du présent Code.

<sup>182</sup> Article 349 al. 2 du CPF.

<sup>183</sup> Ibid., p. 21.

<sup>184</sup> Ibid.

<sup>185</sup> LIPINSKI Pascal, *La liquidation dans le régime de la séparation de biens*, LGDJ, Paris, 2002, p. 16

<sup>186</sup> Ibid., p. 2.

<sup>187</sup> Cass. Civ. 2ème, 10 juillet 1953, Bull. civ. II, n° 254.

<sup>188</sup> MALAURIE Philippe, LAURENT Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Droit civil, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2007, p. 332, § 802.

complexifie quelque peu l'application de ce régime. En effet, « *la communauté de vie créée par l'union des personnes, tempère le séparatisme...* »<sup>189</sup>. Cette séparation n'implique pas que les biens des époux ne sont pas utilisés aux besoins du ménage, bien au contraire. Elle ne renvoie pas non plus à une utilisation par chaque époux de ses biens comme il le veut. En effet, « *l'union de personnes entraîne inévitablement la mise en commun de facto et l'utilisation commune de certains biens* »<sup>190</sup>.

Le législateur burkinabè, s'il ne le matérialise pas expressément, l'absence de lien juridique entre les co-épouses d'un même mari polygame justifie d'une certaine manière l'imposition de ce régime de séparation des biens<sup>191</sup>. L'indépendance des patrimoines constitue un atout dans la famille polygame. Cette interdépendance va conduire à privilégier les « comptes séparés »<sup>192</sup>. Sans omettre que la séparation des biens pourrait réagir négativement sur le devoir de secours et d'assistance au moment de sa mise en œuvre. Les patrimoines étant indépendants, cela peut amener un membre du couple polygame à une réticence face aux besoins de santé de

l'autre. Même en présence d'un ou de plusieurs couples polygames du même mari, le problème demeure.

On constate néanmoins qu'il n'est pas prévu une disposition juridique offrant au couple polygame la possibilité d'un aménagement par voie contractuelle de leurs régimes de séparation des biens.

### *2-L'impossibilité d'un aménagement par voie contractuelle*

Le législateur burkinabè ne prévoit pas expressément une possibilité d'un aménagement par voie contractuelle du régime de séparation des biens pour les couples polygames. Pourtant, il prévoit en matière de mariage, la liberté pour les époux de rédiger des conventions matrimoniales afin de régler la gestion de leurs biens<sup>193</sup>. Cela se conçoit aisément, dans la mesure où « *le mariage crée entre les époux, une sorte d'unité, qui est le ménage* »<sup>194</sup>. S'engager dans les liens sacrés du mariage est assimilé ainsi à un engagement dans une « entreprise commune ». Une expression qui fait penser à un élément crucial du contrat de société, l'affectio societatis<sup>195</sup>. Permettre aux époux polygames d'allier un régime de séparation de biens avec une petite communauté de biens, leur est

<sup>189</sup> REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, 8<sup>ème</sup> édition, Cours-Dalloz, L3, M1, 2016, p. 352.

<sup>190</sup> DUBREUIL Christiane., LEFEBRE Brigitte, « Ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couples », *Les cahiers de droit*, Volume 40, n°2, 1999, p. 347.

<sup>191</sup>. Article 369 : Dans les mariages polygamiques, le mari ne peut utiliser les revenus de l'une des épouses au profit des autres.

<sup>192</sup> PANDO Annabelle, « Violences économiques dans le couple : comment y mettre fin ? », *Petites affiches*, n°076, 16 avril 2021, p. 7.

<sup>193</sup> Article 311 du CPF.

<sup>194</sup> NKOLO Pierrette, « L'option matrimoniale au Cameroun », *Revue PENANT*, 97<sup>ème</sup> année, n°793, Janvier à Avril 1987, p. 101.

<sup>195</sup> Élément constitutif de la société. L'affectio societatis est un lien psychologique entre associés qui se manifeste par l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales en participant activement ou en contrôlant la gestion et l'acceptation d'aléas communs. Cf. CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12<sup>ème</sup> édition, janvier 2018, V. Affectio societatis.

bénéfique dans le sens où ils vont tirer avantage de l'indépendance des patrimoines et aussi de l'existence d'une communauté. La séparation de biens peut occasionner une inégalité ou une injustice pour certains membres du couple. Au Sénégal, les époux peuvent choisir le régime de la communauté réduite aux acquêts avec quelques spécificités<sup>196</sup>. Pendant le mariage, c'est la séparation des biens qui prévaut et pendant la dissolution du régime, c'est le régime de la communauté qui est pris en compte. L'exemple sénégalais est illustratif. Il faut permettre aux couples polygames d'atténuer la séparation de biens pure en prévoyant une petite communauté.

On aurait voulu, dans un premier temps, reprocher au législateur burkinabè de n'avoir pas prévu expressément une possibilité pour les couples polygames de réaménager leurs régimes séparatistes par voie contractuelle afin de prévoir un minimum de communauté au sein du couple. Prévoir, contractuellement, l'existence d'une petite communauté permet de renforcer la solidarité au sein du couple polygame. Toutefois, la mise en place d'une telle convention doit tenir compte du nombre de ménages formés par le mari polygame. L'existence de plusieurs ménages formés par le mari constitue une difficulté majeure. Chaque épouse de chaque ménage devrait contribuer ainsi à constituer la masse commune de la famille polygame.

Toutefois, la dissolution d'un des mariages et sa liquidation conduira à des difficultés. Sans omettre que prévoir une petite communauté au sein des familles polygames conduit à reconnaître un gage plus étendu aux créanciers de chacun des membres du couple. Il est vrai alors que l'existence d'une communauté au sein du couple polygame va occasionner des difficultés<sup>197</sup>. Compte tenu du fait que le mari polygame forme un couple avec chacune de ses épouses, et que chaque couple polygame se voit imposer le régime de la séparation des biens, la fin du mariage d'un couple polygame n'influence pas le mariage d'un autre couple polygame du même mari. Par conséquent, la liquidation du régime concerne chaque couple polygame indépendamment des autres ménages. Dans l'hypothèse de la conclusion d'une convention pour aménager le régime de la séparation de biens, il est donc préférable que cette convention soit conclue par couple polygame. Dans une telle hypothèse, il y aurait autant de conventions que de couples polygames formés par le même mari.

Pourtant, l'existence d'un minimum de communauté constitue parfois une nécessité d'ordre social au sein du couple polygame. Comme souligné plus haut, en appréhendant le couple polygame au sein de la famille polygame, l'existence de plusieurs ménages n'augure pas une consistance

---

<sup>196</sup> Article 389 Principe Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime communautaire, leurs biens sont gérés, pendant le mariage, comme sous le régime de la séparation de biens, et liquidés, à la

dissolution du régime, comme si les époux étaient communs en biens sous réserve des règles établies ci-après.

<sup>197</sup> Cf. NKOLO Pierrette, *op.cit.*, pp. 112-116.

des patrimoines. De plus, on observe une certaine précarité surtout des épouses vivant dans un ménage polygame<sup>198</sup>. Ce qui implique qu'en cas de dissolution du mariage, le régime de séparation ne leur sera pas profitable, d'une part, et concerne, d'autre part, le membre du couple qui se retrouvera le plus en difficulté. Ce régime comporte alors des injustices. Ces injustices concernent surtout le conjoint qui n'exerce pas de profession ou encore celui qui a une activité inférieure. Elles sont alors plus remarquables au sein des ménages polygames. Le mariage rime pourtant avec une certaine communauté d'intérêts<sup>199</sup>. Socialement, la mise en place de ce patrimoine commun pour les couples polygames permettra de lutter contre la précarité de chaque membre du couple surtout après la dissolution du régime.

Une telle option d'aménagement est expressément exclue dans certaines législations. Le législateur togolais prévoit qu'aucun aménagement n'est possible pour le régime de la séparation de biens lorsque l'option matrimoniale est polygamique<sup>200</sup>.

Tout compte fait, l'imposition d'un régime de séparation des biens ne dispense pas le couple polygame de l'obligation impérative de contribuer

aux charges du ménage.

***B- L'imposition de la contribution aux charges du ménage***

La contribution aux charges du ménage est obligatoire pour tout mariage, quelle que soit l'option matrimoniale (monogamie ou polygamie)<sup>201</sup>. Elle s'applique sans tenir compte du régime matrimonial. Pour ce faire, les époux séparés en biens ne sont pas exemptés d'une contribution aux charges. Toutefois, le législateur donne la possibilité d'aménager, même dans les régimes séparatistes, cette contribution par voie conventionnelle (1). Aussi, la contribution doit rester proportionnée aux facultés de chaque membre du couple (2).

***1- Une contribution aménageable par voie conventionnelle***

Le droit burkinabè met sur un pied d'égalité l'homme et la femme dans le mariage en ce qui concerne la direction de la famille tout comme la contribution aux charges. L'accord de chacun des membres du couple est donc nécessaire pour entreprendre certaines actions. Sans omettre que la vie commune occasionne inévitablement des charges<sup>202</sup>, la loi pose une règle

<sup>198</sup> Cf. NGUIMFACK Léonard, « Conflits dans les familles polygames et souffrance familiale », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratique de réseaux*, 2014/2, n°53, pp. 49-66.

<sup>199</sup> REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, *op.cit.*, p. 353.

<sup>200</sup> Art. 362. Al 2, Il est le régime de droit en cas d'option polygamique et ne peut faire l'objet d'aucune modification, sauf renonciation préalable à l'option polygamique.

<sup>201</sup> YASSI TOUGOU KEUNI Cédric, Le créancier du couple à l'aune des dettes du ménage, *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, Vol. 5, Issue 12, Decembre 2020, p. 2058.

<sup>202</sup> Sur la notion de « charges ». Une abondante décision de justices existe en droit français. Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 27 octobre 1992, n°91-12693 (Les charges, comprenant les dépenses utiles et nécessaires, peuvent comprendre certains emprunts () ou l'aide

impérative relative à la contribution des époux aux charges de la famille. Elle ne donne plus de spécifications particulières sur cette contribution. Il faut constater qu'elle accorde une grande place à la volonté des époux. Le législateur leur donne la possibilité d'aménager conventionnellement la répartition de la contribution de chaque membre. L'article 299 du CPF est très précis : « *si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du ménage. Ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* ». L'article 299 donne en premier lieu la priorité à l'aménagement de la contribution par une convention conclue entre les époux. C'est seulement en l'absence d'une telle convention qu'il faut appliquer la proportionnalité pour la contribution. La contribution aux charges du ménage est primordiale et obligatoire. Aucun époux ne peut alors en être dispensé. Un auteur a pu résumer son importance en ces termes : c'est le « *minimum vital* »<sup>203</sup> du ménage. Cette contribution permet d'assurer les besoins de la famille (logement, nourriture, etc.<sup>204</sup>, dépenses d'entretien du ménage et des enfants :

alimentaire, habillement, soins, transport, etc.<sup>205</sup>). Elle peut permettre de supporter les charges relatives au fonctionnement du ménage, du logement familial et même de résoudre les difficultés que le couple pourrait traverser. Une application de cette obligation semble ainsi plus aisée au sein d'un ménage monogame ou d'un couple polygame. Son application suscitera beaucoup plus de difficultés lorsque le mari forme plusieurs ménages avec différentes épouses.

Le législateur n'ayant pas spécifié le contenu de ces conventions, chaque couple reste libre de déterminer son contenu en procédant à la répartition des charges. De plus, le droit burkinabè ne définit pas les dépenses ayant trait au maintien du ménage. Il s'agit probablement des dépenses nécessaires pour une vie journalière (nourriture, logement, transport, etc.).

Pour ce faire, les revenus de chacune des épouses doivent servir principalement à la gestion de son ménage. Il appartient uniquement au mari de répartir ses revenus entre les différents ménages qu'il a formés. Dans un mariage polygamique, l'existence de plusieurs

---

apportée par un époux à ses parents). Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 2 septembre 2013, n°12-21892, 12 juin 2013 (l'emprunt ayant servi à l'acquisition du domicile conjugal ou de son amélioration doit être inclus dans les charges). Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 11 Juin 2013, n°11-74826 ; Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 15 mai 2013, n° 11-26933 ; Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 1 avril 2015, n° 14-14349 (Il en a de même de l'emprunt contracté en vue de l'acquisition d'une résidence secondaire si le train de vie du ménage le permet). Dans un arrêt du 18 novembre 2020, la cour de cassation rappelle que les dépenses et charges liées à la nourriture, l'habillement, l'éducation et l'entretien des enfants mais est élargie aux dépenses liées au logement relève de

l'obligation de contribution aux charges du mariage. Cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2021, n° 19-21463, FS-P : Defrénois flash 7 avr. 2021, n° 160z8, p. 8.

<sup>203</sup> ROY A. « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », *Les Cahiers de droit*, (2000), 41(4), p. 658.

<sup>204</sup> Un arrêt français le précise. Cf. C. cass 1<sup>ère</sup> civ 28 mars 2006 n°03- 19.264 Bull civ 1 n°183, C. cass 4 juillet 2007 n°05-21.022 AJ FAM 2007,399).

<sup>205</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 18 déc. 2013, n°12-17.420, Cf. également REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, Cours-Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, L3, M1, 2016, p. 32.

couples formés par le mari polygamique implique, avec l'idée de la séparation des biens, que le mari lui-même ne doit pas utiliser les biens d'une épouse pour satisfaire aux besoins d'une autre. Du reste, le droit burkinabè ne l'a pas prévu de façon expresse. Le législateur sénégalais, lui est beaucoup plus précis en le mentionnant expressément dans le code de la famille<sup>206</sup>. Une situation difficilement applicable lorsque toutes les épouses ont une résidence commune avec le mari. La répartition de certaines dépenses est inévitable pour une vie familiale agréable.

Liée à la communauté de vie qui s'applique au couple polygame, l'obligation de participer aux charges de la famille a une grande importance dans les mariages polygames. Cette obligation de contribution s'accommode bien dans le régime de la communauté. Dans ce régime transparait une « *union de personnes et une union d'intérêts* »<sup>207</sup>. Dans la séparation de biens, existe-t-il vraiment une union d'intérêts ? Cette union pécuniaire est relative principalement à la gestion du ménage. Tout ménage entraîne des dépenses pécuniaires. Ce qui implique alors que la contribution aux charges du ménage concerne chaque couple polygame indépendamment des autres ménages formés par le mari polygamique. Pourtant, dans la pratique,

comme le précise un auteur, il est difficile d'occulter le fait que le mari polygame fait face à plusieurs contributions aux charges de plusieurs ménages, ce qui influe négativement sur son apport pour chaque ménage<sup>208</sup>.

L'aménagement conventionnelle de cette obligation prévue par le législateur pourrait permettre à la famille polygame d'organiser la répartition des charges de tous les ménages du même mari. Des difficultés pourront néanmoins surgir, compte tenu du fait qu'en droit burkinabè, la polygamie est régie par le régime de la séparation de biens. Une difficulté pourrait exister lors de la séparation d'un couple (le mari et l'une de ses épouses), particulièrement en ce qui concerne la liquidation du régime. La sur-contribution ou la sous-contribution d'un membre devrait faire l'objet d'une décision judiciaire avant le processus de liquidation.

La conclusion de conventions pour régir la contribution aux charges du ménage doit respecter les bonnes mœurs et les obligations impératives. Le couple polygame peut, dans une certaine mesure, conclure une convention pour régir la contribution aux charges du mariage. La mise en œuvre de cette convention au sein de la famille polygame peut susciter des difficultés. Faut-il conclure cette convention par ménage ou pour tous les ménages du

<sup>206</sup> Article 369, al. 4 du Code de la famille du Sénégal : Dans les mariages polygamiques, le mari ne peut utiliser les revenus de l'une des épouses au profit des autres

<sup>207</sup> REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, op.cit., p. 36.

<sup>208</sup> DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, Thèse de droit privé et sciences criminelles de l'Université de Bordeaux et de l'Université D'Abomey-Calavi, 15 décembre 2017, p. 318 et svt.

mari polygame ? Compte du caractère impératif de l'obligation, il est indispensable que tous les ménages du mari soient pris en compte dans l'hypothèse où il y a résidence commune. Toutefois, la conclusion d'une telle convention requiert l'accord de volonté de tous les membres. La polygamie étant régie par le régime de séparation de biens, de telles conventions peuvent être bénéfiques<sup>209</sup>, dans la mesure où il n'existe pas de communauté relativement aux biens des époux<sup>210</sup>.

En l'absence d'un accord organisant la contribution aux charges du ménage, il faut recourir au principe de proportionnalité.

### *2-Une contribution régie par un principe de proportionnalité*

En l'absence d'une convention entre les époux, qui règle les modalités de contribution de chaque époux, c'est la répartition en fonction de la faculté de chacun qui prévaut. Le droit burkinabè part du principe que dans un ménage polygamique ou monogamique, les époux n'ont pas forcément les mêmes moyens financiers. Pour ce faire, il faut instaurer un certain équilibre des charges<sup>211</sup> à travers l'application d'une

proportionnalité qui permet de « rechercher un équilibre entre des valeurs... »<sup>212</sup>. En effet, le droit burkinabè a prévu la mise en place d'un certain équilibre dans les charges du ménage, car il conçoit une égalité parfaite entre l'homme et la femme dans le mariage. Par contre, au Mali où le droit a prévu expressément que le mari est le chef de famille, c'est sur lui que pèsent les charges du ménage<sup>213</sup> ; aucune proportionnalité n'est possible. Il est donné à la femme la liberté de contribuer ou non. Même lorsqu'elle dispose de revenus plus élevés que le mari, aucune obligation ne lui est faite de contribuer à l'entretien du ménage. L'époux qui a des gains plus élevés doit prendre en charge plus de dépenses.

Pourtant, l'harmonie du ménage nécessite une répartition équitable des charges y relatives. Il n'est cependant pas nécessaire que les époux vivent sous le même toit pour s'acquitter de cette obligation. Cette répartition doit être proportionnelle à la faculté contributive de chaque membre du couple. Ainsi, les travaux ménagers nécessaires au besoin du ménage peuvent constituer une contribution aux charges du ménage. Ils participent au bien-être de la famille.

<sup>209</sup> NIEL Paul-Ludovic, MORIN Marcie, Apport en capital de fonds personnels et contribution aux charges du mariage, *AJU008s7*, Publié le 04/08/2023, Disponible sur : [Apport en capital de fonds personnels et contribution aux charges du mariage - Actu-Juridique](#).

<sup>210</sup> Cf. L'arrêt rendu par la chambre civile de la cour de cassation française. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2003, n°11-26-933. Dalloz actu Etudiant, Droit des régimes matrimoniaux, juin 2013.

<sup>211</sup> RAMAZANI BABOLA Niclette, KELEKELE ITAMILI Frida, « L'obligation des époux de

contribuer aux charges du ménage », *IJRDO - Journal of Business management*, Volume 10, Issue-1, Mars 2024, p. 8.

<sup>212</sup> TORRICELLI-CHRIFI Sarah, « La proportionnalité : instrument d'appréciation, outil d'évaluation », *Defrénois famille - patrimoine*, n° 8,30 avril 2016 -, p. 391.

<sup>213</sup> Article 319 al. 3 du Code malien « Les charges du ménage pèsent sur le mari. La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du ménage ».

C'est l'une des raisons pour laquelle la proportionnalité doit tenir compte du « train de vie fixé par les époux »<sup>214</sup>.

Le CPF ne précise pas cependant la source de prélèvement des ressources nécessaires pour assurer le fonctionnement du ménage. Pourtant, le droit togolais est beaucoup plus précis sur cette question. Il prévoit que cette contribution peut provenir des ressources dont les époux ont l'administration et la jouissance, par leur activité foyer ou sa collaboration à la fonction de l'autre<sup>215</sup>.

Cette contribution proportionnelle traduit une « interdépendance »<sup>216</sup> des époux. Chacun des époux a besoin de l'autre pour que le mariage fonctionne. Pour ce faire, il faut nécessairement une contribution financière et personnelle de part et d'autre. De plus, elle permet d'instaurer une « égalisation des niveaux de vie »<sup>217</sup>. En effet, il faut reconnaître que « la vie de couple est comme un fait juridique volontaire dont

*il résulte un engagement envers autrui »*<sup>218</sup>. Un argument ayant conduit le législateur togolais à prévoir également un principe de proportionnalité de la contribution aux charges<sup>219</sup>. Une position néanmoins ambiguë car, il prévoit par la suite que cette contribution pèse à titre principal sur le mari.

Au sein de la famille polygame, la contribution doit tenir compte des revenus de chacun. « *L'existence d'un ménage commun suppose une aide constante et simultanée, une collaboration réciproque à ces charges dont chaque époux est tenu selon ses moyens »*<sup>220</sup>. La mise en place par le législateur burkinabè de cette proportionnalité, participe à l'idée d'instaurer une stabilité et une harmonie au sein des mariages polygamiques. En effet, « *ne pas contribuer aux charges du ménage donne lieu à des conséquences néfastes à l'égard des époux, du ménage et de l'État »*<sup>221</sup>.

<sup>214</sup> RENAULT-BRAHINSKY Corinne, Droit des personnes et de la famille, mai 2024, Lextenso, 9782297260305.

<sup>215</sup> Article 100 al. 5 du code togolais de la famille : Chacun des époux s'acquitte de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance, par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession de l'autre.

<sup>216</sup> RENAULT-BRAHINSKY Corinne., Droit des personnes et de la famille, mai 2024, Lextenso, 9782297260305, consulté en octobre 2024.

<sup>217</sup> RENAULT-BRAHINSKY Corinne, Droit des personnes et de la famille, mai 2024, Lextenso, 9782297260305, consulté en octobre 2024.

<sup>218</sup> GUIGUET-SCHIELÉ Quentin, « Vie de couple et charges du ménage : un quasi-contrat ? », Gazette du palais, 23 mars 2021, n°12, p. 45.

<sup>219</sup> Art. 100 du Code togolais de la famille : Les époux assurent ensemble la responsabilité morale et matérielle de la famille. Les droits de chacun des époux dans le mariage et au sein de la famille sont défendus et préservés. Ils contribuent aux charges du

ménage et de la famille à proportion de leurs facultés respectives. L'obligation d'assumer ces charges pèse à titre principal sur le mari. Il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. Si le mari ne remplit pas son obligation, il peut être contraint par justice. Toutefois, cette obligation est suspendue lorsque la femme abandonne, sans justes motifs, la maison conjugale et qu'elle refuse d'y retourner. Chacun des époux s'acquitte de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance, par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession de l'autre.

<sup>220</sup> RAMAZANI BABOLA Niclette, KELEKELE ITAMILI Frida, « L'obligation des époux de contribuer aux charges du ménage », *IJRDO - Journal of Business management*, Volume 10, Issue-1, Mars 2024, p. 1.

<sup>221</sup> RAMAZANI BABOLA Niclette, KELEKELE ITAMILI Frida, « L'obligation des époux de contribuer aux charges du ménage », *IJRDO -*

Malgré l'existence d'un principe d'indépendance des patrimoines, c'est l'intérêt de chaque ménage qui doit transcender. Le législateur est très précis : chaque membre du couple doit contribuer aux charges du ménage<sup>222</sup>. La détermination de la part contributive de chaque époux doit dépendre alors des revenus professionnels et des revenus provenant de leurs biens propres<sup>223</sup>. La contribution est évaluée en fonction de la faculté de chaque membre du couple ; il faut tenir compte des revenus de chacun<sup>224</sup>. Chaque membre du couple polygame doit alors participer au financement des dépenses que le fonctionnement même du ménage requiert. Ainsi, les « *époux ont toute la latitude pour fixer la manière dont ils entendent s'acquitter de leurs obligations* »<sup>225</sup>. Le législateur est plus précis concernant cette interdépendance relative au fonctionnement du couple : « Chacun des époux perçoit ses gains et salaires mais ne peut en disposer librement qu'après s'être acquitté des charges du ménage »<sup>226</sup>. L'indépendance dans la gestion du patrimoine, tributaire du régime de la séparation de biens, connaît cependant, une limite. Aucun membre du couple ne

peut gérer son patrimoine à sa guise, sans avoir au préalable contribué aux dépenses liées au fonctionnement du ménage. Cependant, le code ne donne aucune précision sur les modalités d'exécution de cette participation aux charges du ménage au sein des familles polygames. Ce qui est interdit, c'est la conclusion d'accords devant dispenser un membre du couple de cette contribution. De plus, cette contribution dure autant que dure le mariage.

C'est sur la base de la capacité de travail de chaque membre du couple, que s'organise l'obligation de contribution aux charges<sup>227</sup>. Il n'est pas nécessaire d'attendre que se manifeste un état de besoin pour s'acquitter de cette obligation.

Une jurisprudence française a pu même considérer que la contribution aux charges du ménages constitue « *une dette d'aliment* »<sup>228</sup>. C'est alors tenant compte, ainsi, de l'importance que revêt la contribution aux charges du ménage, que le législateur a prévu la possibilité, lorsque l'un des époux ne remplit pas son obligation de contribution aux charges du ménage, le droit pour l'autre époux de l'y contraindre<sup>229</sup> en usant des procédures lui permettant de recouvrer

---

*Journal of Business management*, Volume 10, Issue-1, Mars 2024, p. 9.

<sup>222</sup> Article 349 al 1 du CPF.

<sup>223</sup> Aurélie Thuegaz Définir équitablement la contribution aux charges du mariage, 3 aout 2022, Disponible sur : [Définir équitablement la contribution aux charges du mariage. Par Aurélie Thuegaz, Avocat. \(Village-justice.com\).](https://www.village-justice.com/articles/definir-equitablement-la-contribution-aux-charges-du-mariage,111111)

<sup>224</sup> Ainsi, si un époux a un salaire de 500 000 FCFA et l'autre 90 000 FCFA, il est logique que chacun ne peut contribuer aux charges du ménage au même montant.

<sup>225</sup> LAMBOLEY Annie, LAURENS-LAMBOLEY Marie Hélène, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LexisNexis, Litec, 4<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 14.

<sup>226</sup> Art. 299, al. 2 du CPF.

<sup>227</sup> BITOTA MUAMBA Joséphine, « *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de droit, Tome 1§2, octobre 2003, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 195.

<sup>228</sup> Cass, 1<sup>er</sup> Civil, 16 juillet 1986, n°85-11720.

<sup>229</sup> Art. 308. Si l'un des époux ne remplit pas son obligation de contribution aux charges du ménage, l'autre époux peut l'y contraindre dans les formes prévues aux articles 694 et suivants du présent code.

cette dette d'aliment.

La prise en compte obligatoire des facultés de chaque membre implique alors que lorsqu'un époux contribue en deçà de ses possibilités, l'autre époux est admis à saisir le juge afin de le contraindre à contribuer à hauteur de ses gains. Il reviendra au juge de déterminer les modalités de cette contraindre. Le législateur malien est beaucoup plus clair sur les modalités de cette contrainte. Il précise : « lorsque le mari ne satisfait pas à ses obligations de pourvoir aux charges du ménage, l'épouse peut demander au tribunal civil l'autorisation d'y pourvoir sur partie des revenus de son mari dans la proportion de ses besoins et dans la mesure des ressources de celui-ci. Le jugement fixe le montant à concurrence duquel l'autorisation est accordée. Ce montant peut être révisé en cas de besoin. Le jugement est exécutoire de droit par provision nonobstant appel »<sup>230</sup>. Le droit togolais, par contre, donne la faculté de saisir, arrêter et toucher les revenus de l'autre à tous les conjoints<sup>231</sup>.

Même si les époux vivent séparément,

chacun devrait contribuer à entretenir le mariage qu'ils ont conclu de libre accord. Il s'agit d'« *alimenter la bourse du ménage* »<sup>232</sup> pour chaque membre du couple. La liberté accordée par le législateur d'exercer individuellement une profession est liée à l'obligation de contribuer aux charges du ménage.

L'exigence d'une telle proportionnalité n'a pas empêché le législateur de prévoir, de façon prolongée, qu'en matière de dette ayant servi au maintien du ménage<sup>233</sup> et de l'éducation des enfants, les époux puissent être solidaires. Les dettes contractées par l'un vont obliger l'autre de façon solidaire<sup>234</sup>. Mais, tout comme les charges du ménage doivent tenir compte du niveau et du train de vie du ménage, les dettes excessives sont exclues. Pour ce faire, chaque conjoint est tenu de contribuer à la dette ayant servi au fonctionnement du ménage au titre de l'obligation impérative de contribution aux dettes du ménages<sup>235</sup>.

Certains droits africains n'ont pas prévu un principe de proportionnalité au titre des charges du ménage. Le législateur

<sup>230</sup> Article 322 du Code de la famille malien.

<sup>231</sup> Art. 101 : Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations ; l'autre époux peut demander au juge, par requête, l'autorisation de saisir-arrêter et toucher dans la proportion de ses besoins, tout ou partie des revenus de son conjoint, de ceux qu'il perçoit en vertu du régime matrimonial, des produits de son travail ou de toutes autres sommes qui lui sont dues par les tiers.

<sup>232</sup> G. CADERE Victor, « Aperçu général sur le droit roumain du mariage et des régimes matrimoniaux », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 19, n°3, Juillet-septembre 1967. p. 680.

<sup>234</sup> Art. 304. Chacun des époux à pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ; toute dette ainsi

contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament ou d'emprunts, à moins que ces engagements ne soient modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante.

<sup>235</sup> En droit français, par exemple, la Cour de cassation a estimé dans un arrêt que « Le paiement échelonné d'un prêt contracté pour le financement ou l'amélioration d'un bien dédié à l'usage familial participe de l'obligation de contribuer aux charges du mariage ». Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2021, n° 19-21463, FS-P : Defrénois flash 7 avr. 2021, n° 160z8, p. 8.

sénégalais prévoit que les charges relatives à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants relèvent de l'engagement des époux. Mais, il précise que ces charges pèsent à titre principal sur le mari<sup>236</sup>. Il poursuit en spécifiant les modalités de cette contribution : « *Les époux sont réputés avoir fourni leur part contributive, jour par jour, sans être tenus à aucun compte entre eux, ni à retirer aucune quittance l'un de l'autre* »<sup>237</sup>.

Si l'on se focalise sur le couple polygame qui constitue le ménage formé par l'homme avec une de ses épouses, la contribution aux charges intéresse principalement les membres de ce ménage. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'un couple polygame pourrait partager la même résidence commune avec les autres ménages du même mari polygamique. Dans une telle hypothèse, cette obligation légale d'ordre public prend des facettes particulières. Certes, toutes les épouses et le mari sont tenus à la contribution aux charges du ménage. Les modalités de cette contribution sont laissées à la libre appréciation des concernés. Cela n'est pas sans conséquence sur l'entente et l'épanouissement au sein même de toute la famille polygame. Toutes les épouses du même foyer polygame vivant dans la

même résidence familiale y sont donc tenues. Toutefois, retenons toujours que l'homme forme avec chacune des épouses un ménage, la sanction de l'inexécution de l'obligation de contribution aux charges du ménage prévue par l'article 308 du CPF<sup>238</sup> ne peut être demandé par une épouse à l'égard de sa coépouse. Seuls les membres d'un même couple peuvent saisir le juge afin de contraindre l'autre à l'exécution. En effet, aucun contrat, aucune obligation ne lie juridiquement les co-épouses entre elles.

### Conclusion

Les dispositions juridiques du CPF jouent néanmoins un rôle important et primordial pour le fonctionnement des couples polygames. Elles réussissent, pour reprendre les propos d'un politologue, une « *opération de mise en ordre symbolique* »<sup>239</sup>. Une mise en ordre qui reste très théorique, compte tenu des difficultés d'appliquer le bloc d'obligations du mariage au sein des familles polygames sans un minimum de réadaptation. Le mutisme du législateur quant à ces difficultés est préoccupant. Il reste également silencieux sur la possibilité pour les couples polygames d'appliquer ces obligations moyennant adaptation.

Le législateur burkinabè devrait, à

<sup>236</sup> Article 375 du code de la famille Sénégalais « Sous tous les régimes, les époux s'engagent entre eux et à l'égard des tiers à pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants communs. Ces charges pèsent à titre principal sur le mari ».

<sup>237</sup> Article 375 al. 3 du code de la famille sénégalais.

<sup>238</sup> Art. 308 du CPF du Burkina. Si l'un des époux ne remplit pas son obligation de contribution aux charges du ménage, l'autre époux peut l'y contraindre

dans les formes prévues aux articles 694 et suivants du présent code.

<sup>239</sup> BOURDIEU Pierre, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 41-43, cité par N'DIAYE Marième, « La légitimation par le droit ? Les défis du gouvernement de la famille en contexte musulman. Une comparaison Sénégal/Maroc », *Critique internationale*, 2016/4, n° 73, p. 131.

l'occasion de la révision du CPF, revoir l'ensemble des règles impératives, afin de spécifier les modalités d'application de ses règles dans les familles polygames. L'intervention de l'État dans le cadre de l'aménagement et du fonctionnement pratique du couple polygame, à travers la mise en œuvre des règles d'ordre public au niveau matrimonial, est importante. Pour ce faire, un examen des us et coutumes existants est nécessaire.

Une réforme tendant aujourd'hui à l'interdiction formelle de la polygamie n'est pas l'idéal. Une réorganisation progressive de l'adaptation des règles impératives pour le fonctionnement de chaque couple est plus adéquate. Cependant, une telle réforme nécessite une prise en compte des exigences sociologiques de la société. Cela permettra au couple polygame d'organiser autrement leur vie commune, tout en tenant compte du nombre de ménages formés par le mari polygame.

Une nécessité absolue afin d'asseoir des familles stables et durables dans la société burkinabè.

## LES BRICS ET LE MULTILATERALISME D'ENDIGUEMENT : ESPACE CLIVE ET COOPERATION D'OBSTRUCTION

Par

Jean NJOYA,

**Professeur Titulaire de science politique,**

Vice-recteur chargé des enseignements, de la professionnalisation et du développement  
des TIC Université de Dschang- Cameroun.

**Résumé :** *Ce texte présente une facette de la coopération entre Etats dans un contexte de crise du multilatéralisme. En effet, les Brics construisent et implémentent aujourd'hui un nouveau format d'interdépendance en rupture de perspective avec le multilatéralisme classique hégémonique très largement dominé par les Etats-Unis d'Amérique, qui n'a pas tenu compte de la montée des puissances émergentes s'étant très rapidement intégrées à l'économie mondiale du point de vue commercial et financier. Composé pour l'essentiel du Brésil, de la Russie, de l'Inde, de la Chine et de l'Afrique du Sud, les Brics constituent bien plus qu'un cadre économique, une instance diplomatique pratiquant un multilatéralisme d'endiguement et d'obstruction à l'endroit des Etats-Unis et de ses alliés occidentaux. Leur poids dans les négociations à l'OMC, et dans les différentes Conférences des Parties (COP) relatives aux négociations climatiques, justifie cette ambition fièrement affichée ; même s'ils demeurent très clivés en termes de puissance militaire et économique, et diversement opposés à l'hégémonisme américain. Dans le contexte de la guerre en Ukraine, l'instance des Brics est devenue le « lieu refuge » d'une affirmation diplomatique du binôme sino-russe en croisade anti-occidentale et où la caution des pays émergents du Sud (membres des Brics) se révèle déterminante ; malgré leur position paradoxale qui les incline à condamner la guerre, mais pas la Russie.*

**Mots-clés :** *multilatéralisme ; pays émergents ; adjuvants ; endiguement ; hégémonisme*

**Summary:** *This paper deals principally with a new type of cooperation between States in a context of multilateral crisis. BRICS Countries are indeed implementing today a new framework of multilateralism in opposition with hegemonic classic multilateralism, largely dominated by the United States of America and which disregarded the rise of emerging States in their rapid integration into the world economy from a commercial and financial point of view. Made up essentially of Brazil, Russia, India, China and South Africa, the BRICS much more than an economic framework, constitute a diplomatic venue where they practice a multilateralism of containment and obstruction against the United States and its Western allies. Their weight in the negotiations at the WTO, in the Doha cycles, and in the various Conferences of the Parties (COP) related to climate change, reinforces their position in the new international arena. Our contribution shows also that despite this proudly displayed ambition, the BRICS remain deeply divided in terms of military and economic powers, and much more in their opposition to the "hegemonic multilateralism" embodied by the USA. In the context of the war in Ukraine, the Brics framework has become a "safe refuge" for a diplomatic repositioning of the Sino-Russian binomial in an anti-Western crusade. In this respect, the support of the emerging Countries of the South (members of the Brics) turns out to be decisive, despite their paradoxical position in that issue.*

**Keywords:** *multilateralism; emerging Countries; adjuvants; containment; hegemonism.*

## **Introduction**

L'acronyme BRICS décline les initiales des pays<sup>1</sup> en surplomb dans le concert des nations émergentes. Malgré les caractéristiques relativement communes à la plupart des pays émergents<sup>2</sup>, le club des Brics présente la singularité géostratégique de son étalage sur l'hémisphère sud des continents africain, américain, asiatique et une partie de l'Europe orientale, incarnant tantôt une histoire tiers-mondiste commune, tantôt un traumatisme colonial ayant fortement impacté leur perception des relations internationales<sup>3</sup>. Les Brics sont un élargissement du groupe de quatre (Brésil, Russie, Inde, Chine). Dans la frise chronologique de la création des groupes émergents, l'Afrique du Sud viendra plus tard combler le chaînon manquant d'une fresque qui aurait été incomplète dans l'ambition sino-russe de construction d'une nouvelle réalité géopolitique inclusive (Kateb 2011).

Espace ignoré dès ses fonts baptismaux, les Brics affichent aujourd'hui une grande visibilité au regard de la récurrence de leurs rencontres<sup>4</sup>. Leur puissance économique se mue insensiblement en un projet politique voué à la réclamation à tout crin

d'un multilatéralisme (Ada 2028) inclusif ; considérant le multilatéralisme classique comme le creuset de la domination occidentale. Il s'agit de bâtir une diplomatie contre-offensive qui trouve dans le format des Brics le cadre de son implémentation, même s'il charrie encore une faible institutionnalisation. Une telle dynamique suscite quelques questionnements légitimes singulièrement autour de sa capacité à véritablement impacter la scène internationale.

Ainsi au regard des clivages qui les traversent et des singularités qui les caractérisent individuellement, cette « institution » n'est-elle pas d'ordinaire grevée d'une efficacité limitée ? Quel est le sort d'un cadre de concertation qui héberge indistinctement des dictatures aux relents marxistes léninistes et les trois démocraties continentales ? Le fort tropisme d'une diplomatie occidentale arrogante ne prête-t-il pas le flanc à un contre modèle plus inclusif dont la légitimité dans le sud se conforte toujours d'avantage ? N'y a-t-il pas une ligne de fracture entre les Brics, au sein desquels la Chine et la Russie jouent un rôle moteur, et les pays occidentaux dont les Etats-Unis sont le chef de file ? Les contradictions que charrient le groupe des

---

<sup>1</sup>Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud

<sup>2</sup>C'est des pays qui présentent une forte croissance économique au sens du PIB nominal, et de parité de pouvoir d'achat ; en 2011 lors de leur premier sommet, ils avaient atteint 27% du PIB mondial.

<sup>3</sup>Dans cette nomenclature historique la Russie reste inclassable, sauf à évoquer les invasions mongoles du

nord, la Chine elle fait partie des territoires qui ont été « partiellement » dominés par l'Europe avec le système de concession des territoires sous le contrôle étranger.

<sup>4</sup> Les Brics se rencontrent au complet depuis 2011 en sommets annuels ; ils ont tenu sous la houlette de la Chine leur 14<sup>e</sup> sommet le 23 Juin 2022.

Brics emportent-elles pour autant une disparité de leurs objectifs et une visée stratégique à faible portée ? La faible institutionnalisation de ce groupe d'États, leur fonctionnement plutôt empirique, leur flexibilité organique qui tranchent avec les formalismes du multilatéralisme classique, ne constituent-ils pas en contrepoint des leviers stratégiques d'une offre multilatérale plus inclusive ? Ou constituent-ils le Cheval de Troie d'un repositionnement de l'axe Sino-russe dans une structure de jeu international aujourd'hui empreinte de fortes turbulences ?

En scrutant les Brics dans la riche complexité de ses composantes, l'on note des singularités constitutives d'une instance baroque dont la dynamique pourrait être obstruée par la divergence des intérêts de ses membres (I). Il reste toutefois que les Brics se posent irrésistiblement comme une instance diplomatique d'un style nouveau, qui ambitionne de bâtir un multilatéralisme plus dense en opportunités et mû manifestement par une volonté de rétablir une sorte d'équilibre et de créer une alternative au modèle libéral dominant (II) ; tendance du reste confirmée lors du 14<sup>e</sup> sommet où le président Xi Jinping ironisait sur la propension de l'occident à

construire une « petite cour avec des hauts murs »<sup>5</sup> et à « prétendre à la suprématie au détriment des droits et intérêts des autres pays »<sup>6</sup>.

En raison du caractère géostratégique de cette thématique, son objectivation aura partie liée avec les approches configurationnelle et stratégique. Nous adaptons une démarche processuelle qui considère les Etats du Brics comme engagés dans des rapports internationaux interpénétrés dont l'équilibre des tensions donne la forme à une configuration plus ou moins stabilisée durablement (Le Lay 2007, 187-198 ; Déchaux 1995) La sociologie Eliasienne s'exprimera totalement dans notre analyse puisqu'elle adjoint au concept de configuration, celui de l'interdépendance, sans ignorer les dynamiques individuelles aux Etats membres dans la mise en place des tactiques pratico-réflexifs à la configuration (Elias 1990). Il sera question dans le concert des Brics, de saisir les dynamiques fluctuantes des tensions qui modulent la prégnance des effets des rapports d'interdépendance dans l'équilibre configurationnel.

---

<sup>5</sup> Métaphore utilisée par Xi Jinping lors 14<sup>e</sup> sommet des Brics le 24 juin 2022 ; métaphore qui traduit selon le président chinois l'enfermement des USA et ses partenaires industrialisés qui refusent de s'ouvrir aux économies en développement, préférant un multilatéralisme hégémoniste.

<sup>6</sup> A ce sommet, les Brics sont apparus comme un rempart autour de Moscou contre l'Occident au regard du soutien inconditionnel de la Chine à l'« opération spéciale » décidée par le président Poutine en Ukraine.

**I- Les BRICS : Des singularités constitutives d'une instance multilatérale baroque**

Malgré sa faible stabilité, l'instance du Brics est une institution ; elle ordonne un pan de l'espace international, assigne des rôles et se légitime à travers les règles, les rites et la routinisation de ses pratiques (Lagroye et Offerlé 2011) ; à moins d'une réification de son essence, l'institution n'est jamais une totalité achevée, cohérente et stable, mais une « totalisation perpétuellement en cours » (Chevallier, Lacroix et Lagrove, 1993, 134-143 ; Bonny et Demailly, 2012). Ses objectifs se déclinent dans la volonté d'offrir une alternative au multilatéralisme hégémonique et à l'unilatéralisme de la diplomatie américaine.

Les Brics sont pourtant traversés par des clivages liés tantôt à la sociogénèse de leur insertion internationale, tantôt aux rationalités multiples qui structurent la « figure globale changeante » (Elias, 1990, 157) des rapports internationaux. Ces clivages shuntent et structurent cette institution, et engendrent à différents paliers des divergences avec lesquelles ils doivent composer. Le clivage le plus saillant est un clivage de leadership dont le rôle

principal est tenu par la Russie et la Chine qui expriment un anti-occidentalisme virulent et une défiance à l'endroit des Etats-Unis (1.1.) ; ceci, parallèlement à une convergence d'affinités démocratiques manifestée par les Etats adjutants du Brics (Algirdas 1986)<sup>7</sup> (1.2.).

*Un leadership d'endiguement et d'obstruction : la Russie et la Chine, binôme anti-américain et défiance à l'endroit de la démocratie libérale*

La cooptation des pays adjutants permet au leadership sino-russe de s'imposer à l'international comme puissance alternative d'endiguement et d'obstruction des excroissances de l'influence américaine. L'instance des Brics constitue alors un ersatz depuis la chute du mur de Berlin qui renoue avec une longue tradition d'antiaméricanisme.

**L'anti-américanisme est consubstantiel à leur vision du monde** - Que le Président Russe Vladimir Poutine en soit aujourd'hui à dénoncer l'unilatéralisme américain, son double standard, et « autres clichés hérités de la mentalité des blocs<sup>8</sup>, ne s'explique pas ex-nihilo. C'est d'ordinaire une réaction à l'extension de l'OTAN et à la question de la non-ratification du traité FCE (Traité sur les

<sup>7</sup> Il s'agit du Brésil, de l'Inde et de l'Afrique du Sud qui entretiennent avec des nuances et des variations, une quiétude diplomatique avec les Etats-Unis. La notion d'adjuvance ici est très proche du schéma actanciel de d'Algirdas Greimas, l'adjuvant étant l'Etat qui soutient les Etats leaders dans la quête d'un objectif qui dans le cas d'espèce est celui d'opposer à

l'occident une alternative (voir Algirdas Julien Greimas, Sémantique structurale, Paris, PUF, 1986.)

<sup>8</sup> Discours du Président Poutine lors de la conférence de sécurité de Munich, réunion informelle organisée chaque année par les autorités allemandes ; c'est quelque peu les « Davos de la défense ».

Forces armées conventionnelles en Europe). L'antiaméricanisme russe a aussi partie liée avec les catégories psychologiques découlant du sentiment d'encerclement qui hante l'histoire russe sous Pierre Legrand, thème repris dans le narratif polémologique de Vladimir Poutine ; en effet, Pierre Legrand joua un rôle dans la construction d'un Etat russe moderne, à travers une politique expansionniste et des réformes qui ont fait de la Russie une puissance européenne ; en 1721 le Sénat de Russie lui accorda le titre d'« empereur de toutes les Russies », pour traduire sa fascination pour l'ensemble de l'Europe de l'Ouest (Kovalowski 1970 ; Cracraft 2003)<sup>9</sup>. La table rase de la révolution Bolchevick n'a pas complètement émasculée cette ambition de grandeur russe, et a même ouvert la voie à la construction discursive d'un anti-occidentalisme resserré fondé sur un marxisme léniniste aux accents « idéocratiques » (Malacic 2010). La Pravda rapporte quelques-unes de ces virulentes formules prononcées par Lénine dans sa lettre adressée aux ouvriers américains : « on a peine à imaginer hypocrisie plus répugnante que celle de la bourgeoisie anglo-française et américaine reflétant sur la responsabilité de tous... Les charognards de l'impérialisme anglo-français et américains que le pillage des colonies et le

carnage des peuples ont enrichi et qui ont prolongé la guerre... Parce que nous République socialiste martyrisée et pillée par les impérialistes, avons levé à la face du monde entier le drapeau de la paix, le drapeau du socialisme » (Lénine 1918).

Ainsi, l'antiaméricanisme semble historiquement incorporé dans cette logique de confrontation et est devenu un truisme discursif pour la classe politique russe jusqu'au la perestroïka initiée par Gorbatchev. Dans un contexte où tout conspirait à rétablir une dialectique de force, le gouvernement américain va refuser pendant plus de 10 ans de Bolchevisme, d'engager un processus d'établissement des relations diplomatiques malgré les ouvertures faites parfois du côté soviétique (Gaddis 2010).

Dans cette veine conflictuelle, Staline qui avait une connaissance plus approfondie des relations internationales et de ses enjeux, opposa une fin de non-recevoir à la proposition américaine d'étendre le plan Marshall aux pays de l'Est y compris l'Union soviétique. Il considérait en effet ce plan comme le complément économique de la doctrine américaine du « containment » vouée à l'endiguement de l'influence soviétique en Europe. Le régime stalinien lors de la conférence fondatrice du Kominform dénonça cet « impérialisme américain » qui vassalisait les économies européennes

---

<sup>9</sup> Il réorganisa l'armée russe le long des lignes européennes et rêva de faire de la Russie une puissance maritime ; à ce sujet, consulter James Cracraft, *the revolution of Peter the Great,*

Cambridge, Harvard University Press, 2003, et Pierre Kovalowski, *Histoire de Russie*, Librairie des Cinq Continents, Paris, 1970.

en les plaçant sous la tutelle de Washington (Marcou 1977). Et dans une escalade discursive, Andrei Jdavov indiquait dans son rapport au Kominform la nouvelle orientation politique soviétique en réaction à la « Doctrine Truman » : « au fur et à mesure que nous nous éloignons de la guerre, deux camps s'affirment. Les États-Unis sont la principale force dirigeante du camp impérialiste. Ce camp est soutenu par l'Angleterre, la France, mais aussi par les États possesseurs des colonies. Les forces anti-impérialistes forment l'autre camp. L'URSS et les pays de la démocratie nouvelle en sont le fondement. Le camp anti-impérialiste s'appuie dans tous les pays sur le mouvement ouvrier et démocratique, les partis communistes frères... Le but que se donnent les États-Unis est l'établissement de la domination mondiale de l'impérialisme américain... L'Angleterre et la France sont unis aux États-Unis comme des satellites en ce qui concerne les questions principales dans l'ornière de la politique impérialiste des États-Unis » (Andrei 1947).

Un « habitus » anti-américain s'est ainsi constitué mais shunté momentanément par la « déstalinisation » amorcée par Nikita Khrouchtchev, dans la perspective d'une coexistence pacifique. Mais c'était au fond une opération de légitimation du nouveau régime même si

l'idéologie s'était orientée vers la coexistence pacifique, qui devait elle-même conduire aux paroxysmes de la guerre froide. La formule de Raymond Aron résume cet équilibre de la terreur qui rend « impossible la paix et improbable la guerre » (Aron 1947). Une plongée au cœur de la Russie ancienne nous révèle depuis Pierre Legrand<sup>10</sup> cette obsession au recouvrement du paradis perdu, se manifestant aujourd'hui par le soudain retour de la Russie post-soviétique sur la scène internationale qui a pris au dépourvu la diplomatie occidentale ; et « ce n'est pas tellement son retour que son absence du concert des grandes nations qui aurait dû être considéré comme une anomalie » (Gratchev 2018, 277- 289), c'est pourquoi enraciner la grandeur russe dans l'ordre mondial est devenu une obsession quasi-jubilatoire ; une Russie dont Poutine considère naturellement Kiev comme le berceau originel.

La notion « d'occident collectif » qu'il mobilise dans son allocution télévisée annonciatrice de l'attaque armée contre les principales villes ukrainiennes, ramasse des formules chocs pour valider l'idée que cette attaque est « dirigée contre l'occident davantage encore que l'Ukraine ». C'est un monde uniforme et jugé hostile contre lequel Poutine engage l'armée russe pour affronter « non seulement les formations néo-nazies, mais

<sup>10</sup> Il faut relever l'implacable volonté du TSAR de faire de St-Petersburg, l'une de cours les plus flamboyantes en Europe au XVIIe.

de facto toute la machine militaire de l'occident » ; sachant que les mots comptent en droit international, il réduit cette attaque à une « opération spéciale ». Il imite vraisemblablement Staline au début de la « grande guerre », lorsque d'un ton émotif, il parle de « nos frères et sœurs du territoire du Donbass ». Un discours plus compact qui évacue la longue digression historique, et récite les arguments habituels comme une comptine. L'« empire éclaté » (D'Encausse 1992) tente ainsi sa reconstitution à travers une mobilisation stratégique du grand récit anthropologique affinitaire.

La Chine ne tient pas moins une rhétorique semblablement hostile et antioccidentale. Les relations sino-américaines charrient pourtant une certaine ambiguïté marquée par une dénonciation permanente de l'hégémonisme américain et une convergence économique toujours croissante (Godement 2001). L'hostilité entre les USA et la Chine commence avec la première « guerre de l'opium » en 1842 qui débouche sur le traité sino-britannique de Nankin ; traité qui a grevé considérablement les intérêts américains dans la région ; ensuite la loi d'exclusion des chinois qui a permis au gouvernement américain de suspendre leur immigration

aux USA (le 6 mai 1880) lors de la période de la « ruée vers l'or en Californie » et la construction du chemin de fer transcontinental. Il est important de souligner dans le cours de l'histoire de la Chine, que trois (3) ans après la victoire de Mao sur Chang Kai-Chek, les USA se refusèrent de reconnaître la République populaire, préférant soutenir la République de Chine à Taiwan. Depuis lors, Taiwan est devenu le point d'achoppement d'une escalade toujours imminente, qu'un paradoxe stratégique américain continue d'entretenir (Chang-Lin 2009)<sup>11</sup>.

Il faudrait dire plus nettement que l'antiaméricanisme chinois - du reste moins idéologique -, gravite surtout autour du statut de Taiwan pour lequel les USA ont adopté une politique « d'ambiguïté stratégique » (Moisi 2022) ; d'où l'art terriblement subtil du président Biden qui promet d'utiliser la force si jamais la Chine attaquerait Taiwan, mais en précisant tout de même que rien n'avait changé dans la doctrine des USA sur la question de l'Ile. Le déclencheur Ukrainien révèle les ambitions russes et chinoises qui s'activent l'un et l'autre dans leur révisionnisme et leur expansionnisme respectifs. L'on observera que de la mer de Chine au Pacifique, le gouvernement chinois

---

<sup>11</sup> Lors d'un entretien télévisé le 18 septembre 2021, le Président Joe Biden affirmait que les troupes américaines défendraient Taiwan en cas d'invasion chinoise (voir sur l'aspect spécifiquement historique, Chang-Lin Li, « Histoire de la géopolitique entre la

Chine continentale et Taiwan au 20<sup>e</sup> siècle : de la consistance du modèle politique « un pays, deux systèmes » dans la perspective du rattachement de Taiwan à la Chine », in Sens Public, Revue Electronique Internationale, n°3, 2009.

adopte un comportement de proactivité agressive cachant à peine ses visées conquérantes. Si l'« on ne sort de l'ambiguïté qu'à ses dépens »<sup>12</sup>, l'image des USA pourrait être écornée dans un contexte où le « multilatéralisme à la carte » (Gagné et Vlassis 2012) est de plus en plus décrié par les pays émergents et une frange importante de l'opinion publique internationale.

L'antiaméricanisme sino-russe se manifeste également à travers leur défiance à l'endroit de la démocratie libérale qui du côté chinois est ontologiquement considérée comme un leurre (Lord 2020) ; puisqu'elle s'obstine à s'arc-bouter à une possible démocratie à parti unique ; alors que l'on distingue aujourd'hui la « Russie américaine » de la Russie réelle qui « ouvre une nouvelle ère de répression politique » (Raviot 2008, 193- 209).

**La défiance face aux valeurs démocratiques occidentales** - Avant la période post-89, la Chine et la Russie continuaient officiellement de citer le marxisme-léninisme comme idéologie de référence de l'Etat<sup>13</sup>. Cette référence avait pour corolaire l'adoption de la « démocratie populaire » comme système politique tranchant avec la « démocratie libérale » ; celle-ci selon Lénine « restait toujours quant au fond une démocratie pour la minorité, et pour les classes possédantes » (Lénine 1917).

La Chine et la Russie ont historiquement partagé la commune conviction que la démocratie libérale est restée confinée dans le cadre étroit de l'exploitation capitaliste. La démocratie populaire a la singularité de s'opposer trait pour trait à la démocratie libérale : absence de séparation des pouvoirs, la pratique du monolithisme et une surveillance stricte de l'opinion politique ; sur le plan économique, elle pratique une rigoureuse planification de l'Etat touchant tous les aspects de la production, de la distribution et de la consommation. La période post-89, consacre une émasculatation idéologique de ces systèmes politiques, annonçant ainsi ce que Fukuyama a précipitamment considéré comme la « fin de l'histoire » (Fukuyama 1992).

En tout état de cause et toutes proportions gardées, cette vision du monde (démocratie populaire) a exercé un fort tropisme sur la gouvernance de ces Etats, et n'a pas toujours annoncé la victoire idéologique de la démocratie et du libéralisme comme l'a prédite Fukuyama ; et plutôt qu'à la généralisation de la démocratie libérale, l'on assiste à la résurgence des identités traditionnelles comme le montre la pertinence des cas chinois et russe (Huntington 1990), qui assurent une continuité renouvelée de l'histoire. La thèse de Fukuyama est visiblement

---

<sup>12</sup> Formule célèbre du Cardinal de Retz (in Mémoires du Cardinal de Retz, Paris, Etienne Ledoux, 1820).

<sup>13</sup> Constitution de la république populaire de Chine.

tombée dans le clos théorique ; car la fin d'un grand récit débouche inmanquablement sur un autre grand récit. En langage structuraliste, le marxisme-léninisme a forgé un « habitus », contenant un « ensemble de dépositions durables », qui assurent sans interruption la coordination entre l'héritage et la transmission (Bourdieu 1972).

Certes les deux pays sont rentrés dans l'« économie-monde » avec un succès inattendu et pratiquent le pluralisme partisan (Yaro 2021); avec un mélange de praxis politique au demeurant très proche du marxisme-léninisme. Ils réussissent pourtant à noyer le caractère autoritaire de leur régime dans la revendication d'un multilatéralisme à tout crin. Aussi continuent-ils d'avoir une perception manichéenne du monde opposant au libéralisme américain un modèle plus social rappelant nostalgiquement les prémisses du marxisme-léninisme. C'est dans cette perspective que le « consensus de Washington » qui est une projection du modèle libéral américain se voit opposer le « consensus de Pékin » : toute une vision du monde qui sur ses traits essentiels est en contrepoint du modèle américain ; l'occident et la Chine ont des positions fort différentes sur les politiques

de soutien au développement des pays du sud. Le consensus de Washington campe sur le libre-échange, la lutte contre la corruption, la transparence, les droits civiques, les droits de l'homme et la démocratisation, alors que la Chine et dans une moindre mesure la Russie évoque la non-ingérence dans les affaires internes de ces Etats, le développement structurel et économique comme préalables (Ramo 2004). Ainsi, « la démocratie d'abord » ne serait pas un modèle universel de développement.

Le « consensus de Pékin » est une alternative qui force l'admiration des pays du Sud, comme le note le président Abdoulaye Wade : « les contrats qui prennent cinq ans à être signé avec la Banque Mondiale prennent trois mois avec les autorités chinoises ; la Chine s'étant battue pour moderniser à un sens beaucoup plus grand des besoins de développement de l'Afrique, et est plus adaptée au commerce africain que les occidentaux » (Wade 2008).

Somme toute, le rejet des valeurs démocratiques occidentales se décline dans une attitude paradoxale d'adhésion au libéralisme économique en tant que membre de l'OMC, et un reniement de la démocratie politique diversement mis en pratique par les deux Etats<sup>14</sup>. Ce reniement des valeurs démocratiques

---

<sup>14</sup> La Chine pratique le système de coopération multipartite qui est le produit de l'histoire du pays, de la combinaison du Marxisme-Léninisme et de la situation propre au pays, et des expériences de luttes du parti communiste chinois et des partis alliés ;

système qui correspond aux exigences inhérentes au développement économique, social et culturel de la Chine. En Russie c'est également la fin du centralisme démocratique ; la constitution de 1993 inscrit le multipartisme et l'égalité de toutes les

occidentales construit une singularité qui masque à peine un projet de projection internationale qui se traduit dans le cas de la Chine par la « nouvelle route de la soie », matérialisée dans le concept du Belt and Roads Initiative, contrepoids à l'« America first » de Donad Trump.

En contrepont de l'antiaméricanisme affiché de la Chine et de la Russie, les pays adjuvants des Brics manifestent une accommodation différenciée à la politique américaine et souscrivent sans réserve aux exigences démocratiques.

*Les Etats adjuvants des Brics et l'accommodation différenciée à la politique américaine et aux exigences démocratiques*

N'étant pas des têtes de proue de la contestation antiaméricaine, le Brésil, l'Inde et l'Afrique du Sud ont opéré des choix stratégiques d'accommodation alliant exigences démocratiques et coopération économique. Cette option atténuée pour le principe l'essence critique des Brics et exprime des singularités constitutives d'une instance diplomatique clivée. En dehors de l'Inde qui affiche des troubles itinérants avec les USA, l'on note plutôt une quiétude diplomatique avec l'Afrique du Sud et le Brésil. Ces singularités vont déteindre sur la cohérence diplomatique de cette instance, même si l'ensemble des Brics s'insurge

contre le multilatéralisme hégémonique qui entérine une « position de leadership incontestée des USA sur une alliance globale » (Omerang 2003, 477- 497).

**Des adjuvants accommodants : Brésil, Afrique du Sud** - Les relations entre le Brésil et les USA durant la guerre froide sont caractérisées par un tempérament équilibré avec un « zèle excessif du gouvernement brésilien à entretenir des relations pacifiées avec son voisin du Nord, soit un certain essai de contestation, mais sans confrontation directe » (Soares Defina 1994, 27- 46). Dans la synthèse des rapports diplomatiques entre le Brésil et les USA, l'on note une intensité moyenne et une relation indirecte dans la coopération bilatérale entre 1947 et 1961 et entre 1969 et 1979 ; et une intensité maximale de relation active et directe entre 1961 à 1969 et de 1979 à 1989.

Dans la première période d'intensité moyenne, la position du Brésil est celle d'un alignement politique et militaire assorti de la coopération technique et économique ; alors même que sur le plan interne, l'on pouvait noter une divergence sur le rôle du capital international dans la deuxième période d'intensité moyenne : la diplomatie de l'intérêt national a prévalu, mais aussi le pragmatisme responsable développé par les généraux Medici et Geisel.

Dans l'intervalle d'intensité

---

associations et partis politiques au chapitre des « fondements du régime constitutionnel » ; dans les deux cas au demeurant, il y a une propension affichée

à l'ultradominance partisane. Voir Pour l'exemple de la Russie, Jean Robert Raviot, « La démocratie russe », in Amnis, (en ligne), 1/2001.

maximale, le Brésil a pour l'essentiel, décidé d'une politique extérieure indépendante, caractérisée par une autonomie nationale sur les agences multinationales et une divergence politique et idéologique avec les USA de 1979 à 1989, en optant pour une diplomatie d'universalisme.

Les années 1990 correspondent à la démocratisation du Brésil ayant coïncidé avec les changements structurels post 1989 ; jusqu'en 2000 il n'y a pas eu bouleversement des axes principaux de la politique extérieure du Brésil notamment son accointance avec les USA ; c'est ainsi que se profile son adhésion aux régimes internationaux (non-prolifération nucléaire mais surtout une rhétorique de l'intégration régionale sud-américaine et de coopération Sud-Sud à travers les Brics, les IBAS, et tous azimuts un partenariat stratégique avec l'UE.

L'on peut dire que les désaccords éventuels entre les USA et le Brésil se sont limités « à quelques questions économiques sectorielles », sans grever son soutien permanent aux USA dans leur position hégémonique en Amérique Latine (Milani 2011, p. 23). Ce qui rapproche le Brésil de l'Afrique du Sud dans leur rapport avec les USA, c'est spécifiquement leur adhésion aux valeurs démocratiques, mais aussi une attitude conciliante envers les USA. Jusqu'au déclencheur ukrainien, les relations Afrique du Sud-Etats - Unis étaient empreintes de quiétude diplomatique. Son

adhésion aux Brics n'avait pas jusque-là altéré la nature de ces relations.

Jetant un pavé dans la marre, le Président Ramaphosa a déclaré que rien ne pouvait le pousser à « prendre une position antagoniste vis-à-vis de la Russie » ; dans le dossier ukrainien, il est resté manifestement sur le terrain glissant de la neutralité et s'est abstenu avec une vingtaine des pays africains au vote de la résolution relative au départ des troupes russes, en exprimant son refus au « recours à la force ou à la violation du droit international ». Une position qui rencontre une adhésion significative dans la classe politique sud-Africaine, et qu'exprime clairement Julius Malema, leader radical de la gauche des combattants pour la liberté : « nous sommes avec les russes » ; il se réjouit de surcroît de ce que ces derniers donnent une « leçon à l'OTAN et aux Etats-Unis », rappelant instamment que la Russie a fourni à l'Afrique du Sud des armes, donné de l'argent pour combattre l'apartheid. En décrivant à son tour Poutine comme « un homme de paix », Jacob Zuma tranche résolument avec la prudence diplomatique de Nelson Mandela.

Alors que l'influence russe sur le continent est le sujet d'une inquiétude croissante et au surplus, en l'absence d'une condamnation claire de l'opération spéciale russe en Ukraine, le Président Ramaphosa va tenter le 02 Septembre 2022 de renouer une relation grevée par

ces déclarations<sup>15</sup>.

Dans cette perspective, Pretoria a réussi à imposer une prudence rhétorique aux USA qui affirment par la voix de son secrétaire d'Etat qu'ils « ne dicteront pas le choix de l'Afrique et personne d'autre ne devrait le faire »<sup>16</sup>. Or en même temps, les USA étaient résolument passés d'une simple diplomatie de récupération politique (1960-1990), à un renforcement et à une militarisation de ses relations avec les pays africains à travers Africom, réchauffant ainsi la classique théorie réaliste des relations internationales qui privilégie l'usage des ressources du hard power (Kpohazounde 2018). L'on peut dire *in fine* que loin d'une attitude consolidée de confrontation avec les USA, l'Afrique du Sud s'inscrit plutôt dans l'indocilité conjoncturelle des turbulences internationales actuelles. Cette réorientation des liens d'autorité et de loyauté n'est que situationnelle, et ne saurait incliner résolument l'Afrique du Sud à une radicalisation contreproductive. Les tumultes diplomatiques paraissent plus perceptibles entre l'Inde et les USA.

**Inde-USA : des tumultes diplomatiques erratiques** - Il est étonnant que la plus grande démocratie n'ait pas les faveurs escomptées des Etats-Unis, faveurs qu'ils accordent pourtant volontiers aux Etats n'ayant pas la moindre partie liée avec les valeurs démocratiques.

Historiquement, la complication des relations indo-américaines tient à une cooptation délibérée du Pakistan comme Etat-client dans la perspective de sa politique mondiale d'endiguement de l'Union soviétique (Singh 2006, pp. 13-24). Il s'en est suivi un alignement conséquent sur l'URSS ; l'indifférence aux programmes nucléaires et missiles pakistanais avec l'accompagnement de la Chine et de la Corée du Sud constitue un indice sérieux du sélectivisme américain ; indifférence également lors de son essai de tir du missile Ghauri, et lorsque le Pakistan s'orientait impunément vers la production des missiles et armements nucléaires. Bien plus, la proposition faite par les Etats-Unis à la Chine de coopérer à la lutte contre la prolifération des armes nucléaires dans la région, constitue selon l'Inde, une offense déconcertante dans la mesure où la Chine ne pouvait être un facilitateur de la paix dans une région où elle est considérée comme le plus grand trublion de la stabilité ; ponctuées de tumultes permanents, les relations indo-américaines sont loin d'un total dénouement heureux.

Le document sur les prochaines étapes du partenariat stratégique (depuis 2004) avec les Etats-Unis a été une lueur d'espoir qu'espérait Condoleezza Rice d'une puissance émergente qu'était l'Inde, appelée à devenir l'une des cinq

<sup>15</sup> Le Daily Marverick, Journal Independent sud-africain révèle que l'appel de pied est le fait des USA et non de l'Afrique du Sud.

<sup>16</sup> Déclaration d'Antony Blinken, chef de la diplomatie américaine le 8 août 2022 lors de sa visite en Afrique du Sud.

premières économies du monde. Le rapprochement avec l'Inde « tient à des facteurs autres que stratégiques et diplomatiques qui unissent actuellement les deux pays » (Jaffretot 2005, 309- 320). Beaucoup d'analystes considèrent malgré tout que « l'Inde n'a pas basculé dans le camp américain » (Jaffretot 2020).

Au total, les Brics figurent une instance fortement clivée dans le choix stratégique de leurs intérêts. Le leadership sino-russe bien qu'ouvertement antiaméricain, présente tout de même des nuances et des variations largement tributaires de l'attitude des USA à leur endroit ; intérêt économique pour la Chine, enjeux de puissance pour la Russie, les deux manifestant au demeurant une défiance aux valeurs démocratiques.

Les Etats adjuvants partagent les valeurs de la démocratie libérale ; le Brésil et l'Afrique du Sud font montre d'une quiétude diplomatique avec les USA. L'Inde tente difficilement un rapprochement avec Washington après une longue foire d'empoigne conflictuelle.

Au demeurant, les Brics restent-ils une instance diplomatique de construction d'un multilatéralisme alternatif.

## **II- Brics : instance diplomatique de construction d'un multilatéralisme d'émergents contestataires**

Bien que très éclatés dans leurs singularités, les Brics arrivent à s'unir autour de la thématique de la contestation du multilatéralisme classique hégémonique largement dominé par les Etats-Unis, et considéré comme un « multilatéralisme à la carte »<sup>17</sup>. Les USA se sont attelés à construire un ordre international « sous une forme compatible avec ses propres objectifs internationaux et ses structures internes » (Ruggie 1993, 30-31), inclinant ainsi les Brics à la création des « institutions-refuges » qui prennent de plus en plus la forme des fora de défiance diplomatique.

*Des fora de défiance diplomatique : le bousculement du multilatéralisme classique*

Dans la sociologie post-wébérienne, toute organisation fonctionnant sur la mode d'une hiérarchie hermétique secrète toujours des groupes parallèles et des « zones d'incertitude » (Crozier 1982) qui forment la source d'un espace de pouvoir et dont les enjeux qu'ils recouvrent donnent naissance aux stratégies des acteurs qui les mobilisent dans une structure de jeu donnée. Dans le système international, les Brics s'engouffrent dans ces zones pour construire une alternative

<sup>17</sup> Haas (Richard), "American foreign policy after September 11<sup>th</sup>: Remarks to the world affairs council

of Northern California", sur site [www.state.gov/s/p/rem/index.ctm](http://www.state.gov/s/p/rem/index.ctm)

à un ordre d'essence occidentale ; ce faisant, ils élargissent leurs ambitions et bousculent la plupart des institutions internationales spécialisées.

**Le bousculement des institutions financières et le développement** - Ce bousculement s'inscrit dans la ligne historique d'indiscipline de certains Etats du Brics obstinément opposés à la structure actuelle des relations internationales. Ces Etats sont pour l'essentiel des pays émergents qui s'intègrent à l'économie globalisée et au capitalisme mondial grâce à une croissance économique forte pendant plusieurs années. Les Brics constituent ainsi un club d'émergents majeurs en raison de leur poids respectif et cumulé, et de la visibilité politique et diplomatique qu'ils se sont forgés en multipliant des fora de discussions sur la refondation des institutions internationales (Vercueil 2012 et Degans 2013). Ils bousculent ainsi singulièrement les institutions financières et de développement.

C'est au nom de leur poids en termes de réserves internationales accumulées dans les banques centrales et qui leur ont permis d'éviter la crise, qu'ils recherchent une refonte des institutions financières internationales. Si le premier sommet tenu le 16 juin 2009 à Ekaterinbourg en Russie s'est soldé par une banale pétition de principe sur la nécessité de bâtir un monde multipolaire,

le deuxième et le troisième sommet par contre ont été décisifs et se sont attaqués plus directement à la structure et au fonctionnement des institutions internationales financières et surtout à la place des pays émergents dans lesdites institutions. Et dans cette perspective, la Banque Mondiale et le FMI sont sous le feu d'une critique acerbe : ils « doivent corriger leur déficit de légitimité. Reformuler la structure de la gouvernance de ces institutions implique en tout premier lieu une redistribution des droits de vote en faveur des économies des marchés émergents et des pays en développement pour mettre leur niveau de participation au processus de décision en accord avec leur poids relatif dans l'économie mondiale... Nous considérons également qu'il est nécessaire de recourir à une méthode de sélection des responsables du FMI et de la banque mondiale ouverte et fondée sur le mérite indépendamment de la nationalité. Plus nettement, le personnel de ces institutions doit mieux refléter la diversité de leur composition. La présence des pays en développement doit être tout particulièrement revalorisée »<sup>18</sup> ; une telle motion écrit Christophe Jaffrelot, « suggérait que le terrain d'entente privilégié des Brics n'était autre que l'opposition à la domination occidentale en vertu de laquelle les postes des patrons du FMI et de la Banque Mondiale

---

<sup>18</sup> Motion préalable aux discussions du sommet de Brasilia en avril 2010.

reviennent de manière traditionnelle respectivement à un Européen et à un Américain » (Jaffrelot 2011, p. 42). Cette critique se fonde sur le poids réel des économies des pays émergents des Brics et la nécessité d'affirmer la place majeure de ces pays sur la scène internationale.

Au sommet de Sanya en Avril 2011, Dilma Rousseff est sortie de sa réserve et considère que la banque mondiale et le FMI « ne peuvent pas être dirigés exclusivement tour à tour par les États-Unis et l'Europe, les autres pays étant systématiquement exclus de la gouvernance ». Il faudrait souligner que c'est à ce sommet que l'Afrique du sud a été cooptée par les membres fondateurs du Brics, cooptation obéissant à une logique géopolitique qui offre une légitimité accrue aux Brics à « parler au nom de l'Afrique dans le cadre d'une remise en cause voulue de l'ordre économique international en vigueur » (Gbaguidi 2013,112-113).

Dans cette perspective, les Brics manifestent face à la surdité des tenants de la Banque Mondiale et du FMI, une proactivité en termes de substitut fonctionnel à l'opacité de ces institutions financières. Ainsi la nouvelle Banque de Développement anciennement connue sous la dénomination de la Banque de Développement des Brics se pose comme une alternative à la Banque Mondiale et au FMI puisqu'elle entend favoriser une plus grande coopération financière et de développement entre les pays émergents

(Powel 2013). Il s'agira notamment de financer des projets d'infrastructure et de créer une « réserve d'arrangement des devises » pour contrer les chocs financiers intermittents. En dehors de ces visées purement économiques et financières, les Brics ont considérablement élargi leurs ambitions en enjambant plus ouvertement sur la politique internationale.

### **L'élargissement des ambitions des Brics : sécurité multilatérale et ambitions multipolaires**

- Dans une logique d'obstruction à l'hégémonisme américain, les Brics ne pouvaient pas se cantonner singulièrement à des revendications économiques, en sacrifiant une visibilité internationale qu'ils ne pouvaient acquérir qu'à travers une politisation conséquente des grands enjeux du multilatéralisme d'aujourd'hui. Ce faisant, ils forment des grandes coalitions qui se consolident dans la commune conviction que les relations internationales sont malades du multilatéralisme hégémonique occidental. Il s'agit des questions géostratégiques de la réforme du système onusien, des questions agricoles et environnementales.

Sur le plan sécuritaire, des problématiques aussi diverses que la lutte contre la prolifération des armes nucléaires et contre le terrorisme y sont abordées. Il est à souligner que l'initiative du Brésil à propos du nucléaire iranien bien que solitaire a été selon le président Lula lui-même un « succès diplomatique ». En effet, la Turquie et le

Brésil le 17 Mai 2010 avait signé un accord pour un dépôt en Turquie de 1200 Kg d'uranium faiblement enrichi pour 120 Kg de combustible enrichi à 20% pour le réacteur de recherche iranien ; il s'agissait pour Lula de préserver l'Iran de l'isolement auquel les USA et l'Europe voulaient l'acculer afin de forcer un abandon par l'Iran de son programme nucléaire. Cet effort de médiation visait à contrarier le projet des occidentaux de voter rapidement des sanctions contre l'Iran. L'initiative a été du reste soutenue par l'Inde et par 17 pays émergents. Malheureusement l'opinion dissidente de la Russie et de la Chine dans ce dossier n'était pas de nature à conforter les Brics dans leur nouvelle dynamique multilatérale (Jaffrelot 2008)<sup>19</sup>.

Ils se sont pourtant montrés particulièrement hardis sur les « questions de Singapour »<sup>20</sup> ajoutées au programme de travail de Copenhague et pour le volet agricole lors du cycle de Doha. En effet, les « questions de Singapour » avaient trait à la baisse des droits de douane sur les produits des TIC, l'ouverture des marchés des services financiers comme les banques et les assurances, l'ouverture des marchés nationaux de télécommunication. Les Brics et d'ailleurs

l'ensemble des pays émergents rejetèrent ces propositions puisque jusque-là, « les propositions émanaient principalement des pays développés » posant ainsi la problématique des capacités limitées de leur mise en œuvre.

Les négociations sur le volet agricole se sont enlisées car les Brics ont jugé trop élevé le seuil proposé par les américains pour permettre à un pays de remonter les tarifs douaniers en cas d'excédent d'importation et de la chute des cours de ces produits. L'enlisement tenait aussi à la structure organisationnelle de cette rencontre qui opposait les capitalismes historiques (USA, UE, Japon, Canada) et les capitalismes émergents (Brésil, Chine, Inde, Afrique du Sud) ceci au regard de la réunion convoquée à huis clos par Pascal Lamy préalable aux assises de l'OMC. Aussi l'OMC passe-t-elle du multilatéralisme commercial au multilatéralisme hégémonique (Abbas 2008, 3).

Les questions industrielles n'étaient pas des restes dans ses négociations et la marque des Brics a été déterminante dans l'impasse des discussions. Aucune entente sur le compromis sur le pourcentage des droits de douane, qui dérivait pourtant d'un

---

<sup>19</sup> En effet la Chine et la Russie ne considèrent pas l'Iran nucléaire comme conforme à leurs intérêts et s'offusquent d'ailleurs de ce qu'une telle initiative ait été prise par un membre du Brics qu'ils considèrent comme de statut secondaire (Jaffrelot Christophe) (dir.), *L'Empire mondial : les pays émergents*, Presses de Sciences po, Paris, 2008.

<sup>20</sup> Les « questions de Singapour » comprenaient : l'investissement, la politique de la concurrence, la transparence des marchés publics et la facilitation des échanges, voir *Dossiers du Centre International pour le Commerce et le Développement Durable*, Vol. 2, 2003.

compromis. Les Etats-Unis la jugeant défavorable pour son succès aux marchés des pays émergents. L'anti-américanisme est donc bien perceptible dans la démarche stratégique des Brics qui se posent résolument comme « le porte-parole des pauvres contre les riches »<sup>21</sup>.

Enfin, le sommet de Copenhague sur le climat a été le lieu d'une foire d'empoigne entre les pays émergents en général et singulièrement les Brics, et les pays industrialisés. La confrontation a été bien plus directe avec les pays européens. En effet, en dehors de la Russie, les quatre autres Etats des Brics sous l'appellation de « BASIC »<sup>22</sup> ont pris une position commune sur les questions environnementales notamment l'exigence de la prise en charge par les pays industrialisés, des conséquences des mesures en faveur de la protection de l'environnement ; globalement autour de la réduction des émissions des gaz à effet de serre ; il s'agissait sur ce point précis de repartir l'effort financier. Pour les Brics du « Basic », le soutien financier des pays industrialisés est une condition sine qua non à leur engagement à la lutte contre le réchauffement climatique. Ces derniers souhaitant en retour que les pays émergents dont les Brics participent aux efforts financiers. Il y a eu un grand clivage et la question de la répartition financière a cristallisé des oppositions entre les deux Camps.

L'échec pointait à l'horizon, les rapports de force étant manifestement en défaveur des pays européens. L'accord de « dernière minute » n'a pas reçu l'assentiment des 193 pays présents. Quatre pays des Brics (Inde, Chine, Brésil, Afrique du Sud) s'imposant comme principaux meneurs à huis-clos avec les Etats-Unis des négociations entre 26 pays, l'objectif commun a été une limitation à 2°C du réchauffement de la planète par rapport à 1850.

L'excessif poids des Brics et la faible plus-value de ces négociations attestent d'une part, de l'importance des pays émergents dans la gouvernance mondiale, et du caractère de plus en plus équitable des rapports de force d'autre part. Et « plutôt qu'un échec, ou l'amorce de la fin du multilatéralisme, Copenhague marque une ébauche de changement des règles de jeu », écrit Emma Broughton (Broughton 2008, 341- 353); c'est-à-dire une flexibilité décisionnelle et une reconfiguration des relations entre acteurs dans une approche méso moins empreinte de logique top-down.

Les Brics exercent aussi une fonction-refuge actuellement dans les conjonctures critiques de l'« opération spéciale » engagée par le président Poutine sur le territoire ukrainien.

*Brics : « club-refuge » dans les conjonctures critiques de l'invasion ukrainienne*

---

<sup>22</sup> Les BASIC est l'abréviation de 4 pays du Brics moins la Russie (Brésil, Afrique du Sud, Inde, Chine).

« L'opération spéciale » de Moscou en Ukraine a ouvert une sérieuse entaille dans l'opinion publique internationale opposant ouvertement les nations occidentales et les pays émergents. Dans cette veine, les Brics se sont organisés en soutien à la Russie et le binôme Sino-russe a affiché une indéfectible solidarité. L'Afrique toute entière a quasiment rallié la cause russe, malgré quelques nuances et variations dans les discours<sup>23</sup>. Les Brics deviennent le refuge diplomatique d'une Russie transmutée en victime.

Le sommet en virtuel des Brics les 23 et 24 Juin 2022 a été l'expression conjoncturelle d'un resserrement des liens d'amitié avec la Chine.

**La Coalition Poutine/ Xi Jinping en croisade anti-occidentale** - Le rempart des Brics autour de Moscou s'est mué en circonvallation diplomatique où les membres marquent leur différence en s'affichant aux côtés du président russe. La grande symbolique du dernier sommet des Brics réside dans la temporalité de cet évènement ; c'est en effet la première sortie virtuelle du président Poutine dans une rencontre internationale depuis le début du conflit ; ceci quelques jours seulement avant le G7 en Allemagne. Sur ce dernier trait, le tabloïd quotidien chinois *Global Time* a été plus disert sur l'évènement : « il s'agit de contrebalancer la tendance des pays occidentaux à former

des petites cliques avec le G7 » ; l'on voit apparaître un front anti-G7 » (Lemaitre 2022) appelé à fédérer le sud afin selon le quotidien nationaliste, d'apporter un air frais au monde qui inclût un système de gouvernance globale équitable au lieu d'un système dominé par l'hégémonie américaine ».

A l'occasion de ce sommet, le binôme Russie/Chine dans une opération de séduction captive a fonctionné en magister dixit, soulignant qu'un « rôle de meneur de la part des pays des Brics est aujourd'hui nécessaire comme jamais pour élaborer une politique unificatrice positive visant à créer un système mondial réellement multipolaire ». Le président Poutine a de surcroît appelé à la mobilisation « face aux actions égoïstes des pays occidentaux » ; le narratif de Poutine s'est démesurément aiguisé autour du grand récit anti-occidental : il dénonce les tentatives des pays occidentaux de « se servir des mécanismes financiers pour rendre le monde entier responsable de leurs erreurs de politiques macroéconomiques ... ce n'est qu'en se fondant sur une coopération honnête et mutuellement avantageuse que l'on peut chercher des issues à la situation de crise frappant l'économie mondiale, à des actions égoïstes et irréfléchis de certains pays ».

Ce qui importe plus que cette foire

---

<sup>23</sup> Certains pays africains dont singulièrement l'Afrique du Sud ont condamné la guerre et non la Russie

d'empoigne à teneur « idéocratique » (Milacic 1989), c'est le rôle que joueront désormais les Brics en tant que cadre diplomatique-refuge pour une Russie au ban du monde occidental.

Avec la Chine, elle tente de construire un comportement unanimiste dans le cercle des Brics, mais aussi d'élargir le spectre de sa composition dans une progression excentrique qui impliquerait le plus grand nombre des pays émergents. Les Brics pourraient désormais compter sur le soutien de « plusieurs pays d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine qui aspirent à mener une politique indépendante ». Dans leurs objectifs affichés, les Brics veulent créer « une nouvelle plateforme de coopération Sud-Sud et construire un cadre de coopération entre pays du Sud et du Nord » (Yifan 2017, 84-89). Dans cette direction, le souci d'élargissement des Brics se consolident davantage et la conférence virtuelle dénommée « Brics plus » qui a réuni les ministres des affaires étrangères de plusieurs pays en développement<sup>24</sup> le 23 mai 2022 se présente comme une « nouvelle phase du processus d'élargissement des Brics ». L'Argentine, l'Iran ont d'ailleurs officiellement déposé leur candidature à l'adhésion aux Brics, et l'on susurre dans le camp des pays émergents une ruée vers ce groupe.

Il est donc question pour la Russie soutenue par la Chine, de construire une adjuance plus large pouvant servir de « lieu-refuge » ou de substitut fonctionnel au multilatéralisme classique. Déjà constituent-ils 42% de la population mondiale et environ 25% du produit intérieur brut mondial, qu'ils seraient en surpoids en cas de nouvelles adhésions.

Dans le contexte du conflit en Ukraine les Brics accordent certes leur soutien à la Russie, mais évoluent prudemment dans une étroite ligne de crête.

**Les adjuvants des Brics dans une étroite ligne de crête : condamner la guerre, mais pas la Russie** - L'absolution de la Russie par les adjuvants des Brics participe de la reconstruction victimaire d'une causalité artificielle du conflit au profit de Poutine. Le soutien à la Russie est feint ; les pays émergents du Brics entendant ménager la chèvre et le chou. La structure de leur soutien à la Russie est fonction de leurs intérêts pris individuellement. C'est ainsi que New Delhi joue au contentement des exigences occidentales sans irriter la Russie pourvoyeuse d'armement et du pétrole ; en regard, en mai 2022 l'Inde a participé à une réunion du Quad, alliance militaire dont elle est membre aux côtés des Etats-Unis, du Japon, et l'Australie mettant en difficulté le tandem Chine-Russie. Au

---

<sup>24</sup> Les Emirats Arabes Unis, l'Arabie Saoudite, l'Argentine, le Nigeria, le Sénégal et la Thaïlande ont participé à cette visioconférence

surplus, la neutralité de New Delhi face à « l'opération spéciale » russe en Ukraine pose selon certains analystes, des questions sur la solidarité internationale (Viens 2022). Les relations tendues avec la Chine expliquent sa réticence à s'opposer fermement à la Russie. Par ailleurs, la Chine renforcerait ses liens avec la Russie et le Pakistan contre l'Inde, si en contrepoint cette dernière initiait un rapprochement trop lisible avec les Etats-Unis. Enfin, l'on sait que l'Inde a depuis 1955 noué des relations avec la Russie ; et dans cette veine cette dernière a utilisé six fois son veto au Conseil de Sécurité en faveur de l'Inde sur la question du Cachemire. Dans l'ensemble, les pays adjutants du Brics adoptent une position « dualignée », voir multialignée. C'est ainsi que Moscou compte des soutiens parfois très loin de sa zone d'influence : de même l'Afrique du Sud s'est abstenue lors du vote des sanctions contre la Russie<sup>25</sup>; position tenant à la proximité de l'ANC avec le régime Russe, allié de longue date dans la lutte contre l'apartheid<sup>26</sup>; les deux pays ont également célébré le 28 Février 2022 leurs 30 ans d'amitié ; et en stratégie, le président

Ramaphosa rappelait pour faire bonne mesure que l'Afrique du Sud ne « pouvait cautionner le recours à la force ou la violation du droit international » ; pourtant il marche résolument « sur les œufs » au risque de perdre des amis du camp occidental.

La position Brésilienne est bien plus paradoxale et témoigne de l'ambiguïté interne sur l'invasion russe. En effet, une résolution avait condamné l'intervention russe en Ukraine et l'ambassadeur Ronaldo Costafilho l'a réitéré lors de l'assemblée générale extraordinaire des Nations unies en stigmatisant fermement l'agression russe contre un Etat souverain. Le président Brésilien contrairement a manifesté sa solidarité en mi-février lors d'une visite au Kremlin, refusant de s'associer à l'application des sanctions contre la Russie. Le Brésil s'est en outre abstenu sur la résolution de l'exclusion de la Russie du Conseil des Droits de l'Homme. L'on peut dire que le Brésil a joué en duo la contradiction qu'ont jouée en solo les autres membres des Brics<sup>27</sup>.

### **Conclusion**

En tout état de cause, il appert que

---

<sup>25</sup> Cette position a été ponctuée par quelques « dérapages » du président Cyril Ramaphosa : un communiqué qui jetait un pavé dans la marre en demandant le retrait immédiat des forces russes du territoire Ukrainien. En réalité, cette tergiversation a aussi partie liée avec la politique interne de ce pays, l'ANC étant accusé de loyauté aveugle avec la Russie par l'Alliance Démocratique, principale parti d'opposition.

<sup>26</sup> 2000 militants de l'ANC en exil ont été formés et entraînés par l'armée russe à Kiev à cette période, et il

est utile de souligner qu'après l'éclatement de l'URSS, l'Afrique du Sud a maintenu ses relations avec la Russie contrairement à l'Ukraine

<sup>27</sup> L'ancien Président Lula adopte lui aussi une attitude de ninisme : « ce mec (le président Ukrainien) est aussi responsable que Poutine de la guerre ». Il aurait pu dire, martèle Lula « allez, arrêtons de parler de cette affaire de l'OTAN, de l'adhésion à l'UE pendant un certain temps. Discussions un peu plus d'abord » (Entretien de Lula dans Time, Edition du 23 au 30 Mai 2022)

l'instance des Brics est devenue dans les conjonctures critiques du conflit en Ukraine, la caponnière diplomatique de la Russie et de la Chine. C'est le lieu-refuge de la construction de la défiance et de mise en crise du multilatéralisme hégémonique. *In fine* c'est l'ampleur des clivages historiques et les choix stratégiques de ses membres qui détermineront sa survie et sa capacité de résilience.

### **BIBLIOGRAPHIE**

- « Brics eye infrastructure funding through New Development Bank. » *The guardian*, 28 Mars 2013.
- Abbas, Medi. Septembre 2008. « Le cycle de Doha n'aura pas lieu. » Dans *La chronique des Américains* (14) : 1-8.
- Ada, Jacques. 2017. « Brics : un sigle plus politique qu'économique. » Dans *Alternations économiques* (112) : 26-28
- Algirdas, Julien Greimas. 1986. *Sémantique structurale*, Paris : PUF.
- Andrei, Jdanov. 1947. « Rapport de politique générale au Kominform le 22 septembre 1947. » *Journal Le Monde*, Le 7 Octobre 1947. [https://www.cvce.eu/obj/le\\_rapport\\_22\\_septembre\\_1947-fr-914edbc9-abdf-48a6-9c4a-02f3d6627a24](https://www.cvce.eu/obj/le_rapport_22_septembre_1947-fr-914edbc9-abdf-48a6-9c4a-02f3d6627a24). Consulté le 8 juin 2020.
- Aron, Raymond. 1947. *Le grand schisme*. Paris : Gallimard.
- Bourdieu, Pierre. 1972. *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève : Droz.
- Broughton, Emma. 2010. « Copenhague : le bilan et l'avenir. » Dans *Politique Étrangère* 2 (Été) : 341-353.
- Chang-Lin, Li. 2009. « Histoire de la géopolitique entre la Chine continentale et Taiwan au 20<sup>e</sup> siècle : de la consistance du modèle politique « un pays, deux systèmes » dans la *perspective du rattachement de Taiwan à la Chine.* » *Sens Public, Revue Électronique Internationale* (3) : 1-9.
- Chevallier, Jacques, Bernard, Lacroix et Jacques, Lagroye. (dir.) 1993. « Le président de la république : usages et genèses d'une institution. » *Politix* 6 (23) : 134-143.
- Crozier, Michel et Enhard, Friedberg. 1982. *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*. Paris : éd. du Seuil.
- D'Encausse, Hélène-Carrère. 1992. *L'empire éclaté : La révolte des Nations en URSS*, Paris : Flammarion.
- Déchaux, Jean-Hugues. 1995. « Le concept de configuration : quelques failles dans la sociologie de N. Elias. » *Cahiers Internationaux de sociologie* (99) : 293-313.
- Degans, Axelle. 2011. « Ces pays émergents qui font bousculer le monde. » Dans *Les grands dossiers des Sciences Humaines*. (24) : 72-75.
- Elias, Norbert. 1993. *Qu'est-ce que la sociologie*. Paris : Pocket.
- Fukuyama, Francis. 1992. *The end of history and the last man [La fin de l'histoire et le Dernier Homme]*. New

York: the free press.

Gaddis, John Lewis. 1990. *Russia, the Soviet Union and the United States: An interpretative history [L'Union soviétique et les Etats-Unis: une interpretation historique]*. New York: McGraw-Hill publishing company, 2nd Edition.

Gagné, Gilbert et Antonios, Vlassis. 2012. « Le multilatéralisme à la carte et les risques pour les expressions culturelles et les droits à la propriété. » *Bulletin d'information* 8 (1) : 1-11.

Gbaguidi, James William. 2013. « Les Brics en Afrique : une histoire de perception : entre espoirs et risques de désenchantement. » *Afrique contemporaine* 4 (248) : 112-113.

Godement, François. (Dir.) 2001. *Chine-États-Unis, entre méfiance et pragmatisme*. Paris : Les études de la Documentation française.

Gratchev, Andrei. 2018. « La Russie à la recherche de sa grandeur perdue. » Dans *Qui gouverne le monde?* : 277-289.

Haas, Richard. « American foreign policy after September 11th: Remarks to the world affairs council of Northern California », sur site [www.state.gov/s/p/rem/index.ctm](http://www.state.gov/s/p/rem/index.ctm).

Consulté le 9 juin 2024.

Holloway, Steven. 2000. « U.S. Unilateralism at the UN: why Great powers do not make Great multilateralists. » *Global Governance* (6): 361-381.

Huntington, Samuel. 1990. « On ne sort pas de l'histoire: à propos de article de Francis Fukuyama », *Commentaire* (49) :

63-70.

Jaffrelot, Christophe. 2008. (dir.) *l'Empire mondial : les pays émergents*. Paris : Presses de Sciences po.

Jaffrelot, Christophe. 2011. « La diplomatie des pays émergents ou comment contrer l'occident. » Dans Badie, Bertrand et Dominique, Vidal. 2011. (dir.), *Nouveaux acteurs, Nouvelle Donne*. L'état du monde 2012. Paris : La Découverte.

Jaffretot, Christophe. 2005. « L'Inde, nouvel allié asiatique des États-Unis. » *Études* 10 (Tome 403) : 309-320

Jaffretot, Christophe. 2020. par Michel Grandi. 24 février 2020. Interview dans Les échos.

James, Cracraft. 2003. *The revolution of Peter the Great*, Cambridge, MA-Londres: Harvard University Press.

Kateb, Alexandre. 2011. *Les nouvelles puissances mondiales. Pourquoi les Brics changent le monde*. Paris : Ellipses.

Kovalowski, Pierre. 1970. *Histoire de Russie*. Paris : Librairie des Cinq Continents.

Kpohazoude, Fifain Grace. 2018. « La politique étrangère des États-Unis en Afrique sub-saharienne depuis 1960 : état des lieux et perspectives. » *Annuaire français de relations internationales XIX* : 637-658.

Bonny, Yves et Demailly, Lise. 2012. *L'institution plurielle*. Lille : Presses Universitaires du Septentrion.

Lord, Jopling. 2020. La Chine et l'ordre libéral. Projet de rapport spécial.

Lagroye, Jacques et Michel, Offerlé. (Dir.), 2011. *Sociologie de l'institution*. Paris : Belin.

Le Lay, Lishame. 2007. « L'approche configurationnelle. Une ambition théorique soucieuse de la complexité empirique. Dans J-P Durand et W. Gasparini, *Le travail à l'épreuve des paradigmes sociologiques*, Toulouse : Octarès : 187-198.

Lemaitre, Frederick. 2022. « La Chine tente de fédérer le sud pour « dépasser la petite clique » du G7. » *Le Monde* du 21 Juin 2022

Lénine, Vladimir Ilitch. 1917. *L'État et la Révolution*. Montreuil : Science Marxiste Eds

Lénine. 22 Août 1918. « Lettre aux ouvriers américains », dans *Pravda*, n°178.

Lilly, Marcou. 1977. *le Kominform : le communisme de guerre froide*. Paris : PFNSP.

Malacic, Slobodan. 2010. *De l'âge idéologique à l'âge politique : l'Europe post-communiste vers la démocratie pluraliste*. Bruxelles : Bruylant.

Milacic, Slobodan. 1989. Introduction à l'analyse du discours, DEA, université de Yaoundé.

Milani, Carlos et Instiana, Almeida. 2011. « Les rapports Brésil-États-Unis : quelle complémentarité ? » *AFRI XII* :

Moisi, Dominique. 29/05/22. « Taïwan : savoir manier l'ambiguïté ». *Journal Les Echos*.

Omerang, Jacques. 2003. « La pratique

américaine du multilatéralisme : le syndrome de Mare Nostrum. » *AFRI IV* : 477-497.

Paolo, B., Casella. 2011. *Brics : Brésil, Russie, inde, chine, Afrique du sud à l'heure d'un nouvel ordre juridique international*. Paris : Ed. A. Pedone.

Powell, Anita. 2013. "Brics leaders optimistic about new development Bank", *voice of America* du 27 Mars 2013.

Ramo, Joshua Cooper. 2004. *The Beijing consensus*. London: the foreign policy center.

Raviot, Jean-Robert. 2008. *La démocratie à la russe : pouvoir et contre-pouvoir en Russie post-sovietique*. Paris : Ellipses.

Raviot, Jean Robert. 2008. « Moscou et la question démocratique : mythe et réalité de « la nouvelle guerre froide. » *Hérodote* (129) :193-209.

Ruggie, John. 1993. (dir.), *Multilateralism matters: the theory and praxis of an institutional form*. New York: Columbia University press.

Singh, Jaswan. 2006. « Les États-Unis et l'Inde : le poids du passé, les promesses de l'avenir. » *Politique américaine* 2 (5) : 13-24.

Soares, Defina. Et Maria, Regina. 1994. "Ejes analíticos y conflict de paradigm en politica exterior brasilera", *Americana Latina international* I (2) : 27-46.

Vercueil, Julien. 2012. « Les pays des Brics ; Brésil, Russie, Chine... mutations économiques et nouveaux défis, Bréal 2010. » *Revue de la régulation* (9).

Viens, Catherine. 20 Juin 2022. « La neutralité de l'Inde face à l'invasion Russe en Ukraine pose des questions de solidarité internationale. » Dans Conversation, Université du Québec à Montréal.

Wade, Abdoulaye. 2008. « Time for the west to practice what it preaches. » tribune dans Financial Times, 24 janvier 2008.

Yaro, Diallo. 2021. « Le système des partis politiques en Chine et le parti communiste chinois.» Dans *Chine Magazine* du 3 mai 2021.

Yifan, Ding. 2017. « Les ambitions des Brics. » *Hermes* 13 (79) : 84-89.

## L'ARBITRAGE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE SOUS L'EFFET DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Par

**Ibrahima MANDIANG**

Docteur en Droit Public,

*Enseignant-Chercheur à la Faculté des Sciences*

*Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD).*

**RÉSUMÉ :** *Les principes communautaires impulsent aujourd'hui de nouvelles méthodes, de nouveaux mécanismes normatifs et institutionnels de règlement des différends dans les espaces communautaires. L'espace communautaire CEDEAO, UEMOA et OHADA n'échappe pas à cette nouvelle dynamique d'intégration des normes communautaires. En réalité, le système juridique de l'Administration a évolué considérablement dans le sens de la mutation et de la réadaptation des missions de l'Administration. Le service public, sous ce prisme, n'est plus nécessairement synonyme de monopole. Dans cette logique, l'inarbitrabilité de principe des litiges auxquels les personnes publiques sont parties, s'étend sous réserve de dérogations qui peuvent résulter de dispositions législatives spécifiques ou de stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne des Etats sous l'influence grandissante du droit communautaire.*

*Le domaine de l'arbitrage des litiges dans le contentieux administratif est, aujourd'hui, avec l'influence du droit communautaire africain en général et en droit Sénégalais en particulier, faiblement ou marginalement exploité par la doctrine du droit public. C'est l'une des motivations de cette contribution qui vise à mettre en exergue l'interdiction du recours à l'arbitrage ou de la prohibition de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public depuis longtemps. Au-delà de l'histoire du contentieux administratif français et sa transposition dans le contentieux administratif des Etats africains*

*en général et ceux de l'Afrique noire francophone en particulier, l'étude s'intéresse à l'évolution progressive de l'interdiction à l'acceptation de l'arbitrage sous l'influence du droit communautaire dans une première partie. Dans la seconde partie, cette contribution tente de faire ressortir les aménagements ou dérogations ou exceptions au principe de l'interdiction pendant longtemps pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sous l'influence des normes communautaires OHADA et UEMOA.*

**Mots clés :** Arbitrage ; Clause compromis ; Compromis ; Convention ; Contentieux administratif ; Droit Administratif ; Droit communautaire ; OHADA ; Service public ; UEMOA

## INTRODUCTION

L'Administration qui poursuit un but d'intérêt général, est investie de missions importantes<sup>1</sup>. Sous ce prisme, le champ du régime administratif, tel que formé historiquement est-il remis en cause par le développement du droit communautaire et de son intégration dans l'ordre juridique des Etats<sup>2</sup>? En effet, le système juridique de l'Administration ne peut<sup>3</sup> manquer d'évoluer considérablement dans le sens de la mutation et de l'évolution des missions de l'Administration<sup>4</sup>. Partant de là, il subira de profondes mutations qui altèrent son identité.

Ce système, doit s'adapter progressivement aux mutations du service public<sup>5</sup>. On assiste par conséquent à une contractualisation croissante des rapports entre l'Administration et le particulier sur le modèle du droit privé<sup>6</sup>. Aujourd'hui, le service public présente des fissures. Il n'est pas à lui seul suffisant pour justifier l'application du droit administratif, il est de plus en plus marginalisé en droit administratif<sup>7</sup>. S'il est défini dans l'article 11 du Code des Obligations de l'Administration « *comme toute activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général* »<sup>8</sup>, les principes communautaires ont profondément bouleversé le droit administratif<sup>9</sup> dans ses fondements et dans ses principes<sup>10</sup>.

Ces principes communautaires de libre concurrence, de libre circulation sont de

plus en plus nettement, affirmés et mis en œuvre. Le service public devient largement soumis au droit de la concurrence. A cet égard, le droit communautaire admet avec des termes qui ne sont pas ceux du service public, que les règles ordinaires des activités commerciales et notamment les règles de concurrence soient aménagées, voire écartées par certains de leurs aspects en présence d'activités dont le caractère vital pour la collectivité publique ne permet pas d'en abandonner le sort aux seules lois du marché<sup>11</sup>. Le monopole concédé aux personnes morales de droit privé, l'utilisation de la technique de délégation de pouvoirs et du mandat au profit de ces personnes peuvent être source de conflit, de litiges dans le cadre communautaire. Ces relations peuvent déboucher sur des contentieux différents<sup>12</sup>.

Ces contentieux permettent de mettre en œuvre la justice administrative. Selon la classification traditionnelle d'Edouard LAFFARIERE, il existe quatre types de contentieux : il s'agit du contentieux de l'annulation, défini comme étant un procès fait à un acte pour violation de la légalité<sup>13</sup>. Son objet est en effet de vérifier si l'acte en cause est conforme au droit, et dans la négative, de prononcer la disparition de l'acte illégal. Il peut s'agir du contentieux de la répression, dans cette catégorie, le juge exerce des pouvoirs de répression, il est chargé de réprimer une infraction commise par un individu. Il peut également s'agir du

<sup>1</sup>SY Demba, *Droit administratif*, CREDILA-L'Harmattan, 2ème édition, Revue, Corrigée et Augmentée, 2014, p.96.

<sup>2</sup>GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 18ème édition, LGDJ, p.443.

<sup>3</sup> DIALLO Abdarakhmany, *L'arbitrage dans le règlement des litiges administratifs*, Mémoire de Master 2 en Droit Public, UCAD, 2020, 104 p.

<sup>4</sup>AUBY Jean-Bernard, « La bataille sur Romano : Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p.923.

<sup>5</sup>CASSESE S., « Les transformations du droit administratif du XIXe au XXIème siècle », *DA*, Oct. 2002, Chron. p.8.

<sup>6</sup>MORANGE Jean, « Le déclin de la notion juridique de service public », *AJDA*, 1961, p.595.

<sup>7</sup>DIOP Serigne, « Quelques remarques sur le COA », *RIPAS*, n° 16, 1987, p.95.

<sup>8</sup>Loi N° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, *J.O.R.S*, n° 763 du 23 Août 1965, modifiée par la Loi N°2006-16 du 30 juin 2006, *J.O.R.S* du 5 juin 2006, modifiée par la loi n° 2022-07 du 19 avril 2022.

<sup>9</sup>MOUDOUDOU Placide., « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique Noire Francophone », *EDJA*, n°81, mai-juin 2008, p.37.

<sup>10</sup>SY (Demba, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA*, N° 67, Octobre-Novembre-Décembre 2005, p.39.

<sup>11</sup> TRUCHET (D.), « Le label de service public et statut service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

<sup>12</sup>PACTEA B, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 5ème éd. 1999, p. 17.

<sup>13</sup>CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ème édition, 2008.

contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité. Ce contentieux est constitué d'une part des litiges où le problème posé est celui du sens d'un acte ou d'un contrat administratif, non clair ou dont la portée est discutée : C'est le contentieux de l'interprétation. D'autre part, le contentieux de l'interprétation de la légalité qui porte sur la régularité d'un acte, mais à la différence du contentieux de l'annulation, cette question est posée de façon incidente, à l'occasion d'un litige. Le problème est de savoir si l'illégalité éventuelle de l'acte en cause ne s'oppose pas à son application, l'appréciation de la légalité de cet acte est alors nécessaire, ce jugement n'entraîne pourtant pas l'annulation, mais simplement la non-application de la décision<sup>14</sup>. Enfin, il peut s'agir du contentieux de pleine juridiction. Dans le cadre de ce contentieux, il est question d'un procès entre deux parties : l'Administration et un Administré en général, qui se contestent de l'existence ou l'étendue d'un droit.

Le juge est dès lors sollicité à se prononcer sur un droit subjectif<sup>15</sup>, c'est-à-dire une situation juridique particulière propre à un individu<sup>16</sup>. Le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux ou de pleine juridiction constituent de loin les deux catégories les plus importantes du contentieux administratif<sup>17</sup>. Les litiges relevant du contentieux administratif ne sont pas réglés selon les procédés ordinaires. Ils font l'objet d'un mode de règlement particulier. Le Professeur Alain BOCKEL

parlait d'un « *contentieux largement autonome et particulier, pour des raisons techniques et constitutionnelles, dont ont hérité les Etats africains* »<sup>18</sup>. Aujourd'hui, on assiste à une pénétration du droit et de la compétence judiciaire, partant de là, à une concurrence du droit privé et du régime administratif dans le règlement du contentieux mettant en cause les personnes publiques avec les entreprises privées ou sociétés commerciales dans les organisations sous régionales et régionales en particulier, l'OHADA<sup>19</sup>, l'UEMOA, la CEMAC. Ces situations remettent fondamentalement en cause le principe de la prohibition ou de l'interdiction du recours à l'arbitrage comme un principe classique du droit administratif certes mais qui nécessite des aménagements ce qui justifie la présente réflexion sur « **L'arbitrage dans le contentieux administratif en Afrique noire francophone sous l'effet du droit communautaire** ».

La définition des mots et concepts clefs du sujet s'impose. En effet, le contentieux est étudié sous l'angle du recours pour excès de pouvoir<sup>20</sup>. Le contentieux administratif désigne l'ensemble des règles juridiques, ayant pour but la résolution de litiges nés de l'action administrative et relevant de la compétence du juge administratif. Le contentieux vise la protection des règles du droit administratif et qui assure de ce fait, la sanction de leur violation. C'est donc un corps de règles juridiques qui constitue ce qu'on peut

<sup>14</sup>BOCKEL Alain, *Droit administratif*, Dakar, NEA, 1978, spéc . p.423-430.

<sup>15</sup>MBODJ El Hadji, « Les incidences de la réforme judiciaire du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *Revue de l'Association Sénégalaise de droit pénal*, N°2, Juillet-décembre 1995, p.13.

<sup>16</sup>SY Demba, « Réflexions sur la création du droit administratif par le juge sénégalais », *Revue de l'Association Sénégalaise de droit pénal*, N° 3 et 4, Janvier-décembre 1996, p.9.

<sup>17</sup>CHAPUS René, *Droit du Contentieux administratif*, 4ème éd. Paris, Montchrestien 1993, 1045p.

<sup>18</sup>BOCKEL Alain, *Droit administratif*, *ibid*, p.442.

<sup>19</sup>Le Traité relatif à l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique (OHADA) est signé à Port Louis

le 17 Octobre 1993, révisé à Québec le 17 Octobre 2008. L'OHADA est composée des Etats suivants : le Burkina Faso, le Bénin, le Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale Islamiste des Comores, la République du Congo, la République de Côte d'Ivoire, la République du Gabon, la République de Guinée, la République de la Guinée Bissau, la République de Guinée Equatoriale, la République du Mali, la République du Niger, la République du Sénégal, la République du Tchad, la République du Togo. Les articles 21 à 26 du Titre IV du Traité de l'OHADA sont consacrés à l'arbitrage.

<sup>20</sup>LONDON P., « L'histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir », *LGDJ*, 1962, p.34.

appeler le droit administratif processuel, aux fins de mettre en œuvre les procédures devant aboutir à la résolution définitive de litiges administratifs devant les autorités compétentes. Le contentieux administratif concerne les règles d'organisation et de fonctionnement des juridictions administratives, des litiges dont la connaissance appartient aux juridictions administratives. Il s'entend donc, comme « l'ensemble des règles applicables à la solution jurisprudentielle des litiges soulevés par l'action administrative »<sup>21</sup>.

La constatation du juge dans le recours pour excès de pouvoir, consiste à dire si l'acte administratif critiqué a ou n'a pas violé le droit<sup>22</sup>, si par la suite il est ou non illégal<sup>23</sup>. Quant à la décision, elle consiste uniquement pour le juge à déclarer l'acte nul s'il constate son illégalité ou à débouter le requérant au cas contraire<sup>24</sup>. Ce recours constitue une modalité du contentieux de l'annulation<sup>25</sup>. Le rôle du juge se manifeste ici sous un aspect de simplicité qui contraste avec celui qu'il offre dans le contentieux de pleine juridiction<sup>26</sup>. Dans le recours de pleine juridiction, le rôle du juge est plus complexe à cause du caractère que représente la prétention du requérant. Il consiste à constater la situation juridique de l'administré, son étendue exacte, c'est-à-dire l'existence et la consistance des droits qu'il prétend avoir contre l'Administration<sup>27</sup>. De

cette nature de la constatation, il résulte que la décision du juge a une portée particulière. Elle consiste à fixer les droits du requérant et à condamner l'Administration, le cas échéant, à rétablir et à réaliser ces droits, par exemple à payer les sommes dues<sup>28</sup>. Concrètement, il est attendu du juge qu'il puisse apprécier et mesurer « les droits subjectifs des requérants lésés lors d'une opération administrative pour replacer les requérants dans l'entier exercice de leurs droits, pour leur restituer autant que possible, la plénitude de ces droits »<sup>29</sup>.

S'agissant du droit communautaire il est défini comme « un ensemble de règles obligatoires (...) de normes de conduites (...), un droit secrété dans le cadre des processus d'intégration régionale conduisant à la mise en place d'une organisation supranationale »<sup>30</sup>. Le droit communautaire originaire est constitué par l'ensemble des traités de base et des actes assimilés. Les traités constituent les sources fondamentales du droit communautaire originaire ou primaire. Le droit primaire constitue le fondement des ordres juridiques de l'UEMOA de la CEDEAO et de l'OHADA<sup>31</sup>. Le droit communautaire est donc l'ensemble des règles matérielles uniformes applicables dans les Etats membres. Ces règles de droit sont constituées des traités tels que modifiés au fil des années (droit primaire) et des actes pris par les

<sup>21</sup>DEBBACH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 5<sup>ème</sup> éd. Paris, Dalloz, 1990, p.1.

<sup>22</sup>NGAIDE Moustapha, « La notion de matière administrative. Evolution de la jurisprudence sénégalaise », RASDAP, N° 5,6,7,8, 1997, p.48.

<sup>23</sup>MBACKE M, « Le contrôle juridictionnel de l'Administration : le recours pour excès de pouvoir », *EDJA*, 1987, pp.9-10, juin 1987, pp.9-23, juillet-Août 1987, pp.1-8.

<sup>24</sup>DIAGNE Ndeye Madjiguene, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse de Doctorat d'Etat en droit, FSJP, UCAD, de Dakar, 1995, 532p.

<sup>25</sup>DOUMBE-BILLE Stéphane, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux. A propos de la nouvelle frontière », *EJDA*, 1993, p.3.

<sup>26</sup>JAROSSON (Charles), « L'arbitrage en droit public », *Modes alternatifs de règlement des litiges*, *AJDA* 1997, pp. 16-24

<sup>27</sup>RIVERO Jean, « Le Huron au palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D. Chr.* p. 37.

<sup>28</sup>RIVERO (Jean), « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, n° 31, 1979-1980, p. 27-30.)

<sup>29</sup>SANDEVOIR P., « La juridiction administrative », in *Droit Public*, T. 2 dir. J. MOREAU 3<sup>ème</sup> éd. 1995, p.787.

<sup>30</sup>IBRIGA L.M, *Droit communautaire ouest-africain*, Université de Ouaga II, UFR de Sciences Juridiques et Politiques, 2012, p.27.

<sup>31</sup>FALL Papa Talla, « La promotion des MARD ou une meilleure protection de l'investissement dans l'espace OHADA », Ndiaw DIOUF (*dir.*) et al., *Le droit africain à la quête de son identité, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba NDIAYE*, L'Harmattan-Sénégal, 2021, ppO. 473-499.

organes communautaires en application des traités (droit dérivé). Ces normes communautaires visent à instaurer un ordre juridique communautaire. Il s'agit d'un système juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres. Contrairement au droit international public, qui est un droit de coordination et de coopération, le droit communautaire est un droit d'intégration et de subordination qui s'impose aux Etats membres et aux particuliers et comporte des éléments de supranationalité. L'article 6 du Traité de l'UEMOA prévoit que « *Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci sont appliquées dans chaque Etat membre nonobstant toute disposition nationale contraire antérieure ou postérieure* »<sup>32</sup>.

S'agissant l'arbitrage<sup>33</sup>, c'est un mode juridictionnel de règlement des litiges sans intervention du juge étatique. Il s'agit d'un mode alternatif assimilé à une sorte de justice privée dont les caractères le

distinguent des autres modes de règlement des différends ou la régulation des relations contractuelles<sup>34</sup>. L'arbitrage est, d'une part, fondamentalement contractuel dans la mesure où il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage. Dans cette procédure, les parties règlent leur instance comme elles l'entendent<sup>35</sup>. Leur volonté, exprimée dans la convention d'arbitrage est prépondérante. Ce caractère se manifeste aussi dans le pouvoir de juger reconnu aux arbitres et dans la liberté des parties de régler le déroulement et la procédure de l'arbitrage. La procédure d'arbitrage est aussi juridictionnelle<sup>36</sup> par son objet d'autre part. Cette procédure met fin à un différend<sup>37</sup>. Enfin l'arbitrage de la CCJA<sup>38</sup> est celui qui fonctionne dans le cadre du centre permanent d'arbitrage au sein de la CCJA<sup>39</sup>.

Il existe différents types d'arbitrage : l'arbitrage interne et international, l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel, l'arbitrage OHADA<sup>40</sup> et l'arbitrage de la Cour Commune de justice et d'Arbitrage (CCJA). L'arbitrage interne peut être défini comme étant celui qui ne présente

<sup>32</sup>L'avis de la Cour de Justice de l'UEMOA n° 001/2003 du 18 mars 2003 précise que « la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et même constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégrité sur les ordres juridiques nationaux. Les Etats ont le devoir de veiller à ce qu'une norme de droit national incompatible avec une norme communautaire qui répond aux engagements qu'ils ont pris, ne puisse pas être valablement opposée à celui-ci. Cette obligation est le corollaire de supériorité de la norme communautaire sur la norme interne. Ainsi le juge national, en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle de droit interne, devra faire valoir le premier sur la seconde, en appliquant l'un et en écartant l'autre ». La Cour Suprême du Sénégal a appliqué cette prévalence des normes communautaires sur le droit national dans les affaires suivantes : CS 05 mai 2009, *Etat du Sénégal c/ ARMP, CDR et AATR*, Bull. n°1, 2008 pp. 96-98 et CS 10 mai 2012, *CENTIF c/ CDR de l'ARM*, Bull. n° 4-5, 2012, p.225.

<sup>33</sup>NDIORO F, *La pratique de l'arbitrage dans le contentieux commercial ; cas de la Chambre arbitrale de Dakar*, Mémoire de Master II, UCAD, 2013-2014

<sup>34</sup>L'arbitrage revêt une double nature à la fois contractuelle et juridictionnelle. Il y a un mélange des deux et le tout est basé sur la volonté des parties qui se manifeste à travers la convention.

<sup>35</sup>KOUCHANOU Babine Léa Modukpé, *Le rapport entre la justice étatique et la justice arbitrale étude comparative France OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Perpignan via Domitia, 16 mai 2019, 359p.

<sup>36</sup>CLAY Thomas, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, n°2, LGDJ, p.331.

<sup>37</sup>Les arbitres rendent une sentence à la fin de la procédure qui est un acte juridictionnel revêtu de l'autorité de chose jugée. Par rapport à ce caractère, certains principes juridictionnels doivent être respectés.

<sup>38</sup>OGOUBI A, et DELFINI A, « La Cour Commune de justice et d'arbitrage, « Garant » des décisions souveraines des Etats parties à l'OHADA », *Penant, Revue Trimestrielle de droit africain*, Janvier-Février-mars 2016, N-894, p.147.

<sup>39</sup>BOURDIN, « Le règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage », *Revue. Cam.arb.*1999, n°5 ; pp.47.

<sup>40</sup>BAYO BIBI B, « L'efficacité de la Convention d'arbitrage en droit OHADA », *Revue Penant*, n° 881, pp.459-461.

aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du différend. Quant à l'arbitrage international, il désigne celui qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public. Il y a également l'arbitrage régi par une convention internationale ou un Règlement d'une institution internationale<sup>41</sup>. Quant à l'arbitrage institutionnel c'est lorsqu'il est administré par une institution permanente d'arbitrage, un centre d'arbitrage par exemple la CCJA ou Chambre de Commerce. L'arbitrage institutionnel présente trois caractéristiques : l'existence d'une institution chargée d'administrer l'arbitrage, l'existence d'un Règlement d'arbitrage et l'existence d'un Secrétariat chargé des tâches techniques<sup>42</sup>. L'arbitrage est dit *ad hoc*, lorsque le tribunal arbitral « *est créé ponctuellement pour un seul différend et disparaît après la sentence arbitrale. et fonctionne en dehors de toute institution permanente* ». <sup>43</sup>

Dans le cadre de la délimitation il y a lieu de préciser d'abord que l'arbitrage dans le contentieux auquel nous faisons allusion dans le cadre de cette présente étude, est relatif au contentieux administratif de pleine juridiction. Ensuite sur les 19 Etats d'Afrique noire francophone, nous avons choisi un échantillon des Etats suivants : Sénégal, Cameroun, Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Niger, Mali et le Togo afin d'avoir une idée approchée de la situation actuelle du contentieux administratif sous l'effet du droit communautaire dans ces Etats. Par ailleurs

du fait du mimétisme juridique, nous avons jugé opportun de revisiter à titre comparatif de temps avec recours au droit administratif français en général et l'histoire du contentieux administratif français en particulier pour voir leur transposition dans le contentieux administratif des Etats d'Afrique noire francophones pour mieux comprendre l'évolution du contentieux administratif. Enfin, l'étude pouvait porter sur les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, mais nous avons estimé que compte tenu de l'existence des travaux consacrés aux modes alternatifs de règlements des différends comme en atteste la contribution de Eric M. Ngango YOUNBI<sup>44</sup>, nous avons choisi d'analyser le contentieux administratif sous l'effet du droit communautaire dans une étude comparée de ces Etats précités de l'Afrique noire francophone.

De manière générale, la doctrine recourt à diverses formules pour justifier la justice d'Etat, en particulier la justice administrative, le manque de spécialisation des juges, la timidité du contrôle juridictionnel, la connivence avec les autorités publiques, le laxisme, la faible productivité, le mimétisme de la jurisprudence française, sont des traits dominants des juridictions administratives pendant longtemps dans les Etats d'Afrique noire francophones. Le juge de pleine juridiction ou de plein contentieux détient des pouvoirs plus importants que le juge de l'annulation qui peut effectuer un arbitrage complet de tous les éléments du litige<sup>45</sup>. Le juge est dès lors sollicité à se prononcer sur

<sup>41</sup>Les sources du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA : Certaines dispositions du Traité révisé du 17 octobre 1993 portant création de l'OHADA, le Règlement d'Arbitrage, l'Acte uniforme relatif au droit d'arbitrage du 23 novembre 2017, du Règlement d'Arbitrage de la CCJA. En effet, deux dispositions du Traité visent le droit d'arbitrage. Il s'agit de l'article 2 dans les matières qui relèvent du domaine du droit des affaires et le titre IV (Articles 21 à 26) du traité qui est consacré à l'arbitrage.

<sup>42</sup>TAGUM FOMBENO Henri-Joel, « Regard critique sur le droit d'arbitrage OHADA », disponible sur [www.google.fr](http://www.google.fr) (consulté le 15 Novembre 2024).

<sup>43</sup> TALL Saidou Nourou, *Droit du contentieux international africain. Jurisprudence et théorie générale des différends africains (Arbitrages, OHADA, CPA, CIRDI, CIJ. Droits communautaires, Droits de l'Homme, Droit de la mer, Droit de l'OMC, Droit de la fonction publique internationale et le Droit international pénal)*, L'Harmattan, 2018, p. 164.

<sup>44</sup> YOUNBI Eric M. Ngango YOUNBI, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique francophone », *Revue Internationale de droit économique*, 2019/4 (T. XXXIII), pp. 449-476.

<sup>45</sup>DIAGNE Mayacine, *L'efficacité du contrôle contentieux exercé sur l'Administration Sénégalaise*,

un droit subjectif.

Tous les arguments tendant à établir le bien –fondé de cette situation peuvent être utilisés comme moyens, aussi bien des éléments de droit ( tirés de l'application de la loi ou du contrat, que des éléments de fait ayant une portée juridique notamment une faute, un préjudice subi. Le juge de plein contentieux dispose à cet égard, en matière administrative de pouvoirs sensiblement identiques à ceux du juge civil. Ce contentieux est constitué d'une part du contentieux de la responsabilité et d'autre part du contentieux des contrats<sup>46</sup>. La spécificité des litiges entraîne une spécialisation des juges comme conséquence de l'organisation contentieuse<sup>47</sup>. Au Sénégal, par souci de simplification de l'Organisation judiciaire, l'ordonnance N-60-56- du 14 novembre 1960, introduit l'unité de juridiction<sup>48</sup>.

Dans la loi organique 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 8 Août 2008<sup>49</sup>, modifiée par la loi organique n°2022-16 du 23 mai 2022 portant création de la Cour suprême, les compétences dévolues au Conseil d'Etat en matière contentieuse

conformément à l'article premier de la loi organique N° 99-72 du 17 février 1999 modifiant la loi organique N°96-30 du 21 octobre 1996 sont désormais dévolues à la Cour suprême notamment la Chambre administrative par le recours pour excès de pouvoir<sup>50</sup>. Au Sénégal, « *la mixité découle de la spécificité de la mise en œuvre du principe de l'unité de juridiction qui a été adopté. L'unité de juridiction procède de l'article 7 de la loi n° 2014-26 du 03 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal*<sup>51</sup>. *Les tribunaux de Grande Instance sont juges de droit commun en première instance en toute matière sous réserve des compétences d'attribution en premier et dernier ressort de la Cour Suprême, des Cours d'Appel, et en premier ressort des tribunaux du travail, des tribunaux d'instance et des organismes administratifs à caractère juridictionnel* »<sup>52</sup>. Les compétences aujourd'hui en premier et dernier ressort en matière d'excès de pouvoir des autorités administratives et la légalité des actes des collectivités territoriales relèvent de la compétence de la Cour Suprême<sup>53</sup>. Le Contentieux de la légalité a connu des innovations<sup>54</sup> avec l'introduction des référés<sup>55</sup> divers<sup>56</sup>, des innovations

Thèse de Doctorat Université d'Aix-en-Provence, 1990, 412 p.

<sup>46</sup>FALL Alioune Badara, *La responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique au Sénégal : Essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique Noire Francophone*, Thèse d'Etat en Droit, Université de Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, 1994, T.I, p. 259.

<sup>47</sup>La Cour Suprême du Sénégal est créée pour la première fois au Sénégal en 1960 par l'ordonnance n°60-17 du 3 Septembre 1960, *JORS*, N° 3434 du 30 mars 1960, p. 430.

<sup>48</sup>KANTE Babacar, *Unité de juridiction et droit administratif : l'exempl du Sénégal*, Thèse d'Etat, Université d'Orléans, 1983, 423p.

<sup>50</sup>V. loi organique 2008-35 du 7 Août 2008 portant création de la Cour Suprême du et loi organique 2014-26 du 03 novembre 2014 portant réforme de l'organisation judiciaire du Sénégal (*JORS*, du 18 janvier 2017, p.47).

<sup>51</sup>V. la loi n°2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi n°84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal.

<sup>52</sup>DIEYE Abdoulaye, « Le juge face à la matière administrative au Sénégal », in *Annales Africaines*, Revue de la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Décembre 2018, n°09, pp.339-364.

<sup>53</sup>TOURE Papa Assane, *La réforme de l'Organisation judiciaire du Sénégal, Commentée et annotée*, Dakar, L'Harmattan, 2016, pp.275.

<sup>54</sup>HUGLO C, « La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat », *Gaz-Litec*, 1993, p.10.

<sup>55</sup>NDIAYE Ahmet « L'accélération du temps juridique : le référé administratif en Côte d'Ivoire et au Sénégal », in *Droit administratif : Convergence ou concurrence des disciplines juridiques*, Mélanges en l'honneur de Demba SY, Contributions réunies par Ndeye Madjiguène DIAGNE et El Hadji Omar DIOP, Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole, Tome 2, 2020, pp.269.

<sup>56</sup>AIDARA Mouhamadou Moustapha, « Bilan provisoire de la mise en application du référé administratif au Sénégal » in *Droit administratif : Convergence ou concurrence des disciplines juridiques*, Mélanges en l'honneur de Demba SY, Contributions réunies par Ndeye Madjiguène DIAGNE et El Hadji Omar DIOP, Presses

importantes qui peuvent davantage être poussées par les possibilités d'injonction du juge administratif comme en France depuis la loi du 8 février 1995<sup>57</sup>.

L'étude de l'arbitrage<sup>58</sup> dans le contentieux administratif sous l'effet du droit communautaire est intéressante à un double point de vue : théorique et pratique. D'une part, en mesurant la dynamique de l'intégration des normes communautaires et les mutations du droit administratif en particulier dans le contentieux administratif actuel d'une part. D'autre part, la possibilité laissée aux Etats de prendre des dispositions sur le plan normatif et institutionnel pour prévoir l'arbitrage et les instances arbitrales pour le règlement des différends. C'est ce qui a poussé l'Etat du Sénégal à adopter le décret n°2019-951 du 27 mai 2019 abrogeant et remplaçant le décret n°2016-1192 du 03 Août 2016 portant désignation de la juridiction nationale compétente en matière de coopération étatique dans le cadre de l'arbitrage pris en application de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage<sup>59</sup>.

Du point de vue théorique, le mouvement de pénétration du droit communautaire<sup>60</sup> dans l'ordre juridique

interne dans ses sources devient incontestable « en raison du rang supra-législatif du droit communautaire dans la hiérarchie des normes<sup>61</sup>, le juge communautaire se doit de remplir son office communautaire ». Le champ contractuel ouvert à la concurrence s'est élargi. A ce titre, sont dorénavant, les contrats passés par des organismes de droit public au sens communautaire, les contrats de mandat et les soumis aux règles de mise en compétition, les contrats entre personnes publiques, les contrats entre personnes publiques et associations, les contrats d'aménagements mais qui n'ont pas le caractère de personnes morales de droit public. « *Le droit communautaire bouleverse profondément les catégories juridiques internes dans le sens d'une évolution faisant de l'individu la cheville ouvrière de l'action étatique* »<sup>62</sup>.

Du point de vue pratique, aujourd'hui, le contentieux administratif comprend d'une part le contentieux des activités des services publics à gestion publique à gestion privée ou à caractère industriel et commercial depuis *l'arrêt Bac*

Universitaires de Toulouse 1 Capitole 1, Tome 2, 2020, pp. 81.

<sup>57</sup>DIEYE Abdoulaye, « L'excès de pouvoir et le juge au Sénégal et en France », *Revue Africaine de Sciences Politiques et Sociales*, N° 40 janvier 2023, pp

370-396. Voir dans le même sens, BROUELLE C, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 2015, p. 442.

<sup>58</sup> SAKHO Abdoulaye, DIOUF Ndiaw, « Etude sur l'ordre public et l'arbitrage : Aspects de droit économique et de procédure civile ( A propos de l'arrêt de la Cour suprême du 3 juillet 1985 : Etat du Sénégal c/ Express Navigation) », *Revue EDJA*, n-2 juin 1987,

<sup>59</sup>En application des dispositions des articles 247 à 252-2 et 820-1 du Code de procédure civile, les juridictions nationales compétentes en ce sens sont :

- La juridiction compétente visée à l'article 22 alinéa 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage est le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se déroule la procédure d'arbitrage ;
- La juridiction compétente visée à l'article 25 alinéa 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de

l'arbitrage est la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle se déroule la procédure d'arbitrage ;

- La juridiction compétente visée à l'article 28 alinéa 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage est la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle se déroule la procédure d'arbitrage ;
- La juridiction compétente visée à l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est le Président du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel la sentence est rendue.

Pour d'amples informations sur les juridictions compétentes et la procédure suivie : cf aux articles 2, 3, 4, 5, 6 et 7 du décret n°2019-951 du 27 mai 2019.

<sup>60</sup>IBRIGA L.M, *Droit communautaire Ouest africain*, Université de Ouaga II, UFR de Sciences Juridiques et Politiques, 2012, pp. 27 et suiv.

<sup>61</sup> AMSELECK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel* : Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREAU, Paris, Dalloz, 2007, pp.984-1014.

<sup>62</sup>NDIAYE Sidy Alpha, « Le régime de sortie en vigueur des actes créateurs de droits illégaux en Afrique : le cas du Sénégal », disponible sur [www.afrilex-u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex-u-bordeaux4.fr), 2015, 37p. spéc.21. (consulté le 15 Octobre 2024).

*d'eloka*<sup>63</sup> et d'autre part, les litiges résultant d'opérations de gestion publique intervenant dans le cadre des services publics à gestion privée. Ces différentes activités sont source de conflits, de litiges et pour les résoudre, le juge utilise un faisceau de techniques et méthodes pour trancher ces litiges, « *en profite pour contrôler l'action de l'Administration ou pour créer des règles du droit administratif* »<sup>64</sup>, il pouvait éventuellement recourir à l'arbitrage pour résoudre certains litiges.

Or l'arbitrage dans les litiges de droit administratif au moins pour le droit interne est prohibé pour les personnes morales de droit public, un principe classique fondamental en droit administratif. Ceci est également valable au Cameroun, Burkina Faso, Bénin, Niger, Côte d'Ivoire, Mali, Sénégal, Togo pendant longtemps. Paradoxalement, l'intégration des normes communautaires introduit de nouvelles techniques de gestion administrative. Les normes communautaires que ce soit l'OHADA et l'UEMOA<sup>65</sup>, exercent une influence sur le droit administratif<sup>66</sup>. Si des contraintes particulières ont longtemps pesé sur l'Administration de recourir à l'arbitrage dans des litiges, le contentieux administratif ne peut pas rester cantonné sur le modèle de règlement traditionnel des litiges en faisant abstraction de l'arbitrage sous l'influence du droit communautaire. Car, la montée en

puissance du droit communautaire bouleverse considérablement le contentieux administratif notamment de la responsabilité et du contentieux des contrats<sup>67</sup>. Au demeurant les nouveaux procédés contractuels des personnes morales de droit public en particulier les contrats de partenariat public-privé. Le contentieux des marchés publics peut être résolu par un arbitrage comme le prévoit le décret N°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant application du Code des marchés publics<sup>68</sup>, avec le rôle du Comité de règlement des différends et de l'autorité de régulation des marchés publics<sup>69</sup> d'une part et le rôle de l'autorité de régulation de la commande publique d'autre part<sup>70</sup>.

C'est aussi le cas pour les contrats de partenariat public-privé avec le décret N°2021-1443 du 27 Octobre 2021 portant application de la loi N°2021-23 du 02 mars 2012 relative aux Contrats de partenariat public-privé. Les contrats de partenariat public-privé modifient sensiblement les techniques classiques d'exécution des contrats administratifs et partant de là, le règlement des différends nés de ces contrats aussi. Le contentieux des marchés publics peut être résolu par un arbitrage comme le prévoit le décret N°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant application du Code des marchés publics<sup>71</sup>.

Dès lors, on pourrait se demander si

<sup>63</sup>TC, 22 janvier 1921 *GADJA*, 21<sup>ème</sup> édition, n°35, Rec. 91 D, 1921-3.1

<sup>64</sup>SY Demba, « Droit administratif et communicabilité en Afrique », disponible sur [www. Afrilex-ubordeaux4.fr](http://www.Afrilex-ubordeaux4.fr), 2013, 35 p. *spéc.p.1* (consulté le 25 Septembre 2024).

<sup>65</sup> Le Traité de Dakar est signé le 10 janvier 1994, il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> Août 1994, l'UEMOA compte les Etats suivants : le Bénin, le Burkina Faso, la Cote d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Togo et la Guinée Bissau.

<sup>66</sup>KEBE Abdou Aziz Daba, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sous l'effet du droit communautaire », disponible sur [www -U-bordeaux4. fr](http://www-U-bordeaux4.fr), 2015 *spéc. p. 3.* (Consulté le 10 Juillet 2024).

<sup>67</sup> TALL Saidou Nourou, *Droit du Contentieux international africain*, L'Harmattan-Sénégal, 2018, 556 p.

<sup>68</sup>BA Boubacar, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics devant la Cour Suprême du Sénégal » (A partir des arrêts rendus entre 2008 et 2013), *Annales Africaines*, *ibid.*

<sup>69</sup>GUEYE Babacar, « Le nouveau Code Sénégalais des marchés publics : entre réponses aux attentes de la société civile et prises en compte des influences communautaires », *Droit Sénégalais*, N° 2008, p.257.

<sup>70</sup>SY Demba, « Commande publique et droit des contrats administratifs au Sénégal », in *Gouvernance et réforme administrative, Mélanges en l'honneur de Marc Débene*, Etudes coordonnées par Arnaud de Roulin et Jean Paul Pastorel, *Presses Universitaires d'Aix Marseille*, 2018, p.231.

<sup>71</sup>BA Boubacar, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics devant la Cour Suprême du Sénégal » (A partir des arrêts rendus entre 2008 et 2013), *Annales Africaines*, *op cit.*

le droit communautaire ne remet pas en cause le principe de la prohibition de l'arbitrage dans le contentieux administratif ? En d'autres termes, sous l'effet du droit communautaire existe-t-il toujours une interdiction absolue aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans le contentieux administratif ? La prise en compte des normes communautaires dans la gestion publique dans l'espace UEMOA et l'OHADA apporte-t-elle des aménagements au principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques dans le contentieux administratif ? Si pendant longtemps la tradition est hostile à l'arbitrage dans les litiges administratifs, au moins pour l'arbitrage interne, l'expansion du droit communautaire dans les secteurs traditionnels semble remettre en cause cette interdiction de principe. Le prétexte choisi est celui donc de l'arbitrage dans le contentieux administratif sénégalais sous l'effet des normes communautaires de l'UEMOA et de l'OHADA par conséquent l'influence des normes communautaires issues de la CEDEAO<sup>72</sup> ne sera pas prise en compte dans cette étude du fait de l'existence au sein de cette Organisation sous régionale des pays anglophones. On s'intéressera davantage à deux Organisations : l'UEMOA et l'OHADA.

Cela dit, le droit communautaire, faisait remarquer Abdou Aziz Dabah KEBE, « *n'est pas indifférent à l'influence de ce nouvel environnement juridique soutenu par l'idéologie libérale de l'ouverture des économies à la concurrence et à la compétition* »<sup>73</sup>. L'impact des directives

communautaires sur l'ordre juridique interne, est révélateur de ce processus d'intégration. En ce sens, on assiste à des innovations dans les Codes des Marchés publics de 2002<sup>74</sup> et de 2007<sup>75</sup>. Les directives communautaires de 2005<sup>76</sup>, ont introduit de nouvelles tendances du droit des contrats administratifs<sup>77</sup>. Volontiers tenue pour naturelle dans le contentieux de l'excès de pouvoir, et plus largement, celui de la légalité des actes administratifs unilatéraux, la prohibition radicale de l'arbitrage pour le règlement de litiges contractuels est généralement critiquée par la doctrine. Le législateur communautaire semble donner une réponse en ouvrant de nouvelles perspectives à l'arbitrage en droit administratif. Le législateur offre la possibilité aux personnes publiques le droit de recourir à l'arbitrage du fait de la pénétration du droit privé dans les missions de service public surtout pour les activités industrielles et commerciales des personnes publiques. A la lumière de ces considérations, il y a lieu de préciser que le principe de prohibition du recours à l'arbitrage qui a pendant longtemps dominé le règlement des litiges des personnes publiques en droit administratif (I) connaît aujourd'hui des assouplissements, des aménagements sous l'effet du droit communautaire appuyé en cela par des conventions internationales en matière d'investissement (II).

<sup>72</sup>GUEYE Papa Moussa Saliou, *Les Organisations internationales africaines et la gestion des conflits localisés*, Thèse de Doctorat unique en Droit Public, FSJP/UCAD, 2019, pp. 75-90.

<sup>73</sup>KEBE Abdou Aziz Dabah, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *ibid*, p.5.

<sup>74</sup>DIOUKHANE Abdourahmane, « Remarques sur quelques aspects du nouveau Code des Marchés publics sénégalais », *Revue EDJA* n° 57, Avril-mai-juin 2003, p. 27.

<sup>75</sup>NGAIDE Moustapha, « La loi n° 2006-16 modifiant le Code des Obligations de l'Administration ou le

renouveau du droit des contrats administratifs au Sénégal », *Revue Droit Sénégalais*, n° 6, novembre 2007, pp. 105.

<sup>76</sup>GUEYE Babacar, « Le nouveau Code sénégalais des marchés publics : entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », in *Droit Sénégalais*, N°7, *La codification juridique dans les pays francophones*, 2008, pp. 257-280.

<sup>77</sup>DIAGNE Mayacine, « Les nouvelles tendances du droit des contrats administratifs au Sénégal », *Revue EDJA*, n°80, Janvier-Février-Mars 2009, p.13.

**I) Le principe de prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques dans un contentieux administratif**

La décision du Conseil Constitutionnel Français du 23 janvier 1987, pose les bases constitutionnelles du contentieux administratif. Le juge Constitutionnel, à travers cette Décision, déclare que la loi des 16 et 24 Août 1790 sur la séparation des autorités administratives et judiciaires n'est pas conforme à la Constitution, donc réformable<sup>78</sup>. Puis précise, qu'il existerait un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui voudrait que la réformation des décisions prises dans l'exercice de prorogatives de puissance publique par les autorités publiques, exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales ou organismes placés sous leur contrôle est réservée au juge administratif. « *Le respect très relatif du texte (loi de 1790<sup>79</sup>) obligea les pouvoirs à rappeler la règle dans le décret du 16 fructidor an*

*III* »<sup>80</sup>, faisait remarquer Abdoulaye DIEYE<sup>81</sup>.

Dans cette dynamique, l'identification du service public au monopole a pu apparaître « *sans doute comme l'une des caractéristiques affichées- et aujourd'hui contestée du service public à la française* » comme l'avait souligné Yves GAUDEMET, à propos des aspects de droit communautaire sur les services publics et marché<sup>82</sup>. Sous l'impulsion du droit communautaire, observée dans l'espace communautaire Européen, d'abord, certains grands services publics nationaux organisés en monopole dans les années 1930 ou après la Seconde Guerre Mondiale, se retrouvent ou retrouveront la logique de la concurrence communautaire<sup>83</sup>. Aujourd'hui, le législateur et les autorités administratives sont de plus en plus contraints au respect des normes communautaires notamment l'UEMOA et l'OHADA. En effet, le Conseil Constitutionnel du Sénégal dans sa décision N° 12.C / 93 du 16 décembre 1993 s'est prononcé sur la conformité du Traité OHADA avec la Constitution du Sénégal<sup>84</sup>,

<sup>78</sup> V. Décision du Conseil Constitutionnel Français du 23 janvier 1987.

<sup>79</sup> Article 13 : « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les Administrateurs pour raison de leurs fonctions* ».

<sup>80</sup> Décret du 16 Fructidor an III (C'est-à-dire du 2 Septembre 1795), intitulé : décret qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard.

Article unique :

« La Convention nationale, après avoir entendu son Comité des Finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentant du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au Trésor.

Dépenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf réclamations à se pourvoir devant le Comité des

finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois et notamment celle du 13 Frimaire dernier ».

<sup>81</sup> DIEYE Abdoulaye, « Le juge face à la matière administrative au Sénégal », in *Annales Africaines*, Décembre 2018, N° 9, pp.339-364, spéc. p.6.

<sup>82</sup> GAUDEMET Yves, *Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès*, Mélanges B. JEANNEAU, p.473.

<sup>83</sup> GAUDEMET Yves, *Droit Administratif*, 18<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2005, p.36.

<sup>84</sup> NDIAYE Sidy Alpha et SALL Alioune (dir.), *Manuel pratique des droits de l'Homme*, deuxième édition, Presses Universitaires de Dakar, Mars 2022 spéc. pp.77-78.

En effet, dans sa décision N°12.C/93 du 16 décembre 1993, le juge reprend textuellement le troisième paragraphe du préambule de la Constitution du 7 mars 1963 pour motiver le fondement de l'abandon de souveraineté de la part des Etats signataires du Traité en vue de la réalisation de l'unité africaine. Pour le juge Constitutionnel, « Considérant que même si les articles soumis à l'examen du Conseil Constitutionnel avaient prescrit un véritable abandon de souveraineté, ils ne seraient pas inconstitutionnels, que s'il y avait un doute à ce sujet, il serait levé par les dispositions du paragraphe 3 du préambule de la Constitution aux termes duquel ». V. Recueil des Décisions du Conseil

plus précisément en matière de contentieux administratif. Pendant longtemps, les fondements du principe de prohibition du recours à l'arbitrage sont imposés aux personnes publiques pour le recours à l'arbitrage dans un contentieux administratif (A). Cette prohibition du recours à l'arbitrage est d'ailleurs justifiée par les textes (B).

### A) Les fondements du principe de prohibition du recours à l'arbitrage dans un contentieux administratif pour les personnes publiques

La notion de service public, une fois formée, s'est alors substituée à celle de puissance publique comme fondement et cadre du régime administratif. Le service public est défini comme, une activité d'intérêt général gérée par une personne publique ou son contrôle, selon un régime exorbitant du droit commun<sup>85</sup>. C'est lorsqu'il y a service public et dans ce cas s'applique le droit administratif et que la juridiction administrative devient compétente en cas de contentieux.

Le contentieux administratif né, des services publics ou des relations de la puissance publique a toujours exclu le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques mettant en avant, l'inarbitrabilité de principe en droit interne d'une part (1) et d'autre part, l'exclusion de principe des personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage pendant longtemps, en vertu des missions d'intérêt général confiées à

l'Administration (2).

### 1) L'inarbitrabilité de principe pour les personnes publiques dans un contentieux administratif

LAFERRIERE fondait la prohibition de l'arbitrage dans le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires : « *Comment admettre que l'Etat puisse accepter des arbitres dans les affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils ? Plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'Etat* »<sup>86</sup>. Le principe est l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans le contentieux administratif<sup>87</sup>. En effet, « *Saisi pour avis en 1986 de la possibilité d'introduire une clause compromissoire dans le contrat passé par différentes personnes publiques Françaises avec la société Eurodisneyland, pour la création d'un parc d'attraction près de Paris, le Conseil d'Etat a choisi de rappeler la règle de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques présentées par lui comme résultat des principes généraux du droit public français* »<sup>88</sup>.

Selon le CE français, « *Les personnes morales de droit public, ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties, et qui se rattachent à des rapports*

---

Constitutionnel du Sénégal, (Janvier 1993-mars 2019), Dakar, Imprimerie Decombat, 2020, p.73 spéc. Considérant 9.

<sup>85</sup>KEBE Abdoul Aziz Dabah, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op.cit.* p.6.

<sup>86</sup>LAFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème édition, 1896, Tome 2, p. 152.

<sup>87</sup>GAUDEMET Yves, *Arbitrage et Droit Public*, Droit et Patrimoine, 2002, N° 105.

<sup>88</sup>CE *Avis 6 mars 1986*. Cet avis avait été rendu dans le cadre de la signature des contrats visant la construction du Parc d'attraction. Les américaines (Walt DISNEY) et un département français. Dans les négociations, la partie américaine s'est inquiétée du

sort des litiges qui interviendraient dans l'exécution de ce contrat et a demandé qu'y avait une difficulté et qu'en droit français, les personnes publiques ne pouvaient pas signer de telles clauses. C'est dans cette circonstance que le CE, saisi le 6 mars 1986, précisa l'idée que le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques résulte des principes qui veut que, sous réserve de dispositions législatives expresses ou encore de conventions internationales, « les personnes publiques ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ».

*relevant de l'ordre juridique interne* ». De même, l'Avis du 6 mars précise que « *tout compromis ou clause compromissoire conclu en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public* ». Cet avis du CE français du 6 mars 1986, rappelle une fois encore, l'exclusion de principe des personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage dans un contentieux administratif de manière générale.

Au Cameroun, le principe de l'interdiction de l'arbitrage a été posé par les articles 36 et 577 du Code de procédure civile et commerciale. Le juge administratif camerounais s'est toujours montré circonspect en affirmant qu'il n'est pas compétent pour un arbitrage. C'était le cas dans l'arrêt de la Cour suprême N-22/2010 du 25 Août 2010 *NJEUKWA*<sup>89</sup>.

## **2) L'exclusion de principe des personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage dans un contentieux administratif**

Le principe de l'interdiction pour les personnes de droit public de compromettre repose sur deux considérations : juridiques et politiques. D'abord, les règles de compétence de la juridiction administrative sont d'ordre public<sup>90</sup> et ne peuvent être remises en cause par voie conventionnelle<sup>91</sup>. Ce caractère empêche les personnes publiques de s'en remettre à un arbitre pour l'ensemble des litiges appartenant à la compétence des juridictions administratives. Ensuite les personnes publiques ne peuvent

faire des libéralités ou verser des sommes qu'elles ne doivent pas<sup>92</sup>. Enfin, politiquement, il serait bien étrange que les personnes publiques et en particulier l'Etat manifestent une méfiance envers le juge étatique et préfèrent se soustraire à sa juridiction.

Une telle possibilité est logiquement inconstructible et ce paradoxe qui suffit à lui seul à emporter l'idée même d'un arbitrage pour les personnes publiques<sup>93</sup>. L'idée générale qui est à la base de l'interdiction de l'arbitrage, est que ce mode de règlement des litiges ne convient qu'aux intérêts privés<sup>94</sup>. Il a été soutenu en outre en France, en application des articles 83 et 1004 du Code de procédure Civile qui prévoyaient que certaines causes, parmi lesquelles figuraient celles intéressant l'Etat, les communes et les Établissements n'étaient pas arbitrables.

Le droit administratif Sénégalais est « *un droit d'inspiration française, un héritage colonial* » comme l'affirme Demba SY<sup>95</sup>. Dès lors, il n'est pas surprenant, qu'en fonction de la mission d'intérêt général poursuivie par l'Etat de manière générale, les établissements publics, les sociétés nationales en particulier se voient pendant longtemps imposer des principes d'interdiction de recourir à l'arbitrage dans le contentieux administratif. Ces personnes de droit public poursuivent un but d'intérêt général et leurs actions sont encadrées<sup>96</sup>, malgré les difficultés de la gestation du droit administratif Sénégalais<sup>97</sup>, ou les conditions de son développement<sup>98</sup>.

Les mêmes réalités sont observables

<sup>89</sup> OWONO J., « Le contentieux administratif de la République du Cameroun », Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 8-13.

<sup>90</sup> MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1999, p.722.

<sup>91</sup> CE décembre 2015, *Territoire des Iles de Wallis et Futuna*, N°376018.

<sup>92</sup> CE Sect. 19 mars 1971, Mergui, N° 79962, Rec. CE p. 235, conclu. Rougevin-Baville, voir dans le même sens, CE avis 6 décembre 2002, *Syndicat Intercommunal des établissements du second cycle degré du district de l'Hay-les-Roses*, N° 249153, Rec.

<sup>93</sup> CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles

jurisprudentielles du droit administratif », D. 1966, *Chron.xx*.

<sup>94</sup> LINOTTE D, *Recherche sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse de Doctorat, Bordeaux 1975, ( dactyl.), p.95.

<sup>95</sup> SY Demba, *Droit administratif*, 3<sup>ème</sup> op.cit. p.49.

<sup>96</sup> LAVROFF Dimitri Georges, « Le code Sénégalais des obligations de l'Administration », *Penant*, 1966,

<sup>97</sup> BOCKEL Alain, « Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais », *Annales Africaines*, 1973, pp. 138-153.

<sup>98</sup> BENOIT F. P., « Des conditions de développement d'un droit administratif autonome dans les Etats nouvellement indépendants », *Annales Africaines*, 1962, pp. 169-138.

dans le cadre du contentieux administratif<sup>99</sup>, ou par une codification ou reprise des principes dégagés par le juge français<sup>100</sup>, même si le Sénégal a très tôt opéré son choix entre l'unité et la dualité de juridiction<sup>101</sup> par une unité à la base et dualité au sommet<sup>102</sup>. Quoiqu'il en soit, suivant le modèle français, notamment, les fondements du principe de prohibition, l'arbitrage est interdit aux personnes publiques. Cette interdiction sera d'ailleurs illustrée par l'existence de textes.

### **B) La prohibition légale du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques**

La relation entre le service public et le régime administratif a paru à une certaine époque tellement étroite que la doctrine a cru pouvoir les assimiler l'un à l'autre sans aucune réserve. C'est la théorie de l'Ecole dite « *Ecole du service public* », avec comme chef de file DUGUIT, JEZE et BONNARD. Pendant l'âge d'or du service public<sup>103</sup>, la jurisprudence administrative jouera un rôle important, en décidant que les activités de l'administration, des personnes publiques soient soumises au droit administratif (1). Durant plusieurs années, la définition du service public est basée originellement sur un critère organique qui aura des incidences sur la matière administrative. Par conséquent, une interdiction du recours à l'arbitrage des personnes publiques par référence au critère

organique a été un fondement dans un contentieux administratif (2).

#### **1) La soumission du service public aux règles du droit administratif : un fondement de prohibition du recours à l'arbitrage**

Envisagé dans le sens organique, le service public est constitué des administrations chargées de fournir des prestations<sup>104</sup>. Traditionnellement, le service public dépendait des gouvernants<sup>105</sup>. Cela signifie que l'activité est prise en charge au moyen de la régie, définie comme un mode de gestion applicable aussi bien à des services publics administratifs qu'à des services publics industriels ou commerciaux<sup>106</sup>. « *Ainsi, la notion de service public intervient pour expliquer presque tout le droit administratif* » selon Demba SY<sup>107</sup>, sans oublier le rôle éminent joué par le juge administratif « *dans la formation du droit administratif* »<sup>108</sup>.

Le droit applicable aux activités des services publics est une consécration de la définition de la notion selon laquelle, le service public est une activité d'intérêt général exercée par l'Administration. En ce sens, on reconnaît un service public du fait qu'il est soumis à un régime exorbitant, c'est-à-dire au droit administratif. En France, l'article 2060 du Code Civil<sup>109</sup>, interdit aux

<sup>99</sup>NZOUANKEU Jacques Mariel, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise*, Tome 1, Préface Marc Débene, 3<sup>e</sup> édition, Publications, RIPAS, 1993, 356p.

<sup>100</sup>FALL Alioune Badara, « Le Code des obligations de l'Administration au Sénégal ou la transposition des règles de droit administratif français en Afrique par la codification », Mélanges Jean -du-Bois de GAUDISSION, Contributions réunies par Ferdinand Mélin Soucramanien, *Presses Universitaires de Bordeaux*, 2013, p. 225.

<sup>101</sup>SY Pape Mamour, « Entre l'unité et la dualité de juridiction, l'Afrique noire Francophone à la quête d'un modèle d'organisation de justice administrative », *Nouvelles Annales Africaines*, N-2, 2011, p. 265.

<sup>102</sup>KANTE Babacar, *Unité de juridiction et droit administratif : L'exemple du Sénégal*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit Public, Orléans 1983, 426p.

<sup>103</sup>L'âge d'or du service public est compris entre 1873 à 1910. C'est-à-dire depuis l'arrêt *Blanco* du TC du 8 février 1873 à l'arrêt *Thérond* du CE du 4 mars 1910.

<sup>104</sup>CARBAJO Jean, *Droit des services publics*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 1995.

<sup>105</sup>LONG M, *Service public, Services publics : déclin ou renouveau*, RFDA, 1995, p.497.

<sup>106</sup>VIGUIER J., *Recherche sur la notion de régie en droit public*, Thèse, Toulouse, 1989.

<sup>107</sup>SY Demba, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> édition, *op.cit.* p.123.

<sup>108</sup>DIAKHATE Meissa, « La motivation des décisions des juridictions administratives en Afrique subsaharienne francophone », *Afrilex*, avril 2019, disponible sur [www.afrilex.ubordeaux4.fr](http://www.afrilex.ubordeaux4.fr) (consulté le 12 Août 2024), pp-1-32 spéci. 2.

<sup>109</sup>V. article 2060 de la loi N° 72-626 du 5 juillet 1972, « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au

personnes publiques de compromettre et donc de prévoir une clause de recours à l'arbitrage. Cette interdiction est renforcée par référence au critère organique.

## **2) La prohibition légale fondée sur le caractère organique de l'arbitrage**

L'arbitrage est une forme de justice conventionnelle qui est la possibilité pour les parties, par un compromis, de décider que leur litige n'ira pas devant le juge étatique mais plutôt devant une juridiction arbitrale. En réalité, le juge craint une irruption de l'arbitre dans ses pouvoirs qui lui sont propres. Ainsi, la vraie prohibition de l'arbitrage nous est fondée sur des principes généraux du droit. Ce principe est tiré de l'interdiction faite au juge judiciaire de s'immiscer dans les affaires de l'Administration.

Partant de ces considérations, une clause d'arbitrage sera nulle et la nullité sera d'ordre public, si un compromis est souscrit, le juge pourra invoquer d'office ce moyen. En France, la jurisprudence *AREA* du CE du 3 mars 1989 a tranché dans le même sens. En l'espèce, il s'agissait de la présence d'une société privée concessionnaire d'autoroute à capitaux exclusivement privés, et une entreprise de travaux publics. Ces deux entreprises ont prévu une clause compromissoire. Le Tribunal arbitral sur la base de cette clause, rend une sentence et condamne la société concessionnaire *AREA* à une indemnité importante. Saisi, le CE a estimé que la décision des arbitres ne vaut rien et condamne la société à une indemnité plus faible.

---

divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements plus et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

<sup>110</sup>V. Code de justice administrative modifié par le décret n-2016-1480 du 2 novembre 2016.

<sup>111</sup>DUCOURAGE F, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, janvier-février 1996, pp 40.

Toutefois, le droit administratif et la conception du service public ont évolué. Cette évolution va influencer le contentieux administratif en général et l'arbitrage en particulier<sup>110</sup>. En France d'abord, le législateur avec la loi du 17 avril 1906 apporta des dérogations ou aménagements au principe de prohibition de l'arbitrage dans le contentieux administratif<sup>111</sup>. Le législateur français avait affirmé à travers cette loi que « *les difficultés de règlements des marchés de travaux et de fourniture peuvent faire l'objet d'un arbitrage* ». C'est dans cette même logique sans doute que la loi française n- 86-972 du 19 Août 1986 ou "loi Mickey" portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, prévoit un recours à l'arbitrage pour l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics qui concluent des contrats avec des sociétés étrangères dans un but d'intérêt général<sup>112</sup>. Avant cette évolution jurisprudentielle, la loi précitée du 17 avril 1906, en son article 69 posait les fondements de l'arbitrage pour régler les difficultés auxquelles se heurtait le règlement financier des marchés publics de travaux et de fourniture conclus pour l'exposition universelle de 1900.

Cette disposition a été reprise au premier code des marchés publics des années 50 dans ses articles 247 et 361, puis aux Codes des marchés publics successifs du décret du 7 mars 2001 et du décret du 7 janvier 2004 à travers l'article 132, enfin par l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat public-privé. En outre, il existe des lois spéciales en France qui

<sup>112</sup> V. Article 9 de la loi N- 86-972 du 19 Août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, JORF du 22 Août 1986, dispose que " par dérogation à l'article 2060 du Code Civil, l'État, les Collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans des contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire, à des clauses compromissoires en vue du règlement, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats".

prévoient le recours à l'arbitrage<sup>113</sup>.

Le rappel historique de l'évolution du principe de prohibition de l'arbitrage dans le contentieux administratif nous paraît fondamental pour mieux comprendre sa transposition et son acceptation dans les espaces communautaires OHADA<sup>114</sup> et UEMOA<sup>115</sup>. D'autant plus que le droit administratif connaît aujourd'hui des mutations profondes<sup>116</sup> évolution de ses sources<sup>117</sup>, les normes communautaires constituent aujourd'hui des sources du droit administratif qui influencent les mécanismes traditionnels de règlement des différends.

L'applicabilité directe des normes communautaires est même affirmée par les articles 9 du Traité de l'UEMOA et l'article 43 du Traité de la CEDEAO<sup>118</sup>. « *Le droit administratif apparait de plus en plus tributaire du droit communautaire (traité, règlement et directives) sur le droit national du fait que le droit communautaire est essentiellement du droit économique* »<sup>119</sup>. L'arbitrage, est par conséquent admis dans le contentieux administratif surtout celui de la

responsabilité contractuelle, extracontractuelle<sup>120</sup>, dans les contrats administratifs<sup>121</sup> et des marchés publics<sup>122</sup>.

Mieux encore, le droit OHADA<sup>123</sup> perçoit la puissance publique à partir du critère de commercialité et le droit de l'UEMOA, quant à lui retient la notion d'entreprise dans la définition de la puissance publique. A cet égard, « *le juge devant statuer sur la matière administrative est concurrencé par des arbitres qui connaissent de litiges relevant normalement de ses titres de compétence. Il peut être contourné. La législation communautaire consacre, en effet, la faculté pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage* »<sup>124</sup>. Cela vaut dire que le droit communautaire a influencé le contentieux administratif en y imposant un arbitrage<sup>125</sup>. Ce qui est une exception au principe de prohibition à l'arbitrage. Certains aménagements à l'interdiction du recours à l'arbitrage des personnes publiques sont prévus par les conventions internationales ou des contrats d'Etat<sup>126</sup> par l'insertion de

<sup>113</sup>L'article 25 de la loi du 30 décembre 1982, loi d'orientation des transports intérieurs qui fait de la SNCF un établissement public industriel et commercial autorise celle-ci à recourir à l'arbitrage. L'article 3 de la loi du 13 février 1997 créant Réseau Ferré de France (RFF) reprend cette solution. L'arbitrage des litiges contractuels est également consacré par la loi du 3 Août 1995 transposant une directive communautaire et relative à la restitution des biens culturels.

<sup>114</sup>DIALLO I. Kh., *Arbitrage commercial interne et international OHADA : Sénégal, Cote d'Ivoire, Guinée, abrégé théorique et traité pratique*, Institut Afrique mer, 1999,

<sup>115</sup>DIOP El Hadj Omar, « L'ordre juridique interne des organisations d'intégration africaine », *Afrilex*, 2017 disponible sur [www.afrilex.ubordeaux4.fr](http://www.afrilex.ubordeaux4.fr) (consulté le 12 Août 2024), pp-1-39.

<sup>116</sup>VEDEL Georges, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, N°8 p.21

<sup>117</sup>EISENMANN Charles, *La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif »*, RDP, 1972, p.1345.

<sup>118</sup>NIANG S.M. B, *Etude des rapports entre le droit communautaire et le droit administratif des Etats membres de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Thèse, UGB, 2020, 601p.

<sup>119</sup>SY Demba, *Droit administratif*, 3<sup>ème</sup> édition, *op.cit.* p.78.

<sup>120</sup>FALL Alioune Badara, *La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique : Essai de transposition du droit administratif français dans un pays d'Afrique francophone*, Thèse de doctorat d'Etat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 1994.

<sup>121</sup>BA Boubacar, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics devant la Cour Suprême du Sénégal », *Annales Africaines, Nouvelle Série*, Vol.1, 2015, p.163.

<sup>122</sup>DIALLO Mamadou Yaya, « Le juge de l'Administration et la réglementation des marchés publics au Sénégal », *Annales Africaines, Nouvelle Série*, Vol.1, 2015, p.65.

<sup>123</sup>DIALLO Abdou, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse de Doctorat en Droit privé de l'Université Perpignan Via Domitia, 2016, 301p.

<sup>124</sup>KEBE Abdoul Aziz Dabah, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif Sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op.cit.* p.21.

<sup>125</sup>JAQUET J. M., « Le droit applicable au fond du litige », *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant 2000, pp.100-107.

<sup>126</sup>SOURANG Moustapha, *La technique contractuelle dans les relations Etats entreprises : contribution à l'étude des conventions d'Etablissement conclues par les Etats Africains*, Thèse, Droit, Bordeaux, 1980, 400p.

clauses compromissaires d'arbitrage<sup>127</sup>.

## **II) Les aménagements au principe de prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques dans un contentieux administratif**

L'omniprésence du juge étatique dans la procédure arbitrale est déjà perçue dans la définition même de l'arbitrage. Le principe de base est que l'Etat est une autorité souveraine qui dispense la justice plus qu'il n'est lui-même justiciable d'un organe qui lui est extérieur. En effet, la personne publique qui dispose en principe d'une justice qui lui est propre manifeste

habituellement une forte réticence à se soustraire à la compétence de ses tribunaux, les litiges qui l'oppose à des personnes privées étrangères pour les soumettre à l'arbitrage. Pendant longtemps, le système de règlement des litiges a souvent été critiqué pour ses procédures lourdes, longues et coûteuses. En réaction à cette situation, différents types de règlements extrajudiciaires des litiges, tels que l'arbitrage, la conciliation et la médiation comme au Sénégal conformément au décret n° 2014-1653 du 24 décembre 2014 relatif à la médiation et à la conciliation<sup>128</sup>, ont été mis en œuvre en matière civile, familiale et même en matière pénale<sup>129</sup>.

Classiquement, le droit de l'arbitrage

<sup>127</sup>BEN HAMIDA, « La participation des personnes publiques sub-sahariennes à l'arbitrage relatif aux investissements », *Penant, Revue Trimestrielle de droit africain*, Octobre-décembre, 2012, n°881, pp. 468-469.

<sup>128</sup>Décret n°2014-1653 du 24 décembre 2014 relatif à la médiation et à la conciliation, JORS, numéro spécial 1827 bis du mercredi 31 décembre 2014. Ce décret prévoit dans son article premier les différentes formes de conciliation :

- Accord de conciliation : convention signée par les parties à l'issue d'un processus de conciliation à travers lequel, elles s'accordent sur une solution amiable qui met fin à tout ou partie du différend ;
- Accord de médiation : convention signée par les parties à l'issue d'un processus de médiation à travers lequel elles s'accordent sur une solution amiable qui met fin à tout ou partie du différend qui les oppose ;
- Conciliateur : tiers neutre, impartial et indépendant qui est chargé d'assister les parties à travers la facilitation des négociations privées et qui peut donner son avis ou proposer une solution aux parties ;
- Conciliation : tout processus consensuel et structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent à l'appui des propositions et avis d'un tiers dit conciliateur, de parvenir à un accord dit accord de conciliation en vue de la résolution amiable de leur différend ;
- Conciliation ad hoc : toute conciliation organisée directement par les parties qui choisissent le ou les conciliateurs en dehors de toute intervention d'une institution ou d'un organisme de conciliation ;
- Conciliation extrajudiciaire : toute conciliation intervenue en dehors de toute procédure judiciaire ;
- Conciliation judiciaire : toute conciliation ordonnée par le juge à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci

dans le cadre d'un litige ou d'un contentieux judiciaire dont est saisi le tribunal compétent ;

- Conciliation institutionnelle : toute conciliation dans laquelle les parties font appel à une institution de conciliation pour organiser la procédure ;
- Différend : toute contestation entre deux ou plusieurs personnes provenant d'avis ou d'intérêts différends ;
- Médiateur : tiers neutre, impartial et indépendant qui aide les parties à trouver elles-mêmes une solution amiable à leur différend ;
- Médiation : tout processus consensuel et structuré par lequel un tiers dit médiateur aide les parties à trouver elles-mêmes un accord dit accord de médiation, en vue de la résolution amiable de leur différend ;
- Médiation ad hoc : toute médiation organisée directement par les parties qui choisissent le ou les médiateurs en dehors de toute intervention d'une institution ou d'un organisme de médiation ;
- Médiation extrajudiciaire : toute médiation dans laquelle les parties font appel à une institution de médiation ;
- Médiation institutionnelle : toute médiation dans laquelle les parties font appel à une institution de médiation ;
- Médiation judiciaire : toute médiation ordonnée par le juge à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative, mais avec l'accord de celles-ci, dans le cadre d'un litige ou d'un contentieux judiciaire dont est saisi le tribunal compétent ;

Conformément à l'article 2 de ce décret n°2014-1653 du 24 décembre 2014, il règlemente la médiation et la conciliation extrajudiciaire ou judiciaire au Sénégal.

<sup>129</sup> CORREA Jean Louis, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », *Bulletin de droit économique*, 2017/2, p.1

concerne plutôt les affaires régies par le droit privé, si bien que le droit de l'arbitrage et le droit administratif semblent être opposables. Ils trouvent leurs principes juridiques à la fois du côté du droit public et du droit privé. La relation entre eux, aura une incidence sur la nature et la portée du système du contentieux administratif. Le législateur communautaire affirme Abdoul Aziz Dabah KEBE « *a été d'ailleurs plus révolutionnaire en ce qui concerne le contentieux engendré par les activités exercées par la puissance publique. Il consacre le droit de recours général des personnes publiques à l'arbitrage* »<sup>130</sup>. Même en l'absence d'une définition de l'arbitrage dégagée par le législateur communautaire OHADA, l'arbitrage est défini par Charles JARROSSON comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »<sup>131</sup>.

Toutefois, on s'étonne du fait que l'encadrement juridique dont bénéficie l'arbitrage OHADA est vu comme un garde-fou avec la présence intempestive du juge étatique à toutes les étapes de la procédure arbitrale<sup>132</sup>. Sur ce point, les rapports entre arbitre et juge étatique constituent les aspects les plus mystérieux du droit de l'arbitrage<sup>133</sup>. Dans la procédure arbitrale, la présence du juge étatique est constatée depuis la mise en place du tribunal jusqu'à l'exécution de la sentence<sup>134</sup>.

Conformément aux dispositions des Actes Uniformes relatives au droit d'arbitrage OHADA du 23 novembre 2017, la présence publique de l'Etat ou d'une personne morale de droit public dans une société commerciale n'est pas une entrave à ce que le droit privé s'applique. La présence de la personne publique n'est pas déterminante dans la mesure où la législation OHADA, ne retient que le critère de commercialité en introduisant l'arbitrage des litiges administratifs<sup>135</sup>. Quant à l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), créée le 10 janvier 1994 à Dakar<sup>136</sup>, dans son rôle d'édification en Afrique de l'Ouest d'un espace Économique harmonisé intégré<sup>137</sup>, sa législation perçoit l'Etat comme une entreprise publique.

Avec « *l'application de la législation communautaire de la concurrence, la notion d'entreprise se définit comme une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement et jouissant d'une autonomie de décision. Ainsi, au sens des règles de concurrence de l'Union, les entreprises peuvent être des personnes physiques, des sociétés civiles ou commerciales ou encore des entités juridiques ne revêtant pas la forme d'une société* »<sup>138</sup>. Même si cette notion d'entreprise publique n'est pas trop

<sup>130</sup>KEBE Abdoul Aziz Dabah, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op.cit.* p.7.

<sup>131</sup>JARROSSON Charles, « La notion d'arbitrage », *LGDJ*, 1987, N°785.

<sup>132</sup>BODIAN Yaya, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2012,

<sup>133</sup>SAWADOGO F.M, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant*, N° 860, juillet-Septembre- 2007, p. 305 et s.

<sup>134</sup>DUBOIS Louis, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ? », *Mélanges Philippe Ardant : Droit et Politique à la croisée des cultures*, Paris, *LGDJ*, 1999, p.445.

<sup>135</sup>GUEYE Babacar, TALL Saidou Nourou et KAMTO Maurice, « Commentaire du Traité du 17 Octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », in *OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2014,

<sup>136</sup>SY Demba, « L'actualité de la Cour de justice de l'UEMOA », *Nouvelles Annales Africaines* », N° 1, 2007, pp. 236-238.

<sup>137</sup>SALL Alioune, « Les débuts des cours de justice de la CEDEAO et de l'UEMOA : propos sur la faiblesse du droit jurisprudentiel de l'intégration en Afrique de l'Ouest », *Nouvelles Annales Africaines*, N°1, 2010, pp.5-12.

<sup>138</sup>Annexe N°1 au Règlement N-03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Économique et

précise en droit sénégalais<sup>139</sup>. Cette définition englobe également les entreprises du secteur parapublic<sup>140</sup>.

Dans l'espace communautaire de l'UEMOA, il existe une Convention de New York du 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959, ratifiée par le Sénégal portant *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*. Elle constitue le principal instrument juridique international visant à établir des normes législatives communautaires pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux étatiques des sentences étrangères non nationales<sup>141</sup>. Les Etats de l'espace UEMOA reconnaissent par ailleurs la *Convention Internationale pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements Internationaux* du 18 mars 1965 ou Convention de Washington, entrée en vigueur le 14 octobre 1966 dont l'article 25 fonde la compétence du CIRDI<sup>142</sup> pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux<sup>143</sup> et qui prévoit l'arbitrage dans le Chapitre IV, articles 36 à 63.

Monétaire Ouest Africaine : notes interprétatives de certaines notions.

<sup>139</sup>Article 2 de la loi N° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique (*JORS* du 7 juillet 1990).

<sup>140</sup>Loi N° 2022-08 du 19 avril 2022 relative au secteur parapublic.

<sup>141</sup> Article II de la Convention de New York du 10 juin 1958 *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* : « Chacun des Etats Contractants reconnaît la Convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles ou sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

On entend par « Convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes. Le tribunal d'un Etat Contractant, saisi d'un litige sur une

Aujourd'hui, l'Acte Uniforme OHADA du 23 novembre 2017 relatif au droit d'arbitrage qui remplace et abroge celui du 11 mars 1999 et le Traité de l'UEMOA du 10 Janvier 1994 en particulier son Annexe n°1 au Règlement N°03/2002/CM/UEMOA, constituent des aménagements aux principes d'interdiction ou de prohibition pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Par conséquent, des aménagements législatifs sont apportés à ce principe d'interdiction du recours à l'arbitrage dans le contentieux administratif (A). D'autres aménagements sont induits par les Conventions internationales (B).

#### **A) Les aménagements législatifs au principe de prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques dans un contentieux administratif**

L'arbitrage met en relief deux principes : l'autonomie des juges étatiques dans le contentieux administratif et l'intégration des normes communautaires<sup>144</sup> et leur application par les juges internes<sup>145</sup>. On peut dire aujourd'hui que l'arbitrage en

question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite Convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

<sup>142</sup>OLLAT Constance, *L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique étatique : Étude comparée des droits français, américain et Suisse*, Mémoire de Master 2, Université Paris II Panthéon-Assas, Institut de droit comparé, p.8.

<sup>143</sup>TALL Saidou Nourou, « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : Les Etats d'Afrique Subsaharienne devant le Tribunal CIRDI », Revue *EDJA*, N° 56, 2003, pp.53-83.

<sup>144</sup>SOW Idrissa, « L'application des règles communautaires par le juge sénégalais », in *Audience Solennelle de Rentrée des Cours et Tribunaux*, 22 janvier 2014, 17p. disponible sur le site de la Cour suprême du Sénégal.

<sup>145</sup>CAMARA Mamadou Badio, « L'application des règles communautaires par le juge Sénégalais », in *Audience Solennelle de Rentrée des Cours et Tribunaux*, 22 janvier 2015, Année judiciaire 2014-2015 inédit.

droit public est caractérisé entre interdiction, exceptions, prolifération et adaptations de règles incertaines parfois issues du droit privé. Le droit communautaire OHADA et UEMOA, avec l'introduction de l'arbitrage pour le règlement des litiges, influence considérablement le contentieux administratif. On assiste dès lors, à la soumission du service public aux techniques contractuelles et concurrentielles communautaires d'une part (1) et d'autre part, la reconnaissance du droit pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans un contentieux administratif (2).

### **1) La soumission du service public aux techniques contractuelles et concurrentielles communautaires**

Sous l'impulsion du droit communautaire, certains services publics nationaux organisés en monopole, sont soumis aujourd'hui dans la logique de la concurrence<sup>146</sup>. En France par exemple, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, texte de base à valeur législative sur la concurrence prévoyait en son article 55 que ses dispositions « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Mieux encore, la jurisprudence administrative française<sup>147</sup>

admet aujourd'hui, que pour les actes d'organisation des services publics, les personnes publiques sont également soumises, non seulement au respect des règles communautaires de concurrence<sup>148</sup> mais aussi aux règles de concurrence posées par l'ordonnance de 1986 et relatives à la prohibition des ententes et abus de position dominante<sup>149</sup>. En application de ces principes, « les autorités administratives ne sauraient organiser la gestion d'un service public dans des termes qui méconnaîtraient les exigences de la concurrence et seraient susceptibles selon les formules du Conseil de la concurrence d'avoir « *pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché* »<sup>150</sup>.

Au Sénégal, certes le service public est défini par l'article 11 du COA comme « *toute activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général* »<sup>151</sup>, mais le service public s'entend aujourd'hui comme une activité assurée ou assumée par une collectivité publique en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général. Il est composé au Sénégal des établissements publics à caractère administratif<sup>152</sup>, des services publics à caractère industriel et commercial<sup>153</sup> dont l'origine remonte à l'arrêt du TC du 22 janvier 1921, *Société Commercial de l'Ouest Africain* ou « *Bac d'Eloka* »<sup>154</sup>, des établissements publics à caractère professionnel, les établissements publics de

<sup>146</sup> SAKHO Abdoulaye, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et la législation communautaire de la concurrence », version provisoire, *CRES, les notes politiques du CRES*, n-11/2014

<sup>147</sup> CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/ Magiera* ; CE, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*.

<sup>148</sup> CE 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, RJP, p.1232.

<sup>149</sup> CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais, Société Yonne Funeraire, Société Intermabres*, RDP, p.256.

<sup>150</sup> GAUDEMET Yves, *Droit Administratif*, 18<sup>ème</sup> édit., *op.cit.* p.36.

<sup>151</sup> Loi n° 65-61 du 19 juillet 1965 modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, modifiée par la loi n°2022-07 du 19 avril 2022 portant Code des obligations de l'Administration.

<sup>152</sup> Loi n°77-89 du 10 avril 1977 relative aux établissements publics, aux sociétés nationales, aux sociétés d'économie mixte et aux personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique.

<sup>153</sup> Loi n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. Cette loi précise que « les établissements publics à caractère industriel et commercial sont des personnes morales de droit public spécialisées, dotées d'un patrimoine propre et ne bénéficiant d'aucun apport privé à leur fond de dotation » (*JORS*, du 7 juillet 1990, p.325).

<sup>154</sup> V. *GAJA*, 21<sup>ème</sup> édition, n°35, Rec. 91, D.1921.3.1, *Conclu. Matter* ; S. 1924-3.34.

santé et les établissements publics à caractère scientifique et technologique<sup>155</sup> et enfin les établissements publics à statut spécial<sup>156</sup>.

Ces différents services publics sont soumis au droit de la concurrence conformément à la loi N°94-63 du 22 Août 1994, sur les prix, la concurrence et le contentieux économique<sup>157</sup>. Le droit de la concurrence souligne Demba SY, « est un corps de règles qui visent à assurer un fonctionnement harmonieux du marché en prohibant les ententes entre entreprises, tous les comportements anticoncurrentiels et les abus de position dominante. Lorsqu'une personne publique a une activité commerciale, elle doit respecter le droit de la concurrence »<sup>158</sup>. La concurrence vise donc la réglementation de la compétition dans l'espace du Marché UEMOA et OHADA. Ainsi, « à l'instar du droit communautaire européen, les réglementations communautaires africaines vont dans le sens du refoulement maximal des services publics, c'est-à-dire de leur réduction à ceux dont on ne conçoit pas encore qu'on puisse se passer : les services régaliens »<sup>159</sup>. Ces réglementations interdisent les pratiques anticoncurrentielles. C'est le du Règlement UEMOA n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 sur les pratiques commerciales anticoncurrentielles. Le droit communautaire UEMOA prévoit l'égalité de traitement juridique entre les opérateurs économiques publics et privés de l'espace UEMOA

conformément à l'article 88 de son traité<sup>160</sup>.

Le droit de la concurrence précise Alassane KANTE, « désigne les règles visant à réglementer les rapports de rivalités entre les entreprises dans la conquête et la préservation de la clientèle ; il reflète une idéologie puissant ses racines dans le discours libéral »<sup>161</sup>, selon Mbissane NGOM, le droit de la concurrence vise l'égalité entre entreprises publiques et entreprises privées « dans la mesure où l'objectif visé par l'Union est celui d'une concurrence non faussée dans le marché unique, privilégier les entreprises publiques du fait de leurs liens avec l'Etat serait manifestement contraire à l'objectif précité. L'interdiction faite aux Etats membres de remettre en cause l'égalité entre entreprises participe de cette idée »<sup>162</sup>.

L'innovation majeure dans l'espace UEMOA, c'est l'existence sans doute du service universel dont on situe l'origine dans le droit communautaire Européen<sup>163</sup>. Le service public universel est repris par le droit de la CEDEAO notamment l'Acte additionnel A/SA6/01 du 19 janvier 2007 relatif à l'accès universel/ service universel et dans la législation UEMOA par la Directive n°04/2006/CM/UEMOA du 23 mars 2006 relative au service universel et aux obligations de performance du réseau. Il est transposé au Sénégal dans le domaine des

<sup>155</sup>Loi n°97-13 du 26 juillet 1997 sur les établissements publics à caractère scientifique et technologique ; loi n°98-12 du 02 mars 1998 sur les établissements publics de santé.

<sup>156</sup>Loi n° 2006-03 du 4 février 2006, relative à la Caisse des dépôts et Consignations, JORS, 10 mars 2006, p.241. Cette loi est abrogée et remplacée par la loi n° 2017-32 du 15 juillet 2017 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement d'un établissement public à statut spécial dénommé « Caisse de Dépôt et Consignations », JORS, n°7033, numéro spécial du 07 Août 2017, p.885.

<sup>157</sup>Loi n°94-63 du 22 Août 1994, p.384.

<sup>158</sup>SY Demba, *Droit administratif*, 3ème édition, *op.cit.* p.423.

<sup>159</sup>MOUDOUBOU Placide, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire

Francophone », *op. cit Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2009 ; 10 ( 3 ) ; pp.1-39 spéc. 15.

<sup>160</sup>Article 3 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA/ du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA.

<sup>161</sup>KANTE Alassane, « Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : exemple du Sénégal », *Nouvelles Annales Africaines*, n°1, 2009, p.273.

<sup>162</sup>NGOM Mbissane, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Thèse de Doctorat, Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2007, p.223.

<sup>163</sup>DEBENE Marc et RAYMUNDIE O., *Sur « le service universel », renouveau du service public ou mystification*, AJDA, 1996, p.183.

télécommunications<sup>164</sup>. Geneviève KOUBI, citée par Demba SY, précise que « *la notion de service universel se comprend essentiellement non comme un service minimal de base mais comme un service minimal de base mais comme un moyen de remédier, pour une part, aux conséquences de certaines inégalités socio-économiques, voire aussi géographiques suivant la logique marchande et le découpage de zones dites rentables et non rentables* »<sup>165</sup>.

Le service universel, trouve une consécration législative dans le droit positif Sénégalais plus précisément dans le Code des communications dans son article 4 que le service universel « *est un ensemble minimal des services de télécommunications et de TIC de bonne qualité, qui indépendamment de la localisation géographique, est accessible à l'ensemble de la population dans des conditions tarifaires abordables* ». La législation UEMOA, se singularise par ailleurs, par l'existence d'un service d'intérêt économique général. En effet, l'article 6-2 du Règlement 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, sans définir la notion de service d'intérêt économique général précise que ce sont des services à caractère économique dont la fourniture peut-être comme relevant de l'intérêt général<sup>166</sup>. Dans le droit OHADA, certes il n'y pas de réglementation spécifiquement à la concurrence, mais le législateur OHADA, vise à mettre en place un environnement juridique propice à l'épanouissement des entreprises et des

affaires en Afrique<sup>167</sup>.

Le règlement des litiges ou des différends issus de la gestion du service public, soumis aux règles de la concurrence et aux nouvelles techniques contractuelles peut être fait sur la base de l'arbitrage qui constitue un aménagement ou exception à ce principe traditionnel ou classique de prohibition du recours à l'arbitrage dans le contentieux administratif pour les personnes publiques. Car dans la législation OHADA et UEMOA suivant successivement le critère de commercialité et d'entreprise publique, l'Etat perd même en quelque sorte le privilège de juridiction, ce qui donne le droit par des mécanismes de contournement, aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans l'ensemble des Etats des espaces communautaires OHADA et UEMOA<sup>168</sup>.

## **2) La reconnaissance du droit pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans un contentieux administratif**

L'insécurité juridique et l'insécurité judiciaire ont été déterminantes pour le législateur OHADA de légiférer sur l'arbitrage comme mode de règlement des conflits<sup>169</sup>. Au Sénégal, le législateur avec le décret N° 64- 572 du 30 juillet 1964, a laissé entrevoir la possibilité d'insertion d'une clause compromissoire pour l'Etat de recourir à l'arbitrage « *tant que l'ordre public n'est pas violé* »<sup>170</sup>. Il s'agit d'un

<sup>164</sup>Loi n° 2018-28 portant Code des communications électroniques abrogeant et remplaçant la loi 2011-01 portant Code des Télécommunications du Sénégal.

<sup>165</sup>SY Demba, *Droit Administratif*, 3ème édition, *op.cit.*, p.424.

<sup>166</sup>Il s'agit de la fourniture de base, de transport d'eau et de services d'élimination des déchets. Ce type de service n'est pas encore transposé dans le droit positif sénégalais même si le législateur l'utilise dans l'article 3 de la loi N° 2021-23 du 02 mars 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé concernant la définition de l'affermage, du contrat de partenariat public- privé à paiement par les usagers et de la régie intéressée.

<sup>167</sup>DIALLO Ibrahima, « Les évolutions récentes du droit public économique sénégalais », in *Recht in*

*Africa-Law in Africa-Droit en Afrique* 17 (2014), pp.64-86.

<sup>168</sup>FALL Alioune Badara, « Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs », in *La création du droit en Afrique*, D. Darbon et Jean du Bois de GAUDISSION (dir.), *Khartala*, 1997.

<sup>169</sup>KAMTO Maurice, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Actes de Colloque, Yaoundé, 1999, Université Internationale de langue française, d'Alexandrie, Bruxelles, 2000, p.89.

<sup>170</sup>SAKHO Abdoulaye et DIOUF Ndiaw, « Étude sur l'ordre public et l'arbitrage : Aspects de Droit économique et de procédure Civile (A propos de

premier aménagement législatif du recours à l'arbitrage dans un contentieux administratif pour les personnes publiques en particulier l'Etat.

Dans le même sens, le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC) a été créé en 1998 au niveau de la Chambre de Commerce, d'industrie et d'Agriculture de Dakar. La loi n°98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage ajoute un livre VII à la deuxième partie du Code des Obligations civiles et commerciales<sup>171</sup>. Le Titre IV de CMAC-CCIAD est consacré aux compétences dudit Centre. *La Convention Internationale pour la Reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* a été signée à New York le 10 juin 1958<sup>172</sup>. Le Sénégal a ratifié le 17 octobre 1994 mais également, l'Etat du Sénégal a ratifié le 21 avril 1967 *la Convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux* (CIRDI)<sup>173</sup>. Etant membre de l'OHADA, le Sénégal souscrit aux stipulations de l'Acte Uniforme relatif à la médiation et l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage signés à Conakry en République de Guinée le 23 novembre 2017<sup>174</sup>. L'arbitrage de l'OHADA est assuré

par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'arbitrage<sup>175</sup>.

L'article 21 du Traité OHADA vise « *les différends d'ordre contractuels* », qui peuvent être soumis à l'arbitrage sous l'égide de la CCJA qu'ils résultent de relations de nature civile ou commerciale<sup>176</sup>. Concernant l'arbitrage fondé sur le droit UEMOA, sur le recours à l'arbitrage dans un contentieux administratif, c'est surtout en matière de Conventions minières notamment le Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de l'UEMAO<sup>177</sup>. Il en va de même dans le cadre des marchés publics. Conformément aux Directives N° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public de l'UEMOA et Directive N°05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine. Dans cette dynamique, la loi N-2004- du 6 février 2004 portant Code des Investissements du Sénégal, modifiée par la loi N-2012-32 du 31 décembre 2012 prévoit en son article 12 que

l'arrêt de la Cour Suprême du 3 juillet 1985 Etat du Sénégal c/ EXPRESS NAVIGATION »

<sup>171</sup>La loi 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage est complétée par le décret n°98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international et n°98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage créant le CAMC à la chambre de commerce et d'industrie de Dakar.

<sup>172</sup>DIOUF Mounetaga, « L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales », Séminaire organisé par l'UIA en collaboration avec le Barreau du Sénégal, 16p.

<sup>173</sup>DIALLO Boucounta, « Le CIRDI et le Sénégal », séminaire organisé par l'union internationale des avocats et l'ordre des avocats du Sénégal à Saly, du 27 février au 1<sup>er</sup> mars 2014, 17 pages.

<sup>174</sup>Suite à l'Avis n°04/2017 en date des 05 et 06 Octobre 2017 de la CCJA, le nouvel Acte uniforme de l'OHAD relatif au droit d'Arbitrage a été adopté le 23 novembre 2017 à Conakry en République de Guinée et abroge l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 portant le même nom.

<sup>175</sup>MOUDOUBOU Placide, « Réflexions sur les fonctions de la Cour commune de justice et

d'Arbitrage de l'OHADA », *Revue EDJA*, N° 64, janvier-février-mars 2005, pp.7-24.

<sup>176</sup> ISSA-SAYEGH Joseph, « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et de l'arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *Mélanges en l'honneur au Doyen Roger Decottignies*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, pp. 175-184.

<sup>177</sup>Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de l'UEMOA. L'article 17 du Règlement prévoit des dispositions du contrat qui lient l'Etat et les entreprises « La stabilité du régime fiscal et douanier prévu dans la réglementation en vigueur au sein de l'Union est garantie aux titulaires de titres miniers pendant la période de validité de leurs titres. Pendant la période de validité de ces titres miniers, les règles d'assiette et de liquidation des impôts, droits et taxes prévues par la réglementation en vigueur demeurent telles qu'elles existent à la date de délivrance desdits titres miniers et aucune nouvelle taxe ou imposition de quelque nature que ce soit n'est applicable au titulaire ou bénéficiaire pendant cette période ».

« (...) les différends entre personnes physique ou morale étrangère et la République du Sénégal relatifs à l'application du présent Code sont réglés conformément à la procédure de conciliation et d'arbitrage... »<sup>178</sup>. On assiste à l'arbitrage même dans le contentieux des marchés publics<sup>179</sup>.

C'est ainsi que le contentieux des marchés publics peut être résolu par un arbitrage comme le prévoit le décret N°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant application du Code des marchés publics<sup>180</sup>, avec le rôle du Comité de règlement des différends et de l'autorité de régulation des marchés publics<sup>181</sup> d'une part et le rôle de l'autorité de régulation de la commande publique d'autre part<sup>182</sup>. C'est aussi le cas pour les contrats de partenariat public-privé avec le décret N°2021-1443 du 27 Octobre 2021 portant application de la loi N°2021-23 du 02 mars 2012 relative aux Contrats de partenariat public-privé.

S'agissant de l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges dans les marchés publics, en effet, aux termes de l'article 140 Section II relatif au recours contentieux pour le règlement des différends des marchés publics, « les litiges peuvent être soumis à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage, les

parties peuvent insérer dans leur contrat une clause compromissoire dans les conditions prévues par le cahier des charges »<sup>183</sup>.

S'agissant l'arbitrage dans les Contrats de partenariat public-privé<sup>184</sup>, le décret N°2021-1443 du 27 Octobre 2021 portant application de la loi N°2021-23 du 02 mars 2021, prévoit en son article 127 une possibilité de règlement des différends par l'arbitrage. En effet l'article 127 alinéa 2 du décret N° 2021-1443 du 27 Octobre 2021 (JORS du 15 novembre 2021, N°7471), précise qu'« en cas d'échec de la conciliation du Comité de règlement des différends, le litige sera résolu par voie d'arbitrage ou par voie judiciaire conformément aux stipulations contractuelles ». Quant à l'article 3 de la loi N°2021-23 du 02 mars 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé dispose que le contrat de partenariat public-privé est « est un contrat conclu à titre onéreux pour une durée déterminée entre une autorité contractante et un opérateur économique, qui est selon son objet et les modalités de rémunération du titulaire et les risques transférés qualifie de partenariat public-privé à paiement public et contrat de partenariat public-privé à paiement par les usagers ».

Les contrats de partenariat public-privé<sup>185</sup> présentent un certain

<sup>178</sup> Loi N-2012-32 du 31 décembre 2012 modifiant la Loi N-2004-06 du 6 février 2004 portant Code des Investissements au Sénégal.

<sup>179</sup>FAYE Ferdinand Diene, « La détachabilité dans le contentieux de l'excès de pouvoir : Etude comparée, Bénin, Côte d'Ivoire et Sénégal », *Afrilex*, janvier 2023, disponible sur [www.afrilex.ubordeaux4.fr](http://www.afrilex.ubordeaux4.fr) (consulté le 12 Septembre 2024),

<sup>180</sup>BA Boubacar, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics devant la Cour Suprême du Sénégal » (A partir des arrêts rendus entre 2008 et 2013), *Annales Africaines*, *ibid*.

<sup>181</sup>GUEYE Babacar, « Le nouveau Code Sénégalais des marchés publics : entre réponses aux attentes de la société civile et prises en compte des influences communautaires », *Droit Sénégalais*, N° 2008, p.257.

<sup>182</sup>SY Demba, « Commande publique et droit des contrats administratifs au Sénégal », in *Gouvernance et réforme administrative, Mélanges en l'honneur de Marc Débene*, Etudes coordonnées par Arnaud de

Roulin et Jean Paul Pastorel, *Presses Universitaires d'Aix Marseille*, 2018, p.231.

<sup>183</sup>V. décret N°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant application du Code des marchés publics, (JORS du 26 janvier 2023 N°7595). Le Chapitre III sur le règlement des différends, précise que « les litiges relatifs aux marchés constituant des contrats administratifs sont soumis aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux des contrats administratifs dans les conditions prévues par le Code des Obligations de l'Administration. Les litiges relatifs aux marchés des sociétés nationales et sociétés anonymes à participation publique majoritaire sont soumis aux tribunaux de droit commun ».

<sup>184</sup>NDIAYE Issakha, *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal*, Ed. L'Harmattan, 2015, 314p.

<sup>185</sup>AIDARA Mouhamadou Moustapha, « Les limites de l'encadrement juridique du partenariat public-privé au Sénégal », *Afrilex*, janvier 2021, disponible sur

particularisme<sup>186</sup>. Le règlement des différends dans les marchés publics au Sénégal par le recours à l'arbitrage, influence le contentieux administratif en matière contractuelle et en matière de responsabilité<sup>187</sup>. Sous ce rapport, les exigences imposées par les Directives communautaires UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 et Directive n°04/2012/CM/UEMOA du 28 décembre 2012 et l'Acte Uniforme d'Arbitrage OHADA du 23 novembre 2017 qui instaurent l'arbitrage ont un effet direct sur le contentieux administratif. C'est ainsi qu'au Cameroun, l'article 30 du Code des investissements prévoit une procédure d'arbitrage pour certains conflits nés de l'interprétation des conventions d'établissement. L'article 10 de l'ordonnance 74/1 du 6 juillet 1974 fixant le régime financier prévoit aussi une procédure d'arbitrage en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique entre les bénéficiaires de l'expropriation et les propriétaires de l'immeuble exproprié. De même, l'article 26 de la loi N-2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé dispose que les investisseurs doivent en cas de différend saisir le Comité de contrôle d'un recours préalable obligatoire en vue du règlement à l'amiable.

Ce n'est que si le règlement amiable n'a pu être obtenu que les parties peuvent porter le différend devant une instance d'arbitrage reconnue par l'Etat en application de l'article du Code des investissements de 2013. Au Cameroun, le cadre général du Contentieux administratif est organisé par la

loi N-2006/022 du 29/12/2006, fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs. Par ailleurs dans ce pays, l'article 11 de la Charte des investissements, issue de l'ordonnance du 13 mai 2009 précise que « *l'engagement de l'Etat à veiller à la mise en place des mécanismes alternatifs de résolution des conflits, notamment d'une Cour d'arbitrage nationale en vue du règlement des différends...* »<sup>188</sup>, permet le recours à l'arbitrage surtout les investissements directs étrangers<sup>189</sup>. Au Niger, le Code des investissements prévoit en cas de différend ou de litige opposant l'Etat nigérien à un investisseur étranger relatif à la validité ou la révision d'une ou de plusieurs clauses de l'agrément, l'intervention préalable d'un règlement amiable sur le fondement des articles 45 et 46 de la loi n-2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des Investissements. Si le désaccord persiste après la procédure amiable, le recours à un arbitrage ad hoc est possible conformément à l'article 47 alinéa 1<sup>er</sup> du Code des investissements.

Au Togo, l'article 5 de la loi n-89-22 du 31 Octobre 1989 portant Code des Investissements, disposait que « *les différends entre la République Togolaise et une personne physique ou morale étrangère, relatifs à la validité, à l'interprétation et à l'application de l'acte d'agrément, a un régime privilégié prévu par le titre III, au non-respect des obligations ou des garanties stipulées au présent titre et qui n'auraient pas pu être résolus à l'amiable, seront définitivement réglés selon une procédure de conciliation et d'arbitrage* ». C'est la loi n-2012-001 du 20 janvier 2012 qui régit les investissements au Togo. En Côte d'Ivoire, c'est la loi n-93-671 du 9 Août 1993 qui

www. afrilex. Ubordeaux4.fr (consulté le 15 Septembre 2024),

<sup>186</sup>SAVARE (A), *Le particularisme du droit Sénégalais des partenariats publics- privés*, Thèse de Doctorat, UCAD, 2013, 522p.

<sup>187</sup>ADAMOU Issoufou, *Le nouveau droit des marchés publics et la rationalisation de la dépense publique au Niger et Sénégal*, Dakar, L'Harmattan, 2017, Tome 1 et 2.

<sup>188</sup> L'article 11 de la loi N-2002-004 du 19 avril 2002, modifiée par la loi N-2004-20 du 22 juillet 2004 et l'ordonnance N-2009-001 du 13 mai 2009 portant Charte des Investissements du Cameroun.

<sup>189</sup> KAMTO Maurice, « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Ph. FOUCHARD, ( dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 89.

constitue, le fondement législatif du recours à l'arbitrage.

Partant de là, les législations OHADA et UEMOA bouleversent le régime du droit administratif d'une part et le contentieux administratif d'autre part. Ces deux législations apportent des aménagements ou exceptions au principe de prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques dans un contentieux administratif. Il existe aujourd'hui d'autres aménagements à la prohibition du recours à l'arbitrage dans un contentieux administratif.

### **B) Les aménagements à la prohibition du recours à l'arbitrage dans un contentieux administratif induits par les conventions internationales**

L'arbitrage est un mode de règlement particulier à base conventionnelle<sup>190</sup>, par lequel les parties choisissent une ou plusieurs personnes privées, au moyen d'un acte appelé « compromis » pour leur demander de juger au besoin en équité, le différend qui les oppose<sup>191</sup>. Dans le droit OHADA<sup>192</sup>, les Hautes parties Contractantes affirment dès le préambule leur désir « *de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ». En effet, aux termes de l'article 10 du traité « *Les Actes Uniformes sont directement applicables dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieur ou*

*postérieure* »<sup>193</sup>. Les collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage.

Que ce soit la législation UEMOA ou OHADA<sup>194</sup>, le recours à l'arbitrage est expressément prévu par l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats administratifs ou contrats d'Etat **(1)**. Dans les deux espaces communautaires<sup>195</sup>, il existe des conventions internationales surtout en matière d'investissement<sup>196</sup> qui invitent les Etats à recourir à l'arbitrage<sup>197</sup> pour le règlement des litiges relatifs aux investissements internationaux **(2)**.

#### **1) L'insertion de clauses compromissoires dans les contrats d'Etats**

La clause compromissoire est un corollaire de l'exclusion des dérogations conventionnelles à la compétence d'attribution qui sont d'ordre public<sup>198</sup>. C'est ainsi qu'en Côte d'Ivoire, la Cour d'arbitrage, un Centre de règlement des litiges à caractère national et international, est créé au sein de la Chambre de Commerce et d'industrie en 1987. Cette Cour a pour mission de mettre à la disposition des opérateurs économiques des modes

<sup>190</sup> DOUADJANI Gaston Kenfack ( dir.), *L'Etat africain dans l'arbitrage international*, Presses universitaires de Pau et des pays de l'Adau (PUPPA), 2018, 304p.

<sup>191</sup>PERROT R, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien Coll. « Domat droit privé », 1992, 4ème édition, n°299, p.53.

<sup>192</sup> DIEDHIOU Parfait, « L'article 10 du traité de l'OHADA », *Les modes alternatifs de règlement des conflits MARL en OHADA, cercle Horizon club OHADA*, 17 et 18 mars 2009, 17p.

<sup>193</sup>Décision du Conseil Constitutionnel du Sénégal du 16 décembre 1993, *Traité OHADA*

<sup>194</sup> DIOP Pape Abdoulaye, *La protection internationale des investissements étrangers, espace CEDEAO*, Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 2018.

<sup>195</sup> FALL Cheikh Lo, *La protection juridique des investissements étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'Ouest*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018.

<sup>196</sup> TOSSA MAWUTO, « L'évolution normative de la CEDEAO en matière d'investissement : une analyse des règles substantielles de l'ECOWIC », *RIDE*, Tome, XXXVI, n-1, 2022, pp. 29-54.

<sup>197</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Consentement à l'arbitrage dans les législations nationales en matière d'investissement », *Investment treaty news*, Institut International du Développement durable (IISD), vol. 2, n- 4, juillet 2012, pp.7-9.

<sup>198</sup>KENFACK Douajni Gaston, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *Revue Camerounaise d'Arbitrage*, N° 29, avril- mai 2005, pp.3-14.

alternatifs pour le règlement de leurs différends notamment l'arbitrage, le référé arbitral, le recouvrement accéléré de créance, la médiation et l'expertise. La Côte d'Ivoire a ratifié la Convention du CIRDI le 16 février 1966 et celle de New York le 1<sup>er</sup> février 1991. L'ordonnance N-2012- 158 du 09/02/2012 permet l'intervention des juridictions nationales dans la procédure arbitrale. De même, la loi N-2014-389 du 20 juin 2014 organise la médiation judiciaire et conventionnelle dans ce pays.

Au Mali, il est créé au sein de la Chambre de Commerce et d'industrie (CCIM), le Centre de conciliation et d'arbitrage. Ce centre a pour objectif de faciliter la résolution par voie de conciliation ou d'arbitrage des différends d'ordre contractuel de caractère national ou international. Le Mali a ratifié le 8 Septembre 1994 la Convention de New York du 10 juin 1958 portant reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, ce pays a également ratifié la Convention du CIRDI le 03 juin 1978. Au Mali, c'est la loi n- 2012-16 du 27 février 2012, portant Code des Investissements, qui réglemente les investissements dans ce pays<sup>199</sup>. Au Niger, la création du Centre de médiation et d'arbitrage de Niamey (CMAN) en 2014 à la Chambre de Commerce et d'industrie suite aux recommandations de l'OHADA. Rappelons que le Niger a ratifié la Convention de New York le 14 Octobre 1964 et celle de Washington le 14 Novembre 1966.

Au Burkina Faso, la Chambre de Commerce et d'Industrie du CCI-BF, institution de régulation des acteurs du monde des affaires, a mis en place en 2005 un Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation. Le Burkina Faso, a ratifié le 23 mars 1987, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères après avoir ratifié le 29 Août 1966 la Convention de Washington du 18 mars 1965. L'article 1<sup>er</sup> du

Règlement d'arbitrage du CAMC-O, précise que « le Centre a pour mission de permettre par voie d'arbitrage des différends portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition en application d'une Convention d'arbitrage lui attribuant compétence et dans les conditions au présent Règlement ». La clause-type du CAMC-O prévoit la résolution de futurs litiges par la voie d'arbitrage, que « tout différend qui viendrait à naître du présent contrat sera tranché par voie d'arbitrage suivant le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou ». Au Burkina Faso, c'est la loi n-62-95/ADP du 14 décembre 1995, modifiée par la loi n-07-2010 du 29 janvier 2010 qui réglemente les investissements.

Au Bénin, le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation, un organe de la Chambre de commerce et d'industrie est créé en 2006. Cet organe permet d'obtenir une justice plus rapide, plus souple et plus adaptée à la nature du litige en contribuant à sécuriser les investissements. Le Bénin a ratifié la Convention internationale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le 16 mai 1974 et la Convention de Washington du CIRDI, le 6 Septembre 1966. L'article 1<sup>er</sup> du Règlement d'arbitrage du CAMEC- CCIB (Centre d'Arbitrage de Médiation et de Conciliation », de la Chambre de Commerce et d'industrie du Bénin prévoit que « le présent règlement organise l'arbitrage des litiges soumis au CAMEC-CCIB qui pourraient survenir à l'occasion des contrats conclus dans le cadre des relations d'affaires et de ce qui s'y rattache ». Aujourd'hui, c'est la loi n-2020-02 du 20 mars 2020, portant Code des Investissements qui s'applique aux investissements.

Le compromis est l'acte par lequel, les parties expriment leur accord de recourir à l'arbitrage<sup>200</sup>. La clause compromissoire est une clause contenue dans un contrat

<sup>199</sup> TRAORE M., *Le règlement des litiges commerciaux en Afrique de l'Ouest*, Thèse de Doctorat en droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2021.

<sup>200</sup>MBAYE Mayatta Ndiaye, *L'arbitrage OHADA : réflexion critique*, Mémoire de DEA, de Droit Privé, Paris X , Université de Nanterre , 2001-2002.

autorisant le recours à l'arbitrage<sup>201</sup>. Il y a lieu tout de même de distinguer l'Acte Uniforme d'arbitrage de l'OHADA du 23 novembre 2017, du Règlement d'arbitrage de la Cour commune de Justice et d'arbitrage (CCJA)<sup>202</sup>.

L'Acte uniforme tient lieu de loi d'arbitrage et est applicable dans tous les pays de l'OHADA alors que le règlement d'arbitrage de la CCJA n'est applicable que si les parties choisissent par le biais d'une clause insérée dans leur contrat ou par accord ultérieur, de recourir à l'arbitrage OHADA, tout comme elles peuvent opter pour un arbitrage géré par une autre institution offrant des services d'arbitrage. Le compromis d'arbitrage est une convention d'arbitrage conclue après la naissance du litige alors que la clause compromissoire ou compromis d'arbitrage, est une clause insérée dans le contrat, donc antérieure à la naissance du différend.

Aux termes de l'article 2 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quel que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la Convention d'arbitrage* »<sup>203</sup>. L'article 3 de l'AUDA prévoit que « *l'arbitrage peut être fondé sur*

*une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements* »<sup>204</sup>.

Quant à l'alinéa 1 de l'article 3 de l'AUDA, il précise que la Convention d'arbitrage peut prendre soit la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve notamment par référence à un document la stipulant<sup>205</sup>. Quant à la sentence arbitrale, qui doit être motivée, elle est rendue selon la procédure et les formes par les parties<sup>206</sup>, les recours sont possibles contre une sentence arbitrale d'un tribunal d'arbitrage OHADA<sup>207</sup>. La sentence arbitrale, conformément à l'article 30 de l'AUDA, n'est « *susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exéquatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat partie* »<sup>208</sup>.

Aujourd'hui, les lois nationales du Sénégal notamment la loi n°2004-06 du 06 février 2004 portant Code des Investissements<sup>209</sup>, modifiée par la loi n° 2012-32 du 31 décembre 2012, la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier, la loi n° 2020-06 du 7 février 2020 portant Code gazier, permettent à l'Etat du Sénégal de signer des Conventions ou contrats avec des sociétés étrangères. La législation sénégalaise aux termes du décret N° 2016-1447 du 27 Septembre 2016 prévoit l'Autorité nationale chargée d'apposer la formule exéquatur<sup>210</sup> sur les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage et les

<sup>201</sup>LABETOULLE D., « Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif », in *Mélanges Lachaume*,

<sup>202</sup>SALL Alioune, *Les mutations de l'intégration des Etats en Afrique de l'Ouest: Une approche institutionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2006, 189p.

<sup>203</sup>L'Acte uniforme d'arbitrage du 23 novembre 2017 (Etats parties : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, les Comores, Gabon, La République de Guinée, Guinée Bissau, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, et le Togo). Ces Etats ont adopté un nouvel Acte Uniforme entré en vigueur en 2018 et abroge et remplace l'Acte Uniforme du 11 mars 1999, portant le même titre.

<sup>204</sup> Article 3 de l'AUDA du 23 novembre 2017.

<sup>205</sup>Articles 3-1 et 4 de l'Acte uniforme relatif au droit d'arbitrage de l'OHADA.

<sup>206</sup> Articles 19, 20, 21, 22, 23, et 24 de l'AUDA du 23 novembre 2017.

<sup>207</sup>Articles 25, 26 et 27 de l'AUDA du 23 novembre 2017.

<sup>208</sup> Articles 30 et 31 de l'AUDA du 23 novembre 2017.

<sup>209</sup> KANE Mouhamaou Madana, « Traités bilatéraux d'investissements du Sénégal », ACILP, *Country Bilateral Investment Treaty Assesment Reports*, Issue n-1, mars 2011, pp.1-19.

<sup>210</sup>L'exéquatur est un acte de procédure délivrée par le juge qui donne à la sentence une exécution forcée. C'est la décision par laquelle une juridiction étatique

sentences<sup>211</sup> arbitrales ayant reçu l'exéquatur de cette Cour ou, le cas échéant, de son président<sup>212</sup>. Le règlement des litiges pouvant intervenir dans le cadre des relations entre l'Etat du Sénégal et ces sociétés étrangères peut être résolu sur la base d'un arbitrage international<sup>213</sup>. Cet arbitrage international constitue également un aménagement au principe d'interdiction du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques dans un contentieux administratif.

## **2) Le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques en matière d'investissements internationaux**

Le recours à l'arbitrage dans les relations transnationales a tout d'abord été considéré comme l'affaire des parties et devait se concrétiser par la négociation d'une clause arbitrale liant l'Etat à son partenaire privé<sup>214</sup>. Il est en effet apparu que la plupart des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de l'arbitrage transnational étaient dues à la nature contractuelle de la juridiction arbitrale à partir d'une Convention arbitrale que l'Etat s'autorise à annuler auparavant<sup>215</sup>. Pour corriger ces imperfections, un mécanisme spécialisé, le CIRDI a été institué

par la Convention de Washington du 18 mars 1965<sup>216</sup>. La Convention CIRDI institue une double exigence dans l'expression du Consentement de l'Etat à l'arbitrage<sup>217</sup>. D'une part, il est nécessaire que l'Etat partie au différend et l'Etat dont relève par sa nationalité le particulier partie au différend soient parties à la convention. D'autre part, il faut que l'Etat et le particulier aient accepté la compétence du Centre<sup>218</sup>.

L'arbitrage CIRDI est également accessible à des organismes publics et collectivités infra-étatiques. Aux termes de l'article 25 (1) de la Convention du CIRDI, la compétence du Centre s'étend aux différends opposant un investisseur étranger à une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire. C'est dire que tout en ouvrant le mécanisme qu'elle institue aux au profit des collectivités et autres organismes publics, la Convention donne à l'Etat les moyens lui permettant de contrôler les conditions dans lesquelles les entités qui lui sont rattachées participeront à

---

donne force exécutoire à une sentence arbitrale ou un jugement rendu par une juridiction étrangère.

<sup>211</sup>DELVOVE J.L., « Essai sur la motivation des sentences », in *Revue de l'arbitrage*, 1989, pp.149-165.

<sup>212</sup>L'article 20 du Traité de l'OHADA prévoit que les arrêts de la CCJA reçoivent sur le territoire de chacun des Etats parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions de juridictions nationales. Dans le même sens, l'article 46 du Règlement de procédure de la Cour de Justice et d'Arbitrage indique que l'exécution forcée des arrêts de ladite Cour est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a eu lieu et l'article 31 du Règlement d'Arbitrage de cette Cour prévoit que le Secrétaire général de la Cour délivre une copie de la sentence arbitrale sur laquelle figure une attestation d'exéquatur. L'article premier de ce décret prévoit que « L'administrateur du Greffe de la Cour Suprême est désignée autorité nationale chargée, sous le contrôle du Président de ladite Cour d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts rendus par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ainsi que sur les

sentences ayant reçu l'exéquatur de ladite Cour ou le cas échéant de son Président ».

<sup>213</sup>TALL Saidou Nourou, *Droit du contentieux international africain : Jurisprudence et théorie générale des différends africains*, L'Harmattan, 2022

<sup>214</sup>GILLES A., « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique du contentieux », *R.H.D.I.*, 2011, p.726.

<sup>215</sup>MAUCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec 2004, p.37.

<sup>216</sup>DELAUME G., « La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *J.D.I.*, 1996, pp.26-49.

<sup>217</sup>Le Sénégal a ratifié la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI, le 21 avril 1967.

<sup>218</sup>ASCENSIO Hervé, « La légalité de l'investissement devant l'arbitre international : à la recherche d'un d'équilibre », *Revista de Direito internacional, Brazilian International of Law*, vol. 14, n-2, 2017 pp.72-79.

l'arbitrage<sup>219</sup>.

Les articles 36 à 37 de la Convention de CIRDI<sup>220</sup>, prévoyant l'arbitrage précisent les conditions de constitution du tribunal, les pouvoirs et fonctions de ce tribunal d'arbitrage<sup>221</sup>. Conformément à l'article 48 de la Convention du CIRDI, la sentence doit répondre à tous les chefs de conclusion soumises au Tribunal et doit être motivée. Les conditions de son interprétation, de sa révision et d'annulation sont prévues par les articles 50 à 52 de ladite Convention<sup>222</sup>. Chaque Etat Contractant reconnaît aux termes de l'article 54 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 « *toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat* »<sup>223</sup>.

Toutefois, en vertu de l'immunité des Etats, l'exécution de la sentence arbitrale du CIRDI en application de l'article 55 de la Convention, l'exécution de la sentence n'est pas possible contre les actifs qui servent les fonctions publiques de l'Etat. Dans le même ordre d'idées, l'article 25 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et aux personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, abrogée et remplacée par la loi n°2002-12 du 15 avril 2002, prévoyait qu' « *il n'existe pas d'exécution forcée contre les établissements publics, les sociétés nationales et les sociétés à participation*

*publique majoritaire ayant pour objet exclusif l'exploitation d'une concession de service public* ». Mais la protection immunitaire, il faut le préciser ne concerne que les personnes morales de droit public<sup>224</sup>.

Concernant la Convention de New York du 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959, signée par le Bénin, le Burkina Faso<sup>225</sup>, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger et le Sénégal et ratifiée par l'Etat du Sénégal le 17 octobre 1994, *portant reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, elle prévoit que la sentence peut résulter du fait qu'elle a été rendue dans un Etat autre que celui où la reconnaissance ou l'exécution sont recherchées, soit que la sentence n'est pas considérée comme nationale bien que rendue dans le pays où l'exécution est poursuivie. L'article 7 paragraphe 1 de la Convention d'arbitrage de New York pose une règle importante quant à son efficacité en prévoyant que « *les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats Contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est*

<sup>219</sup>L'article 25 paragraphe 3 de la Convention CIRDI du 18 mars 1965 subordonne l'accès d'une entité paraétatique au Centre à une triple exigence de consentement. L'Etat dont relève l'entité en cause doit avoir non seulement ratifié la Convention et désigné ledit organisme au Centre, mais il doit aussi approuver le consentement donné par son émanation sauf indication contraire. Ce sont des conditions particulièrement restrictives qui expliquent peut-être la faible participation des personnes publiques autres que l'Etat à l'arbitrage du Centre.

<sup>220</sup>DIAGNE Mody Fall, *Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) et la « Justice économique internationale » : Contribution à l'étude du mode de règlement des*

*litiges relatifs aux Contrats d'Etats conclus par des Etats ouest-africains*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2024, 534p.

<sup>221</sup>Cf. articles 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 et 47 de la Convention de Washington du 18 mars 1965.

<sup>222</sup>V. articles 50, 51 et 52 de la Convention du CIRDI.  
<sup>223</sup>V. articles 53, 54 et 55 de la Convention de Washington du 18 mars 1965.

<sup>224</sup>Article 1<sup>er</sup> de la loi n°2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations Civiles et Commerciales.

<sup>225</sup>OUEDRAOGO Yakouba, « Le règlement amiable des litiges en matière de contrats d'Etat dans les industries extractives », *Afrilex*, mars 2019, 30p.

*invoquée* »<sup>226</sup>.

Sans doute c'est dans cette même logique que l'article 34 de l'Acte Uniforme d'Arbitrage OHADA<sup>227</sup> pose la règle selon laquelle « *les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte Uniforme sont reconnues par les Etats parties dans les conditions prévues par les Conventions internationales éventuellement applicables, et, à défaut dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent Acte Uniforme* ». Précisons tout de même que les articles 2 et 3 de l'Acte Uniforme d'arbitrage visent l'existence d'une Convention d'arbitrage entre les parties. Cette Convention d'arbitrage, demeure très importante qu'à défaut d'elle, l'arbitrage de la Cour Commune de Justice d'Arbitrage (CCJA), ne peut être mise en place<sup>228</sup>.

Cela dit, eu égard à ces situations analysées, le règlement des litiges mettant en cause les personnes publiques dans l'espace communautaire OHADA et UEMOA, peuvent se faire aujourd'hui, sur la base d'un arbitrage. Cette nouvelle méthode de règlement des différends, prévue par les législations OHADA, UEMOA et d'autres Conventions internationales, constitue une exception fondamentale ou un aménagement

au principe de la prohibition pendant longtemps pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans un contentieux administratif. Il va de soi, qu'étant membre de ces deux espaces communautaires<sup>229</sup>, le contentieux administratif Sénégalais<sup>230</sup>, ne peut ignorer ces réalités du droit communautaire.

## CONCLUSION

Le droit administratif a évolué, il a subi des mutations profondes<sup>231</sup> qui ont bouleversé son champ d'application et son régime juridique<sup>232</sup>. Le champ du régime administratif tel que historiquement formé se manifeste par une remise en cause par le développement du droit communautaire et sa prise en compte dans les normes internes des Etats membres. Cette évolution est également constatée au Sénégal<sup>233</sup>. L'évolution du droit administratif sénégalais est remarquable à plusieurs niveaux<sup>234</sup>. Elle touche plusieurs domaines, allant du retrait des actes créateurs de droits illégaux<sup>235</sup>, à la matière administrative<sup>236</sup>, la conception même de cette matière<sup>237</sup>, du contentieux de

<sup>226</sup>V. article 7 paragraphe 1 de la Convention de New York du 10 juin 1958 *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*.

<sup>227</sup> ADAMA Koffi Drissa, *L'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA*, Thèse de doctorat en droit, Université Alassane OUATTARA de Bouaké, en 2019.

<sup>228</sup> V. articles 2 et 3 de l'AUADA OHADA du 23 novembre 2017.

<sup>229</sup>SALL Alioune, « Les systèmes normatifs de CEDEAO et de l'UEMOA : Considérations historiques et critiques », *Nouvelles Annales Africaines*, N°1, 2007.

<sup>230</sup> DIAKHATE Meissa, *Cours de droit du contentieux administratif*, Licence 3 Droit Public, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

<sup>231</sup> MOUDOUDOU Placide, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », *op.cit.* p.2.

<sup>232</sup> CHEVAILLIER Jean, « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n° 5/6 1998, Les quarante ans de la Cinquième République, p. 1794.

<sup>233</sup>SY Demba, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA*, n° 67, octobre, novembre, décembre 2005, p. 39.

<sup>234</sup>DIAGNE Mayacine, « Les nouvelles tendances du droit des contrats administratifs au Sénégal », *EDJA*, n°80, janvier-février- mars 2009, pp. 13-36.

<sup>235</sup>NDIAYE Sidy Alpha, « Le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux en Afrique : le cas du Sénégal », *in* FALL Alioune Badara, Sy Demba, *La justice administrative en Afrique*, Deuxième rencontre de Dakar, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp.71 et sui.

<sup>236</sup>NGAIDE Moustapha, « La notion de matière administrative : évolution de la jurisprudence », *Droit Sénégalais*, *Revue Sénégalaise de droit pénal*, 1997-1998, n°5-6-7 et 8, 1997-1998, p.147.

<sup>237</sup>DIEYE Abdoulaye, « L'art d'être inconstant : le juge face à la matière administrative au Sénégal », *in* *Droit administratif : Convergence ou concurrence des disciplines juridiques*, Mélanges en l'Honneur de Demba SY, Contributions réunies par Ndeye Madjiguène DIAGNE et El Hadji Omar DIOP, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2020.

l'excès de pouvoir<sup>238</sup> et celui de pleine juridiction en passant par la motivation des décisions des juridictions administratives<sup>239</sup>, de la responsabilité et des innovations dans la création et la gestion des services publics et de nouvelles formes de régulation<sup>240</sup>. Aujourd'hui, l'influence des normes communautaires impose une nouvelle conception des relations entre la puissance publique, les personnes morales de droit public et les entreprises privées dans l'espace OHADA et UEMAO. A cet égard, si traditionnellement dans la doctrine classique, il y a une hostilité à l'arbitrage dans les litiges administratifs surtout internes, force est de reconnaître aujourd'hui, l'acceptation du recours à l'arbitrage dans le contentieux administratif sous l'influence du droit communautaire.

Le droit communautaire, pose les fondements et les modalités du recours à l'arbitrage en y introduisant les critères de commercialité et d'entreprise pour les personnes morales de droit public. Ce constat est illustré par l'existence des conventions internationales ou de contrats d'Etat en matière d'investissement internationaux, obligeant les parties sous certaines conditions à recourir à l'arbitrage<sup>241</sup>. Partant de ce constat, les principes communautaires ont profondément bouleversé le droit administratif dans ses fondements et dans ses principes. Avec l'arbitrage sous l'influence du droit communautaire, l'Etat perd non seulement le privilège de juridiction dans un contentieux administratif mais aussi on assiste à une concurrence des juges sénégalais par les arbitres internationaux

alors que la justice administrative est une manifestation de la souveraineté de l'Etat. Tout de même, c'est étonnant de demander souvent dans une procédure arbitrale l'assistance au juge étatique, volontairement écarté par les arbitres, lorsqu'ils ne peuvent s'auto-suffire pendant l'instance. Dans la mesure où une rupture totale avec l'Etat est loin d'être faite dans un arbitrage en ce sens qu'il n'existe pas une exécution forcée des sentences arbitrales contre les personnes publiques<sup>242</sup> du fait de la persistance des immunités prévues par les conventions internationales<sup>243</sup>.

En effet, le Sénégal a signé le 21 Septembre 2005 la Convention des Nations Unies du 23 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens<sup>244</sup>, adoptée le 17 janvier 2005. Les Etats parties à cette Convention considèrent les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens comme procédant d'un principe généralement accepté du droit international. Conformément à l'article Premier de ladite Convention, elle s'applique « à l'immunité de juridiction d'un Etat et de ses biens devant les tribunaux d'un autre Etat ». Ce qui rend difficile l'exécution des sentences arbitrales dans un contentieux administratif. Dans le même ordre d'idées, l'article 5 de cette Convention des Nations Unies de 2005 stipule qu'un Etat jouit, pour lui même et pour ses biens de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat sous réserves des dispositions de la présente Convention<sup>245</sup>.

<sup>238</sup> DIEYE Abdoulaye, « L'excès de pouvoir et le juge au Sénégal et en France », *Revue de Sciences politiques et Sociale*, n° 40 janvier 2023, pp 370 et suiv.

<sup>239</sup> DIAKAHATE Meissa, « La motivation des décisions des juridictions administratives en Afrique subsaharienne francophone », *Afrilex*, 2019, ([www.afrilex.ubordeaux4.fr](http://www.afrilex.ubordeaux4.fr) consulté le 21 Septembre 2024).

<sup>240</sup> GUEYE Babacar, « Les autorités de régulation, hier et aujourd'hui », *Droit Sénégalais*, n° 5, 2006, p.323.

<sup>241</sup> KAMTO Maurice, « La nature juridique du contrat d'Etat : contribution au débat », *Rev. Arb.* N-3, 2003, pp. 719-751.

<sup>242</sup> BODIAN Yaya, « Réflexions sur la signification et la portée de l'immunité d'exécution des personnes publiques » (à propos des décisions de la Cour d'Appel de Dakar),

*Annales Africaines Nouvelles Série*, vol.1, avril 2016, pp.89-100.

<sup>243</sup> HAFNER G. et LANGE L, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », *AFDI*, 2004, pp.45-76.

<sup>244</sup> KENFACK DOUJANI G, « Les Etats parties à l'OHADA et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, Janvier-février-mars 2006, n°32, pp.1-18.

<sup>245</sup> La Convention des Nations Unies du 23 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens exclut en ses articles 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 et 17 les procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité.

# RÉGIME DÉMOCRATIQUE, UN MOINDRE MAL FACE AUX RÉGIMES MONOPOLISTIQUES

Par

**AYENA Kadoukpè Fidèle**

Maître-Assistant Science Politique FADESP/UAC

## ***Résumé***

Partant d'une analyse théorique, politique et sociologique sur le concept de démocratie, il est aisé de postuler à travers les fondamentaux qu'elle défend que le régime politique qu'elle prône serait une véritable utopie et à tout le moins, un moindre mal. Plus concrètement, la détention ou plutôt l'exercice direct du pouvoir politique par le souverain peuple sans d'autre forme de médiation est-il techniquement possible dans nos sociétés modernes ? La démocratie est un régime politique certes aux nombreux avantages en termes de libertés publiques et politiques, d'égalité puis d'autodétermination des peuples mais un tel régime politique risque toutefois d'être dans nos sociétés contemporaines une véritable utopie s'il ne peut être aménagé et donc techniquement organisé. L'animation de la vie politique, dans l'espèce, est du ressort des partis politiques et des acteurs politiques de tous bords, lesquels peuvent avoir à transiger dans leur position politique et idéologique par tous les moyens politiques y compris par des pratiques corruptives. Par une comparaison implicite avec les régimes politiques monopolistiques totalitaires et autoritaires, la démocratie représentative, pluraliste-constitutionnelle s'impose finalement pour

une bonne partie de l'humanité comme le régime politique du moindre mal par le bannissement de toutes formes d'idéologie totalitaire voire de confiscation autoritaire du pouvoir politique.

**Mots clés :** régimes démocratique, monopolistique, totalitaire, autoritaire.

### *Introduction*

Abraham Lincoln<sup>1</sup> reprenant Périclès<sup>2</sup>, parlait de démocratie<sup>3</sup> en termes de : « *gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple* ». C'est donc le gouvernement qui favorise la participation et l'implication directe du peuple dans l'organisation du pouvoir politique. Historiquement, la démocratie<sup>4</sup> s'oppose au régime monarchique voire oligarchique dans lequel le pouvoir est détenu et transmis héréditairement ou par l'onction divine au sein d'un petit groupe. Etymologiquement, la démocratie vient du mot grec *dēmokratia*, souveraineté du peuple et dont *dēmos* renvoie à peuple et *kratos* à puissance ou encore souveraineté. La *dēmokratia* renvoie donc à l'idée du gouvernement de tous par l'action souveraine de tous. Elle s'oppose également à toutes formes de concentration du pouvoir politique au profit soit d'un seul – le despotisme, l'absolutisme et l'autoritarisme dictatorial – soit d'un parti unique – le totalitarisme. La démocratie est

ainsi le régime politique dans lequel la souveraineté du pouvoir politique est censée appartenir à l'ensemble du peuple, à tous les citoyens sans distinction aucune. Deux modèles de démocratie ont été expérimentés dans l'histoire de l'organisation sociale du pouvoir politique : la démocratie directe athénienne<sup>5</sup> dès le V<sup>e</sup> siècle avant J-C où le peuple exerçait lui-même le pouvoir politique de la cité sans aucun intermédiaire et la démocratie indirecte propre à certains systèmes politiques de notre époque moderne autrement dit la démocratie représentative<sup>6</sup> où le peuple gouverne par le truchement même de ses représentants. La démocratie suppose également le respect de la loi de la majorité, la liberté et l'égalité des citoyens<sup>7</sup>. Or, par égalité, le libéralisme veut entendre simplement l'égalité des droits, une égalité formelle alors que le socialisme y voit aussi l'égalité des conditions réelles, une égalité matérielle. Ainsi avec Joseph Schumpeter<sup>8</sup>, s'il est possible de penser que le contrôle exclusif

<sup>1</sup> Homme politique américain, LINCOLN, Abraham (1809-1865) fut le 16<sup>ème</sup> Président des USA.

<sup>2</sup> Homme politique grec, orateur et stratège, PÉRICLÈS (495-429 avant J.C) fut l'initiateur d'un courant politique appelé « *démocratie radicale* ». Il est considéré comme le père de la démocratie athénienne.

<sup>3</sup> Dans une définition étroite, au sens du *Lexique de Science politique*, la démocratie est : « *un régime dans lequel la souveraineté appartient à l'ensemble des citoyens qui l'exercent à l'occasion d'élections libres et disputées intervenant à intervalles réguliers.* » cf. NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2017, p. 153.

<sup>4</sup> Voici comment ROUSSEAU, Jean-Jacques, présentait les trois formes possibles selon lui de l'exercice du pouvoir politique à savoir la démocratie aux mains du peuple souverain, l'aristocratie aux mains d'un petit groupe et la monarchie aux mains d'un seul. Il l'exprimait ainsi : « *Le Souverain peut, en premier lieu, commettre le dépôt du Gouvernement à tout le peuple ou à la plus grande partie du peuple, en sorte qu'il y ait plus de*

*citoyens magistrats que de citoyens simples particuliers. On donne à cette forme de Gouvernement le nom de Démocratie. Ou bien il peut resserrer le Gouvernement entre les mains d'un petit nombre, en sorte qu'il y ait plus de simples Citoyens que de magistrats, et cette forme porte le nom d'Aristocratie. Enfin il peut concentrer tout le Gouvernement dans les mains d'un magistrat unique dont tous les autres tiennent leur pouvoir. Cette troisième forme est la plus commune, et s'appelle Monarchie ou Gouvernement royal.* ». In ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, Gallimard, 1964, Collection Folio/Essais, p. 225, texte établi, présenté et annoté par DERATHÉ, Robert

<sup>5</sup> NAY, Olivier, *Histoire des idées politiques, La pensée politique occidentale de l'Antiquité à nos jours*, Paris, 2<sup>e</sup> Edition Armand Colin, 2016

<sup>6</sup> LAVROFF, Dimitri, Georges, *Histoire des idées politiques depuis le XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 9<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2007.

<sup>7</sup> MAYER, Nonna, *Sociologie des comportements politiques*, ARMAND COLIN, 2010.

<sup>8</sup> SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1954.

par la bourgeoisie de la propriété privée des moyens de production a naturellement favorisé au nom de l'expansion capitaliste de sa puissance économique la dérive de l'exploitation de l'homme par l'homme, il faut donc croire que la démocratie politique vise la liberté et l'égalité par le bannissement de toutes formes d'aliénation et d'asservissement de l'homme en faisant de ce dernier sans acception de classes sociales, le sujet et l'objet du pouvoir politique en termes de « *gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple* ».

Mais, l'exercice direct du pouvoir politique par le peuple reste un idéal philosophique impossible à mettre en œuvre. En effet, si cette conception du pouvoir démocratique fut concevable dans la cité athénienne, elle est, de nos jours, invraisemblable dans nos sociétés modernes marquées par une explosion démographique et des territoires considérables. Dans de tels cadres démographiques et territoriaux, la conception athénienne de la démocratie directe reste donc une véritable utopie et pure démagogie. Pour Joseph Schumpeter d'ailleurs :

« (...) *La démocratie ne signifie pas et ne peut pas signifier que le peuple gouverne effectivement dans aucun sens évident que prennent les termes « peuple*

*» et « gouverner ». Démocratie signifie seulement que le peuple est à même d'accepter ou d'écarter les hommes appelés à le gouverner. »<sup>9</sup>.*

Il faut également s'entendre sur la sémantique du concept de « peuple ». En effet, force est de constater comme le reconnaît Joseph Schumpeter<sup>10</sup> que, de tous les temps, « *le gouvernement du peuple par le peuple* » n'a véritablement pu mobiliser la participation de toutes ses strates populaires dans la direction des affaires publiques. Bien des factions du corpus populaire y sont exclues pour des raisons, soit de statut juridique – les esclaves dans la cité athénienne voire dans les sociétés antiques, les étrangers dans certaines sociétés modernes – soit pour des motifs d'incapacité ou d'inaptitude juridique – les enfants, les mineurs, et toutes les personnes reconnues juridiquement incapables de manifester un jugement sain et éclairé. Toutes ces discriminations légales nous dit Joseph Schumpeter ne doivent autoriser de caractériser ou de voir dans les nations qui les appliquent des sociétés antidémocratiques.

De même, en impliquant l'intervention directe du peuple dans son ensemble arithmétique dans le gouvernement de la cité, la démocratie directe est alors propice à l'application de la théorie de la souveraineté populaire défendue par Jean-

*complètement éviter toute discrimination. Par exemple, dans aucun pays, si démocratique soit-il, le droit de vote n'est accordé aux individus n'ayant pas atteint un certain âge. Si, cependant, nous cherchons la raison de cette restriction, nous constatons qu'elle s'applique également à un nombre indéfini d'individus ayant dépassé la limite d'âge. Si l'on ne permet pas de voter aux personnes n'ayant pas atteint l'âge limite, nous ne pouvons pas qualifier d'antidémocratique une nation qui, pour la même raison ou pour des motifs analogues, prive d'autres personnes du droit de vote. ».* In SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme socialisme et démocratie*, Paris, Payot, Op. Cit., p. 370

<sup>9</sup> SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme socialisme et démocratie*, Paris, Payot, op. Cit., p. 423.

<sup>10</sup> L'économiste politique SCHUMPETER, Joseph, expose clairement ses convictions des sociétés démocratiques et du bienfondé de leur conception de « Peuple » ainsi qu'il suit : « *Bien entendu, nous pourrions dire qu'une société démocratique est une société qui ne procède pas à de telles différenciations, tout au moins dans les matières, telles que le droit de vote, qui touchent aux affaires publiques. Toutefois, en premier lieu, il a existé des nations qui pratiquaient des discriminations de ce genre et qui, néanmoins, présentaient la plupart des caractéristiques habituellement associées à la démocratie. En second lieu, on ne peut jamais*

Jacques Rousseau dans *Le contrat social*. La théorie de la souveraineté populaire fait reposer en vérité l'origine et l'exercice de la souveraineté dans les mains du peuple sans intermédiaire et sans exclusion. Chacun étant reconnu comme l'égal parfait de l'autre dispose d'une parcelle de la souveraineté populaire. En effet, le pacte social, fondateur de l'état de société que prônait Jean-Jacques Rousseau se résumait selon lui ainsi qu'il suit :

« Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout (...). On voit par cette formule que l'acte d'association renferme un engagement réciproque du public avec les particuliers, et que chaque individu, contractant, pour ainsi dire, avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport ; savoir, comme membre du Souverain envers les particuliers, et comme membre de l'Etat envers le Souverain. »<sup>11</sup>.

L'illusion manifeste et le manque de réalisme de cette théorie de la souveraineté populaire, à l'instar de la démocratie directe, rendent sa pratique inefficace et surtout inappropriée dans nos sociétés contemporaines. L'idéal égalitaire et philosophique de la démocratie directe

peut donc difficilement trouver application dans nos sociétés modernes à travers un corpus de règles et de principes fondamentaux. Le fait est que, l'idéal démocratique de l'égalité de tous dans l'organisation du pouvoir politique n'interdit pas les inégalités sociales ainsi que les distinctions ou discriminations opérées par les lois au nom d'une certaine idée de la justice sociale et de l'équité. C'est pourtant dans ce même souci de liberté, d'égalité, d'équité et de justice sociale que les révolutionnaires de 1789, les élus du Tiers Etat rejoints par le Bas Clergé se proclamèrent Assemblée nationale et proclamèrent alors ce qui est désormais connu universellement sous le nom de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (DDHC)<sup>12</sup>.

Si pour Montesquieu l'amour de l'égalité suggère chez les peuples démocratiques l'amour de la patrie, pour Tocqueville, le goût sinon la dévotion du peuple à l'égard de l'égalité et donc de l'indépendance procure l'amour de la liberté politique. Montesquieu écrivait en effet que :

« L'amour de l'égalité, dans une démocratie, borne l'ambition au seul désir, au seul bonheur de rendre à sa patrie de plus grands services que les autres citoyens. Ils ne peuvent pas lui rendre tous des services égaux : mais ils doivent tous également lui en rendre »<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, Gallimard, Op. Cit., pp. 183 et 184, texte établi, présenté et annoté par DERATHÉ, Robert.

<sup>12</sup> Voici en substance la teneur fondamentale de cette DDHC : « Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les

membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et devoirs ; afin que les actes du Pouvoir législatif, et ceux du Pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient mieux respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. » Cf. Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

<sup>13</sup> de SECONDAT, Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, GF Flammarion, 1979, p. 168.

Cependant, à en croire Tocqueville :

« L'égalité, qui rend les hommes indépendants les uns des autres, leur fait contracter l'habitude et le goût de ne suivre, dans leurs actions particulières, que leur volonté. Cette entière indépendance, dont ils jouissent continuellement vis-à-vis de leurs égaux et dans l'usage de la vie privée, les dispose à considérer d'un œil mécontent toute autorité, et leur suggère bientôt l'idée et l'amour de la liberté politique. Les hommes qui vivent dans ce temps marchent donc sur une pente naturelle qui les dirige vers les institutions libres. Prenez l'un d'eux au hasard : remontez, s'il se peut, à ses instincts primitifs : vous découvrirez que, parmi les différents gouvernements, celui qu'il conçoit d'abord et qu'il prise le plus, c'est le gouvernement dont il a élu le chef et dont il contrôle les actes. »<sup>14</sup>.

Il va donc sans dire que le principe fondateur des gouvernements démocratiques est dans la souveraineté politique du peuple. C'est que, la source du pouvoir politique, autant dire, son fondement institutionnel réside dans la volonté du peuple. En tant que Souverain, le peuple seul détient et détermine le pouvoir politique dans une culture démocratique. C'est l'application même du principe de la souveraineté populaire au sens de Rousseau dont le but fut à l'origine le rejet de toutes formes de souveraineté monarchique voire traditionnelle ou divine qui serait un obstacle rédhibitoire à l'émergence de la démocratie. L'idée de cette souveraineté populaire persiste de nos jours encore et détermine la culture politique des démocraties modernes<sup>15</sup>. C'est d'ailleurs ce que rappelle le sociologue français Alain Touraine lorsqu'il souligne que :

« Le point de départ de la pensée démocratique est évidemment l'idée de souveraineté populaire. Tant que le pouvoir cherche sa légitimité dans la tradition, le droit de conquête ou la volonté divine, la démocratie est impensable. Elle devient possible quand le détenteur du pouvoir est conçu comme un représentant du peuple, chargé d'appliquer les décisions de celui-ci, qui est le seul détenteur de la souveraineté. Cette idée marque la naissance de la modernité politique, le renversement par lequel le pouvoir est reconnu comme un produit de la volonté humaine, au lieu de lui être imposé par une décision divine, la coutume ou la nature des choses. Si le Bill of Rights anglais de février 1689 ne proclame pas explicitement la souveraineté populaire et en appelle plutôt aux libertés traditionnelles des Communes et des Lords, les révolutions américaine et française proclament le principe de la souveraineté populaire et rejette une monarchie qui y faisait obstacle. Ces actes fondateurs furent l'aboutissement de la pensée politique libérale qui, de Hobbes à Rousseau et aussi chez Locke, avait affirmé le caractère fondateur de la création volontaire du lien social, que Hobbes appelle *covenant*, Locke *trust*, et Rousseau *contrat social*. »<sup>16</sup>.

Populaire ou nationale, le principe de la souveraineté politique vise avant tout la protection de l'individu, la préservation des libertés et droits fondamentaux et la pacification du lien social.

En effet, l'absence d'institution politique dans toute organisation humaine pour régler l'ordre public et réguler l'exercice du pouvoir politique peut comporter des risques pour la préservation et la sécurité de chacun et de tous. C'est le sens même de la philosophie politique de Thomas Hobbes

<sup>14</sup> de TOCQUEVILLE, Alexis, *De la Démocratie en Amérique II*, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 353.

<sup>15</sup> LAVROFF, Dimitri, Georges, *Histoire des idées*

*politiques depuis le XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 9<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit.

<sup>16</sup> TOURAINÉ, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie ?*, Fayard, Op. Cit., pp. 131-132.

sur la nature humaine<sup>17</sup> qui, selon lui, est mauvaise et doit pour cela être sans cesse contenue par des garde-fous institutionnels. En effet, l'homme hobbesien, sans être irénique, est naturellement un être craintif, puisqu'il évolue dans un espace public fait de domination, de rapports de forces, de violence perpétuelle, toutes choses qui menacent sa préservation, la sphère privée de sa vie et sa propriété. L'homme hobbesien est un être qui, sans être seul au monde, vit pourtant en solitaire autant dire dans la solitude caractéristique de l'état de nature et ne doit sa sécurité que dans un rapport de force aussi longtemps que celui-ci l'avantage. Sitôt qu'il perd l'avantage de la domination dans le rapport de force qui l'oppose constamment aux autres, il sombre alors dans l'insécurité permanente

propre à l'état de nature qui caractérise son mode de vie et son rapport à autrui. Cet état de nature tient lui-même de la nature humaine tout comme l'affirme Hobbes<sup>18</sup>. Ainsi, pour éviter cet état de guerre ou d'affrontement permanent consubstantiel à l'état de nature, Thomas Hobbes trouve raisonnable de confier collectivement à une instance verticale, l'autorisation et le droit de maintenir l'ordre public et donc d'agir par une puissance commune qui s'impose à tous également. Cette puissance commune est incarnée soit par un monarque, soit par une assemblée ou par l'Etat. Cette puissance commune dans les mains d'un seul ou de quelques-uns représente alors la multitude souveraine, laquelle fonde originellement son pouvoir souverain et absolu<sup>19</sup>.

Gérard Mairet qui abonde dans la droite

<sup>17</sup> En effet, selon HOBbes, Thomas : « *Parce que la condition humaine est un état de guerre de tous contre tous, où chacun est gouverné par sa propre raison, et parce qu'il n'y a rien dont on ne puisse faire usage contre ses ennemis, qui ne soit de quelque secours pour se maintenir en vie, il s'ensuit que, au sein d'un tel état, chacun a un droit sur toute chose, y compris sur le corps des autres. Et donc, aussi longtemps que perdure ce droit naturel de chacun sur toute chose, il ne saurait y avoir de sécurité permettant à quiconque (si fort et si avisé qu'il soit) de vivre tout le temps que la nature alloue ordinairement pour la vie. Par conséquent, c'est un précepte et une règle générale de la raison que chacun doit s'efforcer à la paix aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'atteindre, et, quand il ne peut l'atteindre, qu'il peut chercher et utiliser tous les secours et les avantages de la guerre.* ». In HOBbes, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, traduction, introduction, notes et notices par MAIRET, Gérard, Gallimard, Op. Cit., p. 231.

<sup>18</sup> « (...) On trouve dans la nature humaine trois causes principales de conflit : premièrement, la compétition ; deuxièmement, la défiance ; troisièmement, la gloire. La première pousse les hommes à attaquer pour le profit, la deuxième pour la sécurité et la troisième pour la réputation. Dans le premier cas ils utilisent la violence pour se rendre maîtres de la personne d'autres hommes, femmes, enfants, et du bétail ; dans le deuxième cas, pour les défendre ; dans le troisième, pour des

détails, comme un mot, un sourire, une opinion différente et tout autre signe qui les sous-estime, soit directement dans leur personne, soit, par contrecoup, dans leur parenté, leurs amis, leur nation, leur profession ou leur nom. » Cf. HOBbes, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, traduction, introduction, notes et notices par MAIRET, Gérard, Gallimard, Op. Cit., p. 224.

<sup>19</sup> Sur la nature de ce pouvoir absolu et souverain au sens de la théorie absolutiste de HOBbes, Thomas, NAY, Olivier, rappelle à bon droit que : « *La théorie contractualiste de HOBbes sert une vision résolument autoritaire du pouvoir. Le souverain n'est en effet aucunement « tenu » par le pacte auquel les hommes ont souscrit. Ce pacte n'est pas conclu entre le peuple et le souverain, mais « de chacun avec chacun ». Le souverain n'en est donc point partie : il n'est qu'un tiers à qui est confiée la puissance de commandement. Aussi, une fois le contrat réalisé, il dispose d'un pouvoir indivisible, illimité et irrévocable. Il n'est soumis ni aux lois divines, ni aux lois naturelles, ni aux lois humaines. Tous les hommes sont ses « sujets ». Ils doivent se plier sans aucune condition à sa volonté et ne se consacrer qu'à leurs affaires privées. A cet égard, si HOBbes, reconnaît que le pouvoir peut être transmis à une assemblée ou à un roi, et qu'il existe ainsi plusieurs formes de régime, il ne dissimule pas sa nette préférence pour la monarchie autoritaire. Il juge en effet celle-ci plus efficace, car le roi est le mieux placé pour incarner l'unité de la*

ligne de la pensée philosophique de Hobbes rappelle ainsi l'analyse sémiotique du concept hobbesien de souveraineté : « *Le souverain ne tient sa puissance que de la multitude ; elle seule lui permet d'être le souverain. C'est dans la limite d'une telle autorisation que le souverain est fondé à agir et à penser* »<sup>20</sup>.

Néanmoins, toutes ces considérations philosophiques relatives aux sentiments d'égalité, principe fondateur des régimes démocratiques ne doivent pas faire perdre de vue les réelles et nombreuses difficultés au potentiel rédhibitoire pour réaliser un authentique gouvernement démocratique. D'ailleurs, Jean-Jacques Rousseau lui-même se rendait finalement à l'évidence de l'histoire des institutions politiques en faisant donc cette concession sur l'essence même de la démocratie :

« A prendre le terme dans la rigueur de l'acception, il n'a jamais existé de véritable démocratie, et il n'en existera jamais. Il est contre l'ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné. On ne peut imaginer que le peuple reste incessamment assemblé pour vaquer aux affaires publiques, et l'on voit aisément qu'il ne saurait établir pour cela des commissions sans que la forme de l'administration change. »<sup>21</sup>.

Pour l'historien des idées et institutions politiques, Pierre Rosanvallon qui voit se

profiler, dans l'impossibilité de la mise en œuvre d'une « *démocratie pure* », une forme nouvelle d'expression de la souveraineté populaire à travers ce qu'il appelle la « *démocratie de sanction ou de ratification* », l'opinion publique devient alors dans nos sociétés démocratiques contemporaines un nouveau modèle d'expression directe de la démocratie, de la souveraineté et de la volonté du peuple, acception ainsi faite de la volonté générale institutionnalisée par les assemblées représentatives. Il constate fort justement que :

« *Le gouvernement représentatif « formel » se double, à travers le pouvoir de l'opinion, d'une démocratie « informelle ». Cette dernière instaure une veille permanente qui constitue un palliatif d'une impossible intervention directe des citoyens (...). Le problème de la démocratie des Modernes est bien de donner forme institutionnelle à l'énorme intervalle séparant une simple souveraineté-autorisation, qui peut à la limite, comme chez Hobbes, être conçue comme un moment originaire (dans lequel fiction et histoire deviennent indissociables), et une souveraineté-permanente, qui serait celle d'un peuple constamment législateur et magistrat (...). La démocratie est bien perçue de cette façon comme une certaine mise en forme politique de la société dans le temps, mémorial et actualisation en même temps*

---

*communauté politique. Il exclut en revanche toute forme de gouvernement mixte dont l'effet serait de diviser le souverain. Il proscrie également tout droit de résistance, car cela reviendrait à contester le pouvoir suprême du souverain. »* In NAY, Olivier, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 172.

<sup>20</sup> Il poursuit son analyse théorique ainsi : « *L'action du souverain est l'action des sujets, la pensée du souverain est la pensée des sujets. En sorte que, si BODIN est bien l'inventeur de la souveraineté comme principe de l'Etat, c'est cependant HOBbes qui en élabore philosophiquement le concept en concevant ce par*

*quoi la souveraineté est bien, comme l'avait vu BODIN, « perpétuelle ». Elle est perpétuelle parce qu'elle est originellement démocratique. HOBbes montre que c'est dans la multitude et par elle, laquelle opère à cette occasion sa mutation en peuple, que tout souverain – roi ou assemblée – fonde son droit de souveraineté. »* Cf. HOBbes, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, traduction, introduction, notes et notices par MAIRET, Gérard, Gallimard, Op. Cit., p. 39

<sup>21</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, précédé de la démocratie selon ROUSSEAU par SIMÉON, Jean-Pierre, ÉDITIONS du Seuil, Op. Cit., p. 235

## RÉGIME DÉMOCRATIQUE, UN MOINDRE MAL FACE AUX RÉGIMES MONOPOLISTIQUES

*du contrat social.* »<sup>22</sup>.

En pareille occurrence, la solution à l'impossibilité de pouvoir mettre en œuvre la démocratie directe<sup>23</sup> et ses corollaires de souveraineté populaire fut donc le mécanisme juridique et politique de la représentation. La démocratie représentative<sup>24</sup> suppose que le peuple n'étant pas propre dans son ensemble arithmétique à exercer directement les attributs politiques de sa souveraineté est néanmoins plus à même de conférer à des représentants élus, la légitimité, le pouvoir et le droit d'agir en son nom et pour lui. L'élection<sup>25</sup> est donc un élément fondamental pour une démocratie authentique. La démocratie représentative est tout à fait propice à l'idée de la souveraineté nationale défendue par Montesquieu dans *L'esprit des lois*. Le siège et le lieu d'exercice de cette souveraineté nationale étant les assemblées

représentatives<sup>26</sup> du peuple, celles-ci agissent et décident des affaires publiques au nom de l'intérêt national en défendant leurs opinions politiques et leurs convictions personnelles. Pierre Rosanvallon<sup>27</sup> faisait déjà remarquer dans le cas spécifique français<sup>28</sup> que :

« *La démocratie représentative s'est imposée dans son principe au moment où elle s'est fragilisée dans son fonctionnement (...). Si la démocratie peut être banalement définie comme la mise en œuvre de la souveraineté du peuple, le contenu même de cette dernière semble en effet aujourd'hui se dissiper. Progression de la mondialisation économique, accélération de la construction européenne, croissance du rôle plus actif du Conseil constitutionnel : de multiples évolutions convergent pour ébranler les objets et les modes d'expression acquis de la volonté générale.* ».

Si la souveraineté nationale aux mains des

<sup>22</sup> ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée, histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, Op. Cit., pp. 52 et 55-56

<sup>23</sup> BAECQUE (de), Antoine, (Dir.), *Une histoire de la démocratie en Europe*, Paris, Collection La Mémoire du Monde, Le Monde Editions, 1991

<sup>24</sup> Tout comme le rappelle SCHUMPETER, Joseph : « *La philosophie de la démocratie élaborée au XVIIIe siècle peut être résumée dans la définition suivante : la méthode démocratique est la technique institutionnelle de gestation des décisions politiques qui réalise le bien commun en chargeant le peuple lui-même de faire pencher le plateau de la balance en élisant des individus qui se réunissent ensuite pour accomplir sa volonté.* ». In SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme socialisme et démocratie*, Paris, Payot, Op. Cit., pp. 377-378

<sup>25</sup> DORMAGEN, Jean-Yves, MOUCHARD, Daniel, affirmaient que : « *La traduction procédurale de ce trait fondamental de la démocratie est l'organisation d'élections pluralistes à échéance régulière. La démocratie se caractérise donc par l'existence d'un marché électoral, sur lequel s'échangent des biens politiques contre des votes. Ce marché électoral ouvert et pluraliste représente la marque la plus spécifique des sociétés démocratiques* » In DORMAGEN, Jean-Yves, MOUCHARD, Daniel, *Introduction à la sociologie politique*, Louvain-la-

Neuve, 4<sup>e</sup> Edition De Boeck Supérieur, 2015, p. 46

<sup>26</sup> Dans ses maximes philosophiques de l'autorité politique, SPINOZA affirme que : « *Le droit, ainsi défini par la puissance de la masse, est ordinairement nommé l'autorité politique souveraine.* ». In SPINOZA, Baruch, *Traité de l'autorité politique*, Editions Gallimard, 1994, Collection Folio/Essais, p. 91

<sup>27</sup> ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée, histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, Op. Cit., p. 11

<sup>28</sup> La Constitution du 04 octobre 1958 de la république française pose en ces termes le principe de la souveraineté nationale : article 3 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum (al.1). Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice (al.2). Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret (al.3). Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques (al.4).* ». Article 4 : « *Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.* »

représentants élus transcende la souveraineté populaire, il n'en demeure pas moins que le peuple, même dans une démocratie représentative<sup>29</sup>, reste le seul dépositaire de la souveraineté populaire. En témoigne l'alinéa premier de l'article 3 de la Constitution du 04 octobre 1958 de la république française reprise, par mimétisme institutionnel, par la plupart de ses anciennes colonies : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.* »<sup>30</sup>. Jean-Yves Dormagen et Daniel Mouchard énumèrent quatre principes<sup>31</sup> fonctionnels de la démocratie représentative à savoir : la désignation par élection à des intervalles réguliers des gouvernants ; la conservation par les gouvernants d'une marge d'indépendance vis-à-vis de leurs électeurs ; la possibilité pour les électeurs d'exprimer librement leurs opinions politiques et la soumission des décisions politiques à l'épreuve de la discussion.

L'ancrage théorique de cette réflexion sociologique a pris en compte, non seulement les analyses de la sociologie politique mais encore celles de l'histoire des idées politiques dans une approche comparée<sup>32</sup> entre régimes pluralistes-constitutionnels et régimes monopolistiques. De cette analyse comparée, il ressort que les régimes démocratiques ou pluralistes-

constitutionnels constituent le moindre mal dans le choix politique de la conduite ou de la direction politique de l'Etat. Cette analyse sociologique a pu être mise en œuvre aux moyens d'une documentation spécialisée classique comme moderne tant en sociologie politique, en histoire des idées politiques, en philosophie politique qu'en droit et science politique.

En toute hypothèse, directe ou indirecte, la démocratie n'est-elle pas une construction du pouvoir politique qui, certes, peut paraître difficile à réaliser mais reste, en termes de régime politique tant vertueux que souhaitable, le moindre mal sinon le pis-aller face à l'absolutisme monarchique, autoritaire et au totalitarisme<sup>33</sup> despotique, oligarchique ou aristocratique ? Or, comme nous venons de le voir, le régime pluraliste-constitutionnel se démarque essentiellement du régime monopolistique en faisant de la liberté politique et du multipartisme son credo fonctionnel et organisationnel. L'ambition politique peut librement s'y épanouir et ce faisant avec elle s'érige le jeu démocratique des partis politiques à travers le pluralisme (I) contrairement au jeu monopolistique et autoritaire des régimes totalitaires (II).

<sup>29</sup> Aux termes du *Lexique de Sociologie*, la démocratie représentative est donc une : « *forme d'organisation politique démocratique dans laquelle les citoyens n'exercent pas directement le pouvoir législatif mais se font représenter par des élus.* » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2013, p. 88.

<sup>30</sup> Constitution de la république française de 1958.

<sup>31</sup> DORMAGEN, Jean-Yves, MOUCHARD, Daniel, *Introduction à la sociologie politique*, Louvain-la-Neuve, 4<sup>e</sup> Edition De Boeck Supérieur, Op. Cit., pp. 47/48.

<sup>32</sup> HASSENTEUFEL, Patrick, « De la comparaison

internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objet comparatifs en matières de politiques publiques », *Revue Française de sciences politique*, 55(1), 2005, pp. 113-132.

<sup>33</sup> Selon DORMAGEN, Jean-Yves, MOUCHARD, Daniel : « *le totalitarisme se caractérise par le monisme politique : un seul groupement exerce l'intégralité du pouvoir politique (...) sur ce plan l'autoritarisme tolère en revanche un pluralisme limité* » in, DORMAGEN, Jean-Yves, MOUCHARD, Daniel, *Introduction à la sociologie politique*, Louvain-la-Neuve, 4<sup>e</sup> Edition De Boeck Supérieur, Op. Cit., pp. 59/60.

## **I-Un régime du moindre mal propice au pluralisme politique constitutionnel**

En s'opposant à toute forme de monolithisme idéologique, la démocratie est le seul régime politique qui promeut le pluralisme idéal dans l'espace<sup>34</sup> du jeu de la compétition politique (A), un espace de l'activité politique dont le fer de lance est dans la dynamique de la libre expression de la liberté politique (B).

### **A) Un régime caractérisé par l'absence du monopole de la compétition politique**

Raymond Aron citant Paul Valéry rappelait justement que :

« *La politique a été longtemps l'art d'empêcher les hommes de se mêler de ce qui les regarde, elle est devenue l'art de les interroger sur ce qu'ils ignorent.* »<sup>35</sup>.

Cette pensée illustre assez bien une certaine évolution des sociétés non

démocratiques vers des sociétés démocratiques où les citoyens, sans en avoir la moindre conscience politique, seraient finalement des acteurs du jeu politique. Les régimes constitutionnels<sup>36</sup> décrits par Raymond Aron sont des régimes dans lesquels le pouvoir politique est organisé selon des règles constitutionnellement établies, en respectant le principe de légalité constitutionnelle tant dans la compétition politique<sup>37</sup> que dans la distribution des fonctions exécutive, judiciaire et législative. Un régime constitutionnel est donc un régime politique où les libertés fondamentales sont garanties et observées, un régime où la loi constitutionnelle est la norme de référence du pouvoir politique dans ses rapports tant avec les institutions qu'avec les individus. Ces régimes constitutionnels se caractérisent par l'absence de monopole autour de la compétition pour la conquête du pouvoir politique au profit d'une concurrence

<sup>34</sup> Cet espace de l'expression du jeu de la compétition politique renvoie au concept du *Champ politique* étudié par BOURDIEU et que Le *Lexique de Science politique* définit comme : « *l'espace de compétition où se rencontrent les organisations politiques et les professionnels de la politique. Plus précisément, dans la sociologie de Pierre BOURDIEU, le Champ politique désigne l'espace de relations et de concurrence entre agents les plus investis dans la vie politique.* » Cf. NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 67.

<sup>35</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Collection Folio/Essais, 1965, p. 348

<sup>36</sup> En se référant au langage juridique, ARON, Raymond, tient à rappeler que : « *La notion de constitutionnalité a plusieurs sens. Est constitutionnelle l'organisation de la concurrence pour l'exercice du pouvoir, la soumission de cette concurrence à des règles précises. Une autre forme, probablement plus importante, de la constitutionnalité, est la subordination des décisions gouvernementales à des règles. Pour promulguer une loi, les gouvernants ont besoin, dans un régime constitutionnel, de l'intervention d'autres organes. Dans un régime autoritaire une décision prise par les gouvernants devient*

*automatiquement loi. A la limite, n'importe quelle volonté d'un individu devient loi. L'Etat constitutionnel n'est pas, dans ses relations avec les individus, juge et partie ; une personne arrêtée et maltraitée a ou devrait avoir la possibilité de faire appel à des tribunaux impartiaux contre les fonctionnaires qui se sont rendus coupables de tel ou tel manquement aux règles ; ou encore, un individu frappé par un décret de l'administration dans ses intérêts peut faire appel à une instance juridique, tribunaux ordinaires ou administratifs. Des organismes, indépendants du gouvernement, habilités à trancher des problèmes posés par les relations entre l'Etat et les individus constituent une troisième forme de la constitutionnalité.* ». In ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, op. cit, pp. 338-339.

<sup>37</sup> La compétition politique qui suppose l'ouverture de l'élection politique à tous les acteurs politiques de tous les bords idéologiques est le fer de lance d'une démocratie représentative. Pour le *Lexique de Science politique* : « *dans les démocraties représentatives, la forme de compétition politique la plus commune et la plus institutionnalisée est l'élection* » cf. NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 98.

intelligente et ouverte entre les diverses tendances partisans. Tel n'est donc le cas des régimes monopolistiques souvent nés d'une révolution ou d'une crise sociopolitique comme en témoignent, en Afrique, l'exemple des juntes militaires en Guinée, au Mali, au Burkina-Faso et au Niger. Or, la révolution favorise toujours l'idée d'une certaine rupture avec l'ordre public habituel ou la légalité constitutionnelle du moment. Aussi, la violence, instrument idéologique des régimes monopolistiques finit-elle alors par remplacer la légalité en s'imposant comme fer de lance du nouvel ordre politique au slogan révolutionnaire, factieux ou totalement subversif. Ces régimes militaires ne sont rien d'autres que des régimes autoritaires qui mettent en place un mécanisme fonctionnel de verrouillage<sup>38</sup> institutionnel. Les régimes démocratique et monopolistique correspondent finalement aux systèmes politiques des sociétés du monde contemporain partagés entre démocratie, dictature et monarchie. Pour Montesquieu :

*« Comme il faut de la vertu dans une république, et dans une monarchie de l'honneur, il faut de la crainte dans un gouvernement despotique : pour la vertu, elle n'y est point nécessaire ; et l'honneur y serait dangereux. Le pouvoir immense du prince y passe tout entier à ceux à qui il le confie. Des*

*gens capables de s'estimer beaucoup eux-mêmes, seraient en état d'y faire des révolutions. Il faut donc que la crainte y abatte tous les courages, et y éteigne jusqu'au moindre sentiment d'ambition. »<sup>39</sup>.*

Les juntes militaires suscitent bien souvent une adhésion populaire pour leur pragmatisme face aux questions sécuritaires dans un contexte de stigmatisation du rejet de la présence militaire des puissances occidentales. Mais la liberté politique<sup>40</sup>, les libertés individuelles et publiques sont vite embrigadées : le peuple étant alors molesté, opprimé, bafoué dans ses droits par la junta militaire dont parfois le leader charismatique est le seul dirigeant du seul parti politique au pouvoir. Face à l'engouement populaire que ces juntes militaires suscitent, la question se pose de savoir si une telle politique totalisante certes aux avantages sécuritaires mais par essence totalitaire et autocratique est préférable à celle plutôt respectueuse des libertés publiques, politiques et individuelles ? La réponse à cette interrogation épistémologique réside, à moins d'y voir un effet Tocqueville<sup>41</sup>, dans l'analyse conséquente de la pertinence même de la démocratie face au totalitarisme ou à l'impasse politique de l'absolutisme. La démocratie libérale<sup>42</sup>, on

<sup>38</sup> BRAUD, Philippe, *Sociologie politique*, JOUVE, 13<sup>e</sup> Edition LGDJ Lextenso, 2018, p. 252.

<sup>39</sup> de SECONDAT, Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, Garnier Flammarion, Op. Cit., pp. 150-151.

<sup>40</sup> Il faut entendre par liberté politique : « le droit pour les citoyens de participer activement à la délibération politique et donc d'exercer leur souveraineté : droit de vote, de manifestation, de constitution ou d'adhésion à un parti politique, d'éligibilité, etc. » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 216.

<sup>41</sup> Selon le *Lexique de Sociologie*, l'effet Tocqueville est une expression qui se rapporte à : « la situation dans laquelle une opinion majoritaire reste silencieuse parce que les individus pensent qu'un autre point de vue est dominant et qu'ils jugent prudent ou préférable de ne pas défendre le leur. De ce fait, une opinion minoritaire, perçue à tort comme majoritaire, s'impose comme le point de vue dominant. » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., pp. 121/122.

<sup>42</sup> Il faut entendre par démocratie libérale un : « système politique dans lequel les mécanismes

## RÉGIME DÉMOCRATIQUE, UN MOINDRE MAL FACE AUX RÉGIMES MONOPOLISTIQUES

le sait, est conciliable avec les libertés ; le totalitarisme<sup>43</sup> les nie au nom d'une certaine raison d'Etat par nature totalitaire absolument. La démocratie est un régime politique qui institutionnalise le pluralisme non seulement de l'activité des partis politiques mais aussi des idées politiques. C'est là, la caractéristique essentielle qui distingue le gouvernement démocratique du totalitarisme qui prône le monopartisme et une idéologie officielle sacralisée pour tout expliquer. Ainsi en va-t-il de la justification idéologique du pouvoir politique totalitaire, de l'économie, de l'histoire, de la morale, du droit, de la justice, de la police, en somme, de toutes les parcelles de l'espace public politiquement imprégnées par la seule vérité officielle instillée par le gouvernement partisan et totalitaire. Le monisme idéologique qui caractérise un tel régime totalitaire explique du même coup le monisme qui caractérise le choix et le corps social des élites politiques

---

*démocratiques sont mis au service de la promotion des libertés individuelles.* » cf. NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 157.

<sup>43</sup> Pour définir le fait totalitaire, ARON, Raymond relève cinq caractéristiques, à ses yeux, essentielles ainsi qu'il les énonce clairement dans son analyse sociopolitique qui suit : « (1) -Le phénomène totalitaire intervient dans un régime qui accorde à un parti le monopole de l'activité politique. (2) -Le parti monopolistique est animé ou armé d'une idéologie à laquelle il confère une autorité absolue et qui, par suite, devient la vérité officielle de l'Etat. (3) -Pour répandre cette vérité officielle, l'Etat se réserve à son tour un double monopole, le monopole des moyens de force et celui des moyens de persuasion. L'ensemble des moyens de communication, radio, télévision, presse, est dirigé, commandé, par l'Etat et ceux qui le représentent. (4) - La plupart des activités économiques et professionnelles sont soumises à l'Etat et deviennent, d'une certaine façon, partie de l'Etat lui-même. Comme l'Etat est inséparable de son idéologie, la plupart des activités économiques et professionnelles sont colorées par la vérité officielle. (5) - Tout étant désormais activité d'Etat et toute activité étant soumise à l'idéologie, une

dirigeantes du parti unique et de l'Etat partisan. Pourtant, la démocratie comme régime politique préférable ou le moindre mal face au totalitarisme n'a pas toujours inspiré la confiance voire l'enthousiasme de tout le monde, en l'occurrence, les néolibéraux ainsi que le rappellent justement Hourya Bentouhami et Christophe Miqueu pour lesquels, la théorie de l'opposition entre démocratie et totalitarisme, apparue en pleine guerre froide, ne doit en aucune manière fait perdre de vue l'importance d'une autre opposition qui réside dans deux conceptions bien différentes de la démocratie : la « démocratie libérale » au pouvoir limité dans les mains des représentants choisis et la « démocratie totalitaire » au pouvoir absolu que fonde la légitimité populaire bien que trop dogmatique dans sa justification. Pour ces deux auteurs qui rejoignent les conceptions philosophiques de Friedrich Hayek<sup>44</sup>, critique de la pensée de Raymond Aron sur

*faute commise dans une activité économique ou professionnelle est simultanément une faute idéologique. D'où, au point d'arrivée, une politisation, une transfiguration idéologique de toutes les fautes possibles des individus et, en conclusion, une terreur à la fois policière et idéologique.* ». In ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., pp. 284-285.

<sup>44</sup> Pour expliquer la thèse selon laquelle c'est le libéralisme et non la démocratie qui s'oppose au totalitarisme, BENTOUHAMI, Hourya et MIQUEU, Christophe se font à bon escient l'écho du postulat suivant de HAYEK, Friedrich : « *Le libéralisme est concerné par les fonctions du gouvernement et plus particulièrement par la limitation de tous ses pouvoirs. La démocratie est concernée par la question de savoir qui dirigera le gouvernement. Le libéralisme exige que tout pouvoir, et par conséquent même celui de la majorité, soit limité.* ». In BENTOUHAMI, Hourya, MIQUEU, Christophe, (dir.), *Conflits et démocratie. Quel nouvel espace public ?* Paris : L'Harmattan, Éditeur, 2010, Collection « Pouvoirs comparés », p. 25 [en ligne, disponible dans la bibliothèque numérique des Classiques des sciences sociales, (TREMBLAY, Jean -Marie) accès le 31 mai 2023], p. 23.

l'opposition entre démocratie et totalitarisme, l'opposition ou le conflit contre le totalitarisme ne devrait se justifier qu'à l'égard du libéralisme. En somme, c'est le libéralisme qui s'oppose substantiellement et efficacement au totalitarisme et non la démocratie censément rompue à la désignation des dépositaires de l'autorité politique. Aussi, affirment-ils dans leur analyse philosophique et politique que :

*« La démocratie sera libérale ou totalitaire, le libéralisme sera démocratique ou autoritaire. Cette dernière variante peut même être considérée comme un moindre mal. Le libéralisme en effet, qu'il soit démocratique ou autoritaire, est toujours préférable à la « démocratie totalitaire »<sup>45</sup>.*

A la question de savoir quel est le meilleur régime politique entre monarchie, oligarchie ou démocratie d'après Aristote ou République, monarchie et despotisme d'après Montesquieu, il convient de répondre, nous dit Raymond Aron, qui semble éluder ou reléguer au second plan, l'importance de la garantie des libertés et de la légalité du pouvoir souverain, que tous les régimes politiques, quels qu'ils soient, sont naturellement portés par la lutte pour le pouvoir politique, la concurrence exacerbée des hommes pour accéder au pouvoir gouvernemental ou

législatif. Sans reprendre exactement cette classification aristotélicienne des régimes politiques, (*monarchie, oligarchie et démocratie*) ou (*République, monarchie et despotisme* selon Montesquieu)<sup>46</sup>, Raymond Aron pose en substance l'autorité et ses limites comme étant la problématique majeure de l'ordre politique dont tous les régimes seraient dans les faits, des solutions imparfaites. « *L'Etat de partis, se questionne-t-il, n'est-il pas en tant que tel tout aussi imparfait, par rapport aux idées, que l'Etat partisan ?* »<sup>47</sup>. Cette interrogation épistémologique sur l'analyse du pouvoir et de l'activité politiques, nous amène maintenant à questionner l'intérêt ou l'importance d'une liberté politique authentique sans laquelle on ne saurait parler de régime démocratique.

### **B) Un régime fondé sur le libre exercice de la liberté politique**

Montesquieu, dans ses écrits historicistes et ses considérations philosophiques sur les Romains présupposait justement que :

*« Pour règle générale, toutes les fois qu'on verra tout le monde tranquille dans un Etat qui se donne le nom de république, on peut être assuré que la liberté n'y est pas. »<sup>48</sup>.*

La liberté paraît si importante aux yeux de Montesquieu qu'il finit par y voir le

<sup>45</sup> BENTOUHAMI, Hourya, MIQUEU, Christophe, (dir.), *Conflits et démocratie. Quel nouvel espace public ?* Paris : L'Harmattan, Éditeur, Op. Cit., ibidem.

<sup>46</sup> Montesquieu postulait en effet l'existence de trois types de gouvernements qu'il décrivait ainsi : « *Il y a trois espèces de gouvernements ; le républicain, le monarchique, et le despotique. Pour en découvrir la nature, il suffit de l'idée qu'en ont les hommes les moins instruits. Je suppose trois définitions, ou plutôt trois faits : l'un, que le gouvernement républicain est celui où le peuple en corps, ou seulement une partie du peuple, a la souveraine puissance ; le monarchique, celui où un seul gouverne, mais par des lois fixes et établies ; au lieu que, dans le despotique, un seul, sans loi et sans*

*règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices (...). Lorsque, dans la république, le peuple en corps a la souveraine puissance, c'est une démocratie. Lorsque la souveraine puissance est entre les mains d'une partie du peuple, cela s'appelle une aristocratie. ».* In de SECONDAT, Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, Garnier Flammarion, Op. Cit., p. 131

<sup>47</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 347.

<sup>48</sup> de SECONDAT, Charles-Louis, Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Texte intégral de l'édition originale, Amsterdam, 1734, Paris-Genève, Editions Slatkine, 1996, Collection Fleuron, p. 97.

ferment du corps social, de son harmonie entière, de son unité indivisible tant et si bien que là où il n'y a pas de liberté sauf pour un ou quelques-uns, il y a donc soumission, oppression et réprobation. L'absence de la liberté suppose donc la mort de l'unité sociale agissante, organisée et dynamique. De même, en écrivant *L'esprit des lois*, Montesquieu ne recherchait pas à définir ce qu'est un bon gouvernement mais plutôt à dégager les conditions pour établir un bon gouvernement. Pour Montesquieu, la loi est tellement fondamentale qu'elle constitue à ses yeux, le fondement de tout bon gouvernement. La liberté sans les lois ou les normes sociales pour sa régulation n'est donc pas la liberté. C'est le despotisme qui peut alors mener à la tyrannie et à toute autre forme d'autoritarisme sanglant. Ainsi, la théorie de Montesquieu sur la nécessité du principe de séparation des pouvoirs se veut être une réaction conceptuelle contre l'absolutisme monarchique de son époque et un instrument didactique pour les gouvernements modernes dans l'expérience de la démocratie. Néanmoins, Raymond Aron considère pour sa part qu'on ne saurait définir dans nos sociétés modernes les régimes politiques par l'importance et la place qu'ils accordent aux concepts de liberté et d'égalité. Le plus important pour Aron est donc le constitutionnalisme, la soumission de la gestion des affaires publiques et politiques

à une norme fondamentale.

Or, voici comment Montesquieu lui-même définit la liberté politique en démocratie, à savoir le droit de ne faire que ce que les lois autorisent et de ne point transgresser ce qu'elles défendent :

*« Il est vrai que, dans les démocraties, considère-t-il, le peuple paraît faire ce qu'il veut : mais la liberté politique ne consiste pas à faire ce que l'on veut. Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. Il faut se mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance, et ce que c'est que la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent : et, si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir. »<sup>49</sup>.*

En effet, comme on peut le constater encore aujourd'hui, l'égalité de tous devant la loi et la participation au suffrage universel, n'excluent pas pour autant des inégalités économiques ou sociales même dans un gouvernement démocratique. De la même manière, la garantie des libertés dans un Etat respectueux du droit et des libertés fondamentales ne suppose pas que l'individu lui-même ne soit pas à l'origine d'une certaine aliénation de sa liberté. C'est le cas du progrès technique aujourd'hui avec l'Internet, via les réseaux sociaux, qui complexifie davantage l'espace social de l'expression des libertés

<sup>49</sup> de SECONDAT, Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, Garnier Flammarion, Op. Cit., p. 292. Dans le prolongement de sa pensée philosophique Montesquieu admet pourtant que : « *La démocratie et l'aristocratie ne sont point des Etats libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les Etats modérés. Elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir : mais c'est une expérience éternelle, que tout homme*

*qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle, que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet. »*, idem, p. 293.

individuelles et collectives par l'émergence d'un espace virtuel de communication et d'échanges. Pourtant la technologie est pensée pour être au service de l'homme, pour le libérer des asservissements de toutes sortes, pour le soustraire de toutes les formes d'aliénation, pour l'épanouir. Cet espace virtuel de la liberté et de révélation de la puissance de la technologie peut davantage se complexifier avec l'introduction progressive de l'Intelligence Artificielle dans la communication politique des sociétés contemporaines. Les règles de la compétition politique doivent intégrer ces nouveaux paramètres des avancées technologiques pour une meilleure stratégie politique.

De façon générale, dans toute démocratie, la compétition politique nourrie par le jeu des partis politiques pour la conquête du pouvoir politique reste la consécration du principe de la légitimité populaire rompant ainsi avec la légitimité traditionnelle, héréditaire ou divine. Ce n'est donc plus la naissance ni non plus l'hérédité notabiliaire ou l'appartenance à une classe sociale élitiste qui légitiment l'accession au pouvoir politique mais le peuple et seul le

souverain peuple par la voie de l'élection. Pour Jean Baudouin<sup>50</sup>, l'élection représente dans toute démocratie un double enjeu politique, d'abord en fonctionnant comme « *principe de légitimité* » par le vecteur du suffrage populaire, ensuite en fonctionnant comme « *instance de régulation* » par la participation populaire à la désignation et à la destitution des autorités politiques. Finalement, cette conception de l'origine du pouvoir politique rejoint notamment la théorie de la souveraineté populaire prônée par Rousseau et dont une version améliorée sera proposée par Montesquieu à travers la théorie de la souveraineté nationale<sup>51</sup> dont la mise en œuvre consiste dans une technique juridique et politique sous forme de représentation<sup>52</sup> du peuple. Dans cette représentation du peuple se trouvent articulées les voix de la majorité et celles de la minorité sous forme d'un compromis politique. Le jeu de la démocratie consiste finalement à respecter ce compromis politique tout en conservant la liberté<sup>53</sup> de ses lignes idéologiques peu importe leur triomphe politique.

Dans sa formulation du droit à l'expression politique libre, Jean-Jacques Rousseau énonçait assurément dans *Le*

<sup>50</sup> BAUDOUIN, Jean, *Introduction à la science politique*, Paris, 11<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2017, p. 72.

<sup>51</sup> Pour rappel, la Constitution du 04 octobre 1958 de la république française pose en ces termes le principe de la souveraineté nationale : article 3 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum (al.1). Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice (al.2). Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret (al.3). Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques (al.4).* ». Article 4 : « *Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.* »

<sup>52</sup> Aux termes du *Lexique de Sociologie*, la démocratie représentative est donc une : « *forme d'organisation politique démocratique dans laquelle les citoyens n'exercent pas directement le pouvoir législatif mais se font représenter par des élus.* » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2013, p. 88

<sup>53</sup> Il faut entendre par liberté politique : « *le droit pour les citoyens de participer activement à la délibération politique et donc d'exercer leur souveraineté : droit de vote, de manifestation, de constitution ou d'adhésion à un parti politique, d'éligibilité, etc.* » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 216.

contrat social que :

*« Si je m'engage à appliquer la loi votée par la majorité, je ne saurais toutefois m'engager à me ranger à son avis. Je garde au contraire le droit de tenter de faire prévaloir ma position lors de la prochaine assemblée. Cela fonde la libre expression au cours de l'assemblée du peuple : le droit d'y intervenir pour défendre quelque thèse que ce soit est constitutif de chaque membre du corps politique. M'interdire de prendre la parole lors de l'assemblée ou d'y aborder tel sujet équivaldrait à m'exclure du pacte social. »<sup>54</sup>.*

Ainsi, le droit à la contradiction légitime tout aussi bien la nécessité du débat politique que l'importance du jeu des alliances et compromis pour défendre les programmes politiques en délibération au Parlement. Pierre Rosanvallon considérait justement que :

*« Si le gouvernement représentatif implique, en effet, la possibilité de délibérer, c'est-à-dire la reconnaissance que les positions sont susceptibles d'évoluer au cours de la discussion, le gouvernement parlementaire repose, quant à lui, sur la passation d'alliances et l'organisation de compromis, qui sont soumis à une sorte d'épreuve permanente et fluctuante par les décisions politiques courantes. »<sup>55</sup>.*

Mais la nécessité du compromis politique et les jeux d'alliances politiques si caractéristiques des régimes démocratiques représentatifs n'est-elle pas finalement la raison de sa perversion par les jeux systémiques de la corruption politique ? Ce

phénomène corruptif milite contre la réputation vertueuse du régime démocratique qui serait finalement un régime du moindre mal dont la force réside dans le rejet de l'absolutisme idéologique et totalitaire.

## **II- Un régime du moindre mal hostile dans sa nature à toute idéologie totalitaire**

La démocratie est considérée par une bonne partie de l'humanité comme un régime politique vertueux<sup>56</sup>, souvent érigée sous forme de rempart politique au gouvernement totalitaire et autoritaire (A) mais c'est un régime du moindre mal qui comporte aussi ses dérives à travers sa propension naturelle aux pratiques corruptives (B).

### **A) Un régime substantiellement pourfendeur des pratiques totalitaires et autoritaires**

Démocratiser l'Etat en guise de solution politique au totalitarisme et à toute autre forme d'autoritarisme, de dictature ou de despotisme n'est pas une révolution simple à mettre en route. C'est toute la question, de nos jours encore, de l'exportabilité ou de la transférabilité du modèle démocratique à tous les systèmes politiques du monde, autrement dit, dans toutes les cultures politiques<sup>57</sup> des pays non démocratiques du

<sup>54</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, précédé de la démocratie selon ROUSSEAU par SIMÉON, Jean-Pierre, ÉDITIONS du Seuil, Op. Cit., p. 82.

<sup>55</sup> ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée, histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, OP. Cit., p. 278.

<sup>56</sup> BRAUD, Philippe l'exprimait en ces termes : « alors que chez ARISTOTE le mot démocratie était péjoratif, aujourd'hui il est porteur de connotations fortement valorisantes, ce qui explique de

nombreuses et abusives revendications d'étiquettes » in BRAUD, Philippe, *Sociologie politique*, JOUVE, 13<sup>e</sup> Edition LGDJ Lextenso, Op. Cit., p. 242

<sup>57</sup> La culture politique, au sens du *Lexique de Sociologie*, est l' : « ensemble des représentations des connaissances, des valeurs et des normes qui caractérise les membres d'une société et oriente leurs comportements, leurs attitudes et leurs sentiments par rapport au politique et à la politique. » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain,

monde entier. Le but de ce transfert politique n'est rien d'autre que la lutte contre les gouvernements totalitaires et autocratiques. Ainsi, nombreux sont les pays du monde qui se considèrent comme des démocraties en raison des réformes impulsées par des instances internationales pour créer les conditions juridiques et politiques nécessaires au partage du pouvoir politique et à la garantie des libertés fondamentales. Mais dans les faits, ces systèmes politiques ne sont autre chose que des démocraties tutélaires<sup>58</sup>, c'est-à-dire des régimes démocratiques en puissance ou en devenir à défaut de pouvoir instaurer une véritable démocratie politique. L'explication d'une telle situation sociopolitique pourrait tenir à la théorie de Joseph Schumpeter lorsqu'il énonce que :

*« Si un physicien constate que le même mécanisme a un rendement différent en des lieux et à des moments différents, il en conclut que son fonctionnement dépend de conditions qui lui sont extérieures. Nous ne pouvons qu'aboutir à la même conclusion en ce qui concerne le système démocratique (...). Tout comme il n'existe pas d'argumentation valable en tous temps et en tous lieux contre le socialisme, de même aucune argumentation absolument générale ne peut être invoquée pour ou contre la méthode démocratique. »<sup>59</sup>.*

Aussi, Schumpeter relève-t-il quatre conditions qui selon lui permettraient le bon fonctionnement et le succès de la méthode démocratique : la qualité du personnel politique, la délimitation du champ des politiques publiques, l'existence d'une administration bureaucratique compétente et le maintien d'un espace public de compétition ou de concurrence politique ouvert et favorable à toutes les tendances ou opinions politiques. Dans ces démocraties tutélaires ou en devenir, les élites politiques montrent néanmoins leur volonté de réussir le progrès social et économique en mettant en œuvre certains principes de la démocratie politique auxquels elles adhèrent sans pour autant renoncer à l'idée d'un pouvoir exécutif fort devant un parlement affaibli par voie de conséquence. Les démocraties tutélaires qui sont pour la limitation des libertés publiques et la restriction de la compétition politique à une poignée de partis politiques, ne peuvent constituer de véritables régimes démocratiques qu'au bout d'un long processus d'apprentissage. La réussite de cet apprentissage démocratique tient non seulement de la performance et de la compétence politique de l'élite au pouvoir mais encore de l'adhésion totale du peuple aux règles, principes, valeurs et idéaux de la démocratie politique. Cet apprentissage qui

---

DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 80.

<sup>58</sup> LAVROFF, Dimitri, Georges, *Histoire des idées politiques depuis le XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 9<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit.

<sup>59</sup> SCHUMPETER, Joseph poursuit cette réflexion ainsi qu'il suit : « Or, exactement comme dans le cas du socialisme, cette circonstance permet difficilement de raisonner en employant la clause « toutes choses égales d'ailleurs », car les autres choses ne peuvent pas être égales à la fois dans les

*situations dans lesquelles la démocratie est un système susceptible de fonctionner (ou même le seul qui puisse fonctionner) et pour les situations dans lesquelles ce système est impraticable. La démocratie s'épanouit dans des bouillons de culture sociaux présentant certaines caractéristiques et il est permis de se demander à bon droit s'il y a un sens à se demander comment elle s'accommoderait de bouillons de culture comportant des caractéristiques différentes – ou comment s'en accommoderaient les citoyens plongés dans ces bouillons de culture. » In SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme socialisme et démocratie*, Paris, Payot, Op. Cit., p. 430.*

relève moins d'une politique d'intégration réussie par le biais d'une convergence douce au sens de Patrick Hassenteufel<sup>60</sup> se traduit plutôt dans le paysage politique des Etats africains par mimétisme institutionnel. A défaut donc d'un apprentissage démocratique réussi, le peuple court alors le risque de ployer sous une oligarchie élitaire certes éprise d'une volonté de modernisation sociale et économique mais qui se résigne au constat selon lequel le peuple n'est pas prêt pour adhérer aux principes de la démocratie politique. Sur le chemin de la transformation sociale<sup>61</sup> et de l'apprentissage de la démocratie, certains Etats d'Afrique comme le Bénin, ont finalement opté pour la revalorisation des dynamiques locales et le renforcement de la gouvernance publique à travers la réforme territoriale de décentralisation. En effet, la démocratie ne peut se consolider

sans l'observance et l'acceptation sociale des règles de bonne gouvernance. C'est d'ailleurs, sur la base de cet acquis démocratique que les Etats postcoloniaux en voie de démocratisation en Afrique revendiquent parfois leur appartenance à la communauté internationale. Le regain d'intérêt pour les échelons du local au Bénin du Renouveau démocratique est d'ailleurs perçu comme une avancée politique supplémentaire majeure dans le processus de démocratisation initié par ce pays. Ainsi, la décentralisation instaure une nouvelle ère de partition<sup>62</sup> des pouvoirs et des ressources entre l'Etat central autrement dit le niveau national et les collectivités locales. Ce partage des compétences entre le centre et la périphérie trouve son fondement dans le principe de subsidiarité<sup>63</sup> qui est avant tout une règle de démocratie. Dans ce contexte béninois, la décentralisation sert également de moyen

<sup>60</sup> HASSENTEUFEL, Patrick, « De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objet comparatifs en matières de politiques publiques », *Revue Française de sciences politique*, 55(1), 2005, Op. Cit.

<sup>61</sup> CEAN, Centre d'Etude d'Afrique noire, *L'Afrique politique. Démocratisation : arrêts sur images*, Paris, Karthala, 1996.

<sup>62</sup> Cette nouvelle partition des compétences entre le centre et la périphérie bouleverse également leurs rapports, non pas, en déplaçant le centre des décisions politico-administratives mais en modifiant substantiellement la configuration habituelle des lieux de pouvoir et de décision politiques. Ainsi, à la suite de JOUVÉ, Bernard, on peut qualifier cette nouvelle organisation des rapports centre – périphérie de « modèle politico-administratif polycentrique » ce qui permet de caractériser la perte de centralité de l'Etat comme pourvoyeur exclusif des services d'intérêt général. Aussi JOUVÉ, Bernard, soutient-il que : « *L'Etat central n'apparaît plus comme le seul garant de l'intérêt général, de même qu'il n'est plus la seule entité capable d'organiser la société.* ». Cf. JOUVÉ, Bernard, « Réseaux et communautés de politique publique en action. », in LE GALÈS, Patrick, et THATCHER, Mark, (dir.), *Les réseaux de politique publique*, L'Harmattan, 1995, p. 129

<sup>63</sup> Ce principe de subsidiarité veut que l'Etat central n'intervienne dans la gestion communale que lorsque la commune ne suffit pas à elle seule à pourvoir à cette gestion. Pour reprendre une définition fournie par la coopération française citée par NACH MBACK, Charles, le principe de subsidiarité signifie que : « *Chaque composante du bien commun doit être gérée par l'entité qui lui est la plus proche. Seul ce qui ne peut être bien géré à ce niveau doit être transféré au niveau supérieur.* ». In NACH MBACK, Charles, *Démocratisation et décentralisation : genèse et dynamiques comparées des processus de décentralisation en Afrique subsaharienne*, KARTHALA-PDM, 2003, p. 400. Mais il n'en demeure pas moins que le sens même de ce principe de subsidiarité est sujet à controverse au sein de la doctrine comme tend à le rappeler encore NACH MBACK, Charles, reconnaissant à la suite de FAURE, Alain et alii l'existence de deux courants principaux qui ont pris position dans cette controverse. Pour l'un, le principe de subsidiarité serait une « *vision, un état d'esprit* » « *qui intervient comme un principe d'organisation politique globale assise sur un socle social et culturel* », tandis que l'autre postule que le propre du principe de subsidiarité serait d'organiser les règles de « *répartition des compétences* » au sein d'un réseau d'acteurs corrélés à l'intérieur d'une sphère organisationnelle de l'action publique.

de vulgarisation et d'enracinement du Renouveau démocratique au sein des masses populaires<sup>64</sup>, d'une collectivité territoriale<sup>65</sup> à l'autre. En effet, malgré l'instauration en 1990 d'un régime démocratique plus favorable aux libertés publiques, les populations des agglomérations rurales notamment, ne se sentaient nullement concernées par les affaires de leur collectivité. Ces affaires collectives ne représentaient pour elles, que des intérêts politiques méticuleusement défendus par des politiciens réputés fallacieux et finalement peu soucieux de leur sort ou de leurs conditions de vie de plus en plus dégradées par la pauvreté. Ainsi, la démocratie fut très tôt perçue par la majorité de la population comme un nouvel instrument de domination et d'accumulation des profits personnels sur le dos du peuple. Elle n'était donc que l'affaire politique juteuse des « élites politiques » préoccupées par leur propre manducation, et qui ne quittaient leurs appartements de luxe dans les villes pour descendre dans les contrées rurales que pour solliciter encore et toujours plus de suffrage universel, autant dire les « voix » du bas peuple non pas pour imprimer publiquement ses souhaits légitimes pour l'amélioration des conditions sociales de vie mais pour exprimer son soutien

politique. En revanche, depuis la mise en œuvre de la réforme de décentralisation<sup>66</sup>, une étape nouvelle du Renouveau démocratique est franchie au Bénin, en ce qui concerne l'articulation synergique entre les échelles du local et du national. Cette synergie, en valorisant l'action publique locale ou la gouvernance territoriale, dynamise en même temps la participation politique citoyenne. On constate, en effet, que les modes de gestion territoriale induits par la gouvernance, en atténuant le monopole public de l'Etat sur la maîtrise des intérêts collectifs, multiplient les occasions de participation de tous les membres de la communauté dans la gestion de leurs affaires collectives. C'est également le constat fait par Guy Hermet lorsqu'il écrit que : « *La gouvernance apparaît en premier lieu comme un « mode de conduite » des affaires publiques, dans lequel le pouvoir perd sa puissance symbolique et la sacralité qui en dérivait (« les affaires publiques » ne sont plus que des affaires collectives.* »<sup>67</sup>.

Le niveau local est devenu un terroir de revendication ouverte des identités territoriales voire politiques. Tout se passe comme si la localisation du Renouveau démocratique était le seul catalyseur attendu par les populations pour enfin se

<sup>64</sup> Comme le remarque si bien FAURÉ, Yves-A., « *La viabilité et l'avenir de la démocratisation pluraliste sont, entre autres choses, liés aux échos qu'elle suscitera dans la population. Il paraît difficile d'envisager la solidité de la formule démocratique sans référence à un minimum d'adhésion de la société civile. (...)* ». Cf. FAURÉ, Yves-A., « *Eléments d'analyse à propos de l'expérience récente de la Côte-d'Ivoire* », in BOURMAUD, Daniel, et QUANTIN, Patrick J., (dir.), *Les chemins de la démocratie*, KARTHALA, 1991, p. 41.

<sup>65</sup> Au sens du *Lexique de Science politique*, les Collectivités territoriales sont des : « *Personnes morales de droit public dont chacune dispose d'un territoire délimité et dont les compétences, fixées*

*par la loi, sont exercées librement par des Conseils élus.* » cf. NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 87.

<sup>66</sup> CEDAT, Centre de Droit Administratif et de l'Administration Territoriale, SALAMI, Ibrahim, David, (Dir.), *L'effectivité de la décentralisation au Bénin : actes du colloque international sur les dix ans de la décentralisation au Bénin : Cotonou, les 12 et 13 janvier 2015*. Les cahiers du CEDAT. Numéro spécial. Cotonou, CEDAT, 2015.

<sup>67</sup> HERMET, Guy, « *La gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du pluralisme limité* ». In HERMET, Guy et alii, (dir.), *La gouvernance : Un concept et ses applications*, Editions KARTHALA, 2005, p. 36.

sentir concernées par la défense de leurs intérêts collectifs faisant ainsi du modèle démocratique instauré, une « véritable » démocratie à la base. C'est dans cette optique qu'il faut entendre les affirmations, une fois de plus, de Guy Hermet considérant que :

« Le modèle de la démocratie « pluraliste-identitaire minoritaire » selon Marcel Gauchet cerne mieux l'un des domaines d'application de la gouvernance : celui qui concerne le passage d'une expression libérale individualiste de la citoyenneté et du sentiment national ou patriotique à la poussée « communautariste » d'identités collectives dépassant les individus mais démembrant les collectivités civiques. « L'important, pour les gouvernés, écrit Gauchet, est de se manifester, et l'important pour les gouvernants, est de manifester leur sollicitude à l'égard des particularités qui rappellent de la sorte leur existence et réclament leur prise en compte. » »<sup>68</sup>.

Dans ce nouveau contexte de spatialisation du Renouveau démocratique, les pouvoirs publics identifient à travers les unités locales du territoire national des laboratoires prometteurs pour la promotion et le développement de la démocratie participative<sup>69</sup>. Le socle de cette démocratie participative est la liberté telle qu'elle découle du Renouveau démocratique de 1990, et son cadre naturel est l'institution communale. C'est le sens

du témoignage que lui rend fort bien Alexis de Tocqueville lorsqu'il reconnaît justement que :

« La commune est la seule association qui soit si bien dans la nature, que partout où il y a des hommes réunis, il se forme de soi-même une commune. (...). C'est dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science ; elles la mettent à la portée du peuple ; elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté. »<sup>70</sup>.

Dans tous les cas, le démembrement des compétences territoriales entre le niveau national et les différents échelons du local, instaure entre eux, un principe d'égalité propice en tout point au développement économique des différentes entités territoriales. La décentralisation a certes favorisé l'émergence de la démocratie participative en renforçant pour ainsi dire la démocratie politique, mais sans pour autant juguler la gangrène de la corruption, un phénomène politique qui lui est consubstantiel.

### **B) Un régime substantiellement vecteur des pratiques corruptives**

Alexis de Tocqueville faisait déjà au XIXe siècle la remarque suivante sur les conséquences mêmes qu'on pouvait attendre de la nature des régimes démocratiques :

*conservent la faculté d'intervenir directement dans les décisions politiques.* » cf. ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 88.

<sup>70</sup> de TOCQUEVILLE, Alexis, *De la Démocratie en Amérique (I)*, Paris, GF Flammarion, 1981, pp. 122-123.

<sup>68</sup> HERMET, Guy, « La gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du pluralisme limité ». In HERMET Guy, et alii, (dir.), *La gouvernance : Un concept et ses applications*, Op. Cit., p. 41.

<sup>69</sup> Selon le *Lexique de Sociologie*, la démocratie participative est un : « système dans lequel les citoyens ne délèguent pas complètement leur pouvoir de décision à leurs représentants, mais

## RÉGIME DÉMOCRATIQUE, UN MOINDRE MAL FACE AUX RÉGIMES MONOPOLISTIQUES

« *L'aristocratie et la démocratie, se renvoient mutuellement le reproche de faciliter la corruption ; il faut distinguer, s'expliqua-t-il alors : Dans les gouvernements aristocratiques, les hommes qui arrivent aux affaires sont des gens riches qui ne désirent que du pouvoir. Dans les démocraties, les hommes d'Etat sont pauvres et ont leur fortune à faire. Il s'ensuit que, dans les Etats aristocratiques, les gouvernants sont peu accessibles à la corruption et n'ont qu'un goût modéré pour l'argent, tandis que le contraire arrive chez les peuples démocratiques.* »<sup>71</sup>.

Ainsi, même si la vertu<sup>72</sup> des régimes constitutionnels-pluralistes réside dans la protection des libertés et la limitation du pouvoir politique par des règles

constitutionnelles, il n'est donc pas rare que ces régimes versent plus souvent dans la corruption<sup>73</sup> comme l'avait si bien fait remarquer Raymond Aron, soit par excès d'oligarchie, soit par excès de démagogie. C'est ce qui arrive aussi tout comme l'affirme Platon, lorsque les gouvernants sont en quête d'applaudissements de la part des gouvernés et lorsque ceux-ci refusent d'obéir. En effet, pour Platon, reconnaît alors Aron :

« *La démocratie commence à se corrompre lorsque les gouvernés se conduisent comme des gouvernants et les gouvernants comme des gouvernés, lorsque les citoyens perdent l'habitude d'obéir et méconnaissent la discipline, lorsque les gouvernants*

<sup>71</sup> de TOCQUEVILLE, Alexis, *De la Démocratie en Amérique I*, Paris, GF Flammarion, Op. Cit., p. 312. En outre, pour de TOCQUEVILLE, Alexis : « *Il est facile de voir que la démocratie américaine se trompe souvent dans le choix des hommes auxquels elle confie le pouvoir ; mais il n'est pas aussi aisé de dire pourquoi l'Etat prospère en leurs mains. Remarquez d'abord que si, dans un Etat démocratique, les gouvernants sont moins honnêtes ou moins capables, les gouvernés sont plus éclairés et plus attentifs. Le peuple, dans les démocraties, occupé comme il l'est sans cesse de ses affaires, et jaloux de ses droits, empêche ses représentants de s'écarter d'une certaine ligne générale que son intérêt lui trace. Remarquez encore que si le magistrat démocratique use plus mal qu'un autre du pouvoir, il le possède, en général moins longtemps.* ». Idem, p. 327.

<sup>72</sup> Rappelons avec Montesquieu le sens de la vertu dans un régime politique à savoir le sentiment d'amour que tout citoyen voue à sa patrie : « *La vertu, disait-il donc, dans une république, est une chose très simple : C'est l'amour de la république ; c'est un sentiment, et non une suite de connaissances : le dernier homme de l'Etat peut avoir ce sentiment, comme le premier. Quand le peuple a une fois de bonnes maximes, il s'y tient plus longtemps, que ce qu'on appelle les honnêtes gens. Il est rare que la corruption commence par lui ; souvent il a tiré, de la médiocrité de ses lumières, un attachement plus fort pour ce qui est établi. L'amour de la patrie conduit à la bonté des mœurs ; et la bonté des mœurs mène à l'amour de la patrie (...). L'amour de la république, dans une démocratie, est celui de la démocratie ; l'amour de la démocratie est celui de l'égalité. L'amour de la démocratie est encore l'amour de la frugalité.*

*Chacun devant y avoir le même bonheur et les mêmes avantages, y doit goûter les mêmes plaisirs, et former les mêmes espérances ; chose qu'on ne peut attendre que de la frugalité générale. L'amour de l'égalité, dans une démocratie, borne l'ambition au seul désir, au seul bonheur de rendre à sa patrie de plus grands services que les autres citoyens. Ils ne peuvent pas lui rendre tous des services égaux : mais ils doivent tous également lui en rendre (...). L'amour de la frugalité borne le désir d'avoir l'attention que demande le nécessaire pour sa famille, et même le superflu pour sa patrie. Les richesses donnent une puissance dont un citoyen ne peut pas user pour lui ; car il ne serait pas égal. Elles procurent des délices dont il ne doit pas jouir non plus, parce qu'elles choqueraient l'égalité tout de même.* ». In de SECONDAT Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, Garnier Flammarion, Op. Cit., pp. 167-168.

<sup>73</sup> Dans la deuxième des trois classifications possibles des causes ou sortes de corruption qu'il dresse des régimes constitutionnels-pluralistes, ARON, Raymond, considérait notamment que : « *Les régimes constitutionnels-pluralistes peuvent se corrompre par excès d'oligarchie ou par excès de démagogie. Dans le premier cas, ils seraient corrompus parce qu'une minorité manipulerait les institutions et les empêcherait de réaliser leur idée, celle du gouvernement de citoyens. La deuxième sorte de corruption apparaîtrait au contraire lorsque l'oligarchie serait pour ainsi dire trop effacé, lorsque les différents groupes iraient jusqu'au bout de leurs revendications et lorsqu'il ne resterait plus d'autorité capable de sauvegarder l'intérêt général.* ». In ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 169.

## RÉGIME DÉMOCRATIQUE, UN MOINDRE MAL FACE AUX RÉGIMES MONOPOLISTIQUES

*paraissent en quête des applaudissements des gouvernés (...). Les citoyens revendiquent trop et les gouvernants ne décident pas assez. Or, les gouvernés doivent revendiquer mais accepter une décision prise par la majorité, les gouvernants doivent tenir compte des préférences des citoyens, mais non pas s'incliner devant n'importe quelle minorité bruyante.* »<sup>74</sup>.

De même, si dans son principe, la loi, expression de la volonté générale vise la protection du corps social de toutes sortes de vices humains et l'encouragement des comportements vertueux<sup>75</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle est tout aussi incapable qu'impropre à décréter l'honnêteté chez l'homme. C'est le témoignage que lui rendait déjà Jean-Jacques Rousseau lorsqu'il déclarait que :

*« Les lois qui parlent sans cesse de punir et jamais de récompenser sont plus propres à*

*contenir les scélérats qu'à former d'honnêtes gens ; tant que les lois s'arrêteront aux actions et qu'elles ne diront rien à la volonté, elles seront toujours mal observées, parce qu'avec quelque sagesse qu'elles soient conçues, la mauvaise intention donne toujours des lumières suffisantes pour apprendre à les éluder.* »<sup>76</sup>.

Tout en rappelant le mal qui gangrène les régimes constitutionnels-pluralistes, Raymond Aron qui n'entend pas faire une apologie du jeu corruptif des acteurs politiques et économiques dans l'espace public considère néanmoins ce phénomène social comme inévitable au point même de le présenter comme étant la :

*« (...) moins mauvaise solution à un problème donné ou la meilleure réponse à une conjoncture. »,* car disait-il encore : *« Il est dangereux de dire : ce régime est corrompu, donc il faut le détruire. La*

<sup>74</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 179.

<sup>75</sup> Sur la place de la vertu dans nos sociétés industrielles et démocratiques, ARON, Raymond, entend se démarquer de Montesquieu en s'interrogeant ainsi : *« Que doivent être les hommes des régimes constitutionnels-pluralistes ? Laissons de côté l'expression de vertu, employée par Montesquieu ; les sociétés dans lesquelles nous vivons ne peuvent pas être vertueuses au sens de Montesquieu. La vertu, selon ce dernier, comporte une volonté d'égalité et de frugalité contraire à l'essence des sociétés industrielles. Communistes ou démocratiques, nos sociétés ne sont pas vertueuses et ne peuvent pas être vertueuses en ce sens, pour la simple raison qu'elles ont pour fin de produire le plus possible et le mieux possible. Les hommes ne peuvent se donner pour valeur suprême la frugalité dans une économie qui s'efforce de créer l'abondance. »*. In ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 176. En effet, dans *L'esprit des lois*, Montesquieu tenait pour historiquement prouvée la thèse suivante : *« Il ne faut pas beaucoup de probité, pour qu'un gouvernement monarchique ou un gouvernement despotique se maintiennent ou se soutiennent. La force des lois dans l'un, le bras du prince toujours levé dans l'autre, règlent ou contiennent tout. Mais, dans un Etat populaire, il faut un ressort de plus, qui est la Vertu. Ce que je dis est confirmé par le corps entier de l'histoire, et est très conforme à la nature des choses. Car il est clair que, dans une*

*monarchie, où celui qui fait exécuter les lois se juge au-dessus des lois, on a besoin de moins de vertu que dans un gouvernement populaire, où celui qui fait exécuter les lois sent qu'il y est soumis lui-même, et qu'il en portera le poids. Il est clair encore que le monarque qui, par mauvais conseil ou par négligence, cesse de faire exécuter les lois, peut aisément réparer le mal ; il n'a qu'à changer de conseil, ou se corriger de cette négligence même. Mais lorsque, dans un gouvernement populaire, les lois ont cessé d'être exécutées, comme cela ne peut venir que de la corruption de la république, l'Etat est déjà perdu. »*. In de SECONDAT, Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, Garnier Flammarion, Op. Cit., p. 144. Pourtant, plus loin à la page 153, Montesquieu se voulait encore plus précis lorsqu'il nuance ainsi son propos sur la vertu, principe de la démocratie ; l'honneur, principe de la monarchie et la crainte, principe du gouvernement despotique : *« Tels sont, disait-il, les principes des trois gouvernements. Ce qui ne signifie pas que, dans une certaine république, on soit vertueux ; mais qu'on devrait l'être : Cela ne prouve pas non plus que, dans une certaine monarchie, on ait de l'honneur ; et que, dans un Etat despotique, on ait de la crainte : mais qu'il faudrait en avoir ; sans quoi le gouvernement sera imparfait. »*

<sup>76</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, Gallimard, 1964, Op. Cit., p. 317, texte établi, présenté et annoté par DERATHÉ, Robert.

*corruption peut être indépendante de la volonté des hommes, refléter une situation économique et sociale, ou encore une division profonde de l'opinion publique. En une telle conjoncture, on n'a d'autre choix qu'entre prolonger le régime corrompu ou donner à un homme, à un groupe d'hommes ou à un parti le droit discrétionnaire d'imposer sa volonté à tous. Parfois il vaut mieux donner le pouvoir absolu à un groupe plutôt que de rester dans l'anarchie paralysante des partis aux prises, mais, à terme, le pouvoir absolu peut coûter finalement plus cher que l'anarchie paralysante »<sup>77</sup>.*

Raymond Aron entend ainsi détacher la corruption de la volonté des hommes, en la présentant comme une réalité sociale incoercible, consubstantielle aux jeux politiques et qui s'impose parfois en raison de la conjoncture sociale ou des dissensions qui s'élèvent dans l'opinion publique. Les alliances et jeux d'acteurs peuvent amener acteurs publics et privés à transiger et donc faire des concessions parfois sur fond de corruption, de malversations et d'ententes souterraines. Raymond Aron le conçoit clairement ainsi qu'il suit en admettant que :

*« Ces actions sont souvent efficaces, dans tous les pays de régime constitutionnel-pluraliste. Tel producteur ou tel groupe de producteurs obtiendra telles subventions à l'exportation, telle protection douanière, que l'on peut critiquer au point de vue de l'intérêt général. Ainsi, les représentants d'intérêts privés arrivent à obtenir de l'administration ou des dirigeants politiques des concessions que des despotes éclairés ne leur accorderaient pas. Par rapport à l'optimum de la gestion*

*rationnelle, les régimes pluralistes-constitutionnels présentent à coup sûr un déficit.»<sup>78</sup>.*

La situation sociopolitique actuelle du Mali qui fut – jusqu'au renversement, le 22 mars 2012, du président Amadou Toumani Touré – une démocratie en devenir, dans un contexte géopolitique davantage complexifié par le spectre de la menace idéologique d'obédience islamiste peut, à juste titre, servir d'illustration à cette pensée de Raymond Aron. En effet, déçue par le pouvoir politique laminé par la corruption, la junte militaire avait cru bien faire de le déposer par le fer et le feu des armes avant d'en être désemparée à l'instar du reste du peuple malien. Cela dit, un régime corrompu mais constitutionnel-pluraliste est de loin préférable à un régime dictatorial, autocratique et totalitaire. On le voit bien, le régime de l'ancien président malien dont le mandat constitutionnel venait pratiquement à terme fut jugé trop décomposé, corrompu, laxiste et inefficace par la junte militaire qui, à deux mois de l'élection présidentielle démocratique, s'en est remise aux armes, en le déposant, à la faveur d'un coup d'état<sup>79</sup> qui est finalement le début d'une série de coups d'Etat militaire plongeant le pays dans une instabilité politique.

### **Conclusion**

On peut dire, pour terminer, que le champ de l'activité politique dans une démocratie pluraliste est un champ permanemment concurrentiel, conflictuel et ouvert. C'est donc, comme l'écrivait Jean Baudouin<sup>80</sup>, l'équivalent d'un marché où les partis

*pouvoir par l'armée ou par une autorité politique bénéficiant de son soutien » cf. NAY, Olivier, (Dir.), LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 125*

<sup>80</sup> BAUDOUIN, Jean, *Introduction à la science politique*, Paris, 11<sup>e</sup> Ed. DALLOZ, Op. Cit., p. 91

<sup>77</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., pp. 199-200.

<sup>78</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 141.

<sup>79</sup> Le coup d'état est ainsi défini dans le *Lexique de Science politique* comme : « prise illégale du

politiques<sup>81</sup> se comportent comme des entreprises animant une transaction politique à travers leurs programmes, leurs promesses, en contrepartie des votes, des soutiens politiques dans le but d'amasser des « *capitaux politiques* » comme « *des mandats électifs, des postes de responsabilité politique ou des emplois publics.* ». On peut aussi parler de ressources politiques à en croire Jean-Patrice Lacam qui cite ainsi Robert Dahl :

*« les ressources politiques comprennent donc l'argent, l'information, la distribution de nourriture, la menace de la force physique, les emplois, l'amitié, le rang social, le droit de légiférer, les votes et toute une variété d'autres phénomènes »*<sup>82</sup>.

En revanche, dans les régimes monopolistiques, autoritaires, la concurrence ou la compétition politique est, soit limitée lorsqu'elle est tolérée, soit de façade lorsqu'elle est truquée. Mais dans les régimes totalitaires, la compétition politique se joue strictement au sein du parti unique et autour de la fidélité, de la loyauté au Chef totalitaire au pouvoir paroxystique ou à l'Etat partisan, à son idéologie.

En toute hypothèse, les règles du jeu politique diffèrent d'un régime politique à l'autre. C'est que, les trahisons politiques, les défections par rapport à l'idéologie du système, n'ont pas la même portée selon que l'on est sujet ou acteur politique dans

un régime démocratique ou dans un régime totalitaire. Aussi, les traîtres, les infidèles politiques et leurs affidés, sont-ils passibles, par exemple, de peine de mort dans un régime fasciste ou communiste contrairement à la logique démocratique où ces dissidences passent pour un jeu normal de la compétition politique. Faut-il encore le rappeler avec Raymond Aron, l'une des caractéristiques majeures du phénomène totalitaire consiste dans l'étatisation des moyens de production économique et dans l'inféodation de toute activité professionnelle<sup>83</sup> à la vérité officielle de l'Etat c'est-à-dire à l'idéologie sacramentelle du parti unique :

*« Tout étant désormais activité d'Etat et toute activité étant soumise à l'idéologie, une faute commise dans une activité économique ou professionnelle est simultanément une faute idéologique. D'où, au point d'arrivée, une politisation, une transfiguration idéologique de toutes les fautes possibles des individus et, en conclusion, une terreur à la fois policière et idéologique. »*<sup>84</sup>.

Si dans les régimes constitutionnels-pluralistes la compétition politique et les jeux d'alliance des acteurs favorisent la décomposition sociale ou la corruption, dans les régimes monopolistiques, c'est justement l'absence de compétition pour la conquête du pouvoir politique qui favorise la dichotomie sociale sous forme de

<sup>81</sup> Pour BAUDOIN, Jean, « *les partis politiques constituent dans toutes les démocraties libérales le point de passage obligé de la compétition politique.* » In BAUDOIN, Jean, *Introduction à la science politique*, Paris, 11<sup>e</sup> Ed. DALLOZ, Op. Cit., p. 78.

<sup>82</sup> DAHL, Robert, *L'analyse politique contemporaine*, Paris, R. Laffont, 1973, cité par LACAM, Jean-Patrice, « *Le politicien investisseur. Un modèle d'interprétation de la gestion des ressources politiques* », in *Revue Française de Science Politique*, 38<sup>e</sup>, n° 1, 1988, p. 27.

<sup>83</sup> En témoigne le régime totalitaire et autoritaire du

dirigeant Nord-Coréen, KIM JONG-UN, qui aurait fait exécuter fin Aout 2024, une trentaine de responsables administratifs locaux à qui il a été reproché une faute politique et professionnelle sous prétexte de défaillance personnelle, ou selon TV Chosun « *d'incapacité présumée à empêcher des inondations et des glissements de terrains* » que le régime a qualifiée de « *corruption et de sérieux manquement au devoir* » suite à une inondation meurtrière de grande ampleur dans la province de Chagang en juillet 2024 et ayant occasionné quatre mille (4000) morts.

<sup>84</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 285.

terreur, d'oppression et d'embrigadement des libertés politiques, publiques et individuelles. La compétition politique peut également être truquée<sup>85</sup> comme dans le cas des régimes autoritaires, qu'il s'agisse des démocraties autoritaires ou encore des dictatures autoritaires.

Mais la corruption est-elle vraiment si indépendante de la volonté des hommes ? Cette thèse, loin de vouloir servir ou légitimer toutes sortes de tractations politiciennes à travers des subreptions et manigances en vue de corrompre fatalement, doit être comprise à sa juste valeur à savoir : mieux vaut un pandémonium<sup>86</sup> contestable dans les arènes politiques du pouvoir étatique constitutionnel-pluraliste qu'un pouvoir absolu et sanguinaire. Autant dire, un régime démocratique corrompu semble de loin préférable à un régime totalitaire rompu à l'oppression des libertés fondamentales, à l'embrigadement social tous azimuts, à l'absolutisme du pouvoir étatique ; un régime où le silence et la peur règnent en force comme lois de l'Etat et instruments de l'idéologie du pouvoir politique aux mains du parti unique. Cette caractéristique sociopolitique<sup>87</sup> commune à tous les régimes constitutionnels-pluralistes ou démocratiques, s'explique surtout par les rapprochements souterrains entre le monde des affaires économiques et la classe politique. Cette hybridation sociale dans l'espace du jeu politique entraîne naturellement une certaine

politisation<sup>88</sup> des affaires relevant normalement de la sphère privée avec pour contrepartie politique naturelle, la vénalité des charges publiques et du soutien politique apporté. Raymond Aron évoquait lui-même ce phénomène sociopolitique de l'influence des groupes d'intérêt économique sur le personnel politico-administratif en ces termes :

*« Ce dont on soupçonne les dirigeants des sociétés anonymes, ce n'est pas d'avoir du pouvoir dans leurs entreprises, ce qui est évident et légitime, mais d'exercer une action, le plus souvent clandestine, sur les fonctionnaires et sur les hommes politiques dans le sens de leurs intérêts propres. Personne ne doute que les chefs d'entreprise influent sur certaines décisions prises par les pouvoirs publics. Distinguons trois aspects ou trois moyens : l'action le plus souvent clandestine sur les fonctionnaires, l'action de propagande par les journaux professionnels ou la grande presse et enfin l'action directe, immédiate, sur les ministres. Il convient de distinguer l'action des dirigeants économiques sur le pouvoir politique en vue d'obtenir des mesures administratives ou des décisions législatives favorables à l'entreprise ou à la branche industrielle considérée, et celle qui tend à imposer aux gouvernants certaines décisions, relatives à la grande politique. »<sup>89</sup>.*

Ce commensalisme utilitariste des acteurs politiques et économiques a pour inconvénient majeur de nuire notamment à la politique comme, en témoigne, l'ampleur du discrédit social ainsi que le désintérêt de la population à l'égard de la

<sup>85</sup> Les régimes autoritaires « peuvent soit supprimer les élections, soit tolérer un pluralisme de façade en maintenant un système d'élection truquées ou en n'autorisant la compétition qu'entre des partis tolérés par le pouvoir. Tout ou partie des médias sont censurés. Les droits de l'homme ne sont pas respectés » cf. NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, Op. Cit., p. 35.

<sup>86</sup> Un désordre politique, une décomposition sociale à travers, par exemple, les pratiques corruptives de la classe politique.

<sup>87</sup> GAUCHET, Marcel, *La démocratie contre elle-même*, Mesnil-sur-l'Estrée, Gallimard, 2002

<sup>88</sup> LECLERCQ, Claude, *SOCIOLOGIE POLITIQUE*, Paris, 2<sup>e</sup> Edition ECONOMICA, 1998.

<sup>89</sup> ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Op. Cit., p. 140.

classe politique et des enjeux du pouvoir politique.

Pour Philippe Braud<sup>90</sup> qui s'inspire du *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau, chaque type de régime politique comporte sa forme corrompue en devenant une anarchie. Aussi, considère-t-il, par corruption, la démocratie se transforme en Ochlocratie, l'aristocratie en Oligarchie et la Royauté en Tyrannie. Le phénomène corruptif dans les régimes démocratiques n'est pas pour autant une fatalité. Il peut être contré efficacement par les règles de gouvernance et de bonne gouvernance qui les accompagnent, du sommet de l'Etat jusqu'aux échelons infra-étatiques dans la perspective d'une réforme effective de la décentralisation.

#### REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

ARON, Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Collection Folio/Essais, 1965, 372 p.

ALPE, Yves, BEITONE, Alain, DOLLO, Christine, LAMBERT, Jean-Renaud, PARAYRE, Sandrine, *LEXIQUE DE SOCIOLOGIE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2013, 467 p.

BAECQUE (de), Antoine, (*Dir.*), *Une histoire de la démocratie en Europe*, Paris, Collection La Mémoire du Monde, Le Monde Editions, 1991, 411 p.

BAUDOUIN, Jean, *Introduction à la science politique*, Paris, 11<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2017, 170 p.

BENTOUHAMI, Hourya, MIQUEU, Christophe, (*dir.*), *Conflits et démocratie. Quel nouvel espace public ?* Paris : L'Harmattan, Éditeur, 2010, Collection « Pouvoirs comparés », [en ligne, disponible dans la bibliothèque numérique des

Classiques des sciences sociales, (TREMBLAY, Jean -Marie) accès le 31 mai 2023],

BRAUD, Philippe, *Sociologie politique*, JOUVE, 13<sup>e</sup> Edition LGDJ Lextenso, 2018, 712 p.

CEAN, Centre d'Etude d'Afrique noire, *L'Afrique politique. Démocratisation : arrêts sur images*, Paris, Karthala, 1996, 304 p.

CEDAT, Centre de Droit Administratif et de l'Administration Territoriale, SALAMI, Ibrahim, David, (*Dir.*), *L'effectivité de la décentralisation au Bénin : actes du colloque international sur les dix ans de la décentralisation au Bénin : Cotonou, les 12 et 13 janvier 2015*. Les cahiers du CEDAT. Numéro spécial. Cotonou, CEDAT, 2015, 330 p.

Constitution du 04 octobre 1958 de la république française

DAHL, Robert, *L'analyse politique contemporaine*, Paris, R. Laffont, 1973, 260 p., cité par LACAM, Jean-Patrice, « *Le politicien investisseur. Un modèle d'interprétation de la gestion des ressources politiques* » pp. 23-47, in *Revue Française de Science Politique*, 38<sup>e</sup>, n° 1, 1988

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

DORMAGEN, Jean-Yves, MOUCHARD, Daniel, *Introduction à la sociologie politique*, Louvain-la-Neuve, 4<sup>e</sup> Edition De Boeck Supérieur, 2015, 271 p.

FAURÉ, Yves-A., « *Eléments d'analyse à propos de l'expérience récente de la Côte-d'Ivoire* », in BOURMAUD, Daniel, et QUANTIN, Patrick J., (*dir.*), *Les chemins de la démocratie*, KARTHALA, 1991, 187 p.

GAUCHET, Marcel, *La démocratie contre elle-même*, Mesnil-sur-l'Estrée, Gallimard, 2002, 420 p.

<sup>90</sup> BRAUD, Philippe, *Sociologie politique*, JOUVE,

13<sup>e</sup> Edition LGDJ Lextenso, Op. Cit., p. 242.

- HASSENTEUFEL, Patrick, « De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objet comparatifs en matières de politiques publiques », *Revue Française de sciences politique*, 55(1), 2005, pp. 113-132
- HERMET, Guy, « La gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du pluralisme limité ». In HERMET, Guy et alii, (dir.), *La gouvernance : Un concept et ses applications*, Editions KARTHALA, 2005, 228 p.
- HOBBS, Thomas (1651), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, traduction, introduction, notes et notices par MAIRET, Gérard, Gallimard, 2000, 1024 p.
- JOUVÉ, Bernard, « Réseaux et communautés de politique publique en action. », in LE GALÈS, Patrick, et THATCHER, Mark, (dir.), *Les réseaux de politique publique*, L'Harmattan, 1995, 272 p.
- LAVROFF, Dimitri, Georges, *Histoire des idées politiques depuis le XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 9<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2007, 192 p.
- LECLERCQ, Claude, *SOCIOLOGIE POLITIQUE*, Paris, 2<sup>e</sup> Edition ECONOMICA, 1998, 170 p.
- MAYER, Nonna, *Sociologie des comportements politiques*, ARMAND COLIN, 2010, 320 p.
- NACH MBACK, Charles, *Démocratisation et décentralisation : genèse et dynamiques comparées des processus de décentralisation en Afrique subsaharienne*, KARTHALA-PDM, 2003, 528 p.
- NAY, Olivier, (Dir.), *LEXIQUE DE SCIENCE POLITIQUE*, Paris, 4<sup>e</sup> Edition DALLOZ, 2017, 661 p.
- NAY, Olivier, *Histoire des idées politiques, La pensée politique occidentale de l'Antiquité à nos jours*, Paris, 2<sup>e</sup> Edition Armand Colin, 2016, 672 p.
- ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée, histoire de la souveraineté du peuple en France*, Collection Folio histoire, Gallimard, 2003, 592 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762), *Du Contrat social*, Gallimard, 1964, Collection Folio/Essais, texte établi, présenté et annoté par DERATHÉ, Robert, 542 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, précédé de la démocratie selon ROUSSEAU par SIMÉON, Jean-Pierre, ÉDITIONS du Seuil, 2006, 312 p.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1954, 462 p.
- SECONDAT, (de), Charles-Louis, Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Paris, GF Flammarion, 1979, 507 p.
- SECONDAT, (de), Charles-Louis, Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Texte intégral de l'édition originale, Amsterdam, 1734, Paris-Genève, Editions Slatkine, 1996, Collection Fleuron, 260 p.
- SPINOZA, Baruch, *Traité de l'autorité politique*, Editions Gallimard, 1994, Collection Folio/Essais, 272 p.
- TOCQUEVILLE, (de), Alexis, *De la Démocratie en Amérique II*, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, 414 p.
- TOURAINÉ, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, 308 p.

## L'EXPULSION DANS LE DROIT ADMINISTRATIF DES ÉTATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : LE CAS DU CAMEROUN, DE LA COTE D'IVOIRE ET DU SENEGAL

Par

**SANDIO KAMGA Armel Habib**

Docteur Ph. D. en droit public, Maître-assistant  
Université de Yaoundé II (Cameroun)

[sandioarmel@gmail.com](mailto:sandioarmel@gmail.com)

### **Résumé :**

*Le droit administratif des États d'Afrique noire francophone consacre l'expulsion parmi les divers moyens de domination dont dispose l'administration. Elle est une mesure qui se caractérise par la relativité dans ce sens qu'elle est un pouvoir justifié, mais un procédé limité. Dans le premier cas, elle est un pouvoir ayant pour but la réprobation de la violation des normes juridiques, mais aussi l'élimination des perturbations des activités publiques. Dans le second cas, elle est un procédé qui fait l'objet d'une limitation renforcée contre les abus et une limitation modérée par les droits des expulsés et des tiers.*

**Mots-clés :** expulsion – pouvoir - droits – ordre public – service public.

### **Abstract:**

*The administrative law of French-speaking black African states establishes expulsion among the various means of domination available to the administration. It is a measure which is characterised by relativity in the sense that it is a justified power but a limited process. In the first case, it is a power aimed to reprobate violations of legal norms and, on the other hand, a process of eliminating disruptions to public activities. In the second case, it is a process which is subject to a reinforced limitation against abuses and a moderated limitation by rights of expelledes and third parties.*

**Keywords:** expulsion – power - rights - public order - public service.

## Introduction

Choisir d'obéir ou d'être puni<sup>1</sup> ; mieux, choisir d'obéir ou d'être expulsé. Tel est le dilemme auquel les hommes sont confrontés dans toutes les sociétés. Cela est d'ailleurs vrai depuis l'origine de l'humanité où l'expulsion s'est imposée, au regard des livres saints<sup>2</sup>, comme une réaction à la désobéissance. Alors, l'homme doit se conformer à l'ordre établi afin d'échapper au châtement de l'autorité. C'est dire qu'il y a des dangers à désobéir ou à ne pas être en règle. Dans ce sens, Jean Jacques Rousseau a pu dire que : « *quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps* »<sup>3</sup>. Il faut donc obéir sans discussion préalable<sup>4</sup> puisque désobéir constitue un risque pour le droit<sup>5</sup> et un risque pour soi, car l'autorité peut prendre des mesures telles que l'expulsion en vue de neutraliser la personne à l'origine d'un désordre.

Dans les sociétés politiques, l'expulsion a été exercée par les princes<sup>6</sup> et

les rois en vertu de la conception théocratique qui postule que tout pouvoir de Dieu et les hommes l'exercent en son nom. S'il a le pouvoir d'expulser, ils estimaient l'avoir également, car se considérant comme ses représentants sur terre. En mettant en œuvre ce pouvoir, les princes ont conforté une domination conforme à un ordre théologique<sup>7</sup>. C'est dans cette mouvance que la doctrine du droit divin sera développée dans le but de fonder une souveraineté sans partage<sup>8</sup>. En vertu de cela, l'État, à travers son administration, va exercer sur les hommes des droits de domination au moyen des prérogatives de puissance publique<sup>9</sup>.

L'expulsion, expression de la puissance publique, est au cœur des rapports entre l'autorité et la liberté<sup>10</sup>. Elle révèle la dynamique d'établissement et de déplacement des biens et des personnes. Elle est confrontée aux libertés d'aller et venir, d'établissement, de commerce et d'industrie, etc. Enfin, elle est le reflet du

<sup>1</sup> La formule est la reprise de celle de Maurice Hauriou qui estimait qu'il faut « *choisir d'obéir ou d'être pendu* ». Lire HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, Paris, recueil Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1916, p. 20.

<sup>2</sup> L'expulsion est une prérogative divine qui fut exercée contre Satan ou *Iblis* (Genèse, chapitre 3, verset 1-14. Le Coran, *sourate al-Hijr*, verset 36-40) et les premiers humains (Genèse, chapitre 3, verset 22-24. Le Coran, chapitre 2, verset 36, *sourate Ta-Ha*, verset 116-124) à la suite de la désobéissance.

<sup>3</sup> ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social ou principes de droit politique*, Livre I, Chapitre VII, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762, texte numérisé par Jean-Marie Tremblay, 2001, p. 15. HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, librairie Bloud et Gay, 1933, p. 81.

<sup>4</sup> HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>5</sup> JEANNENEY (Julien), « Désobéir », *Droit et littérature*, vol.3, 2019, p. 101.

<sup>6</sup> Elle a même été appliquée contre eux, notamment en France. Voir l'arrêt d'expulsion pris contre lui le 10 octobre 1872 et exécuté par la force. Cour d'appel de Paris, 29 janvier 1876, Sirey, 1876, II, p. 297.

<sup>7</sup> BIGOT (Grégoire), « La dictature administrative au XIX siècle : théorie historique du droit administratif », *RFDA*, mai-juin, 2003, p. 435.

<sup>8</sup> BIGOT (Grégoire), « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in Études réunies par MELLERAY (Fabrice), *L'exorbitance du droit administratif en question ?* Paris, LGDJ, 2004, p. 27.

<sup>9</sup> HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 3 ; DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. xiii ; NZOUANKEU (Jacques Mariel), « Remarques sur quelques particularités du droit administratif sénégalais », *RIPAS*, n° 9, p. 3. KEBE (Abdou Aziz Daba), « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Afrilex*, mai 2015, p.1.

<sup>10</sup> Lire KAMTO (Maurice), « L'énoncé des droits dans les constitutions des États africains francophones », *R.J.A.*, n°2/3, 1995, pp. 07-24. DEGUI-SEGUI (René), *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone, théories et réalités*, Abidjan, CEDA, 2<sup>e</sup> éd., 2001, 343p. : SY (Mouhamadou Mounirou), *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique, l'exemple du Sénégal*, l'Harmattan, 2007, 562p. MAKOUGOUM (Agnès), *Ordre public et libertés publiques en droit public camerounais. Contribution à l'étude de la construction de l'État de droit au Cameroun depuis 1990*, Thèse de Doctorat Ph.d., Université de Yaoundé II, 2013-2014, 721 p.

pouvoir de surveillance de l'exercice des droits et libertés que détient l'administration qui peut intervenir pour le limiter.

L'expulsion est une prérogative reconnue en droit privé<sup>11</sup> et en droit international<sup>12</sup>. Elle n'est pas inconnue en droit administratif dans la mesure où elle s'exerce dans le cadre

de la police des réfugiés et des étrangers<sup>13</sup> et de la police du domaine<sup>14</sup> pris en compte dans l'analyse<sup>15</sup>. Ce droit administratif dans la plupart des États d'Afrique noire francophone, largement inspiré du modèle français<sup>16</sup>, accorde une place importante aux prérogatives de puissance publique. C'est

<sup>11</sup> En droit privé, voir en Côte d'Ivoire les articles 1743 à 1752 du Code des biens et des obligations ; au Cameroun, les articles 550, 555 et 1743 à 1759 du Code civil ; au Sénégal, les articles 550 et 555 du Code civil.

<sup>12</sup> DUCROQUETZ (Anne-Lise), *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, thèse de doctorat, Université du Droit et de la Santé-Lille II, 2007, 565p. ; KAMTO (Maurice), *L'expulsion des étrangers*, Sixième rapport, Document A/CN.4/625 et Add.1 et 2, 2010, 275 p.

<sup>13</sup> Les cas récents d'expulsion peuvent être relevés, notamment d'une influenceuse algérienne Sofia Benlemmane pendant la coupe d'Afrique des Nations 2023 qui s'est tenue en Côte d'Ivoire : <https://www.lemonde.fr/afrique/> 20 janvier 2024. L'expulsion de l'opposante Nathalie Yamb de Côte d'Ivoire en décembre 2019 : Le Monde avec AFP, « L'opposante Nathalie Yamb expulsée de Côte d'Ivoire », 3 décembre 2019. <https://www.lemonde.fr/afrique> consulté le 21 mars 2024 ; Agence de presse internationale catholique, « Côte d'Ivoire : Expulsion massive de travailleurs migrants du Burkina Faso », 22 nov. 1999, disponible sur <https://www.cath.ch/news/cote-d-ivoire-expulsion-massive-detraitailleurs-migrants-du-burkina-faso/>, 18 décembre 2024. Voir l'arrêté du n°16235/MINT-SP/DGPN/DPETV/DPE du 5 septembre 2017 prononçant l'expulsion du ressortissant franco-béninois Stelio Gilles Robert Capo, dit Kemi Seba du Sénégal. Au Cameroun, l'arrêté préfectoral n°00001436/AP/JO6/SP du 16 juillet 2024 portant interdiction de séjour temporaire dans le département du Mfoundi. ADOYI (Ibouraïm), « Le cadre juridique de l'expulsion des étrangers dans les États d'Afrique subsaharienne francophone », *Afrilex*, décembre 2024, pp.1-33.

<sup>14</sup> Elle intéresse l'occupation des dépendances des domaines publics et privés des personnes publiques, de l'expropriation, de l'occupation des domiciles de fonctions ou des bureaux des services publics et enfin l'emprise irrégulière des personnes publiques. OWONA (Joseph), *Domanialité publique et expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, Paris, 2012, 175 p. MPESSA (Aloys), *Essai sur la notion et le régime juridique des biens domaniaux au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 1998, 653 p.

<sup>15</sup> Certaines situations pouvant être à l'origine de l'expulsion ne sont pas prises en compte dans l'étude. D'une part, le risque d'expulsion d'une salle de cours, d'examen ou de concours et de l'enceinte d'un campus, d'une université publique ou d'une école nationale pèse aussi sur les candidats et étudiants. La situation se présente lorsqu'ils ne se sont pas acquittés du paiement total ou partiel des droits dus ou des frais de concours. L'expulsion est aussi possible en matière de violation de la réglementation sur les examens et concours en ce qui concerne la fraude. Tout candidat surpris en flagrant délit de fraude est immédiatement expulsé de la salle d'examen. Au Cameroun, article 163 du Code pénal du 12 juillet 2016 ; Cameroun, article 40 alinéa 1 du décret n° 2000/696/PM du 13 septembre 2000 fixant le régime général des concours administratifs. Au Sénégal, Code pénal du 21 juillet 1965 modifié le 8 novembre 2016. Côte d'Ivoire, article 299 du Code pénal de 2019, modifié le 21 décembre 2021. D'autre part, l'expulsion est prononcée dans le cadre des réquisitions : Cameroun, voir la loi n°68/LF/4 du 11 juin 1968 portant régime des réquisitions et le décret n° 68-DF-361 du 4 septembre 1968 fixant certaines modalités d'application de la loi n°68-LF-4 du 11 juin 1968. Sénégal, article 8 de la loi n°1969/30 du 29 avril 1969 relative aux réquisitions de personnes, de biens et de services.

<sup>16</sup> Lire FALL (Alioune Badara), *La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique au Sénégal : Essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique noire francophone*, Thèse de Doctorat, Bordeaux I, 1994, 873 p. ; ONDOA (Magloire), « Le droit administratif français en Afrique francophone: contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJPIC*, n°3, 2002, p. 287 ; DOSSO (Karim), *L'influence du droit administratif français sur le droit administratif ivoirien*, Thèse de doctorat, Université de Cocody, Abidjan, 2006. YÉDOH (Sébastien Lath), « Les caractères du droit administratif des États africains de succession française, vers un droit administratif africain francophone? », *RDP*, n° 5, 2011, p. 1255. BIPOUN-WOUM (J-M.), « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *RJPIC*, n°3, 1972, pp.360-388

d'ailleurs ce qui explique que dans ces États, l'esprit des administrés soit encore pénétré par la crainte à l'égard de l'administration. Malgré l'expansion des valeurs libérales, l'administration a encore du mal à s'en imprégner<sup>17</sup>. Il est donc normal que l'administré peine encore à la voir comme une institution à son service. Pour lui, un contrôle de celle-ci serait un leurre<sup>18</sup>. Du coup, l'administré en Afrique a toujours l'impression de lutter en vain contre plus fort que lui. L'idéologie de la construction nationale<sup>19</sup> y est pour beaucoup. Elle portait en elle une connotation aux tendances pernicieuses et hostiles à l'émancipation des administrés<sup>20</sup>. Elle était la justification de l'autoritarisme<sup>21</sup>. À partir de cette idéologie, les autorités de l'État s'approprièrent un

ensemble de prérogatives en vue d'amorcer le développement national. L'État était considéré comme « *l'artisan exclusif du destin national* »<sup>22</sup>. Sur ce fondement, tout ce qui se disait et se faisait l'était au nom du progrès<sup>23</sup>. Elle exigeait alors un « *consensus général autour du pouvoir* »<sup>24</sup> qui s'hypertrophiait. Cet objectif suprême de l'action des pouvoirs publics africains eut d'importantes conséquences sur le droit<sup>25</sup>. Le droit administratif sera le miroir de la domination, la défense des libertés était reléguée au dernier plan<sup>26</sup>. La philosophie administrative des États se ramenait donc à la logique d'une dynamique inexorable, consistant en un déséquilibre, au profit de la puissance publique<sup>27</sup>. Le vent de libertés des

<sup>17</sup> ATÉBA EYONG (Aimé-Raphaël), « L'évolution du fondement idéologique du droit administratif camerounais », in Magloire ONDOA et Patrick E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 271 ; ATANGANA AMOUGOU (Jean-Louis), *L'État et les libertés publiques au Cameroun : essai sur l'évolution des libertés publiques en droit camerounais*, thèse pour le Doctorat en droit public, Université Jean Moulin Lyon III, 1999 ; METOU (Brusile-Miranda), « Vingt ans de contentieux des libertés publiques au Cameroun », *RASJ*, Vol. 8, n° 1, 2011, p. 27.

<sup>18</sup> DIOP (Mamadou), *Le contrôle de l'administration*, thèse de doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1972, 647 p. ; BOCKEL (Alain), « Réflexion sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement de l'Afrique de l'Ouest », *Penant*, 1980, pp. 1-33 ; BLEOU (Djézou Martin), « Le contrôle des faits et du droit par le juge de l'excès de pouvoir en Côte d'Ivoire », *RID*, 1981, n° 3-4, p. 53.

<sup>19</sup> L'idéologie de la construction nationale vise à façonner une conscience collective nouvelle marquée par le désir de vivre en commun et la volonté de combler son aspiration au bien-être matériel. Lire KAMTO (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 325.

<sup>20</sup> PEKASSA NDAM (Gérard Martin), « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun », in Magloire ONDOA et Patrick E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 164.

<sup>21</sup> ATEMENGUE (Jean de Noël), *La police administrative au Cameroun*, thèse de doctorat, Université de Jean Moulin-Lyon III, 1995, p. 58.

<sup>22</sup> KONTCHOU KOUOMEGNI (Augustin), « Le droit public camerounais, instrument de construction de l'unité nationale », *RJPIC*, n°4, 1979, p. 417.

<sup>23</sup> KOUASSIGAN (Guy), *Quelle est ma loi ?*, Paris, Pédone, Coll. du CREDILA, 1974, p. 178.

<sup>24</sup> MASQUET (Bernard), « Côte d'Ivoire: pouvoir présidentiel, palabre et démocratie », *Afr. cont.* n°114, mars-avril 1981, p. 22.

<sup>25</sup> ONDOA (Magloire), *Le droit de la responsabilité publique dans les États en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, Thèse de doctorat d'État, Université de Yaoundé II, 1997, p. 70 ; OWONA (Joseph), « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *RCD*, n°6, juillet-décembre 1974, p. 116 ;

<sup>26</sup> KEBA MBAYE, « Le développement et les droits de l'Homme », *RSD*, n° 22, spécial, 1978, p. 32 ; SY (Demba), « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA*, n° 67, 2005, p. 39 ; lire DEGNI-SEGUI (René), *Droit administratif général, l'action administrative*, Abidjan, NEI-CEDA, 2012, t. 2, p. 309. ; MESCHERIAKOFF (Alain Serge), *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica, 1982, 247p. ; SY (Demba), *Droit administratif*, Dakar, UCAD-CREDILA, 3<sup>e</sup> éd., 2021, 720p. ; NLEP (Roger Gabriel), *L'administration publique camerounaise : contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, LGDJ, 1986, 406p.

<sup>27</sup> NLEP (Roger Gabriel), *L'administration publique camerounaise : contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, op. cit., p. 376.

années 1990<sup>28</sup> ne va que très peu déstructurer cette logique, car à bien des égards, il y a une rémanence des pratiques autoritaires<sup>29</sup> dans presque tous les secteurs de la vie publique en Afrique. La mutation du droit administratif n'a pas pu être totale<sup>30</sup>. Le fondement idéologique de départ est encore présent, quoique sous-jacent<sup>31</sup>. Jusqu'à présent, l'administration est dotée d'une puissance de contrainte qu'elle peut mettre directement en mouvement pour assurer la réalisation de ses manifestations<sup>32</sup>. Elle dispose des moyens qui, en vue de mener à bien ses missions, lui permettent d'outrepasser la résistance des intérêts privés<sup>33</sup>. On a même pu penser que : « *le droit administratif sans puissance publique*

*ne serait tout simplement pas du droit administratif* »<sup>34</sup>. L'expulsion est ainsi, l'expression de la suprématie administrative, un privilège<sup>35</sup>. Cela se traduit par le pouvoir de prescription juridique et celui de l'usage de la force matérielle<sup>36</sup>.

Le terme expulsion vient du latin *expulsio* et d'*expellere* qui signifie « chasser », « repousser », « bannir »<sup>37</sup>. Il renvoie à « *l'action de faire sortir une personne, en vertu d'une décision exécutoire et au besoin par la force, d'un lieu où elle se trouve sans droit* »<sup>38</sup>. En d'autres termes, c'est la « *mesure obligeant une personne à libérer un lieu qu'elle occupe sans droit* »<sup>39</sup>. Cette conception semble un peu limitée puisque

<sup>28</sup> KAMTO (Maurice), « L'énoncé des droits dans les constitutions des États africains francophones », *R.J.A.*, 1991, n° 2 et 3, p. 15 ; DONFACK SOCKENG (Léopold), « Les incertitudes de la notion de libertés publiques », *Annales de la FSJP de l'Université de DSCHANG*, Tome 1, volume 2, PUA, 1997, pp. 23-38.

<sup>29</sup> ATÉBA EYONG (Aimé-Raphaël), *Le juge administratif et la création du droit : essai sur l'élaboration jurisprudentielle du droit administratif camerounais*, Thèse de Doctorat/Ph.D, Université de Yaoundé II, 2014, pp. 253-254.

<sup>30</sup> KEUTCHA TCHAPNGA (Célestin), « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », *Juridis périodique*, n°41, janv-mars 2000, pp. 758. MOUDOU DOU (Placide), « Les tendances du droit administratif dans les États d'Afrique Francophone », *R.J.P.*, n°1, 2010, pp. 43-98.

<sup>31</sup> ONDOA (Magloire), « Ajustement structurel et réforme du fondement théorique des droits africains postcoloniaux : l'exemple du Cameroun », in *R.A.S.J.*, Vol. 2, n° 1, 2001, pp.75-117. 11. ONDOA (Magloire), « Le droit public des États africains sous ajustement structurel : le cas du Cameroun », in BEKOLO EBE Bruno, TOUNA MAMA, FOU DA Séraphin Magloire (sous/dir.), *Mondialisation, exclusion et développement africain: stratégies des acteurs privés*, Mélanges offerts au Professeur Georges NGANGO, Paris, Maison Neuve et Larose, 2003, p. 375

<sup>32</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel, La Théorie générale de l'État, Première partie. Éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris, ancienne librairie Fontemoing et Cie éditeurs, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1928, p. 46.

<sup>33</sup> SEILLER (Bertrand), « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », in Études réunies par MELLERAY (Fabrice), *L'exorbitance du droit administratif en question ?*, Paris, LGDJ, 2004, p. 109.

<sup>34</sup> TRUCHET (Didier), « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in Mélanges en l'honneur de LACHAUME (Jean-François), *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1051. CHEVALLIER (Jacques), « Changement politique et droit administratif », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 319. HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 4<sup>e</sup> éd., 1900, p. 228 ; MELLERAY (Fabrice), « L'exorbitance du droit administratif en question ? », *AJDA*, novembre 2003, p. 1962. CHEVALLIER (Jacques), « Changement politique et droit administratif », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 319.

<sup>35</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilèges ? », *Revue Pouvoirs*, n°46, 1988, p. 57. AUBY (Jean-Bernard), « À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in Études réunies par MELLERAY (Fabrice), *L'exorbitance du droit administratif en question ?*, Paris, LGDJ, 2004, p. 16.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>37</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12<sup>e</sup> éd., 2018, p. 926.

<sup>38</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 926.

<sup>39</sup> CABRILLAC (Remy) (sous la dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 182.

l'expulsion est aussi prononcée à l'égard des personnes qui se trouvent sur un lieu conformément au droit, mais qui ont des agissements contraires à l'ordre établi. Ainsi, l'expulsion est le fait de « chasser quelqu'un d'un lieu où il est établi »<sup>40</sup>. Elle est une mesure enjoignant une personne de quitter un lieu, mais également l'opération matérielle accompagnant cet ordre. En droit administratif, elle est la mesure par laquelle l'administration ou le juge somme un administré, citoyen ou non, et même une administration publique, de quitter, sans délai ou à bref délai, une dépendance domaniale, un logement, un service public ou le territoire de l'État. Elle est pratiquée par, pour et parfois contre une personne publique. Elle se confond souvent avec des concepts voisins tels que le refoulement, la reconduite, l'extradition, le déguerpissement, l'expropriation, et l'exclusion.

Le refoulement est la « mesure par laquelle un État interdit le franchissement de sa frontière à un étranger qui sollicite l'accès à son territoire »<sup>41</sup>. Contrairement à l'expulsion, il s'assimile alors à la non-

admission à l'entrée du territoire. La reconduite a une similarité avec l'expulsion dans ce sens qu'elle peut être prononcée en cas de menace à l'ordre public. Mais, il existe une différence puisqu'elle est prise par l'autorité préfectorale, contrairement à l'expulsion, à l'encontre de l'étranger qui est entré irrégulièrement ou qui n'a pas quitté le territoire à l'expiration du délai de séjour qui lui a été accordé<sup>42</sup>. Par contre, l'extradition est une mesure de coopération internationale visant à éviter qu'une personne poursuivie ou condamnée par les autorités judiciaires d'un État ne puisse échapper aux poursuites ou à l'exécution de la peine parce qu'elle se trouve sur le territoire d'un autre État<sup>43</sup>.

Le déguerpissement quant à lui est la mise à l'écart d'un lieu, par l'usage de la force publique, de toute personne qui occupe une dépendance sans avoir un titre de propriété ou qui a bâti sa demeure dans un endroit inconstructible<sup>44</sup>. En dehors de la finalité d'utilité publique qui le rapproche de l'expulsion, la différence tient au fait que c'est le droit de propriété qui fait défaut dans le déguerpissement alors que dans

<sup>40</sup> DOUENCE (Maylis), « L'expulsion des occupants sans titre du domaine public », *DA*, chron. 4, 2004, p. 8.

<sup>41</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1822.

<sup>42</sup> Elle s'applique également l'étranger à qui la carte de séjour ou de résident a été refusée ou n'a pas été renouvelée ou qui ne s'est pas acquitté de la garantie de rapatriement dans le délai qui lui a été imparti. Cameroun, article 34 de la loi n° 97/012 du 10 janvier 1997 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun; article 8 alinéa 2 de la loi n°2005/006 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun. En droit camerounais, l'expulsion des étrangers est prononcée par le Premier ministre tandis que la reconduction l'est par le préfet territorialement compétent.

<sup>43</sup> BONICHOT (Jean-Claude), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *RIDC*, vol. 38, n°2, avril-juin, 1986, p. 689.

<sup>44</sup> Il ne donne pas droit en principe à l'indemnisation. Lorsqu'il concerne le domaine national, il intervient à la suite d'une incorporation d'une dépendance au patrimoine d'une personne publique ou d'un

concessionnaire de services publics en vue de mettre à l'écart les populations qui l'occupaient. Il donne droit dans ce cas à l'indemnisation avant ou après, selon l'urgence. Tel n'est pas le cas avec l'expulsion sur le domaine public ou le domaine privé des personnes publiques qui ne donne droit à des indemnités que dans le cas du retrait anticipé de l'autorisation. Cameroun, jugement n° 7 bis CS/CA/77-78 du 27 avril 1978, *Kouang Guillaume contre État du Cameroun*. Voir la loi n°80-22 du 14 juillet 1980 portant répression des atteintes à la propriété foncière et domaniale, le décret n°79/194 du 19 mai 1979 fixant les règles relatives à la création des lotissements; les articles 23 et 24 du décret n°76/166 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine national. Côte d'Ivoire, CS/CA, 6 décembre 2007, *CDCI contre ministère de la construction et de l'urbanisme*, ordonnance n°6 inédite. Voir ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *Le régime juridique des déguerpissements au Cameroun*, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II- Soa, 2006, 117p.; NYAMA (Jean-Marie), *Régime foncier et domaniale publique au Cameroun*, Yaoundé, Presse de l'UCAC, 2001, 484 p.

l'expulsion, c'est le titre d'occupation qui est absent. S'agissant de l'expropriation, elle est l'opération administrative par laquelle l'administration contraint un particulier à lui céder la propriété de son immeuble dont elle a besoin pour la réalisation d'un objet d'intérêt général<sup>45</sup>. Elle est un transfert de propriété. Tel n'est pas le cas de l'expulsion qui peut d'ailleurs s'appliquer à l'exproprié qui se maintient sur les lieux. Enfin, l'exclusion est sanction prononcée contre l'adhérent d'un groupement qui a commis une faute grave. Elle met fin à la relation juridique alors que l'expulsion peut être prise à l'encontre d'une personne qui n'a aucune relation juridique avec l'entité qui expulse.

L'expulsion présente des particularités en droit administratif considéré comme « *le droit applicable à l'administration et exorbitant du droit commun* »<sup>46</sup>. Il est constitué d'« *un corps de règles globalement autonomes, répudiant en bloc le droit privé* »<sup>47</sup>. Cette conception n'est pas éloignée de celle retenue par le Cameroun, la Côte d'Ivoire et Sénégal. L'intérêt porté au droit administratif de ces États<sup>48</sup> tient au fait qu'ils ont en commun la tradition juridique française ainsi que la langue. L'étude permet de cerner les convergences et les différences de régimes juridiques de l'expulsion. Ainsi, il est convenable de se

demander : *qu'est-ce qui caractérise l'expulsion dans le droit administratif du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal ?* La question revêt un double intérêt.

D'une part, l'étude est une ouverture sur l'étendue des pouvoirs ou prérogatives de l'administration. Les différents domaines retenus, qui présentent d'ailleurs des convergences substantielles et théoriques importantes, ne servent que de repères dans le but de proposer une théorie de l'expulsion en analysant son objet, son objectif et son encadrement dans le droit administratif des États africains. Par ailleurs, il convient de ne pas occulter le fait que l'expulsion est une mesure qui met en rapport la puissance publique et les droits des administrés. De ce fait, l'étude est liée à la problématique de l'État de droit. En effet, l'État de droit est une affirmation quotidienne du règne du droit dans l'action administrative<sup>49</sup>. L'étude permet de voir si la puissance publique garde sa teneur et sa grandeur quand cette mesure est prise. Il s'agit d'apprécier le niveau d'arrimage des États africains aux standards et principes démocratiques les plus élémentaires<sup>50</sup>. Il est possible de vérifier si le droit administratif, au Cameroun, en Côte d'Ivoire et au Sénégal, est demeuré autoritaire et indifférent à la tendance libérale ou s'il s'est finalement adapté aux données du monde contemporain

<sup>45</sup> Cameroun, arrêt n° CFJ/CAY, 8 juin 1971, *Fouda Mballa contre État du Cameroun*. L'expropriation est régie par la loi n° 85-09 du 4 juillet 1985 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et par le décret d'application n° 87/1872 du 16 décembre 1987. Au Sénégal, voir la loi n°76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations d'utilité publique modifiée par la loi n°85-02 du 3 janvier 1985. En Côte d'Ivoire, voir les articles 238 à 271 de la loi n°2020-624 du 14 août 2020 instituant Code de l'urbanisme et du domaine foncier urbain.

<sup>46</sup> DEMICHEL (André), *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, op. cit., p. 9.

<sup>47</sup> VEDEL (Georges), *Droit administratif*, Paris, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 1973, p. 57; « Le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique » : VEDEL (Georges), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, 1954, n°8, pp. 4546.

<sup>48</sup> DEGNI SEGUI (R), *Droit administratif général*, Abidjan, CRES, 1990, p. 32. BERNARD (M), « Existe-t-il un droit administratif ivoirien? », *RID*, n° 4, 1970, p. 13.

<sup>49</sup> DONFACK SOKENG (Léopold), « L'État de droit en Afrique », *La Revue du CERDIF*, vol. I, n°2, juillet-décembre 2002, p. 107; DIAGNE (Madjiguène), « Le Conseil d'État sénégalais et la construction de l'État de droit », *Revue administrative*, n°6, 1999, p. 81.

<sup>50</sup> BADARA FALL (Alioune), « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics: pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les Défis des Droits fondamentaux*, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie tenus à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999, Aupelf-Uref, éd. Bruylant/AUF, 2000, pp. 309-346.

caractérisées par un rééquilibrage de la relation administrative<sup>51</sup>.

D'autre part, l'expulsion est un véritable enjeu diplomatique, sécuritaire et économique. Les deux premiers enjeux sont plus perceptibles dans l'expulsion des étrangers et réfugiés. Sur le plan diplomatique, l'expulsion est au cœur des politiques d'immigration. Elle matérialise la réalité des rapports de force politique entre les États au niveau mondial<sup>52</sup>. Elle est également révélatrice des tensions internationales entre les États. L'expulsion des diplomates est une arme généralement utilisée afin de marquer le désaccord avec la politique étrangère de leurs États d'origine<sup>53</sup>. Sur le plan sécuritaire, elle est un moyen de riposte contre la montée en puissance de l'insécurité transnationale. L'aspect sécuritaire n'est pas absent de la police du domaine puisqu'à bien des égards, elle est mise en œuvre lorsqu'un occupant viole les normes sécuritaires d'occupation des dépendances. Enfin, l'expulsion est un enjeu économique compte tenu de la mobilisation possible des ressources financières et économiques par les étrangers et réfugiés dans un État donné. Elle l'est

également dans l'occupation des dépendances domaniales qui font l'objet de valorisation économique<sup>54</sup> et surtout qui donne lieu aux constructions en volume<sup>55</sup>.

L'appréhension de l'expulsion dans le droit administratif des États d'Afrique noire francophone se fait à partir la méthode juridique<sup>56</sup> constituée de la dogmatique et de la casuistique. Le premier volet tient au fait qu'en Afrique, le droit administratif est essentiellement un droit légiféré. Le second volet est lié à l'importante activité du juge administratif et même du juge judiciaire en matière de contentieux administratif. Par ailleurs, la méthode comparative<sup>57</sup> est utilisée eu égard aux nombres d'États retenus.

Ainsi, il convient d'indiquer qu'au regard des textes et de la jurisprudence, *l'expulsion se caractérise par la relativité*. Si elle est un pouvoir au service du respect du droit et des institutions, la situation de l'administré est néanmoins prise en compte. L'expulsion est alors la traduction de la puissance du maître des lieux, mais une puissance conditionnée<sup>58</sup>, réglée ou encadrée par le droit<sup>59</sup>. À partir de ce constat, il est possible de souligner que

<sup>51</sup> CHEVALLIER (Jacques), « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n°5/6, 1998, p. 1803. AUBY (Jean-Bernard), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 925 ; TRUCHET (Didier), « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1043.

<sup>52</sup> DE GENOVA (Nicholas), LECADET (Clara), WALTERS (William), « Expulsion, pouvoir, mobilisation », *Vacarme*, vol. 2, n° 83, 2018, p. 15. LOCHAK (Danièle) et JULIEN-LAFERRIERE (François), « Les expulsions entre la politique et le droit », *Archives de politique criminelle*, n° 12, 1990, p. 66.

<sup>53</sup> On peut relever dans certains États, l'expulsion en de l'ambassadeur de France au Mali en janvier 2022, l'expulsion des diplomates français au Burkina Faso le 18 avril 2024 et enfin, l'expulsion de l'ambassadeur de France au Niger en août 2023. Dans ce cas, elle s'analyse plus comme un acte de gouvernement.

<sup>54</sup> KOUPOKPA (E.), « La valorisation économique des propriétés publiques en Afrique noire francophone : le cas du Togo », *Afrilex*, décembre 2019, p.23 ; MORAND-DEVILLER (Jacqueline), « La valorisation économique du patrimoine public », in Mélanges en hommage à Roland DRAGO, *L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, pp. 273-292.

<sup>55</sup> GAUDEMET (Yves), « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 297.

<sup>56</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 9.

<sup>57</sup> GRAWITZ (Madeleine), *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2001, p. 419.

<sup>58</sup> VEDEL (Georges), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*, p. 42.

<sup>59</sup> CHEVALLIER (Jacques), « L'état de droit », *RDP*, 1988, p. 57. Lire KRYNEN (Jacques), « Aux origines historiques de l'idée de puissance publique », in Actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France, Grenoble II, *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 42.

l'expulsion est un pouvoir justifié (I), mais un procédé limité (II).

### I- Un pouvoir justifié

L'expulsion est un pouvoir, c'est-à-dire « une prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt distinct du sien »<sup>60</sup>. En droit administratif, elle s'exerce dans le but de préserver l'ordre qui est, selon Maurice Hauriou, « ce qui nous sépare de la catastrophe »<sup>61</sup>. L'ordre est représenté par les institutions, les mœurs et la réglementation positive<sup>62</sup>. Il s'entend comme « le système des lois et des institutions qui régit une société »<sup>63</sup>. Il s'agit à travers l'expulsion de contrecarrer les dérapages des administrés et même de l'administration. Ainsi, qu'elle résulte d'un acte administratif unilatéral ou d'un acte juridictionnel, l'expulsion est utilisée comme un moyen de réprobation de la violation des normes juridiques (A) et d'élimination des perturbations des activités publiques (B).

#### A- La réprobation de la violation des normes juridiques

L'expulsion est prononcée ou exécutée lorsque les normes juridiques sont violées, c'est-à-dire lorsque l'ordre de la loi n'a pas été suivi<sup>64</sup>. Les normes dont le respect est attendu sont la Constitution, les traités et accords internationaux, la loi et les actes administratifs qui fixent un ensemble de conditions et de modalités nécessaires pour le fonctionnement de l'État. Leur inobservation peut conduire à l'expulsion.

<sup>60</sup> Le pouvoir s'inscrit dans le cadre d'une fonction qu'elle soit privée ou publique. Il se caractérise par l'intrusion sur le terrain d'autrui et son orientation altruiste. Lire STARCK (Boris), ROLAND (Henry) et BOYER (Laurent), Introduction au droit, Paris, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2000, p.363 ; CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 1601.

<sup>61</sup> HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., p. 49.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Grand Larousse de la langue française*, in GUILBERT (Louis), LAGANE (René), NIOBEY (Georges) (dir.), Paris, Larousse, T. 1, 1989,

Elle est à cet égard un moyen de réprobation du défaut de titre juridique (1) et des fautes durant la validité du titre juridique (2).

#### 1- La réprobation du défaut de titre juridique

L'expulsion est une mesure qui est prise en cas d'absence d'un titre juridique justifiant la présence sur un lieu. Généralement, la loi pose un ensemble de règles ou conditions que doivent remplir les administrés et même l'administration lorsqu'ils veulent mener ou participer à certaines activités ou encore se trouver sur certains lieux. Un titre juridique peut être exigé, c'est-à-dire un écrit constatant un acte juridique ou un acte matériel producteur d'effets juridiques<sup>65</sup>. Il sert de justificatif à la situation dans laquelle se trouve une personne. Son absence entraîne l'expulsion du lieu occupé. L'expulsion vise ainsi la restauration de la légalité. Au Cameroun, au Sénégal et en Côte d'Ivoire, elle résulte du défaut d'obtention du titre juridique ou de son extinction.

En premier lieu, l'expulsion est prononcée et exécutée lorsque la personne physique ou morale n'a pas préalablement obtenu le titre juridique devant lui permettre de se trouver sur un lieu. Elle est mise en œuvre en matière d'occupation des dépendances domaniales et est la conséquence de la police du domaine<sup>66</sup>. En effet, les dépendances domaniales sont de plus en plus des richesses exploitables qui peuvent devenir le support de l'activité d'un opérateur économique<sup>67</sup>. Elles permettent

p. 3732 ; Lire KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1962, p. 33.

<sup>64</sup> KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 97.

<sup>65</sup> GUINCHARD (Serge) et DEBARD (Thierry), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 25<sup>e</sup> éd., 2017, p. 732.

<sup>66</sup> KLEIN (Claude), *La police du domaine public*, Paris, LGDJ, 1966, 304 p.

<sup>67</sup> Lire EBANG MVE (Urbain Noël), « Recherche sur les aspects juridiques de l'occupation privative du domaine public en droit administratif camerounais », *Revue électronique Afrilex*, 22 p. Disponible sur le

aux personnes publiques de tirer un parti de son patrimoine<sup>68</sup>. À cette fin, les autorisations d'occupation temporaire peuvent être délivrées<sup>69</sup>, soit sous forme d'actes unilatéraux, soit sous forme contractuelle<sup>70</sup>. Le défaut d'obtention de ce titre avant l'occupation est une justification de l'expulsion qui permet de préserver le droit de propriété du maître du domaine contre les occupations illicites<sup>71</sup>. Comme la personne s'est installée de sa propre initiative, sans solliciter une autorisation administrative, il y a alors occupation sans titre et l'administration est en droit de poursuivre son expulsion ainsi que l'enlèvement de ses installations<sup>72</sup>. Le défaut d'obtention de titre est aussi constaté lorsque le titre a été délivré par une autorité incompétente sur des parcelles du domaine public comme ce fut le cas en Côte d'Ivoire dans l'affaire *N'Goran Yao Mathieu contre*

*ministre de la Construction et de l'Urbanisme*<sup>73</sup>. Il est important que cette autorisation existe même de façon implicite, sinon l'expulsion sera annulée comme l'affirme le juge administratif camerounais dans l'affaire *SIGHOKO Abraham contre État du Cameroun* en ces termes : « le fait d'expulser SIGHOKO d'un site inoccupé, donc disponible sur lequel il s'est installé conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi n° 90/035 du 10 août 1990, est un abus de pouvoir et justifie l'annulation, car il « y a eu bel et bien autorisation implicite du fait pour le conseil d'avoir gardé le silence pendant 90 jours »<sup>74</sup>. Alors, nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine de l'une des personnes publiques<sup>75</sup>.

Ce défaut d'obtention du titre interdit aussi la présence dans les logements

lien <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/recherche-sur-les-aspects.html>, consulté le 23 mai 2019 ; SOGLOHOUN (Prudent), « L'occupation du domaine public au Bénin et en Côte d'Ivoire », *Revue électronique Afrilex*, pp. 1-36, disponible sur le lien <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/1-occupation-du-domaine-public-au.html>, consulté le 23 mai 201 ; NICINSKI (Sophie), « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence », in mélanges en l'honneur de Étienne FATÔME, *Bien public, bien commun*, Paris, éditions Dalloz, 2011, p. 374.

<sup>68</sup> TIENCHEU NJIAKO (André), *Droits réels et domaine national au Cameroun*, Yaoundé, PUA, 2005, 486 p. ; AGBELE AKELE (P.J. O.), *Les droits réels sur la domanialité publique en Côte d'Ivoire*, thèse, Université Félix Houphouët BOIGNY, 2021, 526p. ; LEBRETON (Jean-Pierre), *Les occupations du domaine public, l'aménagement de la propriété publique*, thèse, Paris 2, 1976, p. 178.

<sup>69</sup> OBAKER BALINAN (Samuel), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, thèse de Doctorat/Ph. D. en droit public, Université de Yaoundé II, 2013, p. 385.

<sup>70</sup> Côte d'Ivoire, articles 1<sup>er</sup>, 21 et 22 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public. Cameroun, articles 9 et 14 de l'ordonnance n°14-2 du 6 juillet 1974 fixant le régime domanial ; articles 8 et 9 du décret n°76/166 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine national ; articles 20, 23 et 25 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les

modalités de gestion du domaine privé de l'État. Sénégal, article 11 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifié par la loi n°85-15 du 25 février 1985.

<sup>71</sup> DOUENCE (Maylis), « L'expulsion des occupants sans titre du domaine public », *DA*, chron. 4, 2004, p. 8 ; LAVIALLE (Christian), « L'occupation sans titre du domaine public », *AJDA*, 1981, p. 563 : « l'occupation sans titre peut résulter de l'installation sur le domaine d'une personne qui n'a demandé aucune autorisation ».

<sup>72</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, T.I, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 503. GAUDEMET (Yves) (André de LAUBADERE), *Traité de droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2002, p. 140 ; MAROGER (Gilbert), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Paris, Sirey, 1942, p. 113.

<sup>73</sup> Côte d'Ivoire, arrêt n° 20 du 31 mars 2010, *N'Goran Yao Mathieu contre ministre de la Construction et de l'Urbanisme* ; arrêt n° 25 du 21 avril 2010, *PAA contre ministre de la Construction et de l'Urbanisme*.

<sup>74</sup> Cameroun, ordonnance n°05/CS/CA du 5 octobre 1992, *Sighoko Abraham contre État du Cameroun* (MINSANTE) ; Sénégal, arrêt n° 05/CS du 5 janvier 2011, *Baba Diop contre Arona Tine*.

<sup>75</sup> Côte d'Ivoire, article 5 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public. Cameroun, Cameroun, articles 9 et 14 de juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985.

administratifs ou encore dans les bureaux des services publics<sup>76</sup>. La nomination à la fonction constitue le titre juridique donnant droit à leur occupation. Le défaut de nomination interdit la présence de la personne ou de l'agent sur ledit lieu. Enfin, lorsque l'administration se rend coupable d'une emprise irrégulière, c'est-à-dire la privation du droit de propriété sans avoir exercé une expropriation, une réquisition, un droit de préemption ou une incorporation, sa présence sur la propriété d'un particulier peut aboutir, après constat de l'emprise irrégulière, à son expulsion par le juge judiciaire qui a le pouvoir d'ordonner « toute mesure pour qu'il y soit mis fin »<sup>77</sup>.

L'expulsion résultant du défaut d'obtention de titre juridique est aussi appliquée dans le cas des étrangers entrant et séjournant sur le territoire d'un État. Il est admis que l'étranger qui compte séjourner sur le territoire d'un État doit au préalable obtenir un titre de séjour. Dans tous les cas de séjour sans titre valable, l'autorité compétente peut prendre une mesure d'expulsion à l'encontre des intéressés<sup>78</sup>, à l'exception des réfugiés<sup>79</sup>. il en est de même

lorsque le titre juridique a expiré.

En second lieu, l'expulsion est appliquée lorsque le titre juridique de la personne physique ou morale s'est éteint. Il en est ainsi en cas d'expiration du délai de validité, de retrait ou de résiliation du contrat et en cas de perte de la fonction. Dans ces hypothèses, le titre juridique initialement délivré cesse d'être valable.

L'expiration du titre s'analyse comme la fin normale et intervient lorsque la durée de la présence sur le lieu ou sur le territoire est échu. Dès cet instant, le titulaire du titre expiré doit libérer les lieux au risque de se voir expulser, sauf s'il obtient un renouvellement ou une prorogation. Le retrait et la résiliation renvoient quant à eux à la fin provoquée du titre. Ces hypothèses peuvent être comprises comme des remèdes ou comme des sanctions<sup>80</sup> à l'encontre des titulaires du titre. Dans le cadre de l'occupation des dépendances domaniales, qu'ils soient unilatéraux ou contractuels, les titres demeurent précaires et peuvent être, à tout moment, révoqués, abrogés<sup>81</sup>. Le retrait ou la résiliation consacrent l'occupation sans

<sup>76</sup> Cameroun, jugement n°96/CS/CA du 7 août 1986, *Pr Njock Georges Edward contre Université de Yaoundé*. Le requérant avait été expulsé des bureaux et de la faculté des sciences après avoir été rétrogradé. Voir aussi appel dans l'arrêt n°14/A du 19 juillet 1990, *Université de Yaoundé contre Pr Njock Georges Edward*.

<sup>77</sup> Cameroun, article 3 alinéa 2 de la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs. Dans l'affaire CS/CA, jugement n°87 du 30 juin 1983, *Onambele Germain contre État du Cameroun*, le juge administratif se déclare incompétent pour adresser des injonctions à l'administration « (...) le juge ne peut prescrire une obligation de faire ou de ne pas faire à l'Administration ». Il en est de même au Sénégal, article 74 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration. Lire KAMTO (Maurice), « La mise en cause des autorités administratives devant le juge judiciaire camerounais », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, Espaces du service public*, Tome 1, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 335-363.

<sup>78</sup> Côte d'Ivoire, articles 17 et 19 de la loi n° 2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n° 2002-

03 du 3 janvier 2002 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire. Cameroun, Cameroun, articles 9 et 14 de l'ordonnance n°14-2 du 6 juillet 1974 fixant le régime domaniale ; articles 22 et 25 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État. Sénégal, la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985.

<sup>79</sup> Article 32 alinéa 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Cameroun, article 14 alinéa 1 de la loi n° 2005-6 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun. Sénégal, article 4 de la loi n° 68-27 du 24 juillet 1968 Portant statut des réfugiés. Côte d'Ivoire, article 17 de la loi n°2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n° 2002-03 du 3 janvier 2002 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire.

<sup>80</sup> RICHER (Laurent), « Le retrait - sanction », *JCP*, n°13, 1996, p. 1277.

<sup>81</sup> KOBO (Pierre-Claver), « Un contentieux en expansion : l'expulsion des occupants sans titre du domaine public par la voie du référé administratif »,

titre et ouvrent droit à l'expulsion. Le juge administratif ivoirien, dans l'affaire *Port autonome d'Abidjan contre Ivoire technique*, le souligne pour justifier l'expulsion en ces termes : « *Considérant d'une part, que la libération des lieux sollicitée par le Port autonome d'Abidjan à l'encontre de la Société Ivoire Technique qui, par suite du retrait de sa décision d'attribution, se trouve être un occupant sans titre* »<sup>82</sup>. Le juge rejette alors la demande d'expulsion lorsque le titre n'a pas été retiré<sup>83</sup>. Alors, il vérifie toujours si la personne dont l'expulsion est demandée ou exécutée n'a plus aucun droit à se maintenir sur les lieux<sup>84</sup>. Le juge administratif sénégalais le rappelle dans l'affaire *La Commune de Dakar contre Mamadou Issa SARR* en ces termes : « *et attendu d'autre part, qu'ayant relevé que la Commune "... a poursuivi l'expulsion, et même entrepris la démolition des lieux malgré une décision de justice ordonnant la réintégration de SARR (...) aussi bien la résiliation du bail que son exécution procèdent d'une chaîne de*

*mesures manifestement illégales...* »<sup>85</sup>. Les décisions de retrait ou de résiliation peuvent alors faire l'objet de contestation devant le juge administratif<sup>86</sup>. Mais dès l'instant que l'occupant « *n'a pas déféré au juge de l'excès de pouvoir la décision de retrait de son autorisation* »<sup>87</sup>, la décision d'expulsion est justifiée.

L'expulsion du domicile de fonction peut aussi intervenir à la suite de la perte de la fonction. Lorsqu'un agent public occupe un logement administratif, il est tenu de libérer le logement. À défaut de s'exécuter dans les délais, il est expulsé d'office par voie administrative<sup>88</sup>. Il en est de même lorsqu'il occupe un bureau administratif au-delà de la cessation de ses fonctions du fait de la révocation, de la retraite, de la mutation ou l'affectation<sup>89</sup>. S'agissant de l'expropriation, il y a perte du titre par le propriétaire qui ne peut plus se trouver sur les lieux comme le déclare le juge administratif camerounais dans l'affaire *collectivité Mvog Nkili contre État du Cameroun* en ces termes : « *qu'il résulte de*

*La Tribune de la Chambre administrative*, n° 4, avril 2015, p.6.

<sup>82</sup> Côte d'Ivoire, ordonnance n° 08 du 12 novembre 2013, *Port autonome d'Abidjan contre Ivoire Technique* ; voir aussi, ordonnance n° 2 du 7 mars 2013, *Port autonome d'Abidjan contre DAFCI*, ordonnance n° 2 du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre CI Engineering* ; ordonnance n° 011 du 4 décembre 2013, *Port autonome d'Abidjan contre la Société El Nars Export-Import* ; ordonnance n° 05/2013 du 18 juillet 2013, *Port autonome d'Abidjan contre Pascal Armement*. Sénégal, ordonnance de référé n° 03/CS du 5 juillet 2018, *Société Fishing Industries SA contre Port autonome de Dakar* ; ordonnance de référé n°04/CS du 5 juillet 2018, *Société Fishing Industries SA contre Port autonome de Dakar*.

<sup>83</sup> Cameroun, jugement n°27/CS/CA/2002-2003 du 28 novembre 2002, *Pemite Jean Calixte contre Communauté urbaine de Douala* ; jugement n°232/QD/19 du 22 août 2019, *Kemajou Anne contre Communauté urbaine de Douala* ; Sénégal, arrêt n° 05/CS du 5 janvier 2011, *Baba Diop contre Arona Tine*.

<sup>84</sup> Côte d'Ivoire, ordonnance n° 3 CS/CA du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre Société Yara* ; ordonnance n° 13 du 23 juillet 2014, *Port autonome d'Abidjan contre Société ITRAO*.

<sup>85</sup> Sénégal CS Arrêt n° 74 du 18 juillet 2007, *La Commune de Dakar contre Mamadou Issa SARR*.

<sup>86</sup> Côte d'Ivoire, ordonnance n° 3 du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre Société Yara*, avec l'arrêt du 16 mai 2003, *SARL Ecomatex* (Rec.228) « *dans le cas où la demande d'expulsion fait suite à la décision du gestionnaire du domaine de retirer le titre dont bénéficiait l'occupant et où, alors que cette décision exécutoire n'est pas devenue définitive, l'occupant en conteste devant lui la validité* ».

<sup>87</sup> Côte d'Ivoire, ordonnance n° 2/2013/PJ/CA du 7 mars 2013, *Port autonome d'Abidjan contre DAFCI*.

<sup>88</sup> Cameroun, article 7 du décret n°91/324 du 9 juillet 1991 fixant les conditions d'attribution et d'occupation des logements administratifs. Sénégal, article 12 du décret n°2014-769 abrogeant et remplaçant le décret n°91-490 du 8 mai 1991 fixant les conditions d'attribution et d'occupation des logements administratifs. Côte d'Ivoire, décret n°93-880 du 17 novembre 1993 déterminant le droit au logement ou à une indemnité de logement en faveur de certains fonctionnaires et agent de l'État, modifié par le décret n°2007-527 du 18 juillet 2007.

<sup>89</sup> Cameroun, arrêt n°14/A du 19 juillet 1990, *Université de Yaoundé contre Pr Njock Georges Edward*.

*l'ensemble de ces textes que s'agissant de l'effectivité de l'expropriation, elle est acquise dès l'intervention du décret qui la prononce ; (...) qu'ainsi, l'État étant devenu propriétaire du terrain concerné, il ne saurait lui être fait grief d'en avoir disposé »<sup>90</sup>. Dans le cadre du bail privé des personnes publiques, la personne propriétaire peut également obtenir du juge, l'expulsion de l'administration si elle se maintient au-delà de la période prévue dans le bail<sup>91</sup>. L'expiration du titre de séjour octroyé aux étrangers est aussi un motif valable pour effectuer son expulsion au cas où, à l'expiration de celui-ci, il n'a pas quitté le territoire ou sollicité et obtenu des autorités compétentes un nouveau titre de séjour.*

Le titre juridique est la condition du maintien sur les lieux. Son absence justifie l'expulsion par l'autorité compétente. Mieux encore, elle peut être prononcée si la personne titulaire du titre commet des fautes durant la période de validité.

## 2- La réprobation des fautes durant la validité du titre juridique

Le titre juridique en vertu duquel une personne est présente sur un lieu étant valide, celle-ci peut à tout moment être expulsée soit parce que ce titre est naturellement précaire et révocable, soit parce qu'elle se rend coupable de manquements. L'expulsion s'analyse alors dans comme une sorte de désapprobation du

comportement de la personne qui a commis des omissions ou des infractions.

L'expulsion exprime d'une part la désapprobation des omissions du titulaire du titre. Il pèse sur ce dernier un ensemble d'obligations qu'il doit accomplir pendant la validité du titre juridique et qui conditionnent son maintien sur le lieu. Faute de les exécuter, l'expulsion est prévue. Il en est ainsi pour l'occupation des dépendances du domaine public et du domaine privé des personnes publiques en cas de carence du titulaire découlant de l'inexécution des obligations, notamment l'absence de paiement des droits dus et l'absence d'autorisation des transactions et conventions.

L'expulsion de l'occupant peut intervenir, comme l'indiquent les textes du Cameroun, du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, pour « *inexécution par le preneur de ses obligations* »<sup>92</sup>. Parmi les obligations qui pèsent sur lui, figure la rémunération du maître du domaine<sup>93</sup>, c'est-à-dire la perception d'une redevance pécuniaire versée par l'occupant<sup>94</sup>. En effet, si l'occupation du domaine public et du domaine privé peut être gratuite<sup>95</sup>, il reste que lorsqu'elle est spéciale ou anormale, elle peut donner lieu à une contrepartie. Dans ce cas, la personne publique propriétaire ne peut pas mettre gratuitement à disposition des personnes privées ses

<sup>90</sup> Jugement n° 102/CS/CA/06-07 du 4 juillet 2007, *collectivité Mvog Nkili contre État du Cameroun (MINUH)*. Sénégal, décision CC n° 21/96, *exception d'inconstitutionnalité de la loi n° 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique*.

<sup>91</sup> Cameroun, jugement n° 94/CS/CA/05-06 du 14 juin 2006, *Chambre du Commerce, d'Industrie et des Mines du Cameroun (CCIM) contre État du Cameroun et succession Paul Monthé* : l'expulsion de la CCIM des lieux pour non-paiement des loyers échus et due qui s'élève à 37 350 000 francs CFA.

<sup>92</sup> Cameroun, articles 22 et 25 du décret n° 76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État modifié et complété par le décret n°90-1480 du 9 novembre 1990. Sénégal, article 38 alinéa 3, article 39 alinéa 4 et article 40 de

la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État modifié par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Côte d'Ivoire, articles 62, 63, et 64 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatif aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>93</sup> BRARD (Yves), « Redevance pour occupation du domaine public : certitudes et incertitudes de la jurisprudence », *Dalloz*, chron, 1999, p. 19.

<sup>94</sup> GARDIES (Jean), « La fixation de redevances pour occupation du domaine public », *A-J Travaux*, 1953, p. 392 et 455.

<sup>95</sup> GAUDEMET (Yves), « La gratuité du domaine public », in *Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul-Marie GAUDEMET, Études de finances publiques*, Paris, Economica, 1984, p. 1023.

dépendances<sup>96</sup>. Il s'agit du corollaire du principe de l'égalité de tous devant les charges publiques : celui qui occupe une dépendance en dehors de l'usage classique doit en payer le prix<sup>97</sup>. Si l'existence du titre juridique entraîne l'obligation de paiement de la redevance ou d'un loyer, ce paiement ne saurait en aucun cas rendre valide une occupation qui est irrégulière. Le paiement des redevances ou du loyer dans le cadre d'une occupation irrégulière ne peut servir de bouclier contre une expulsion. Mais en cas de défaut de paiement de la redevance ou du loyer<sup>98</sup>, le préjudice financier subi par le propriétaire domanial ou son gestionnaire peut justifier l'expulsion de l'occupant.

L'expulsion peut également intervenir en l'absence d'autorisation des transactions et des conventions passées par l'occupant. L'occupation d'une dépendance domaniale interdit que l'occupant puisse poser des actes en marge de la réglementation. C'est ainsi qu'il ne peut effectuer des transactions avec les tiers ou passer des conventions ou céder ses droits. Il ne peut le faire qu'à la suite d'une autorisation, d'une approbation ou d'un agrément de la personne publique propriétaire<sup>99</sup>. En l'absence de cette sollicitation de la personne publique

propriétaire, les actes en question sont nuls de plein droit et entraîne l'expulsion du preneur et de tous les occupants de son chef<sup>100</sup>. Les omissions de la personne présente sur les lieux peuvent déboucher sur son expulsion. Il en est de même en cas d'infractions qu'elle pourrait commettre pendant cette période.

Dans le cadre de la police des étrangers, le Sénégal présente, par rapport aux deux autres États, une certaine particularité en ce qui concerne les omissions pendant la validité du titre de séjour. Il est prévu qu'un étranger peut faire l'objet d'expulsion « *s'il ne peut plus subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille* » et « *si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas s'adapter à l'ordre établi* »<sup>101</sup>. C'est dire qu'il est important que l'étranger ait des ressources nécessaires pour sa survie et celle de sa famille, mais encore, il doit être capable de se tenir dans la société comme un citoyen respectueux des règles et principes de vie sur le territoire. Si le second motif peut être compréhensible, le premier quant à lui peut néanmoins susciter des interrogations. Comment comprendre qu'on puisse expulser un étranger qui peut, du fait de son

<sup>96</sup> Côte d'Ivoire, article 9 alinéa 1 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public ; article 63 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatif aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public. Cameroun, article 20 alinéa 1 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État. Sénégal, article 11 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985.

<sup>97</sup> DUFAU (Jean), *Le domaine public. Composition, Délimitation, Protection, Utilisation*, Paris, Le Moniteur, 5<sup>e</sup> éd., 2001, p. 508.

<sup>98</sup> Cameroun, jugement n° 94/CS/CA/05-06 du 14 juin 2006, *Chambre du Commerce, d'Industrie et des Mines du Cameroun (CCIM) contre État du Cameroun et succession Paul Monthé* : L'expulsion de la CCIM des lieux pour non-paiement des loyers échus et due qui s'élève à 37 350 000 francs CFA.

<sup>99</sup> Sénégal, article 38 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État modifiée par

la loi n°85-15 du 25 février 1985 ; article 2 alinéa 4 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État. Côte d'Ivoire, article 36 alinéa 1 et 2, 37 alinéa 1 et 42 alinéa 1 et 2, de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>100</sup> Cameroun, articles 22 et 26 du décret n° 76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État modifié et complété par le décret n° 90-1480 du 9 novembre 1990. Sénégal, les articles 38, alinéa 4, 39 alinéa 5 et 40 alinéa 6 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Côte d'Ivoire, l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public ; arrêt n° 8 du/02/2014, *Callegari Stéphane contre Port autonome d'Abidjan*.

<sup>101</sup> Article 10 de la loi n° 1971/10 du 25 janvier 1971 relative aux conditions d'admission, de séjour et d'établissement des étrangers.

indigence avérée ou supposée, être dans l'incapacité de subvenir aux besoins de sa famille. Il s'agirait sans doute d'une expulsion peut-être fondée en droit, mais manifestement illégitime.

L'expulsion traduit d'autre part la réaction face aux infractions commises par le titulaire du titre. Elles sont des violations des normes juridiques, car le comportement de la personne est regardé comme contraire à la législation pénale. L'expulsion est requise lorsqu'une personne disposant du titre lui permettant d'être présente sur un lieu a commis une infraction qui lui a valu une condamnation ou qui n'a pas encore été sanctionnée. Ainsi, la référence est faite particulièrement à la condamnation pénale infligée à un étranger, à l'exception des réfugiés qui ne peuvent être expulsés s'ils sont condamnés. La réglementation en matière d'entrée et de séjour des étrangers est assez claire à ce propos. Elle prévoit que l'étranger présent sur le territoire national sera expulsé s'il est devenu indésirable à la suite d'une condamnation définitive<sup>102</sup>. L'étranger en question sera expulsé à

l'expiration de la peine d'emprisonnement<sup>103</sup> pour les infractions en matière de trafic des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs<sup>104</sup>. La condamnation contraire donc la présence de l'étranger sur le territoire national des États. Utilisée comme une mesure de réprobation de la violation des normes, l'expulsion vise aussi l'élimination des perturbations des activités publiques.

### B- L'élimination des perturbations des activités publiques

Selon Georges Vedel, « *la tâche de l'administration comporte deux sortes d'activités : le maintien de l'ordre public et le service public* »<sup>105</sup>. Il s'agit des missions qui lui sont consubstantielles. Elles ont pour but ultime la satisfaction de l'intérêt général<sup>106</sup>. L'administration doit s'assurer que leur réalisation n'est pas compromise en prenant des mesures contre toutes les attitudes hostiles ou dangereuses de nature à les obstruer. L'expulsion fait partie de ces mesures et se justifie par une atteinte grave

<sup>102</sup> Cameroun, article 39 alinéa 1 de la loi n° 97-12 du 10 janvier 1997 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun. Sénégal, article 10 de la loi n°71/010 du 25 janvier 1971 relative aux conditions d'admission, de séjour et d'établissement des étrangers modifiée par la loi n°71-10 du 25 janvier 1971 : « *l'étranger peut être expulsé notamment pour l'un des motifs suivants: s'il a été condamné pour crime ou délit* ». Côte d'Ivoire, loi n°2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n° 2002-03 du 3 janvier 2002 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire; décision n°2005/05/PR du 15 juillet 2005 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire.

<sup>103</sup> Cameroun, article 111 de la loi n° 97- 19 du 12 août 1997 relative au contrôle des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs et à l'extradition et à l'entraide judiciaire en matière de trafic des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs.

<sup>104</sup> Cameroun, articles 93 à 99 de la loi n° 97-19 du 12 août 1997, *supra*. Lire ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *Traité de contentieux administratif du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 273.

<sup>105</sup> VEDEL (Georges), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*, p. 41.

<sup>106</sup> Comme la majorité de la doctrine française, il convient d'assimiler l'intérêt général et l'intérêt public. Voir PONTIER (Jean-Marie), « Bien commun et intérêt général », *Les Cahiers Portalis*, n°4, 2016, p. 34. Selon lui, le juge administratif utilise indifféremment ou, tout au moins, sans véritable rigueur dans l'utilisation des termes, l'une ou l'autre expression. DEGUERGUE (Maryse), « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *in Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, Paris, éditions Dalloz, 2015, p. 140. L'auteur apporte une nuance quant à la distinction des deux notions en estimant que l'intérêt général renvoie aux intérêts collectifs tandis que l'intérêt public renvoie aux intérêts des personnes publiques. Mais au-delà de cette conception, ne peut-on pas penser que l'intérêt des personnes publiques ne soit presque toujours porté, même dans l'hypothèse qu'elle effectuerait une gestion privée, dans l'intérêt général? L'auteur reconnaît d'ailleurs que le juge administratif emploie indistinctement les deux termes. Voir p. 132.

et immédiate à un intérêt public<sup>107</sup>. Dans ce sens, elle permet de prévenir les menaces à l'ordre public (1) et de neutraliser les atteintes au service public (2).

### 1- La prévention des menaces à l'ordre public

Mesure de police, l'expulsion vise la prévention des menaces à l'ordre public<sup>108</sup>. Cette notion d'ordre public revêt une diversité d'occurrences en droit administratif et donc une variété d'utilisations par les acteurs du droit<sup>109</sup>. Le juge administratif lui-même « *se borne à invoquer l'ordre public ou un de ses aspects comme si le concept était évident, et sans jamais éprouver le besoin de le circonscrire avec exactitude* »<sup>110</sup>. La notion peut pourtant être cernée du point de vue processuel et du point de vue substantiel. Dans le premier cas qui n'est pas pris en considération, l'ordre public renvoie au caractère de certaines règles jugées trop importantes pour être simplement obligatoires<sup>111</sup>. Il s'agit d'un ensemble de moyens, de lois et de nullités

que « *ni le juge ni les parties ne peuvent renoncer à l'invoquer* »<sup>112</sup>. Dans le second cas pris en compte, il s'agit d'une notion changeante, redoutable entre les mains de l'administration<sup>113</sup>. L'ordre public en Afrique est classiquement constitué de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publique. En France, la dignité humaine fait désormais partie des composantes de l'ordre public<sup>114</sup>.

Si l'expulsion est utilisée en vue de parer aux menaces à l'ordre public, le refus d'expulser peut aussi être regardé comme un moyen de préservation de l'ordre public<sup>115</sup>. Elle est une mesure prise à l'encontre d'une personne jugée dangereuse pour la société et de ce seul fait indésirable. Elle ne peut être prononcée que sur la base de l'ensemble des comportements de l'intéressé<sup>116</sup>. Ainsi, le juge administratif annule l'expulsion si « *la preuve des troubles à l'ordre public n'est pas rapportée* »<sup>117</sup>. Dès que cela est avéré, les expulsions peuvent être prononcées soit vers l'extérieur du pays soit à l'intérieur du pays.

<sup>107</sup> KOBO (Pierre-Claver), « Un contentieux en expansion : l'expulsion des occupants sans titre du domaine public par la voie du référé administratif », *op. cit.*, p. 13.

<sup>108</sup> LEVOA AWONA (Serge-Patrick), « L'exigence de proportionnalité dans le droit camerounais de l'expulsion des étrangers », *R.R.J.*, n°4, 2017, p. 1577 ; BONICHOT (Jean-Claude), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 38, n°2, avril-juin 1986, p. 689.

<sup>109</sup> DUMORTIER (Thomas), *L'ordre public, Essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, thèse de doctorat, Université de Paris Ouest Nanterre la défense, 2010, p. 14.

<sup>110</sup> GUIMDO DONGMO (Bernard-Raymond), *Le juge administratif camerounais et l'urgence : Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif Camerounais*, thèse de doctorat d'État en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 2004, p. 312.

<sup>111</sup> MAKOUGOUM (Agnès), *Ordre public et libertés publiques en droit public camerounais. Contribution à l'étude de la construction de l'État de droit au Cameroun depuis 1990*, thèse de doctorat d'État en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 2015, p. 4.

<sup>112</sup> BERNARD (Paul), *La notion d'ordre public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1962, p. 169.

<sup>113</sup> GUIMDO DONGMO (Bernard-Raymond), *Le juge administratif camerounais et l'urgence, op. cit.*, p. 316.

<sup>114</sup> CE 13 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge contre ville d'Aix-en-Provence*. GATSI (Éric-Adol), « L'ordre public en droit public français et camerounais : regards croisés sur un labyrinthe juridique », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 69, n°4, 2017, p. 962.

<sup>115</sup> CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*. Lire BEYEGUE BOULOUMEGUE (Emmanuel Ghislain), *La police administrative au Cameroun : Contribution à l'étude de l'évolution du droit administratif camerounais*, thèse de Doctorat/Ph. D. en droit public, Université de Yaoundé II, 2018, 738 p.

<sup>116</sup> CE 8 décembre 1978, *Bénouaret*.

<sup>117</sup> Côte d'Ivoire : arrêt n°07/CSCA du 26 janvier 2000, *Edoua Kacou Fulbert et l'UJCY contre Mairie de Yopougon*, cité par AMBEU AKOUA (Viviane-Patricia), *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire*, thèse pour le doctorat de droit public, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011, p. 181.

Les expulsions vers l'extérieur du pays pour des motifs d'ordre public concernent les non-citoyens<sup>118</sup>. Elle est alors l'expression de la souveraineté territoriale des États<sup>119</sup> et constitue la trame de leurs politiques migratoires<sup>120</sup>. Elle est une fonction puissante de clôture et de défense de la nation<sup>121</sup>. Elle est prononcée non seulement à l'encontre des individus dangereux pour les États dans lequel ils se trouvent, mais aussi contre les individus dangereux pour d'autres États.

L'expulsion est prononcée contre les individus qui représentent une menace pour l'État dans lequel ils se trouvent. Cette expulsion n'a pas le caractère d'une sanction, mais d'une mesure de police destinée à éloigner un individu en raison de la menace qu'il représente pour l'ordre public<sup>122</sup>, et ce indépendamment du caractère régulier ou non de sa situation. S'il est reconnu que toute personne a le droit de

circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, ce droit ne saurait faire obstacle au droit souverain de chacun des Gouvernements de procéder à l'expulsion de ressortissants d'un autre État<sup>123</sup>. Cela est possible pour « *les nécessités d'ordre public* »<sup>124</sup>. Lorsque l'activité d'un non-citoyen constitue une menace à l'ordre public<sup>125</sup>, il peut être expulsé. C'est dire que l'interdiction de l'expulsion est la règle et son admission l'exception. C'est ainsi qu'il est prévu que les États n'expulseront pas un apatride<sup>126</sup>, un demandeur d'asile<sup>127</sup> ou un réfugié<sup>128</sup> se trouvant régulièrement sur leur territoire sauf pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. S'agissant de l'étranger, la mesure d'expulsion est prise lorsque sa présence est jugée indésirable sur le territoire national en raison de la menace qu'il représente pour la sécurité nationale, l'ordre public, la sécurité publique, la santé,

<sup>118</sup> DE GENOVA (Nicholas) et al., « Expulsion, pouvoir, mobilisation », *op. cit.*, p. 16.

<sup>119</sup> SCELLE (Georges), *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1934, p. 85.

<sup>120</sup> LECADET (Clara) et CHAPPART (Pascaline), « Les expulsés leur voix, leurs droits », in *Plein droit*, vol.4, n°107, 2015, p. 3.

<sup>121</sup> *Ibid.* ATEMENGUE (Jean de Noël), « Le pouvoir de police administrative du Président de la République au Cameroun. Réflexions sur les fondements de l'ordre juridique », in *Verfassung und recht in übersee, Nomos Verlags gesellschaft, Baden-Baden*, 35-Jahrgang-1., Quartal, 2002, pp. 81-107.

<sup>122</sup> En France CE, 20 janv. 1988, n° 87036 ; Cons. const., 9 janv. 1980, n° 79-109 DC : « *les mesures d'expulsion sont des mesures de police auxquelles sont assignés des objectifs différents de ceux de la répression pénale* ».

<sup>123</sup> Article 5 de la Convention générale relative à la situation des personnes et aux conditions d'établissement.

<sup>124</sup> Sénégal, CE *Souhel Filfili*, CE, 22 avril 2004, *Bruno Batrel* (inédit), CE 27 octobre 1993, *Seydou Mamadou Diarra*. Le Conseil d'État a considéré que l'arrêté d'expulsion a visé « *les nécessités d'ordre public... sans qu'aucun élément contenu dans la décision elle-même, ou dans un document annexé à celle-ci ne renseigne sur lesdites nécessités* ». Cameroun, arrêt n°373/CCA du 3 septembre 1955, *Malapa Paul contre Administration du Territoire* : arrêté du 29 juillet 1954 ordonnant l'expulsion du

Sieur Malapa. Article 18 de la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire, « *en cas d'urgence absolue et par dérogation aux articles 17 et 19 l'expulsion peut être prononcée lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique* ».

<sup>125</sup> Article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Article 16 de la Convention d'établissement et de circulation des personnes entre la République du Mali et la République fédérale du Cameroun. Article 32 de l'Accord de siège entre le Gouvernement de la République unie du Cameroun et l'Institut international des assurances de Yaoundé.

<sup>126</sup> Convention relative au statut des apatrides, adoptée le 28 septembre 1954 et entrée en vigueur le 6 juin 1960.

<sup>127</sup> Cameroun, article 8 alinéa 2 de la loi n° 2005-6 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun.

<sup>128</sup> Article 32 alinéa 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Cameroun, article 14 alinéa 1 de la loi n° 2005-6 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun. Sénégal, article 4 de la loi n° 68-27 du 24 juillet 1968 portant statut des réfugiés. Côte d'Ivoire, article 17 de la loi n°2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n° 2002-03 du 3 janvier 2002 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire.

la moralité, ou les bonnes mœurs<sup>129</sup>. Le juge administratif sénégalais conforte la possibilité d'expulsion dans l'affaire *Gil Léon Louis Malvielle* en ces termes : « *considérant qu'il résulte de l'instruction du dossier que le requérant a fourni aide et assistance à des étrangers qui étaient venus retracer la frontière entre le Sénégal et leur pays en implantant de manière unilatérale de nouvelles bornes, ce qui, pour l'autorité administrative, menaçait gravement la sécurité et l'ordre public ; considérant que ces faits constituent un cas d'ingérence grave et manifeste dans les affaires intérieures du Sénégal, de nature à entraîner l'expulsion du requérant conformément à l'article 10 de la loi susvisée* »<sup>130</sup>.

L'expulsion est aussi prononcée contre les individus qui représentent une menace pour un autre État. Il en est ainsi lorsque ledit étranger planifie ou exécute des actes de nature à porter gravement atteinte à la sécurité nationale et l'ordre public d'un autre État. Alors, dans le cadre de la protection mutuelle et du devoir de solidarité entre les États, l'expulsion est une arme permettant de neutraliser l'étranger. Ledit individu devient indésirable à un double titre : pour l'État dans lequel il se trouve, mais également pour son État d'origine. L'exemple le plus patent est celui du « *renversement du régime en place dans*

*un pays étranger* » qui a conduit le juge administratif sénégalais, dans l'affaire *Sidia Bayo*, à confirmer la menace d'expulsion<sup>131</sup>. C'est dire que l'étranger n'a pas le droit de déplaire à la cité qui l'accueille<sup>132</sup>.

Les expulsions à l'intérieur du pays pour des motifs d'ordre public concernent autant les nationaux que les étrangers. Elles peuvent être prises dans le cadre de la garantie de la sécurité, la tranquillité, la salubrité publique dans une localité précise. Une autorité administrative peut expulser d'un arrondissement, d'un département ou d'une région une personne qui présente des dangers pour l'ordre public<sup>133</sup>. Par ailleurs, l'expulsion peut être prononcée en vue de protéger les administrés ou plus précisément les occupants d'un logement ou d'une dépendance domaniale à risque. C'est généralement le cas lorsqu'un immeuble bâti menace de s'effondrer. À cet effet, l'expulsion est prononcée et exécutée si les personnes qui occupent le bâtiment ne partent pas volontairement. Le motif de la protection de la santé ou la salubrité publique<sup>134</sup> est aussi retenu pour procéder à l'expulsion ainsi que les menaces à la stabilité de l'écologie<sup>135</sup>. L'expulsion est alors, à tout point de vue, une mesure qui tend à protéger la société contre les dangers qui remettraient en cause sa stabilité. Il s'agit d'une précaution se traduisant par une action ou une réaction face aux troubles

<sup>129</sup> Cameroun, article 39 alinéa 1 de la loi n° 97-12 du 10 janvier 1997 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun. Sénégal, article 10 de la loi n°71/010 du 25 janvier 1971 relative aux conditions d'admission, de séjour et d'établissement des étrangers. Côte d'Ivoire, loi n° 2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n° 2002-03 du 3 janvier 2002 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire.

<sup>130</sup> Sénégal, CS 3 décembre 2010, *Gil Léon Louis Malvielle* ; CS, arrêt n° 05, *Ag Ac contre État du Sénégal*.

<sup>131</sup> Sénégal, CS 13 janvier 2015, *Sidia Bayo*, non publié.

<sup>132</sup> MUZARD (Paul), « Le droit des étrangers », *Hommes et Migrations*, n° 1182, 1994, p. 37.

<sup>133</sup> Cameroun, arrêté en date du 3 juin 1967 de Monsieur le Préfet du département du Ntem interdisant à Obam Etème Joseph de paraître et de séjourner dans toute l'étendue de ce département. Voir au Cameroun, l'arrêté préfectoral n°00001436/AP/JO6/SP du 16 juillet 2024 portant interdiction de séjour temporaire dans le département du Mfoundi menaçant d'interdiction de séjour et d'expulsion tous ceux qui menaceraient l'ordre public en ayant des propos désobligeants à l'égard du régime en place.

<sup>134</sup> Cameroun, ordonnance de référé n°37/OR/CAB/PCA/CS/2003-2004, *Nguessie Joseph contre État du Cameroun* (CUY).

<sup>135</sup> BASSABI (Nafiou), *La domaniale publique à l'épreuve des enjeux environnementaux en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat en droit, Université de Lomé, 2021, p. 328.

potentiels. Elle est aussi utile pour neutraliser les atteintes au service public.

## 2- La neutralisation des atteintes au service public

Le service public est appréhendé comme un organisme officiel chargé de fournir des prestations indispensables pour le bien commun ou l'intérêt général<sup>136</sup>. L'expulsion est mise au service de ce but chaque fois qu'il est menacé. Elle permet de supprimer les atteintes à l'intérêt général, c'est-à-dire qu'elle fait disparaître les troubles et entraves à la satisfaction des besoins de la société. Il peut s'agir de l'intérêt du service public ou un intérêt collectif<sup>137</sup>.

L'expulsion permet de neutraliser les atteintes qui préjudicient aux intérêts d'un service public entendu au sens organique<sup>138</sup>. À cet effet, elle est pratiquée face à tout comportement de nature à perturber la sérénité de l'activité d'un service public. Il en est ainsi, lorsqu'un service public se trouve dans l'impossibilité de réaliser sa mission du fait de la non-libération volontaire d'un lieu par les

particuliers. L'expulsion va donc garantir l'utilisation du domaine public par les services publics. En effet, « *le fondement même de la domanialité publique est l'idée d'affectation à un service public* »<sup>139</sup>. Ce qui fait que « *l'occupation privative n'est en effet pas, a priori, la destination normale du domaine public* »<sup>140</sup>. Lorsque les particuliers occupent sans titre, au-delà de l'expulsion pour cette cause, l'intérêt du service propriétaire est le plus souvent le fondement puisqu'il s'agit de protéger l'affectation des biens au service public<sup>141</sup>. Toute personne qui occupe une dépendance domaniale peut être expulsée pour motif d'intérêt général<sup>142</sup>. Il est donc question de faire cesser une privation des moyens du service public. Puisque les personnes publiques ont besoin d'utiliser leurs domaines pour mieux accomplir leurs missions<sup>143</sup>, toutes les occupations sont précaires et doivent cesser si l'intérêt du domaine occupé le commande<sup>144</sup>. Il en est de même dans le cas de l'occupation d'un immeuble exproprié. L'expulsion aura alors pour but de permettre la pleine prise de possession de l'immeuble par le bénéficiaire de l'expropriation afin

<sup>136</sup> BLEOU (Martin), « Le service public dans la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire », in Mélanges J. Du Bois de GAUDUSSON, *Espaces du service public*, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p.64. BLAEOU (Charles), « Le contentieux des établissements publics à caractère industriel et commercial », *RDP*, 1957, p. 9.

<sup>137</sup> Lire MOMO (Claude), « L'intérêt général dans les États d'Afrique subsaharienne francophone », *Afrilex*, novembre 2023, p.1-25.

<sup>138</sup> La conception organique considère le service public comme « l'organe placé sous la direction des gouvernants et dont le fonctionnement est assuré par un personnel purement administratif » : MORANGE (Georges), « Le déclin de la notion juridique de service public », *Rec. Dalloz*, 1947, p. 45. NIZARD (Lucien), « À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner ? », *rec. Dalloz*, 1964, p. 149. Dans la conception matérielle, le service public désigne « une activité visant à satisfaire l'intérêt général, prise en charge par une collectivité publique » : DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>139</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, ancienne Librairie de Fontemoing et Cie, Éditeurs, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. 324 : DUVERGER (Maurice), *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, thèse bordeaux, 1940.

<sup>140</sup> Conseil d'État français, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 47. CAMUS (Aurélien), *Le pouvoir de gestion du domaine public*, thèse pour le doctorat en droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, p. 331.

<sup>141</sup> LEONETTI (Raphaël), « La protection de l'affectation au service public des biens incorporels », *AJDA*, 2009, p. 1689.

<sup>142</sup> DUFAU (Jean), « Le retrait dans l'intérêt général », *JCP*, 1996, p. 1275.

<sup>143</sup> AUBY (Jean-Marie), « Les contrats comportant occupation du domaine public », *Dalloz*, 1953, chron, p. 99.

<sup>144</sup> GAUDEMET (Yves), « Le droit des biens publics, d'hier à aujourd'hui », in *Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, *Le service public*, Paris, Dalloz, 2016, p. 217.

qu'il réalise le projet prévu dans la déclaration d'utilité publique<sup>145</sup>.

En principe, le décret d'expropriation a pour effet de transférer la propriété de l'immeuble à l'expropriant<sup>146</sup>. Ce décret d'expropriation constitue un titre juridique permettant la prise de possession<sup>147</sup>. Il est pris en vue de donner effet à la déclaration d'utilité publique qui a été à l'origine de l'expropriation. Alors, aucune expropriation ne peut se faire en dehors de cette exigence préalable<sup>148</sup> et sans que l'indemnité ait été payée. Mais dès la réalisation de ces formalités, l'expulsion de l'occupant qui obstrue la prise de possession est possible<sup>149</sup>. Si dans le cas de l'expulsion administrative la question ne se pose pas, l'expropriant pouvant par la suite expulser tout occupant de sa propriété, dans le cas de l'expulsion judiciaire, l'expulsion d'un exproprié devrait-elle être ordonnée que par décision de justice ?<sup>150</sup> Le Conseil d'État français a jugé que l'ordonnance d'expropriation vaut jugement d'expulsion<sup>151</sup>. Cette ordonnance représente pour l'expropriant un titre juridique l'habilitant à demander et à obtenir le

concours de la force publique. Cette position n'a pas été bien accueillie par la doctrine qui estime que l'expropriant ne peut se faire lui-même juge de la situation juridique de l'occupant<sup>152</sup>. Quoiqu'il en soit, l'expulsion vise à s'assurer le respect de la déclaration d'utilité publique. Elle protège ainsi les intérêts du service public. L'expulsion d'un agent public d'un logement administratif obéit à la même logique de satisfaction des besoins d'un service public, puisque sa présence, à la suite de la perte de la fonction lui permettant d'occuper le lieu, compromet l'occupation par un autre agent appelé à servir dans de meilleures conditions de logement. Dans tous les cas, l'expulsion garantit la réalisation et la continuité du service public. Ainsi, l'occupation sans titre ou irrégulière est une atteinte au service public puisqu'elle entraîne une rupture de continuité du service public<sup>153</sup>. Elle est aussi utilisée pour assurer les intérêts collectifs.

L'expulsion a vocation à supprimer les atteintes qui préjudicient aux intérêts collectifs. En matière d'occupation du domaine public, l'expulsion a pour but de rétablir l'usage normal des dépendances.

<sup>145</sup> Jugement n° 102/CS/CA/06-07 du 4 juillet 2007, *collectivité Mvog Nkili contre État du Cameroun (MINUH)*. GOUGBEDJI (C.), « Réflexions actuelles sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en Afrique de l'ouest ; le cas du Bénin et du Sénégal », *Revue africaine des sciences politiques et sociales* n° 31, mars 2021, p.138

<sup>146</sup> FORNACCIARI (Marc), « L'ordonnance d'expropriation vaut-elle jugement d'expulsion des occupants se maintenant dans les lieux ? », *RFDA*, 1991, p. 271.

<sup>147</sup> KOBO (Pierre-Claver), *Droit administratif des biens : les domaines des personnes publiques, l'expropriation*, Abidjan, ABC, 2010, p. 32. PROUZET (Michel), « L'expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun oriental », *RCD*, n°1, 1972, pp. 27-33.

<sup>148</sup> Cameroun, jugement n°232/QD/19 du 22 août 2019, *Kemajou Anne contre Communauté urbaine de Douala*.

<sup>149</sup> Sénégal, articles 31, 35 et 36 Loi n°76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations d'utilité publique modifiée par la loi n°85-02 du 3 janvier 1985 remplaçant le premier alinéa de l'article 31 de la loi n°76-67 du 2 juillet 1976 et la loi n°2005-20 du

5 août 2005 abrogeant et remplaçant l'article 4 de la loi n°7667 du 2 juillet 1976 ; voir aussi décision CC n° 21/96, exception d'inconstitutionnalité de la loi n° 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique. En Côte d'Ivoire, voir les articles 238 à 271 de la loi n°2020-624 du 14 août 2020 instituant Code de l'urbanisme et du domaine foncier urbain. Cameroun, loi n° 85-09 du 4 juillet 1985 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux modalités d'indemnisation, décret n° 87-1872 du 16 décembre 1987 portant application de la loi n° 85-9 du 4 juillet 1985.

<sup>150</sup> FORNACCIARI (Marc), « L'ordonnance d'expropriation vaut-elle jugement d'expulsion des occupants se maintenant dans les lieux ? », *RFDA*, 1991, p. 273.

<sup>151</sup> CE, arrêt de Section du 18 mai 1990, *ville de Nice*, rec., p. 130.

<sup>152</sup> FORNACCIARI (Marc), « L'ordonnance d'expropriation vaut-elle jugement d'expulsion des occupants se maintenant dans les lieux ? », *op. cit.*, p. 273.

<sup>153</sup> DUFOUR (Anne-Claire), « L'occupation des universalités et la protection d'urgence du domaine public », *DA*, n°11, 2007, pp. 8-15.

Elle protège donc le domaine public contre toutes les atteintes ou dégradations qui pourraient compromettre son affectation à l'usage direct du public. Il s'agit donc à travers l'expulsion de promouvoir l'intérêt général tout en protégeant le domaine public<sup>154</sup>. Même dans le cas de l'expulsion en vue de neutraliser les menaces à l'ordre public, c'est l'intérêt collectif qui est visé. L'expulsion des étrangers et réfugiés porte certes directement la préservation de l'ordre public, mais indirectement elle concerne presque toujours un intérêt général. Ainsi, l'expulsion se présente comme un renfort pour la réalisation des missions d'intérêt général. Elle est réalisée parce que l'intérêt public l'exige<sup>155</sup>.

L'expulsion est ainsi une mesure qui a pour objectif la neutralisation des dérives des administrés et dans une certaine mesure de l'administration. Elle vise ainsi la préservation d'un ordre, autant dire d'un bon ordre social où les normes juridiques sont respectées et les activités publiques se déroulent normalement. Elle est toutefois un procédé limité.

## II- Un procédé limité

Si le droit administratif s'est développé sur des logiques autoritaires<sup>156</sup>, le développement de l'État de droit va entraîner la limitation de la puissance publique et la protection des administrés. Ce

droit n'est plus incompatible avec les exigences de l'État de droit<sup>157</sup>. D'ailleurs, si la règle qui limite l'État n'existait pas, affirmait Léon Duguit, « *il n'y aurait aucune sécurité pour les personnes, l'État serait une force et seulement une force* »<sup>158</sup>. Il existe donc un droit et des droits opposables à l'État<sup>159</sup>. L'expulsion est à cet égard un procédé, c'est-à-dire une « *manière d'agir d'une personne dans ses rapports avec autrui, soit habituellement, soit dans une circonstance précise* »<sup>160</sup>, qui fait l'objet d'une limitation renforcée contre les abus (A) et d'une limitation modérée par les droits (B).

### A- La limitation renforcée contre les abus

En vue de limiter les abus dans la pratique des expulsions, le droit administratif est devenu normalement formaliste<sup>161</sup>. Aucune autorité ne doit encore s'exercer arbitrairement<sup>162</sup>. L'expulsion est placée sous haute surveillance<sup>163</sup> afin d'éviter qu'elle dégénère. Les exigences posées introduisent une certaine sécurité juridique dans les rapports sociaux<sup>164</sup>. L'expulsion doit alors obéir à une diversité de conditions (1) dont la violation peut donner lieu à des contestations (2).

<sup>154</sup> LAVIALLE (Christian), « L'occupation sans titre du domaine public », *AJDA*, 1981, p. 563.

<sup>155</sup> JÈZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Dalloz, t.1, 1904, p. 21.

<sup>156</sup> MELLERAY (Fabrice), « L'exorbitance du droit administratif en question ? », *op. cit.*, p. 1962.

<sup>157</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilèges », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p. 58. HAQUET (Arnaud), « La puissance publique entre droit constitutionnel et droit administratif », in Actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France, Grenoble II, *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 51.

<sup>158</sup> DUGUIT (Léon), *Leçons de droit public général*, Paris, E. de Boccard, 1926, p. 254.

<sup>159</sup> METOU (Brusile Miranda.), « Vingt ans de contentieux des libertés publiques au Cameroun », *RASJ*, Vol. 8, n° 1, 2011, pp. 267-287.

<sup>160</sup> *Le Grand Larousse de la langue française, op. cit.*, p. 4555.

<sup>161</sup> LACHAUME (Jean-François), « Le formalisme », *AJDA*, numéro spécial, juin 1995, p. 138.

<sup>162</sup> VEDEL (Georges), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*, p. 42.

<sup>163</sup> Lire DIALLO (Mamadou Hady), *La transposition du pouvoir administratif exorbitant en droit de la régulation économique*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2021, 918 p.

<sup>164</sup> DEMICHEL (André), *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique, op. cit.*, p. 92.

### **1- La diversification des conditions d'exercice**

L'expulsion n'est pas un pouvoir absolu entre les mains de l'autorité. Elle est subordonnée au respect d'un ensemble de conditions formelles et substantielles.

Les conditions formelles sont relatives aux règles de compétences, de forme et de procédure. En ce qui concerne la compétence<sup>165</sup>, elle est déterminante pour l'accomplissement des actes juridiques<sup>166</sup>. Elle varie d'un État à un autre comme d'un domaine à un autre. Pour ce qui est de l'expulsion des occupants sans titre du domaine public en France par exemple, l'administration en principe n'effectue pas elle-même l'expulsion, sauf quand la loi le prévoit et en cas d'urgence motivée<sup>167</sup>. L'expulsion s'y fait par la procédure dite de « *référé mesure utile* » et est de la compétence du juge administratif<sup>168</sup>. Le juge judiciaire est aussi compétent dans des cas restreints<sup>169</sup>. L'option de la compétence du juge administratif est retenue en Côte d'Ivoire. La voie du référé devant la

Chambre administrative y est empruntée presque exclusivement pour l'expulsion des occupants sans titre du domaine public<sup>170</sup>. Ainsi, le juge administratif ivoirien déclare dans l'affaire *Port autonome d'Abidjan contre Société YARA* que : « *considérant que les actes relatifs à la gestion du domaine public portuaire sont des actes administratifs ; (...); qu'il s'ensuit que le Président de la Chambre administrative est compétent pour statuer, en référé, sur une demande d'expulsion d'un occupant du domaine public portuaire* »<sup>171</sup>. La voie du référé pour l'expulsion du domaine public ou privé est également retenue au Sénégal puisqu'il peut être procédé à l'expulsion en vertu d'une simple ordonnance de référé<sup>172</sup>. Alors, « *en l'absence d'une autorisation législative, seule l'urgence motivée par un péril imminent justifie l'exécution forcée (...). En dehors de ces cas, l'expulsion d'office est illégale et constituerait une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration* »<sup>173</sup>. Dans le cas du Cameroun, la voie administrative est celle qui est retenue<sup>174</sup>. Mais le juge administratif

<sup>165</sup> NGAFFO (Nadine), *La compétence en droit public camerounais*, thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé 2, 2018, 538 p. COULIBALEY (B.D.), « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique Noire ? », *Afrilex*, janvier 2013, pp. 24-25

<sup>166</sup> JÈZE (Gaston), « Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58.

<sup>167</sup> TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*; YOLKA (Philippe), « L'évacuation d'office des immeubles publics », *JCP*, 2006, p. 600.

<sup>168</sup> TC, 24 septembre 2001, *Société BE Diffusion contre R.A.T.P. et Société Promo Metro*.

<sup>169</sup> Il peut ordonner la suppression des ouvrages illégalement édifiés dans les dépendances de la voirie routière: article L.116-1 du Code de la voirie routière. TC, 17 octobre 1988, *commune de Sainte-Geneviève-des-Bois*: « *Considérant que l'action engagée par le Maire de Sainte-Geneviève-des-Bois a pour objet l'expulsion des personnes occupant sans autorisation, avec leurs véhicules, deux parcs de stationnement qui constituent des dépendances du domaine public routier de la commune ; qu'il résulte de l'article 6 de l'ordonnance du 27 décembre 1958,*

*que ce litige ressortit aux juridictions de l'ordre judiciaire...».*

<sup>170</sup> KOBO (Pierre-Claver), « Un contentieux en expansion : l'expulsion des occupants sans titre du domaine public par la voie du référé administratif », *op. cit.*, p. 5. WODIE (Francis), « Les attributions de la chambre administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire », *RJPIC*, 1968, p.66.

<sup>171</sup> Côte d'Ivoire, ordonnance n° 03 CS/CA du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre Société YARA*; ordonnance n° 02 du 7 mars 2013, *Port autonome d'Abidjan contre DAFCI*; ordonnance n° 20 CS/CA du 22 décembre 2017, *Port autonome d'Abidjan contre l'Union des Amateurs de la pêche fraîche dite UAPF*.

<sup>172</sup> Sénégal, articles 38 alinéa 3, 39 alinéa 4 et 40 alinéa 4 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du Domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985.

<sup>173</sup> KOBO (Pierre-Claver), « Un contentieux en expansion : l'expulsion des occupants sans titre du domaine public par la voie du référé administratif », *op. cit.*, p. 7.

<sup>174</sup> Cameroun, articles 22 et 26 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État, modifié et complété par le décret n° 90-1480 du 9 novembre 1990. Décision

camerounais semble se reconnaître compétent en matière d'expulsion des occupants du domaine public dans l'affaire *Onambele Germain contre État du Cameroun* en affirmant que : « à l'opposé des particuliers envers lesquels le juge dispose d'une plénitude de compétence, puisqu'il peut non seulement leur adresser des injonctions, mais même dans certains cas ordonner leur expulsion lorsque ces derniers occupent abusivement le domaine public ou privé de l'État »<sup>175</sup>.

Dans les autres domaines, la compétence de l'administration est affirmée dans les trois États. Pour l'expulsion des

étrangers, elle est faite par voie administrative puisque l'expulsion y est considérée comme une mesure administrative<sup>176</sup>. C'est le Premier ministre au Cameroun, le ministre de l'intérieur au Sénégal et le ministre de l'intérieur en Côte d'Ivoire. Les autorités administratives sont aussi compétentes pour le cas des réfugiés. L'expulsion des logements administratifs relève de la compétence de l'autorité administrative<sup>177</sup>.

En ce qui concerne la forme de l'acte, les juges administratifs des trois États exigent la motivation de la décision d'expulsion<sup>178</sup>. Pour les procédures,

n° 0296/DP/G/42/PSO/SG/CAJF du 14 mai 1993, du Gouverneur de la province du littoral ordonnant son expulsion de la Mountain Hôtel de Buea ; jugement n° 63/94-95 du 29 juin 1995, *Moutaka Locko contre État du Cameroun*.

<sup>175</sup> Cameroun, jugement n°87/CS/CA, du 30 juin 1983, *Onambele Germain contre État du Cameroun*.

<sup>176</sup>Au Cameroun, elle est prononcée par l'arrêté du Premier ministre, article 62 du décret n° 2000/286 du 12 octobre 2000 précisant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun. Côte d'Ivoire, article 19 de la loi n°2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n°2002-03 du 3 janvier 2002 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire, qui prévoit que l'autorité de police sera déterminée par décret pris en Conseil des ministres ; décision n°2005/05/PR du 15 juillet 2005 relative à l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire. Au Sénégal, la compétence est celle du ministre de l'intérieur, article 8 de la loi n°71/010 du 25 janvier 1971 relative aux conditions d'admission, de séjour et d'établissement des étrangers.

<sup>177</sup> Sénégal, article 12 du décret n°2014-769 abrogeant et remplaçant le décret n°91-490 du 8 mai 1991 fixant les conditions d'attribution et d'occupation des logements administratifs. Cameroun, décret n°91/324 du 09 juillet 1991 fixant les conditions d'attribution et d'occupation de ces logements administratifs. Côte d'Ivoire, décret n°93-880 du 17 novembre 1993 déterminant le droit au logement ou à une indemnité de logement en faveur de certains fonctionnaires et agent de l'État, modifié et complété par le décret n°2007-527 du 18 juillet 2007 ; CSCA, 23 février 2005, *Sie Sereoue Alphonse contre ministère de l'enseignement technique et professionnalisation*.

<sup>178</sup> Sénégal, CE 27 octobre 1993, *Seydou Mamadou DIARRA* : « alors que la décision querrellée en tant

que mesure de police devait être motivée, surtout qu'elle est défavorable au requérant puisqu'elle lui retire des avantages liés à son statut de réfugié (...) l'administration s'est soustraite à l'obligation qui lui incombait, en la circonstance, de motiver sa décision » ; CE, 22 avr. 2004, arrêt n° 15/04, *Ac A contre État du Sénégal* : « s'agissant d'une mesure de police défavorable au requérant, le ministre est tenu d'indiquer les éléments de fait et de droit sur lesquels il s'est fondé » ; Côte d'Ivoire, ordonnance n° 05/2013 du 18 juillet 2013, *Port autonome d'Abidjan contre Pascal Armement*. Au Cameroun, en principe, la motivation n'est pas obligatoire comme l'indiquait déjà le juge administratif en 1962 : TE, arrêt n°208 du 22 juin 1962, *Ngongang Alexandre contre État du Cameroun* : « Considérant d'une part qu'il est de règle que, sauf dispositions légales ou réglementaires expresses, les actes administratifs... n'ont pas besoin d'être motivés ». Le juge administratif camerounais a, dans une espèce, en date du 26 février 1998, déclaré que les actes administratifs doivent être motivés, alors même que dans le cas d'espèce aucun texte ne l'exigeait. Il déclare en substance : « Attendu en effet que sans aucun souci de motivation, alors que toute décision administrative doit être motivée, ce qui signifie contenir les éléments de fait et de droit qui justifient la mesure ordonnée, la décision attaquée se contente de la formule (...) ; qu'il s'ensuit que le recours est justifié et qu'il y a lieu de prononcer l'annulation de la décision litigieuse » (CS/CA, jugement n°7/97-98 du 26 février 1998, *Dame Takote Megne Madeleine épouse Tignokpa contre État du Cameroun* ; jugement n°42/CS/CA/99-00 du 30 mars 2000, *Wabo Rigobert* ; jugement n°75/CS/CA, 90-91 du 31 janvier 1991, *Mbarga Émile contre Communauté urbaine de Yaoundé*. Lire DIEYE (Abdoulaye), « Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal », *Revue EDJA*, n°81, avril-mai-juin 2009, p. 22.

l'expulsion a été renforcée dans un sens protecteur<sup>179</sup>. À cet effet, l'expulsé doit être notifié de la mesure<sup>180</sup> et mis en demeure de quitter les lieux sous condition de délai<sup>181</sup>. Pour le cas spécifique des réfugiés, l'expulsion ne peut être mise à exécution pendant le délai de recours pour excès de pouvoir ni en cas de recours, avant la fin de la procédure<sup>182</sup>. Par ailleurs, dans leur cas, l'avis d'une commission est requis<sup>183</sup>. On peut néanmoins regretter que le juge administratif sénégalais ait eu à confirmer que : « *dans l'élaboration de l'arrêté d'expulsion, l'administration n'est assujettie à aucune procédure préalable d'audition de la personne à expulser* »<sup>184</sup>. Cette position du juge est contraire à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui admet la

possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre l'expulsion.

Bien plus, l'exécution forcée est soumise à un ensemble de conditions. Il faut l'autorisation de la loi, la résistance de l'administré<sup>185</sup> et surtout l'urgence<sup>186</sup>. Ces conditions sont liées aux conditions substantielles.

Les conditions substantielles portent sur le contenu, l'exactitude des motifs, le but de l'acte d'expulsion et l'absence de contestation sérieuse. S'agissant du contenu, l'expulsion doit être conforme à la réglementation. C'est ainsi que certaines expulsions sont interdites, notamment l'expulsion collective d'étrangers<sup>187</sup> ou encore l'expulsion des réfugiés ou des personnes vers des États où leur vie et leur sécurité seraient en danger<sup>188</sup>. S'agissant des

<sup>179</sup> BONICHOT (Jean-Claude), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *op. cit.*, p. 691.

<sup>180</sup> Cameroun, arrêt n°373/CCA du 3 septembre 1955, *Malapa Paul contre Administration du Territoire*. « Considérant [...] qu'il résulte des pièces et documents de la cause que l'arrêté d'expulsion fut notifié à l'intéressé en personne le 30 août 1954 » ; arrêt n° 208/CCA, *Jean Boone contre Administration du territoire*. Cameroun, article 40 alinéa 2 du décret n° 2000/696/PM du 13 septembre 2000 fixant le régime général des concours administratifs.

<sup>181</sup> Sénégal, article 10 de la loi n°71/010 du 25 janvier 1971 relative aux conditions d'admission, de séjour et d'établissement des étrangers ; articles 4 et 5 de la loi n°68-27 du 24 juillet 1968 portant statut des réfugiés ; article 38 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Cameroun, article 16 de la Convention d'établissement et de circulation des personnes entre la République du Mali et la République fédérale du Cameroun ; article 7 du décret n°91/324 du 9 juillet 1991 fixe les conditions d'attribution et d'occupation de ces logements administratifs ; article 22 alinéa 1 et 25 alinéa 3 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État, modifié et complété par le décret n°90-1480 du 9 novembre 1990 ; article 8 alinéa 1 et 14 alinéa 1 de la loi n° 2005-6 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun. Côte d'Ivoire, article 19 de la loi n°2004-303 du 3 mai 2004 portant modification de la loi n° 2002-03 du 3 janvier 2002 relative à

l'identification des personnes et au séjour des étrangers en Côte d'Ivoire.

<sup>182</sup> Sénégal, articles 4 et 5 de la loi n°68-27 du 24 juillet 1968 portant statut des réfugiés.

<sup>183</sup> Sénégal, article 4 alinéa 2 de la loi n° 68-27 du 24 juillet 1968 portant statut des réfugiés. Cameroun, article 14 alinéa 3 de la loi n° 2005-6 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun.

<sup>184</sup> Sénégal, CS 3 décembre 2010, *Gil Léon Louis Malvielle*.

<sup>185</sup> Cameroun, jugement n°203/2015/TA-YDE du 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Djoukoua Gérard contre État du Cameroun* (MINDEF). Dans cette affaire, le juge administratif considère que : l'expulsion forcée d'un colonel de sa résidence de fonction par « *l'usage abusif de la force par l'État* ».

<sup>186</sup> TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just* ; voir Côte d'Ivoire, arrêt n°190/CA/CS du 30 décembre 2014, *UNETEL contre Directeur général des impôts* ; ordonnance n° 08 du 12 novembre 2013, *Port autonome d'Abidjan contre Ivoire Technique* : « *Considérant d'une part, que la libération des lieux sollicitée par le Port autonome d'Abidjan à l'encontre de la Société Ivoire Technique qui, par suite du retrait de sa décision d'attribution, se trouve être un occupant sans titre, présente un caractère d'urgence...* ».

<sup>187</sup> Article 12 alinéa 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>188</sup> Article 33 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989 ; article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

motifs qui conduisent à l'expulsion, ceux-ci doivent être exacts<sup>189</sup>. Elle ne doit jamais être exercée dans un but privé. C'est pourquoi l'utilité à expulser doit être démontrée<sup>190</sup>. Enfin, l'expulsion ne doit pas se heurter à une contestation sérieuse<sup>191</sup>, notamment sur l'existence du titre juridique. Si ses conditions ne sont pas remplies, l'expulsion peut être contestée.

## **2- La contestation des conditions d'exercice**

L'expulsion peut faire l'objet de contestations en cas de violation des conditions de sa mise en œuvre. En effet, n'étant plus réputé transcendant, l'État voit désormais la contestation de ses prérogatives exorbitantes se développer et

s'approfondir<sup>192</sup>. À cet effet, l'importance du juge dans la protection des droits fondamentaux et dans la promotion de l'État de droit n'est plus à démontrer<sup>193</sup>. Le contrôle qu'il exerce « *a une fonction régulatrice de vérification de la légalité de l'action administrative et une fonction de protection des droits des administrés face à la puissance publique* »<sup>194</sup>. Il s'agit dans ce cas de contrebalancer la violence inhérente à l'expulsion. L'autorité qui expulse, dans tous les cas d'expulsion, n'a donc raison que provisoirement. Sa décision peut être suspendue et annulée. L'obligation de réparer peut être prononcée par le juge administratif<sup>195</sup>.

L'expulsé peut alors solliciter le contrôle<sup>196</sup> de la mesure d'expulsion et

<sup>189</sup> Cameroun, jugement n°24/CS/CA, du 31 janvier 1991, *Mlle Ewono Fouda Joséphine contre État du Cameroun*; jugement n° 38/CS-CA du 30 mars 1995, *Nyam Charles contre État du Cameroun*. Sénégal, CS 13 janvier 2015, *Sidia Bayo*, non publié; CE 22 avril 2004, *Bruno Batrel*, non publié; Côte d'Ivoire, *Port autonome d'Abidjan contre YARA* du 10 février 2015. Lire Goyard (Claude), « Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs », in recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN, Paris, CUJAS, pp. 351-352.

<sup>190</sup> ECKERT (Gabriel), « Occupation privative du domaine public. Régime du référé-expulsion de l'occupant sans titre », *CMP*, n°17, 2018, n°7, p. 168.

<sup>191</sup> Côte d'Ivoire, dans l'ordonnance n° 2/2013/PJ/CA du 7 mars 2013, *Port autonome d'Abidjan contre DAFICI*, le juge justifie sa décision d'expulsion en précisant que : « *considérant d'autre part, que les prétentions du Port Autonome d'Abidjan ne se heurtent à aucune contestation sérieuse...* »; ordonnance n° 3 du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre Société Yara*; ordonnance n° 13 du 23 juillet 2014, *Port autonome d'Abidjan contre Société ITRAO*.

<sup>192</sup> GUIMDO DONGMO (Bernard Raymond), « Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun. Contribution à l'étude d'un droit fondamental », in *RASJ*, vol. 4 n° 1, 2007, pp. 169; DENI SEGUI (René), « Le contrôle de l'administration par la voie du recours pour excès de pouvoir », in Gérard CONAC et J. de GAUDUSSON, *Les Cours Suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, Paris. 1988, pp. 147-191; FALL (Ismaela Madior), « Le contrôle de légalité des actes des collectivités locales au Sénégal », *EDJA*, n° 63, 2004, pp. 61; BONICHOT

(Jean-Claude), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *RIDC*, Vol. 38, n°2, 1986, p. 694.

<sup>193</sup> SY (Demba), « Un demi-siècle de jurisprudence administrative au Sénégal : de l'émergence à la maturation », in (dir.) Alioune SALL et Ismaila Madior FALL, mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ, *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, l'Harmattan, Sénégal, 2017, p. 633. ANDOH (H.), « Le système ivoirien de règlement des litiges administratifs », *RID*, 1980, n°3-4, p.40.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 628.

<sup>195</sup> ABA'A OYONO (Jean-Calvin), *La compétence de la juridiction administrative camerounaise en droit camerounais*, Thèse de doctorat en droit, 20 juin 1994, Université de Nantes, 510 p. GUESSELE ISSEME (Lionel Pierre), *L'apport de la Cour Suprême au droit administratif camerounais*, Thèse de doctorat en droit, Université de Yaoundé II, 2010, 703 p. SY (Demba), « Justice administrative et droit administratif. Un bilan », in Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, *Espaces du service public*, Tome 1, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 663-664; FALL (S), « Le juge administratif sénégalais et la protection des droits et libertés », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir.), *Les nouvelles tendances du droit administratif en Afrique*, Actes des troisièmes rencontres de Dakar, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2018, pp. 91-92.

<sup>196</sup> DIAGNE (Mayacine), *L'efficacité du contrôle contentieux exercé sur l'administration sénégalaise*, thèse de doctorat en droit, université d'Aix-en-Provence, 1990, 410 p.; DENI SEGUI (René), « Le

obtenir, en fonction de sa demande, le sursis à exécution qui est une mesure différant l'exécution de la décision en cause jusqu'à ce qu'il soit éventuellement statué sur le fond du litige<sup>197</sup>. La condition est que la demande ne concerne pas l'ordre public<sup>198</sup>. Il peut aussi solliciter un référé administratif<sup>199</sup> qui permet au juge administratif, sans toucher au fond du litige ni faire obstacle à l'exécution de la décision administrative contestée, d'ordonner des mesures provisoires destinées à préserver les intérêts des parties<sup>200</sup>. Cependant, pour le contentieux de l'expulsion des étrangers, les délais réservés au juge administratif ne sont

pas indiqués. Ce qui est certain, c'est que le régime contentieux ne s'éloigne pas de celui de la reconduction compte tenu de l'urgence de la situation de l'expulsé. Il dispose d'un délai bref pour saisir la juridiction administrative. Il est généralement de quarante-huit heures. Le président de la juridiction saisie dispose d'un délai de huit jours pour statuer sur la demande<sup>201</sup>.

L'expulsé peut obtenir l'annulation de la mesure par le juge et même la réparation du préjudice qu'il aurait subi. L'annulation de la mesure d'expulsion peut être décidée à la suite d'un contrôle de légalité<sup>202</sup> lorsqu'il s'agit d'une expulsion

---

contrôle de l'administration par la voie du recours pour excès de pouvoir », in, Gérard CONAC et Jean du Bois De GAUDUSSON (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique*, Paris, Economica, 1988, p. 182 ; GATSI (Éric-Adol), « Le contrôle juridictionnel des mesures de police en droit administratif camerounais », *Les Annales du droit*, 2019, p. 112. SY (P.M), « Le Conseil d'État sénégalais et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation », *EDJA*, n°41, 1999, p. 19.

<sup>197</sup> Cameroun, ordonnance de référé n° 13 CS/CA/OR/2009 du 17 juillet 2009, *Collectivité Mvog Ella contre État du Cameroun*.

<sup>198</sup> KEUTCHA TCHAPNGA (Célestin), « Le régime du sursis à exécution dans la jurisprudence administrative camerounaise », in *Juridis périodique*, n°38 avril-mai-juin, 1999, pp. 83-92 ; KOBO (Piene-Claver), « Les procédures d'urgence et la Chambre administrative », *Actualités juridiques*, n°49, 2005, p.180. DIOUF (M. S.), « Le sursis à exécution des décisions administratives devant le Conseil d'État sénégalais », *EDJA*, n° 53, avril-mai-juin 2002, pp. 51-56 ; SALL (Alioune), « Le sursis à exécution des décisions administratives dans la jurisprudence sénégalaise », *EDJA*, n° 36, 2010, p. 10 ; YÉDOH (Sébastien Lath), « Le contentieux administratif dans le système ivoirien d'unité de juridiction: éléments d'une typologie », in (dir.) Alioune SALL et Ismaila Madior FALL, mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ, *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, l'Harmattan-Sénégal, 2017, p. 537. NDIAYE (Ameth), « Le référé administratif en Afrique », *Afrilex*, janvier 2020, pp. 14-15.

<sup>199</sup> AIDARA (Mouhamadou Moustapha), « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », in *Revue Électronique Afrilex*, pp. 1-21 ; Côte d'Ivoire, ordonnance n° 20/CS du 22 décembre 2017, *Port autonome d'Abidjan contre L'Union des Armateurs à la pêche fraîche dite UAPF*.

<sup>200</sup> Ordonnance de référé n° 13/OR/CS/CA du 17 juillet 2009, *Collectivité Mvog Ella contre État du Cameroun*.

<sup>201</sup> Article 36 de la loi n° 97/012 du 10 janvier 1997 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers du Cameroun prévoit que l'étranger qui a fait l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière « peut, dans les 48 heures suivant notification de celle-ci, demander son annulation devant la juridiction administrative » ; celle-ci « est tenue, d'après l'article 37, de statuer dans les huit (8) jours qui suivent sa saisine ». ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *Traité de contentieux administratif du Cameroun*, op. cit., p. 273.

<sup>202</sup> DIAGNE (Ndèye Madjiguène), « Brèves réflexions sur le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge sénégalais », *Actualité du droit public et de la science politique en Afrique*, op. cit., p. 528. KANTE (Babacar), *Unité de juridiction en droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse de droit public, Orléans, 1983 ; SY (Demba), *Droit administratif*, Dakar, L'harmattan, CREDILA, 3<sup>e</sup> éd., 2021, 720 p. BLEOU (Djézou Martin), « Unité de juridiction et contentieux administratif: Les exemples ivoirien et sénégalais », *Annales de l'Université de Cocody-Abidjan*, Série A, tome x, 1995, p.129. BADARA (Alioune Fall), « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux, Actes des deuxièmes journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie*, Québec, 29 septembre au 2 octobre 1999, Bruylant, 2000, p. 309. Cameroun, ordonnance n°12/OSE/PCA/78-79 du 7 août 1979, *Deudie Joseph contre État du Cameroun* ; jugement n°85/CS/CA du 24 novembre 2003, *Adamou Paul contre État du Cameroun*. Côte d'Ivoire, ordonnance n° 13 du 23 juillet 2014, *Port autonome d'Abidjan contre Société ITRAO* ;

administrative. L'illégalité externe de l'acte peut conduire à son annulation comme ce fut le cas dans l'affaire *Yayo Sagou Ambroise* en Côte d'Ivoire où le juge administratif sanctionne l'acte lorsque l'expulsion n'a pas été prononcée par l'autorité compétente<sup>203</sup>. Il affirme que : « *l'acte expulsant un agent de son logement porte la signature du collaborateur du ministre et non celle du ministre sans qu'il y ait une délégation de pouvoir* ». L'illégalité interne de l'acte peut aussi conduire à l'annulation de l'acte. C'est dans ce sens que le juge administratif ivoirien annule une expulsion en soutenant que : « *le ministre de la sécurité, en expulsant un national ivoirien, le contraint à l'exil en violation des dispositions de l'article 12 susvisé* »<sup>204</sup>. L'annulation peut aussi résulter du contrôle d'opportunité<sup>205</sup> et de proportionnalité<sup>206</sup>.

Pour la réparation, l'affaire *Pr Njock Georges Edward* au Cameroun est

suffisamment édifiante<sup>207</sup>. Après avoir subi une sanction de déplacement d'office et d'un retrait des enseignements par le Chancelier, le Pr Njock fut expulsé de son bureau de l'Université de Yaoundé grâce au recours de la force publique au motif de son refus de libérer les lieux. Le juge d'instance avait condamné l'Université et la décision fut confirmée en appel au motif que : « *la mesure d'expulsion (...) se présente comme une mesure d'exécution de la décision querellée dont elle constitue une conséquence inéluctable ; que la décision mère étant illégale, toutes les mesures qui en sont issues sont ipso facto entachées de nullité (...) et ne peut le priver de son droit à réparation* ». Dans le cadre de l'expulsion juridictionnelle, l'ordonnance de référé peut faire l'objet d'appel. Dans tous les cas, la responsabilité<sup>208</sup> de l'administration peut être recherchée au vu du préjudice qu'aurait subi l'expulsé<sup>209</sup>. Enfin, le juge judiciaire

l'ordonnance n°3 du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre Société Yara*.

<sup>203</sup> Côte d'Ivoire, arrêt n°11/CSCA 26 mai 1999, *Yayo Sagou Ambroise* ; l'acte expulsant un agent de son logement portait la signature du collaborateur du ministre et non celle du ministre sans qu'il y ait une délégation de pouvoir.

<sup>204</sup> Côte d'Ivoire, Cour suprême, chambre administrative, 18 mai 2016, arrêt n° 85, *Abdul Reda Ibrahim C/ministre de la Sécurité intérieure*.

<sup>205</sup> Il permet de savoir si la mesure est justifiée. Ce contrôle permet de vérifier les considérations d'intérêts, d'utilité et de justice amenant une autorité à prendre des actes. Sénégal, CE, 27 octobre 1993, *Seydou Mamadou DIARRA* ; CS/arrêt n° 19 du 23 mai 2019, *Assane BA et deux autres contre État du Sénégal* ; CS 3 décembre 2010, *Gil Léon Louis Malvielle*. Côte d'Ivoire, ordonnance n° 005 du 18 juillet 2013, *Port autonome d'Abidjan contre Pascal Armement* ; ordonnance n° 13 du 23 juillet 2014, *Port autonome d'Abidjan contre Société ITRAO* ; Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre administrative, 20 avril 1988, *FADOUL El Achkar Zouhait Michel contre ministère de la Sécurité intérieure*. Cameroun, TE, arrêt n°208 du 22 juin 1962, *Ngongang Alexandre contre État du Cameroun* ; jugement n°7/CS/CA/97-98 du 26 février 1998, *Dame Takote Megne Madeleine épouse Tignokpa contre État du Cameroun* ; jugement n°42/CS/CA/99-00 du 30 mars 2000, *Wabo Rigobert*.

<sup>206</sup> Sénégal, Cour suprême, chambre administrative, 23 mai 2019, arrêt n° 19, *Assane BA et deux autres contre État du Sénégal*. Il s'agit de la règle de pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'intérêt général. LEVOA AWONA (Serge-Patrick), « L'exigence de proportionnalité dans le droit camerounais de l'expulsion des étrangers », *R.R.J.*, n°4, 2017, p. 1577 ; SANGO (Aboubakar), « Les tendances actuelles du contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Afrique : étude comparée à partir des cas du Bénin, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire », *CeDAT*, 2015, p. 335. GATSI (Éric-Adol), « Le contrôle juridictionnel des mesures de police en droit administratif camerounais », *Les Annales de droit*, n°13, 2019, pp. 1-27. Voir DIAGNE (Madjiguène), *Méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse de doctorat d'État en Droit public, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Faculté des Sciences juridiques et politiques, 1995, pp. 410-411.

<sup>207</sup> Cameroun, arrêt n°14/A du 19 juillet 1990, *Université de Yaoundé contre Pr Njock Georges Edward*.

<sup>208</sup> Il en est de même de la responsabilité internationale en cas d'expulsion illicite constituant un fait internationalement illicite.

<sup>209</sup> Cameroun, arrêt n°373/CCA du 3 septembre 1955, *Malapa Paul contre Administration du territoire* ; arrêt n°98/CFJ/CAY du 27 janvier 1970,

sera compétent pour la contestation de l'expulsion intervenue sur le domaine privé. C'est dire que le régime de l'expulsion vise à limiter les abus que pourrait subir l'expulsé, il reste que les droits reconnus ne limitent que de façon modérée l'expulsion

### **B- La limitation modérée par les droits**

Le droit administratif est devenu « *un instrument d'équilibre, un outil de conciliation entre la puissance publique (...) et les droits des citoyens* »<sup>210</sup>. Plus que par le passé, les droits des administrés doivent être pris en compte par l'action administrative. L'existence de ces droits, sans constituer des barrières à l'expulsion, en est néanmoins une limite. Seulement, ceux reconnus tant à l'expulsé (1) qu'aux tiers (2) sont modérés.

#### **1- La consécration insuffisante des droits aux expulsés**

Dans la mesure où l'expulsion touche l'individu dans ses droits fondamentaux, l'autorité qui expulse doit concilier l'exercice de ce pouvoir avec les droits garantis par la Constitution et les normes internationales<sup>211</sup>. L'expulsion doit en principe tenir compte des intérêts de la personne morale ou physique expulsée puisqu'il y a une vie pendant et après l'expulsion. L'expulsé peut donc être sans titre, mais pas sans droit<sup>212</sup> même s'il est

pratiquement impossible d'avoir une conciliation absolue entre expulsion et droits des expulsés. En effet, si certains droits leur sont reconnus, il reste qu'ils bénéficient d'une sécurisation limitée. L'expulsion représente dans une certaine mesure une menace pour les droits. Ceux qui intéressent sont les droits extrapatrimoniaux et les droits patrimoniaux.

Les droits extrapatrimoniaux bénéficient d'une certaine consécration. Il s'agit des droits qui touchent la personne et non son patrimoine. En fonction des domaines, les droits sont reconnus en raison de la situation de la personne, qu'elle soit en situation régulière ou pas. En dehors des cas d'usage de la force suite à la résistance de l'expulsé, sont donc reconnus à tous les expulsés : le droit d'être informé et le droit à la protection de leur vie. Pour les étrangers et réfugiés, ils ne peuvent être expulsés dans un État d'accueil où leur droit à la vie et leurs libertés individuelles peuvent être violés. Ils ne peuvent être expulsés dans les États en crise. L'État qui expulse doit prendre en compte des risques que présente pour l'expulsé le retour au pays<sup>213</sup>. La liberté pour l'expulsé de choisir un État de destination doit être respectée<sup>214</sup>. Il est également tenu compte du respect de la vie privée<sup>215</sup>. Il s'impose aux autorités une obligation de respecter les droits de l'homme de l'étranger ou du réfugié au cours de l'expulsion ou pendant la détention en vue de l'expulsion<sup>216</sup>. L'expulsion des

*Obam Eteme Joseph contre République fédérale du Cameroun*. Lire BILONG (Salomon), *Responsabilité de la puissance publique et compétence du juge en droit Camerounais*, thèse de Doctorat en droit public, université de Yaoundé II, 1998, 335 p.

<sup>210</sup> AUBY (Jean-Bernard), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 925.

<sup>211</sup> Voir article 16 de la Convention d'établissement et de circulation des personnes entre la République du Mali et la République fédérale du Cameroun ; article 5 de la Convention générale relative à la situation des personnes et aux conditions d'établissement.

<sup>212</sup> COSTA (Delphine), « L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public à l'épreuve de

la convention européenne des droits de l'homme », in mélanges en l'honneur de Étienne FATOME, *Bien public, bien commun*, Paris, Dalloz, 2011, p. 90.

<sup>213</sup> LECADET (Clara) et CHAPPART (Pascaline), « Les expulsés leur voix, leurs droits », *op. cit.*, p. 5.

<sup>214</sup> KAMTO (Maurice), *L'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>215</sup> Les droits fondamentaux prévus dans le cadre des textes internationaux et nationaux demeurent applicables : interdiction de la soumission à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit à la santé, à la scolarité, au traitement médical, etc.

<sup>216</sup> KAMTO (Maurice), *L'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, p. 213. Article 14 alinéa 3 de la loi n° 2005-

agents occupant les domiciles de fonction, au risque d'être abusif<sup>217</sup>, doit respecter son intégrité physique et morale. Outre les droits extrapatrimoniaux qui sont pris en compte, hormis le cas des occupations domaniales où ils ne sont pas véritablement mis en exergue, les droits patrimoniaux sont par contre éprouvés à l'occasion de l'expulsion. Les droits patrimoniaux bénéficient d'une prise en compte limitée. Dans le cadre de l'expulsion des étrangers et des réfugiés, les normes nationales sont muettes sur le sort des biens des expulsés. Ce sont les normes internationales qui exigent leur prise en compte au moment de l'expulsion<sup>218</sup>. Au risque de voir sa responsabilité engagée, l'État expulsant devrait avoir la possibilité de liquider la situation et les intérêts des expulsés avant qu'ils ne quittent le territoire<sup>219</sup>. L'expulsé doit avoir la possibilité de récupérer ses effets. Par ailleurs, des droits de créances leur sont reconnus par la législation fiscale qui dispose qu'« *en cas de cessation d'activité (...) pour cause d'expulsion, les droits ne sont dus que jusqu'à l'expiration du mois en cours. Décharge du surplus est accordée sur déclaration du redevable, présentée dans les trois mois suivants l'événement* »<sup>220</sup>. Il est également prévu la restitution des avances

de redevances d'occupation<sup>221</sup>. C'est davantage dans le cadre de l'occupation des dépendances domaniales que les droits patrimoniaux sont éprouvés.

Dans le cas de l'occupation des domaines public et privé, tout occupant a, « *sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par son titre d'occupation* »<sup>222</sup>. Ce droit réel constitue « *le principal instrument de valorisation du domaine public* »<sup>223</sup>. La constitution de droits réels pendant la période de l'autorisation ou du contrat<sup>224</sup> est une garantie de la meilleure valorisation du domaine et l'occupant demeure propriétaire pendant la validité du titre<sup>225</sup>. Alors, à l'occasion de l'occupation régulière et même dans les cas d'occupation irrégulière, des droits réels peuvent se grever sur la dépendance. Leur sort est alors mis à l'épreuve en cas d'expulsion.

En ce qui concerne les constructions, à l'issue de l'expulsion, « *la dépendance illégalement occupée doit être remise dans son état primitif, soit le propriétaire domanial devient propriétaire des constructions par le mécanisme de l'accession...* »<sup>226</sup>. L'autorité domaniale

6 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun.

<sup>217</sup> Cameroun, jugement n°203/2015/TA-YDE du 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Djoukoua Gérard contre État du Cameroun* (MINDEF).

<sup>218</sup> Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme établit que : « *nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété* ». Voir Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers ; article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Lire KAMTO (Maurice), *L'expulsion des étrangers*, *op.cit.*, 275 p.

<sup>219</sup> Voir l'affaire *Hollander contre Guatemala* (Foreign Relations, 1895, II, 776) citée par KAMTO (Maurice), *L'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>220</sup> Cameroun, Code général des impôts, Livre troisième, article C-20. Voir en Côte d'Ivoire l'article 13 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>221</sup> Côte d'Ivoire, article 13 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>222</sup> Côte d'Ivoire, articles 6 et 35 alinéa 1 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>223</sup> GAUDEMET (Yves), « La circulation des propriétés publiques », *JCP*, n° 43-44, 2006, n°1343.

<sup>224</sup> LAVIALLE (Christian), « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État. Commentaire de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 portant réforme du code du domaine de l'État et de la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 du 21 juillet 1994 s'y rapportant », *RFDA*, 1994 p. 1106.

<sup>225</sup> FATÔME (Etienne) et TERNEYRE (Philippe), « *Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ?* », *RFDA*, 1997, p. 935.

<sup>226</sup> CE, 4 mars 1991, *Palanque* ; ROUX (Christophe), « Le sort des biens construits par le sous-occupant du domaine public à l'expiration de son titre d'occupation », *JCP*, n°28, 2017, p. 2182.

peut décider d'expulser les occupants et s'abstenir de procéder à la démolition des constructions<sup>227</sup>. C'est dire que l'occupant sans titre n'a pas de droit, même dans le cas d'une occupation irrégulière tolérée. Il perd tout droit sur les constructions effectuées qui reviennent, gratuitement, la propriété du propriétaire du domaine<sup>228</sup>.

En ce qui concerne l'indemnisation, si l'expulsion est anticipée avant l'expiration du titre, l'occupant est fondé à obtenir une indemnisation<sup>229</sup>. L'indemnisation du titulaire de droits réels en cas d'expulsion à la suite du retrait du titre, pour un motif d'intérêt général, avant son terme est donc un droit<sup>230</sup>. Par contre, l'occupant irrégulier ou qui n'exécute pas ses obligations ne peut être indemnisé des dommages subis à la suite d'une expulsion<sup>231</sup>. Ainsi, l'illégalité de l'occupation du domaine public emporte l'effet exonératoire<sup>232</sup> de responsabilité de l'administration. Les droits de l'occupant sans titre disparaissent selon qu'il a été expulsé à la suite de la remise en cause d'un titre valide ou non. Les droits des tiers ne bénéficient pas d'une meilleure prise en compte.

<sup>227</sup> OBAKER BALINAN (Samuel), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p. 388.

<sup>228</sup> Côte d'Ivoire, article 64 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatives aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public. Sénégal, articles 38 et 39 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Cameroun, article 25 alinéa 1 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État, modifié et complété par le décret n°90-1480 du 9 novembre 1990.

<sup>229</sup> Cameroun, article 20 alinéa 1 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État. Côte d'Ivoire, article 39 de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public. La Cour européenne des droits de l'Homme est assez précise à ce propos. Pour elle « l'occupant sans titre ne bénéficie d'aucune protection - et par voie de conséquence - d'aucune indemnisation en cas de destruction de ses ouvrages illégalement implantés

## 2- La considération insuffisante des droits des tiers

Les rapports administratifs lient nécessairement les administrés les uns les autres et à l'État<sup>233</sup>. C'est dire que la conduite d'un sujet de droit peut être nuisible ou utile à d'autres. Tel est le cas de l'expulsion qui affecte les droits des tiers puisqu'ils peuvent avoir été en affaires avec l'expulsé, avoir acquis des droits ou être en danger de leur fait. À l'occasion de l'expulsion, les droits des tiers bénéficient d'une prise en compte dont il convient de présenter les déclinaisons même si à bien des égards elle est atténuée.

En expulsant une personne, les droits des tiers peuvent par ricochet se trouver garantis. C'est dire que de façon directe ou indirecte, l'expulsion a pour but la protection des tiers. De façon directe, l'expulsion permet de protéger les droits des tiers détenteurs de titres. De façon indirecte, elle protège les droits des tiers non-détenteurs de titres. Et dans tous les cas, les tiers peuvent contester le refus d'expulser de l'administration.

D'abord, l'expulsion protège les droits des tiers détenteurs de titres qui leur

sur le domaine public » : CEDH, 29 mars 2010, *Depalle contre France* ; CEDH, 29 mars 2010, *Brosset-triboulet et autres contre France*.

<sup>230</sup> DUFAU (Jean), « Le retrait du titre. Loi du 25 juillet 1994 », *JCP*, 1996, p. 1275.

<sup>231</sup> Cameroun, articles 22 et 25 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État modifié et complété par le décret n°90-1480 du 9 novembre 1990. Sénégal, article 38 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Côte d'Ivoire, article 64 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatif aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>232</sup> KOBO (Pierre-Claver), « Un contentieux en expansion : l'expulsion des occupants sans titre du domaine public par la voie du référé administratif », op. cit., p. 7. CE 20 juin 1980, *Commune d'Aix-Les Thermes*.

<sup>233</sup> BIGOT (Grégoire), « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », op. cit., p. 41.

permettent de bénéficier du droit initialement détenu par la personne expulsée soit en raison de l'absence de titre, soit en raison de son extinction du fait de l'expiration, du retrait ou de la résiliation. Il en est de même des personnes détenant des titres et qui sont concurrencées par la présence d'un occupant sans titre.

L'expulsion vise alors d'une part la garantie des droits des nouveaux détenteurs des titres sur le lieu libéré. Dans le cas de l'occupation des domaines public ou privé, l'expulsion donne la possibilité au nouveau détenteur d'un titre juridique de prendre pleine possession de la dépendance afin d'y exercer l'activité pour laquelle le titre lui a été attribué. Ce titre lui donnant tout droit au détriment de l'expulsé. Le juge administratif ivoirien ne manque pas de le rappeler dans l'affaire *Port autonome d'Abidjan contre Ivoire Technique* en ces termes : « *considérant d'une part, que la libération des lieux sollicitée par le Port autonome d'Abidjan à l'encontre de la Société Ivoire Technique qui, par suite du retrait de sa décision d'attribution, se trouve être un occupant sans titre, présente un caractère d'urgence en ce que d'une part, le maintien dans les lieux sans droit de la société Ivoire Technique compromet la bonne exploitation du domaine public portuaire, objet de multiples et pressantes sollicitations et d'autre part, le lot a déjà fait l'objet d'une nouvelle attribution dont le bénéficiaire*

*attend de jouir de ses droits*»<sup>234</sup>. Cette logique est suivie au Cameroun et au Sénégal, car l'expulsion y est aussi justifiée par la volonté de permettre l'exercice des droits par le nouveau titulaire<sup>235</sup>. L'expulsion permet ainsi aux nouvelles personnes agréées d'exercer leurs droits conformément à l'affectation du domaine. Tel est également le cas dans le cadre de l'occupation des logements de fonction où l'expulsion vise la facilitation de l'exercice des droits du nouvel occupant du logement ayant acquis la fonction y donnant droit. Cette expulsion permet dans ce cas de protéger l'égalité de traitement entre l'ensemble des fonctionnaires<sup>236</sup>. À cet effet, « *tout agent attributaire d'un logement administratif est tenu de l'occuper dans un délai* »<sup>237</sup>, l'expulsion est donc une arme au service de ce droit en cas de non-libération des lieux dès la perte de la fonction.

L'expulsion vise d'autre part la garantie des droits des occupants réguliers concurrencés. Cela est perceptible en matière d'occupation des dépendances domaniales où l'absence de titre se révèle être une anomalie qui fausse le jeu de la concurrence. Les opérateurs occupant régulièrement le domaine public subissent un préjudice financier lié à la concurrence déloyale dans laquelle ils se trouvent avec l'occupant sans titre. L'expulsion assure la protection des tiers occupants réguliers

<sup>234</sup> Côte d'Ivoire, ordonnance n° 08 du 12 novembre 2013, *Port autonome d'Abidjan contre Ivoire Technique* ; ordonnance n° 2 du 7 mars 2013, *Port autonome d'Abidjan contre DAFCI* ; ordonnance n° 2 du 10 février 2015, *Port autonome d'Abidjan contre CI Engineering*.

<sup>235</sup> Cameroun, article 25 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État modifié et complété par le décret n°90-1480 du 9 novembre 1990. Sénégal, la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985.

<sup>236</sup> FAURE (Bertrand), « Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale. Toujours à propos du pouvoir réglementaire local », *RFDA*, 1996, p. 105.

<sup>237</sup> Sénégal, article 13 du décret n°2014-769 abrogeant et remplaçant le décret n°91-490 du 8 mai 1991 fixant les conditions d'attribution et d'occupation des logements administratifs. Cameroun, article 8 du décret n°91/324 du 9 juillet 1991 fixe les conditions d'attribution et d'occupation de ces logements administratifs ; jugement n° 203/2015/TA-YDE du 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Djoukoua Gérard contre État du Cameroun (MINDEF)*. Côte d'Ivoire, décret n°93-880 du 17 novembre 1993 déterminant le droit au logement ou à une indemnité de logement en faveur de certains fonctionnaires et agent de l'État, modifié et complété par le décret n°2007-527 du 18 juillet 2007 ; CSCA, 23 février 2005, *Sie Sereou Alphonse contre ministère de l'enseignement technique et professionnalisation*.

concurrents et préserve le principe d'égalité de tous les citoyens devant le service public.

Ensuite, l'expulsion permet de protéger les droits des tiers non-détenteurs de titres. Deux cas de figure se présentent. Le premier concerne la possibilité des nouvelles utilisations offerte par l'expulsion, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une possibilité offerte à ceux qui souhaitent utiliser de façon privative le bien de la personne publique. L'expulsion ouvre donc la voie à l'obtention des titres d'occupation. Le second concerne de façon générale l'ensemble de la collectivité. À cet égard, l'expulsion dans le cadre du domaine public permet la réalisation de l'utilisation normale conforme à l'affectation : soit à l'usage direct du public, soit à un service public. En réalité, en l'absence de titre, les tiers doivent pouvoir utiliser le domaine qui a retrouvé son affectation initiale. L'expulsion permet d'évincer les occupants sans titre qui gênent, obstruent ou paralysent le droit à l'usage de tous.

Dans le cadre de l'expulsion des étrangers et des réfugiés, il convient de souligner que cette mesure de façon latente vise la protection des nationaux des dangers que pourraient représenter ces derniers pour l'exercice de leurs droits. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, la responsabilité sans faute et pour abstention fautive du refus d'expulser de l'administration peut être engagée.

Enfin, les tiers peuvent contester le refus d'expulser, car « *le juge, de protecteur de l'administration, devient de plus en plus protecteur des droits des citoyens rétablissant ainsi l'équilibre* »<sup>238</sup>. En effet,

s'il peut être compréhensible que le refus d'expulser pour des motifs d'ordre public soit possible<sup>239</sup>, l'expulsion pouvant dégénérer, il faut dire que ce refus peut également être préjudiciable au tiers qui serait bénéficiaire de ladite expulsion. Ce qui peut créer une injustice, voire une inégalité. La contestation est possible devant le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours en indemnisation. Ainsi, la tolérance d'une occupation irrégulière d'une dépendance<sup>240</sup> ou d'un logement, d'un fauteur de troubles, ou d'un étranger et d'un réfugié menaçant l'ordre public peut faire l'objet d'un contentieux de l'excès de pouvoir puisque l'administration maintient, au-delà du raisonnable, la personne sur les lieux. Le fait pour l'administration de s'abstenir d'expulser peut donc être annulé par le juge administratif. Son choix de laisser est alors un choix illégal. Ce choix contribue à encourager le bénéficiaire de la tolérance dans la violation de la règle de droit<sup>241</sup>. C'est pourquoi les tiers peuvent engager la responsabilité de l'administration pour les préjudices résultant de la non-application de la règle de droit. Il en est de même de l'absence d'expulsion d'un occupant d'un domicile de fonction qui prive le nouvel occupant d'un droit. Les tiers occupants réguliers du domaine public peuvent obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques<sup>242</sup>, c'est-à-dire lorsque l'attitude de l'administration, qui ne prend pas la mesure d'expulsion ou ne la sollicite pas au juge de référé, a pour effet d'avantager anormalement un particulier ou un groupe

<sup>238</sup> SY (Demba), « Un demi-siècle de jurisprudence administrative au Sénégal : de l'émergence à la maturation », *op. cit.*, p. 633. Lire aussi ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *L'application de la légalité par l'administration au Cameroun*, thèse de doctorat Ph. D. en droit public, université de Yaoundé II, 2009, 513 p.

<sup>239</sup> CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*.

<sup>240</sup> LOMBARD (Frédéric), « Les tolérances administratives en matière d'occupation sans titre du domaine public », *RRJ*, 2007, p. 807.

<sup>241</sup> TALLINEAU (Lucile), « Les tolérances administratives », *AJDA*, 1978, p. 33.

<sup>242</sup> BILONG (Salomon), « L'insaisissable responsabilité sans faute de la puissance publique en droit camerounais », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, tome 1, vol 1, 1997, pp. 87-101.

de particuliers et de désavantager les demandeurs<sup>243</sup>. Les tiers peuvent également engager la responsabilité de l'administration pour le défaut d'expulsion en vue du maintien de l'ordre public. Cette protection des tiers est toutefois atténuée.

La prise en compte des droits des tiers n'est pas absolue. À plusieurs égards, les tiers se retrouvent sans droits. C'est le cas dans la mesure où ils ne reçoivent pas d'indemnités et leurs créances ne sont pas considérées.

La première atténuation est liée à l'absence d'indemnités au profit des tiers dans le cadre de l'expulsion. S'agissant de l'expulsion des dépendances domaniales, on assiste à la disparition des droits des tiers au même moment que ceux de l'occupant évincé. Ils ne perçoivent pas d'indemnités<sup>244</sup>, sauf dans le cas de l'expulsion à la suite d'un retrait anticipé en dehors des raisons d'inexécution des obligations. Une distinction aurait pu être opérée entre le tiers de mauvaise foi et le tiers de bonne foi. Dans la première hypothèse, il est tout à fait normal que l'indemnité ne soit pas accordée puisque le tiers avait connaissance de l'inexistence du titre juridique. Dans la seconde, le tiers de bonne foi, qui peut aussi être expulsé, devrait recevoir des indemnités pour les réalisations effectuées sur la dépendance. Les biens des tiers de bonne foi que l'occupant sans titre utilisait<sup>245</sup> devraient

ouvrir normalement un droit aux indemnités, ce qui n'est pas prévu par la réglementation. L'État jouit d'un droit de « reprise de l'immeuble avec tous les aménagements, constructions et installations qu'il comporte (...) et sans indemnité »<sup>246</sup>, y compris ceux des tiers partenaires de bonne foi surtout lorsque l'occupant est sans titre ou n'a pas exécuté ses obligations. Il ne reste au tiers que la possibilité de se retourner contre l'expulsé.

L'obtention des indemnités n'est également pas prévue dans le cas des expulsions des étrangers et réfugiés lorsque les tiers étaient leurs partenaires. C'est dire que des créances peuvent rester non soldées.

La seconde atténuation est relative à l'absence de prise en compte des droits de créances des tiers. L'expulsion dans le cadre de l'occupation des dépendances domaniales « éteint à la date de sa publication les hypothèques inscrites ainsi que, le cas échéant, les autres droits consentis par le preneur »<sup>247</sup>. La seule exception concerne le retrait anticipé où les droits des créanciers régulièrement inscrits sont reportés sur l'indemnité versée à l'expulsé<sup>248</sup>. Les droits de créances des tiers disparaissent dans le cadre de l'occupation sans titre et de l'inexécution des obligations.

Les textes sont silencieux sur le sort des droits des tiers dans le cadre de l'expulsion des étrangers et des réfugiés. Ceux-ci peuvent avoir été en affaires avec

<sup>243</sup> Sénégal, article 142 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration.

<sup>244</sup> Cameroun, article 22 alinéa 2 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État modifié et complété par le décret n° 90-1480 du 9 novembre 1990. Sénégal, la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État, modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Côte d'Ivoire, article 64 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatives aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>245</sup> ROULET (Louis), « Les biens de tiers dans les contrats de concession de service public », *AJDA*, 2019, p. 1488.

<sup>246</sup> Sénégal, article 38 de la loi n°76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État modifiée par la loi n°85-15 du 25 février 1985. Cameroun, article 20 du décret n°76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État.

<sup>247</sup> Cameroun, article 25 alinéa 2 du décret n° 76-167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'État modifié et complété par le décret n°90-1480 du 9 novembre 1990. Côte d'Ivoire, article 63 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatif aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

<sup>248</sup> Côte d'Ivoire, article 63 du décret n° 2016-788 du 12 octobre 2016 relatif aux modalités d'application de l'ordonnance n° 2016-588 du 3 août 2016 portant titres d'occupation du domaine public.

les tiers avant leur expulsion qui peut être d'office. Il règne alors une incertitude sur le sort des engagements pris par l'expulsé. En cas de prêt, de bail, d'obligation de livraison d'une chose au cas où il aurait un établissement de commerce, le débiteur expulsé laisse les tiers dans l'incertitude du règlement de la prestation. Il s'agit d'une situation qui n'est pas clarifiée par les textes nationaux, mais l'expulsion devrait pouvoir leur permettre de régler ou liquider leur situation et leurs intérêts, tant actifs que passifs, sur le territoire. Faute pour l'État qui expulse d'accorder cette possibilité, les tiers peuvent se retourner contre lui.

### Conclusion

Le droit administratif au Cameroun, en Côte d'Ivoire et au Sénégal reconnaît des pouvoirs à l'administration parmi lesquels l'expulsion. Elle fait l'objet d'une appréhension contrastée. Elle est mise en œuvre pour neutraliser les dérives. À cet effet, elle est utilisée comme moyen de réprobation des violations des normes juridiques et d'élimination des perturbations des activités publiques. Cependant, ce pouvoir est confronté aux droits des administrés. L'avènement de l'État de droit exige un juste équilibre entre les pouvoirs de l'administration et les intérêts des administrés. Le droit administratif est alors affecté inévitablement par les évolutions<sup>249</sup> qui exigent la protection du citoyen, en aval comme amont de l'action administrative, contre l'arbitraire administratif<sup>250</sup>. Désormais fondé sur la protection des droits fondamentaux<sup>251</sup>, le droit administratif des États africains limite le pouvoir d'expulser. Il est soumis à un ensemble de conditions de mise en œuvre dont la violation peut faire

l'objet de contentieux. Par ailleurs, si des droits sont reconnus aux expulsés et aux tiers, ceux-ci sont encore insuffisants. Le droit administratif en matière d'expulsion n'apporte donc qu'une protection relative. Pourtant, comme l'indiquait Jean Rivero en schématisant la pensée de Maurice Hauriou, « *il doit être orienté vers une fin précise : le service de l'homme, assuré, tout à la fois par l'efficacité du pouvoir et par sa limitation* »<sup>252</sup>.

<sup>249</sup> GUEYE (Babacar), « Les transformations de l'État en Afrique : l'exemple du Sénégal », *Revue internationale de droit africain EDJA*, n°54, 2002, pp. 7-50

<sup>250</sup> DEBBASCH (Charles), « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in mélanges en l'honneur de René CHAPUS, Paris, Montchrestien, 1992, p. 133.

<sup>251</sup> AUBY (Jean-Bernard), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 925.

<sup>252</sup> RIVERO (Jean), « Maurice Hauriou et le droit administratif », in *pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 40.

## L'OUBLIÉ DE L'ARRÊT « BAC D'ELOKA »

Par

**Dr Gilles Carson OSSETE OKOYA**

*Maître-Assistant à la faculté de droit de l'Université Marien N'gouabi de Brazzaville*

**Résumé :** *L'affaire de l'oublié du Bac d'Eloka, pour l'appeler autrement que sous l'appellation célèbre de Société commerciale ouest africain, est une historiographie du droit imposé par la puissance coloniale. Ce droit des privilèges, celui de « l'homme civilisé » et donc de l'exclusion de certains. C'est une histoire du droit administratif pas au sens d'un récit mais celle de la confection et de l'expérimentation des privilèges reconnus à l'administration, celle de la fable du pot de terre contre le pot de fer. Telle est la position de l'indigène, sans droit ni privilège, dans sa relation avec l'administration coloniale. Et pourtant ce dernier a participé à l'action de l'administration et la réalisation des intérêts de la colonie... L'affaire de l'oublié de l'arrêt du Bac d'Eloka est donc celle de l'identité du droit administratif, aussi africain ; celle des standards du droit administratif : service public, personne morale de droit public qu'est la colonie, de la collaboration avec l'administration et de la légalité neutre. Cette affaire révèle aussi le rapport de différenciation fonctionnelle du droit colonial aux origines du droit administratif africain – un droit malléable en fonction des intérêts en quête d'une construction perpétuelle de l'État de droit en Afrique noire francophone face à la difficile soumission de la puissance – du pouvoir – au droit.*

**Mots-clés :** Droit administratif africain - indigène – personne morale de droit public – collaborateur – service public — intérêt colonial.

### *The forgotten "Bac d'Eloka" ruling*

**Summary :** The case of the forgotten "Eloka ferry", to call it something other than the famous West African Trading Company, is a historiography of the law imposed by the colonial power. The law of privilege, the law of the 'civilised man', and therefore of the exclusion of certain people. It's a history of administrative law, not in the sense of a narrative, but of the creation and experimentation of privileges granted to the administration, that of the fable of the pot of earth against the pot of iron. Such is the position of the native or indigenous, with no rights or privileges, in his relationship with the colonial administration. And yet he participated in the actions of the administration and the realization of the interests of the colony... The case of the forgotten Eloka ferry ruling is therefore about the identity of administrative law, also African ; about the standards of administrative law : public service, the colony, legal entity under public law, collaboration with the administration and neutral legality. This case also reveals the relationship of functional differentiation of colonial law at the origins of African administrative law - a malleable law according to interests in the quest for perpetual construction of the rule of law in French-speaking black Africa, faced with the impossible submission of power - from power - to the law.

**Keywords :** African administrative law - indigenous - legal person under public law - collaborator - public service - colonial interest.

## INTRODUCTION

L'année 2021 a été celle du centenaire de l'arrêt « Bac d'Eloka », un des grands arrêts de la jurisprudence administrative, pas seulement française<sup>1</sup>. L'arrêt Bac d'Eloka est celui rendu par le Tribunal des conflits le 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain contre la colonie de la Côte d'Ivoire. Cet arrêt fait partie des mythes fondateurs du droit public et devient une légende dont le centenaire a mobilisé toute la doctrine administrativiste. L'apport de cet arrêt pour le droit administratif est aujourd'hui acquis ; l'ensemble de ses conséquences sont établies.

La référence à la colonie de Côte d'Ivoire rappelle la localisation des faits à l'origine de cet arrêt célèbre, devenu intemporel du fait de sa portée. Cet arrêt rappelle aussi l'histoire du droit administratif et de l'administration coloniale française. Il a permis d'intégrer dans le champ du service public des activités dont le caractère d'intérêt général n'était pas évident en raison de leur nature commerciale et industrielle. Le juge administratif avait retenu la qualité de service public en raison de l'exploitation par la colonie d'un Bac sur la lagune du Lac d'Ebrîé. Cette exploitation était donc une activité d'intérêt général pour la colonie. L'arrêt du Bac d'Eloka a défini, en filigrane, le statut juridique de la colonie, une personne publique, et a précisé dans le même

temps la nature des activités prises en charge par cette même personne publique dont le caractère d'intérêt général fut indiscutable.

Le rapport entre le droit administratif français et l'Afrique noire commence par les faits à l'origine de cet arrêt. Le droit administratif français est aussi un droit qui s'est construit en dehors de la métropole et, ce faisant, avec la colonisation. En effet, cette entreprise impériale a gagné les terres d'Afrique dans la première moitié du XIXe siècle. Le partage du continent au Congrès de Berlin a accéléré la colonisation de tout le continent à l'exception de l'Éthiopie et du Liberia<sup>2</sup>. Il est donc ici question de la colonisation française. Celle-ci a favorisé d'importants transplants juridiques dont les séquelles profondes sont encore perceptibles<sup>3</sup>. Toutefois, cet arrêt ne renvoie pas seulement à un exposé de droit colonial. Il renseigne sur les origines africaines du droit administratif, quand bien même il serait « (...) un droit exclusivement celui de l'État et qui s'est développé dans l'Europe continentale au XIXe siècle »<sup>4</sup>.

La jurisprudence administrative n'a certainement pas permis aux étudiants de droit de prendre conscience de l'étendue de l'Empire colonial, dès lors qu'il était question d'étudier le Bac d'Eloka ou le refus de l'usage de la force publique dans le protectorat de Tunisie<sup>5</sup> ou encore la domanialité publique dans les Indes

<sup>1</sup> « Cent ans après l'arrêt Bac d'Eloka », dossier spécial, AJDA, n° 2, 18 janvier 2021 ; « Centenaire de l'arrêt BAC ELOKA », retour sur les SPIC, Colloque organisé par l'IMH sous la direction du Pr Georges KALFLECHE, Université de Toulouse 1 Capitole, le 22 janvier 2021.

<sup>2</sup> Henry BIDOÛ, « Le Partage de l'Afrique », Revue des Deux Mondes, 1943, n°3, vol. 73, pp. 225-242

<sup>3</sup> Jean-Louis HALPERIN, *Une histoire des droits dans le monde*, Paris, CNRS Éditions, 2023, p. 351.

<sup>4</sup> Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 774.

<sup>5</sup> CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* in Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOVE, Bruno GENEVOIS, *Les Grands arrêts*

françaises<sup>6</sup>.

Le commissaire du gouvernement Paul Matter décrit mieux les faits à l'origine de cette affaire. Ce récit est empreint d'exotisme en raison de la localisation des faits de l'espace et permet de comprendre la dénomination célèbre, « Bac d'Eloka » : « *Le littoral de la Côte d'Ivoire est parsemé de lagunes qui rendent la circulation difficile ; la colonie a eu l'idée heureuse de les couper de bacs. C'est ainsi que sur la lagune Ebrié elle en a établi un, dit bac d'Eloka* » qu'elle exploite directement et personnellement par le service du Wharf de Bassam. Dans la nuit du 5 au 6 septembre 1920, le bac traversait la lagune, chargé de dix-huit personnes et de quatre automobiles, lorsqu'il coula brusquement : un indigène fut noyé, les automobiles allèrent à fond et ne furent retirées que gravement endommagés (...) »<sup>7</sup>. L'indigène noyé est l'oublié de l'arrêt Bac d'Eloka.

En effet, celui-ci n'apparaît nulle part sauf dans les conclusions du commissaire du gouvernement Matter. Les faits sont bien souvent évoqués en dehors du contexte de la colonisation. Ce contexte est celui dans lequel « (...) les scrupules juridiques et les considérations sentimentales doivent s'effacer »<sup>8</sup>. L'orientation et le questionnement

juridique ne portaient pas sur le sort de cet indigène sans droits, lequel dans les conditions de l'époque, ne bénéficiait d'aucun statut. La doctrine et la jurisprudence se consacrèrent dès le départ vers d'autres questions de droit que sur celles relatives aux droits des populations colonisées et de leurs rapports au droit de l'administration coloniale.

La Société commerciale ouest africaine, propriétaire des automobiles, assigna la colonie devant le tribunal de Grand-Bassam. Le gouverneur, contestant la compétence du tribunal judiciaire, porta l'affaire devant le Tribunal des conflits. L'issue de cette affaire est aussi célèbre. L'arrêt Bac d'Eloka était né et il fait encore jurisprudence. Il est aussi le récit d'une histoire commune et partagée sur les origines du droit administratif<sup>9</sup>.

Le droit administratif est avant tout une discipline technique dont la jurisprudence a bâti les structures théoriques<sup>10</sup>. Une reconstitution structurelle est possible à partir des faits à l'aune de la colonisation et de la décolonisation comme une source du droit administratif. Il s'agit de situer les faits et de reconsidérer le passé de cette affaire en partant de l'indigène oublié dans cet arrêt. Cette approche ne changerait certainement pas le destin des

---

de la *Jurisprudence administrative*, Paris, Lefebvre Dalloz, 24<sup>e</sup> édition, 2023, p. 236.

<sup>6</sup> CE, section, 28 juin 1935, *Mougamadousadagnetoullah (Marécar)*, RDP, 1935, p. 590.

<sup>7</sup> Conclusions Paul MATTER, sur Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, « *Colonie de la Côte d'Ivoire c/. Société commerciale de l'Ouest Africain* », D., n° 3, 1921.

<sup>8</sup> Arthur GIRAULT, « *Conditions des indigènes au point de vue de la législation civile et criminelle et de la distribution de la justice* », Congrès

international de la sociologie coloniale, Paris, Rousseau, 1901, T. 1, p. 66.

<sup>9</sup> Jean-Calvin ABA'A OYONO « *Les fondements constitutionnels du droit administratif : de sa vertueuse origine française à sa graduelle transposition vicieuse dans des états stable et instable de l'Afrique francophone* », Revue CAMES/SJP, n°001/2017, p. 11-31.

<sup>10</sup> Jeanne de GLINIASTY, (Thèse), *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2018.

considérations juridiques issues de l'arrêt Bac d'Eloka. Elle n'est pas dénuée d'un intérêt théorique dès lors qu'il est question de raccorder le droit administratif tel qu'il se conçoit et se développe en Afrique francophone depuis ses origines pour mieux comprendre son évolution.

On cherche à découvrir les linéarités d'un droit austère devenu central dans la structuration de l'État moderne ; ce droit qui régit les rapports entre l'administration et ses administrés. Le droit administratif est aujourd'hui nécessaire à la réalisation de l'intérêt général et à la justification de l'utilité publique. Il est aussi le produit, à bien des égards, d'un rapport de violence, de cruauté et d'exploitation. Où en sommes-nous donc sur la connaissance des origines de ce droit administratif en Afrique noire francophone ?

L'archéologie de cet arrêt et l'interrogation sur le sort de cet indigène permettent de comprendre comment le droit de la légalité a justifié et encadré la colonisation. L'enjeu n'est pas le droit colonial et encore moins l'histoire du droit administratif lequel est a priori consubstantiel aux sociétés africaines.

L'histoire éclaire tout, elle autorise une autre lecture de l'arrêt du Bac d'Eloka de nature à

apporter au droit administratif une profondeur historique et culturelle. Au-delà des lectures déjà acquises, il y a lieu d'explorer les champs que le seul respect de la légalité ne suffit pas à expliquer. Le passé permet d'établir le rapport entre les faits coloniaux aux origines du droit administratif. Il n'est pas inexact de situer les origines africaines du droit administratif dans l'héritage de l'administration coloniale alors que celle du droit administratif français remonterait à la royauté<sup>11</sup>. Ainsi, le droit administratif en Afrique trouve ses origines dans cette relation.

La réflexion sur les origines du droit administratif en Afrique conduit à questionner le droit colonial. Une telle approche a déjà retenu l'attention de la doctrine. Cette attention a porté sur l'apport de la colonisation dans les droits africains de façon générale<sup>12</sup> et sur la formation du droit administratif en particulier<sup>13</sup>. L'histoire révèle l'impossibilité du continent noir de générer du droit au motif que l'Afrique serait le domaine du non-droit ; elle ne présenterait que deux, « *aspects : peuplés, c'est la barbarie, déserte, c'est la sauvagerie* »<sup>14</sup>. La colonisation de l'Afrique avait pour projet d'apporter la civilisation, une justification qui a

---

<sup>11</sup> Pierre LEGENDRE, « *La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements de l'État centraliste en France* », Revue historique de droit français et étranger, 1974, vol. 52, n°4, pp.696-732.

<sup>12</sup> Séverine KODJO-GRANDVAUX et Geneviève KOUBI (dir.), *Droit et colonisation*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 424 p. ; Joseph John NAMBO, « *Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire* », in *Droit et société*, 2000/2, n° 51-52, pp. 325-343 ; François LUCHAIRE « *L'apport européen dans l'élaboration des droit nationaux des pays en voie de développement : les modèles*

*continentaux* », La Revue administrative, 1964, n°102, pp. 565-581.

<sup>13</sup> Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « *Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone* », RDP, 2013, n°2, pp. 379-398 ; Bernard PACTEAU, « *Colonisation et justice administrative* », in *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outremer français du XVIIe siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 49-17.

<sup>14</sup>Victor HUGO, « *Discours sur l'Afrique, 28 mai 1879* », in *La France colonisatrice*, Paris, S. Messinger, 1983, p. 110.

servi également à son fondement juridique<sup>15</sup>. Elle a pu par l'entremise de cette mission introduire des principes juridiques jusque-là inconnus des terres africaines ou du moins formalisés différemment. En effet, « dans la forêt vierge africaine il n'y a guère d'autre État que le groupe moléculaire, que le primitif village (...). Il subsiste de ses seules œuvres, bananes, patates, haricots et piments »<sup>16</sup>. Et pourtant, les institutions administratives et judiciaires installées dans les colonies ont permis de distiller et d'installer le droit colonial en coexistence ou au détriment des règles et coutumes établies<sup>17</sup>. L'arrêt Bac d'Eloka est donc l'un des points d'accès du droit administratif dans les colonies d'Afrique noire francophone. Cette affaire débuta devant le Conseil du contentieux de la colonie de la Côte d'Ivoire ; le rapport entre la colonisation et le droit administratif se construisit aussi à travers cette affaire emprunte de dépaysement et de fantasme<sup>18</sup>.

Il est ici question de renverser l'approche jusque-là privilégiée, celle qui conçoit l'ordonnement juridique de la société

africaine à l'arrivée de la colonisation. Or, le droit régissant la colonie et les peuples de la colonie était plural. Ce droit était constitué de règles spéciales et autonomes destinées à opprimer, à effacer l'existant et à organiser l'administration de la colonie. Les autochtones relevaient d'un droit différent des autres. C'est d'ailleurs ce qui semble expliquer le peu d'intérêt accordé à la vie de cet indigène, employé par la colonie de la Côte d'Ivoire dont on a perdu le souvenir. La littérature administrative ne renseigne que très peu de l'intérêt porté aux victimes humaines des décisions prises par la colonie<sup>19</sup> ; cette personne publique aujourd'hui disparue<sup>20</sup>.

Les faits de l'espèce partant de l'oublié du naufrage du lac d'Ébrié contribuent à la construction du droit administratif en Afrique et l'édification d'une catégorie d'organisation administrative<sup>21</sup>. D'autres interprétations de cet arrêt restent en effet possibles<sup>22</sup>.

Le sort de l'indigène n'était pas en jeu et ne relevait pas de cette juridiction. Cette affaire démontre que le droit administratif était applicable dans la colonie. Mais le sort de

<sup>15</sup> Maurice KAMTO *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans le États d'Afrique noire francophone*, LGDJ, Paris, 1987, p. 208.

<sup>16</sup> Jacques ANCEL, « *Les Frontières – Études de géographie politique* », RCADI, 1936, T.1, vol. 55, p. 214.

<sup>17</sup> Florence RENUCCI, « *Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques* », Les Cahiers de la Justice, Dalloz, 2016, *La crise des institutions de l'oubli*, pp. 689-697.

<sup>18</sup> Charles BOSVIEUX-ONYEKWELU « *Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, n° 00706, Société commerciale de l'Ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire* », in Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALIER, Danièle LOSCHAK (dir), *Les Grands arrêts politique de la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 2019, p.115.

<sup>19</sup> Emanuel MORESCO, « *Les rapports de droit public entre la Métropole et les Colonies, Dominions et autres Territoire d'Outre-Mer* », RCADI, 1936, T.1, vol. 55, pp. 507-594.

<sup>20</sup> La qualification ici reprise est celle de Olivier RENAUDIE, « *La colonie, une personne publique disparue* », présentée à l'occasion du colloque sur le Centenaire de l'arrêt Bac d'Eloka organisé à l'Université de Toulouse 1 – Capitole, le 22 janvier 2021.

<sup>21</sup> Jean-François BOUDET, « *Les colonies et la construction du droit administratif français* » in *Droit et colonisation* op. cit., p. 280.

<sup>22</sup> Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « *L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique* », RDP, 1988, n°4, p. 1059.

l'indigène est une question de droit colonial en tant qu'ensemble de règle d'un droit spécial, un droit différent, au fondement d'une légalité propre au contexte des peuples indigènes<sup>23</sup>. La matière juridique n'est donc pas absente de la gestion de la colonie. Il y a une différence de degré de définition de la légalité. Le droit administratif se trouve relié aux faits coloniaux<sup>24</sup>.

En effet, les colonies ont été « (...) *des collectivités de droit public qui habitent des territoires non contigus faisant partie d'un seul et même États mais se trouvent sous des régimes gouvernementaux différents et inégaux, la métropole exerçant l'autorité suprême de l'empire entier* »<sup>25</sup>. Les colonies ont donc pu faire naître des rapports de droit public sous un régime spécial et éloigné de la métropole.

L'intérêt scientifique se trouve dans cette filiation d'un ordre juridique diffusé à travers une communauté linguistique francophone régie par les mêmes codes, partageant les mêmes règles de droit et héritière du droit public français<sup>26</sup>. Le point de départ est assurément la colonie de la Côte d'Ivoire où se déroulèrent les faits à l'origine de cet arrêt du Tribunal des conflits. Il faut se garder tout de même de laisser en dehors du champ d'analyse des grands

*arrêts* issus des faits coloniaux. L'enjeu ce n'est pas de refaire le droit colonial, ni de porter un jugement rétroactif sur l'intérêt de la colonisation. Il convient cependant, de comprendre la diffusion du droit administratif dans un contexte de domination juridique et de définition de la légalité administrative de l'époque. Il n'est nullement question du procès administratif de la colonie, si tant est que les actes et les décisions des administrateurs coloniaux pouvaient relever du contrôle de la légalité du juge administratif.

L'Afrique coloniale est un sujet d'étude et d'analyse qui n'est pas propre au droit administratif. L'entreprise coloniale est une œuvre juridique<sup>27</sup>. En effet, la colonisation s'est appuyée sur des normes juridiques ; elle a produit ses règles et a inventé son propre droit pour contrôler l'autre<sup>28</sup>. Interroger la filiation coloniale du droit administratif dans le cadre de cette étude se fait dans la relation entre la France et ses colonies africaines sous l'angle du droit administratif. Il n'est nullement question de faire une analyse répétitive. Celle-ci intègre nécessairement le droit international public et l'anthropologie juridique lesquels faisaient aussi partie du droit colonial<sup>29</sup>. Aussi, une telle analyse se renouvelle-t-elle en permanence tant

<sup>23</sup> Bernard DURAND, « *Le droit colonial au gré de la mondialisation. Un ordre sous surveillance* », Revue Histoire de la Justice, 2006/1, n° 26, p. 7.

<sup>24</sup> Jacques BINET, « *L'histoire africaine et nos ancêtres les gaulois* », Revue française d'histoire d'outre-mer, 1967, t. 54, n°194-197, pp. 209-218.

<sup>25</sup> Emanuel MORESCO, op. cit., p. 511.

<sup>26</sup> Claude MOMO, « *L'intérêt général en droit public africain* », Juridis, 2023, n°135, pp. 131-144 ; Placide MOUDOU DOU, « *Les tendances du droit administratif dans les pays d'Afrique noire francophone* », Annales de l'Université Marien

N'GOUABI, 2009, pp. 1-39 ; Paul NEGULESCO, *Principes du droit international administratif*, RCADI, 1935, T. I, vol. 51, pp. 579-692.

<sup>27</sup> Emmanuelle SAADA, « *Citoyens et sujets de l'empire français. L'usage du droit en situation coloniale* », Geneses, 2003, n° 53, pp. 4-24.

<sup>28</sup> Mamadou BADJI, « *Dire le droit en AOF aux 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles : entre idéal de justice et stratégie coloniale* », Revue de Droit Sénégalais, 2013, n° 11, p. 12.

<sup>29</sup> Bertrand DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Economica, 2015, p.222.

les axes de réflexion semblent inépuisables. L'intérêt est donc de justifier l'héritage du droit administratif et l'importation de la jurisprudence administrative issue de l'histoire coloniale. Les faits à l'origine de cet arrêt n'expliquent pas le sort réservé à cet indigène au service de la colonie lequel est passé à l'oubli. La légende s'est construite sans comprendre les ressorts (I) et les perspectives d'un tel oubli (II).

### I. Les raisons de l'oubli

L'affaire du Bac d'Eloka est un pan, non seulement du droit administratif mais aussi de l'histoire coloniale et donc du droit colonial. La réflexion sur l'héritage du droit colonial français ne se limite pas aux seuls faits de cette affaire ayant assurément épuisé tous les contours du droit administratif. L'héritage juridique de l'affaire du Bac d'Eloka ne s'est pas arrêté dans le temps même s'il est vrai que son évocation conduit à remonter le temps des colonies.

La colonie était définie au sens du droit de l'époque comme des *terres nullius*, « autre chose que des parties de l'État ». La colonie « *acquis conformément aux règles de droit international peut rester fondamentalement distincte aux règles du droit de l'État* », c'est-à-

dire dans une autre temporalité juridique que celle de l'État. La conquête coloniale a permis la création d'un droit français de la colonie. Celui-ci se distingue du droit français de l'esclavage<sup>30</sup>.

En effet, en 1921, l'esclavage était déjà aboli, celui-ci a laissé place à la colonisation. Le statut de l'esclave a été aboli avec la fin de l'esclavage. Or, la conquête des territoires, de l'esclavage à la colonisation, il n'y a qu'une différence de temps, d'époque mais pas de droit. Par l'esclavage, un droit de possession avait été défini, lequel est resté en vigueur durant la période coloniale. C'est sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que le droit de propriété est compris comme celui d'acheter au sein « (...) *d'une Société barbare, les membres qui la composent, et qui vendent alternativement, amis, ennemis, Princes, sujets, pères et enfants* »<sup>31</sup>. L'idée était de présenter le commerce des noirs sous la forme d'un acte commercial normal entre un vendeur et un acheteur. La voie du contrat sera ainsi privilégiée dans la littérature juridique de l'époque<sup>32</sup>. Les colons considéraient « (...) *qu'être africain en Afrique n'est pas une condition digne de l'Homme, que la condition humaine y est caco-chyme et se doit d'être guérie*

<sup>30</sup> Jean-François NIORT, « *Homo servilis : essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code noir de 1685* », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 50, 2010, pp. 120-141.

<sup>31</sup> Jeremy RICHARD, « *Droits de l'homme, droits de l'humanité et droits naturels : la question de l'esclavage des noirs dans l'argumentaire de la société des amis des noirs et du club Massiac* », in Alexandre DEROCHE, Éric GASPARINI, Martial MATHIEU, (dir.), *Droits de l'homme et colonies*.

*De la civilisation au droit à l'autodétermination*, PU d'Aix Marseille, Marseille, Vol. XLIV, 2017, p. 80.

<sup>32</sup> Olivier PLUEN, « *1315-1946 : le mythe d'un Empire français sans esclave* », *Histoire de Justice*, 2021, n°31, pp. 19-43 ; Alain CLEMENT, « *Du bon et du mauvais usage des colonies : politique coloniale et pensée économique française au XVIIIe siècle* », in *Cahiers d'Économie Politique*, 2009, n°56, pp. 191-127 ; Emmanuel TERRAY, « *Le prix des esclaves en Afrique précoloniales* », *Journal des Africanistes*, 1982, Vol. 52, pp. 119-144.

par l'esclavage »<sup>33</sup>. L'esclave était plutôt un sujet de possession réduit à l'état de choses. Ce droit de possession était le droit d'autres terres, d'autres parties de l'État qui n'est pas l'État. Il faut distinguer le droit de possession des terres, d'une colonie et le droit de possession exercé sur les populations coloniales. La terre définie sous le statut de la colonie et l'homme sous celui de l'indigène. La colonie a donc perduré au-delà de la période de l'esclavage. Or, l'homme possédé est passé de l'esclave à celui de l'indigène. Ce dernier n'était pas devenu pour autant un citoyen. L'indigène n'était donc pas un citoyen français dans les colonies, mais plutôt un sujet, avec moins de droits, un être inférieur<sup>34</sup>. Ainsi, l'oublié du Bac d'Eloka est cet indigène, sujet de la colonie.

L'indigène est le nouveau visage de l'esclave. Il est soumis au régime de l'indigénat lequel se trouve en dehors des normes juridiques applicables en métropole. Ce régime de l'indigénat a permis de « (...) concevoir une justice répressive spéciale, située en dehors des règles communes, pour réprimer les infractions commises par les indigènes, infractions qui ne sont ni prévues ni réprimées par la loi française (...) »<sup>35</sup>. Le principe posé était celui d'inscrire l'indigène dans une autre temporalité juridique : en dehors des standards juridiques construits et connus. Dans ce sens Arthur Girault précisa : « (...) aux peuples arriérés ou mal civilisés

d'Afrique (...) il faut imposer d'autres institutions et une justice qui, débarrassée des subtilités découlant de la séparation des autorités administratives et judiciaires »<sup>36</sup>. De là, le droit administratif de la colonie est fait d'ordonnances, de décrets et de traités de possession et des décisions discriminatoires sans « scrupules juridiques » et Arthur Girault soutiendra encore que « le bon tyran est aux colonies le gouvernement idéal »<sup>37</sup>.

Le cadre juridique est donc celui de la domination, de la servilité et d'un droit inégalitaire. Une relation de soumission de l'un envers l'autre. Le maître était un citoyen et l'indigène est un sujet soumis. Avec l'abolition de l'esclavage l'administration a défini un ensemble de règles de droit nécessaire à la gestion de la colonie. Et pourtant rien n'est simple lorsqu'on questionne l'affaire du Bac d'Eloka sous l'angle de la condition juridique de cet indigène oublié dans la Lagune. Le sort de ce dernier est sans doute lié au dilemme d'une administration face aux progrès d'une société libérale (A) et qui doit assumer, en même temps, ses ambitions coloniales (B).

#### A. Le dilemme libéral de l'administration coloniale

L'indigène est la nouvelle figure des colonies ; il s'agit d'un statut différent quand bien même il ne bénéficierait pas du privilège de l'homme

<sup>33</sup> « Les nègres sont malades qu'on change de lit pour les soulager... », (ANOM/87 miom 7 RC 25, J. Dupré, *Mémoire sur la Traite des noirs*, S.L., Devaux, 1788, p. 9) cité par Jeremy RICHARD op. cit, p. 81.

<sup>34</sup> René MAUNIER, *Répétitions écrites de législation coloniales*, Paris, Les Cours de droit, 1938-1939, p. 320-321.

<sup>35</sup> Isabelle MERLE, « De la légalisation de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », in Politix, 2004, vol. 17, 66, p. 143.

<sup>36</sup> Arthur GIRAULT, op. cit., p. 71.

<sup>37</sup> Idem, ibidem, p. 36.

civilisé<sup>38</sup>. Il n'est plus l'esclave. L'indigène à notre usage se confond au colonisé, une telle qualification reprend une idée bienveillante en rapport avec sa situation sans toutefois l'élever au statut de citoyen<sup>39</sup>.

Les faits de cet arrêt et le sort de cet indigène interviennent dans un contexte post 1789 et de celle qui a aboli l'esclavage avec la deuxième République. Alors que la France colonisatrice a proclamé son attachement à la liberté, l'administration coloniale continue de soumettre les indigènes sous un régime d'exception, un règne des droits des « indigènes » en fonction des colonies et non un droit de l'homme. La déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne franchit pas les territoires conquis par la France. Cette déclaration a consacré des droits naturels inaliénables et sacrés non seulement aux français mais à l'homme<sup>40</sup>. C'est le dilemme de l'administration coloniale. Bien qu'étant héritière des idéaux de la Révolution française, d'une République éprise de liberté, elle a exclu dans les colonies le principe de l'égalité et de la neutralité de la loi<sup>41</sup>.

La condition juridique de l'oublié dans le naufrage de la Lagune Ebrié, en 1921, l'année des faits, n'est pas simple. Cette condition juridique renvoie au statut administratif de l'oublié, dès lors que la question de son statut

personnel ne pose pas de difficulté. Il est indigène et ne bénéficie d'aucune qualité au sens du droit administratif. Ce statut juridique est acquis du point de vue de sa condition de sous-homme « voué au mépris (...), il est doublement figé, dans son infériorité radicale, par la rigueur du jugement divin et par l'irréversibilité de sa génétique »<sup>42</sup>. L'indigène n'est plus un sujet de possession, mais un sujet au service de la colonie ; une nouvelle relation naquit ainsi et c'est sous le prisme du droit administratif que se pose la question de cette relation en termes de statut administratif. En effet, « L'administration repose sur l'idée des services à rendre au public, sur l'idée de service public : elle peut être définie : l'activité de l'État manifestée de tous les services publics sous à l'ordre légal »<sup>43</sup>.

Il convient de partir de la relation entre les indigènes et l'administration coloniale. Cette relation qui n'a pas permis de faire naître un droit propre pour en faire un usager ou un administré. Et pourtant, les colonies étaient administrées par de hauts fonctionnaires dans l'intérêt de la métropole ou de l'Empire<sup>44</sup>. Or, cette administration a conduit à l'exclusion et à la négation du tout rapport de droit ; elle n'a produit aucun droit propre dans le sens de la relation qui pourrait naître entre l'administration et ses administrés placés sous

<sup>38</sup> Joseph HORNUG, « *Civilisés et Barbares* », RDILC, 1885, vol. 18.

<sup>39</sup> Albert MEMMIE, *Portait du Colonisé précédé de Portrait du Colonisateur*, Paris, Éditions Gallimard, 1985, p. 125.

<sup>40</sup> Paul NEGULESCO, *Principes du droit international administratif*, op. cit. p. 586.

<sup>41</sup> Jennifer PITTS, *Naissance de la bonne conscience coloniale*, Paris, Les Éditions de l'atelier, 2008, p. 260.

<sup>42</sup> Bruno GUIGUE, « *L'homme-marchandise ou la pensée de l'esclavage* », Raison présente, 2001, n° 139, p. 10.

<sup>43</sup> Paul NEGULESCO, *ibid*, p. 585

<sup>44</sup> René MARAN, *Batoula*, Paris, Albin Michel, 2021, 250 p.

le contrôle d'une autorité judiciaire indépendante<sup>45</sup>. L'administration coloniale avait inventé un autre droit pour administrer ses territoires et ses peuples dont le statut juridique est resté incertain<sup>46</sup>; son action est restée en dehors de l'ordre légal de la métropole<sup>47</sup>.

L'oublié du Bac d'Eloka fait partie de ces indigènes au service de la colonie. L'incertitude de son statut participe à cette abstraction de l'homme dénué de toute capacité juridique au sens du droit de l'époque : esclave, indigène, colonisé (...) autant de termes qui n'emportent aucune garantie de leurs droits<sup>48</sup>. Il est question des droits accordés aux indigènes sous l'angle de leur rapport avec l'administration coloniale. Ce rapport est double pour définir son statut administratif. La place de l'indigène au sein de la colonie renvoie à l'image de cette fable, bien connu des administrativistes, du pot de terre contre le pot de fer, pour comprendre la place de l'oublié du Bac au service de la colonie (1) et son statut juridique au sein de l'administration coloniale (2).

### **1. L'oublié du Bac d'Eloka, un administré figuratif**

La colonie de la Côte d'Ivoire est une personne morale de droit public aujourd'hui disparue. Ce fut donc une entité administrative de la France. La colonie représente la Nation tutrice d'un peuple avec lequel se construisent « (...) des

*systemes administratifs et économiques qui ont assuré la paix coloniale et permis la rentabilité de l'entreprise coloniale (...) »<sup>49</sup>. D'évidence, l'oublié du Bac d'Eloka s'est trouvé en relation avec une personne morale productrice de normes juridiques et donc dans une relation de droit avec son administration. Ce droit est le résultat de la structure de la société et du cadre institutionnel de l'époque.*

À cet effet, le cadre institutionnel de la colonie renvoie à la nature juridique de l'administration de la colonie en l'occurrence : « (...) *quel mode de gouvernement, quelles institutions sociales, politiques, administratives et militaires assureraient le mieux leur développement moral et matériel ? Quelles dispositions générales conviendraient le mieux pour organiser les services publics, pour assurer leur fonctionnement régulier et leur action bienfaisante ? »<sup>50</sup>. De fait, l'interrogation sur le mode de gouvernance de la colonie et des services publics emporte des considérations juridiques visant à poser les règles de fonctionnement de l'action administrative et de la relation de la colonie avec ses sujets. Ce contexte définit la relation juridique née entre la personne morale de droit public, la colonie, et les indigènes pour s'en tenir au sort juridique de l'oublié du Bac.*

La Côte d'Ivoire est érigée en colonie,

<sup>45</sup> Oliver Le COUR GRANDMAISON, « *Du droit colonial* », Droits, vol. 43, n° 1, 2006, pp. 123-140.

<sup>46</sup> Emmanuel SAADA, « *Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale* », Genèses, Décembre 2003, n° 53, pp.4-24.

<sup>47</sup> Louis SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2018, 292 p.

<sup>48</sup> Albert MEMMI, *Portrait du colonisé – Portrait du colonisateur*, op.cit., p. 24.

<sup>49</sup> Georges BALANDIER, « *La situation coloniale : approche théorique* », in Cahiers internationaux de sociologie, 2011, I, n° 110, p. 11.

<sup>50</sup> Félix FAURE, « *Deux textes de Felix Faure concernant l'administration des colonies françaises* », Revue Française d'histoire d'outre-mer, 1960, t. 47, n° 168-169, p.380.

autonome par le décret du 10 mars 1893, alors qu'elle n'était jusque-là qu'un établissement, Côte d'Or, rattaché successivement au Gabon, puis au Sénégal, sans aucune autonomie organisationnelle<sup>51</sup>. Le Ministre des colonies de l'époque justifiera l'intérêt de ce statut par la volonté d'organiser la justice en tenant compte « (...) des droits de nos nationaux et de la population européenne, des besoins des populations indigènes, et des intérêts supérieurs de notre politique »<sup>52</sup>. Mais au-delà de cette volonté d'organiser la justice, il était question de poser les limites territoriales de chaque colonie organisée sous la forme d'un fédéralisme administratif ayant à sa tête un gouvernorat général dans cette partie de l'Afrique occidentale Française (AOF). Ainsi, la colonie est placée sous l'autorité de la République française. Cette organisation participe à la gestion de la colonie en tant qu'entité de l'État. Les colonies, à travers leurs ressources et les impôts prélevés, participent au budget de l'État. Les colonies sont aussi des entités économiques destinées à satisfaire les intérêts généraux de la métropole par le concours des indigènes.

L'autre aspect, non moins important pour la colonie, était de faire cohabiter l'organisation

issue de la philosophie des lumières de l'esprit des lois, le maintien des institutions et des coutumes indigènes. L'empire français n'a pas pour autant transposé l'esprit des lois et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lesquels ont pu fonder la légalité de certaines décisions<sup>53</sup>. En effet, le dilemme libéral de l'action de l'administration s'est retrouvé dans « l'attitude contradictoire de la France des droits de l'homme et du citoyen qui a instauré dans son empire colonial, un système judiciaire (...) mais dans la réalité n'était en fait qu'un système méprisant et coercitif vis-à-vis des peuples colonisés »<sup>54</sup>. Ce contexte est celui du non-droit. Il existe un cadre juridique et celui-ci se définit dans le cadre du projet colonial au service de la métropole.

La colonie a dû se départir de ses règles traditionnelles locales afin de régir son organisation sous le prisme d'une autre légalité<sup>55</sup>. En effet, avec la colonisation s'installe un droit positif défini depuis la métropole et reposant sur le principe de légalité<sup>56</sup>. Or, les sociétés indigènes s'organisaient par des règles fondées sur le principe de la légitimité tirée des coutumes prenant en compte l'origine, l'ethnie, la filiation

<sup>51</sup> Émile BOGA DOUDOU, *Souveraineté et développement de la Côte d'Ivoire*, Thèse, Université de Nice, Robert Charvin (dir.), 1982, p.54.

<sup>52</sup> Rapport de Gaston DOUMERGUE, ministre des Colonies, au Président de la République, pour présenter le décret du 10 novembre 1903, in Recueil général de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales, Recueil Penant, 1901, doct., p. 33.

<sup>53</sup> Philippe RAYNAUD, « La III<sup>e</sup> République et les Droits de l'Homme », *Revue des Deux Mondes*, Fév.-Mars 2018, pp. 39-45.

<sup>54</sup> Alphonse GBODIE SEKRE, « La justice indigène et la consolidation de l'autorité coloniale en Côte d'Ivoire : 1896-1911 », in *revista trimestrale di studi e documentazione dell'Istituto italiano per l'Africa e l'Oriente*, 2008, vol. 53, n° 4, p. 637.

<sup>55</sup> Isabelle MERLE, « De la légalisation de la violence en contexte colonial – le régime de l'indigénat en question », *Politix*, 2004, vol. 17, n° 66, pp. 137-162.

<sup>56</sup> Jean PORTEMER, « Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIII<sup>e</sup> », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1959, pp. 341-397.

ou l'autorité du chef<sup>57</sup>. La colonisation pour installer son administration a détruit et a déconstruit l'existant qui ne correspondait pas à la logique juridique importée<sup>58</sup>.

Le droit administratif dans l'espace colonial n'était pas un rempart contre l'arbitraire<sup>59</sup>. Le droit administratif a plutôt permis de contenir sinon de réprimer des pratiques traditionnelles d'une société gouvernée par des outils juridiques autres que le droit positif. Les institutions juridiques locales, les royaumes et les chefferies étaient soumis désormais aux règles importées. Cette interaction a donné lieu à une construction juridique dans laquelle les rapports ne se définissent pas sous l'angle de l'usager ou de l'administré et encore moins de la collaboration.

L'oublié du Bac d'Eloka est au service de la colonie, il y travaille et il est assujéti à l'impôt<sup>60</sup>; il participe à la *contribution publique*<sup>61</sup> et par conséquent à l'intérêt de la colonie. Sous cet aspect, l'oublié du Bac d'Eloka fait partie des administrés de la colonie, il relevait du droit colonial. Sauf qu'il y avait une dichotomie entre le droit applicable au citoyen français et le droit applicable au peuple

soumis par la colonisation<sup>62</sup>.

En effet, plusieurs constitutions françaises consacraient cette dualité de régime juridique entre les colonies et la métropole donnant ainsi « *expression au principe de la spécialité de la législation coloniale (...)* »<sup>63</sup>. L'essence de ce droit est de discriminer, opprimer et exploiter des peuples soumis<sup>64</sup>. C'est dans ce sens qu'Henri Solus a défini le principe de la législation coloniale, dans la filiation des juristes de l'époque en précisant « (...) *la métropole n'entend point, en effet, abdiquer l'obligation qui lui incombe d'assurer et de maintenir la colonie un ordre social et une organisation juridique conformes à son action civilisatrice* »<sup>65</sup>.

L'oublié du Bac d'Eloka a vécu dans cette temporalité sans qu'on ne lui reconnaisse de droits bien qu'il se soit trouvé sur le Bac aux côtés de véhicules au service de l'administration; sa condition juridique se confondait assurément avec les choses dont il participa à la traversée. L'oublié du Bac n'était à cet effet qu'un administré figuratif dans le cadre d'une collaboration.

<sup>57</sup> Jacky BOUJU, « *Le coutumier juridique africain : approche anthropologique d'une invention coloniale* », in Dejan DIMITRIJEVIC (dir.), *Fabrication des traditions – invention de modernité*, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2004, p. 123.

<sup>58</sup> Eloi DIARRA, « *Le droit colonial en Afrique de l'Ouest francophone ou la construction d'une société nouvelle* », in *Terres et Gens d'Islam*, Paris, Karthala, 2015, p. 118.

<sup>59</sup> Danièle LOCHAK, « *Le droit administratif, remps contre l'arbitraire ?* », *Revue Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 43.

<sup>60</sup> Abdramane TRAORE, « *L'impact environnemental de l'impôt dans la capitation dans les colonies françaises d'Afrique (1890-1920) le cas*

*des plantes à caoutchouc* », in Éric de Mari et Dominique TAURISSON-MOURET (dir.), *Fiscalité contre nature*, 2020, pp. 71-96.

<sup>61</sup> En référence aux termes de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

<sup>62</sup> Emmanuelle SAADA, *Les Enfants de la colonie*, Paris, La découverte, 2007, p. 76.

<sup>63</sup> Emanuel MORESCO, « *Les rapports de droit public entre la Métropole et les colonies, dominions et autres territoires d'outre-mer* », *RCADI*, 1936 (5), p. 520.

<sup>64</sup> Olivier Le COUR GRANDMAISON, op. cit., p. 124.

<sup>65</sup> Henri SOLUS, *Traité de la condition indigène en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p. 15.

## 2. L'oublié du Bac, un collaborateur abstrait

Les rapports entre les indigènes et l'administration coloniale furent régis par ce même décret du 10 mars 1893, lequel érigea la Côte d'Ivoire en colonie autonome dépendant directement de Paris<sup>66</sup>. L'administration coloniale avait donc la charge d'organiser la participation des indigènes aux intérêts collectifs de la colonie et de la métropole. Cette administration a exercé sa tutelle sur l'organisation du travail et la participation des indigènes à la réalisation des missions de services publics.

La colonie avait « *l'heureuse idée* »<sup>67</sup> de faciliter la circulation sur la lagune d'Ebrié par des bacs en exploitant personnellement le service du wharf de Bassam. Le Bac d'Eloka était un ouvrage public géré par la colonie avec le concours des indigènes dans l'intérêt collectif. L'indigène noyé à l'occasion de l'exécution de cette mission était certainement un collaborateur du fait de sa participation. Ce dernier a contribué à la bonne marche de la colonie. Or, à l'occasion de cette affaire la question était plutôt celle de l'action en responsabilité de la personne publique, qu'était la colonie, du fait des conséquences dommageables de l'exploitation d'un service public.

À l'époque, il s'est posé la question de la nature

du service public en cause et de la juridiction compétente pour juger de l'action de la Société commerciale de l'ouest africain. La participation de l'indigène dans l'accomplissement de cette activité n'était pas en cause et pour cause. L'indigène n'est-il pas un collaborateur colonial ? Il est acquis avec l'arrêt Commune de Saint-Priest-La-Plaine du Conseil d'État que la participation de manière, même occasionnelle, à l'exécution d'un service public emporte la qualité de collaborateur<sup>68</sup>. Ce concours peut être requis ou bénévole. L'oublié du Bac participa à une mission d'intérêt colonial.

En effet, l'oublié du Bac d'Eloka était matériellement collaborateur du service public ; mais il ne l'était au sens du droit de la colonie. Ce n'est donc pas sous l'angle du droit de la colonie et encore moins sous l'angle de son rapport avec l'administration coloniale. La colonie avait établi des statuts séparant les colons, les citoyens français, les non-colons et les indigènes<sup>69</sup>. Ces derniers sont enfermés dans leur condition des êtres inférieurs. Il est destinataire de règles de droit fait pour le discriminer, l'opprimer et l'exploiter<sup>70</sup>.

Le statut de ce collaborateur se confond d'ailleurs avec celui de l'indigène défini par le Code noir de 1685. En effet, ce code, « *législation royale visant à réguler, harmoniser et rentabiliser l'esclavage dans les*

<sup>66</sup> Séraphin NENE BI BOTI, « *Le droit applicable dans la colonie de Côte d'Ivoire* », Revue Juridique et Politique, 2007, vol.61, N°1, pp. 80-130.

<sup>67</sup> Suivant l'expression du commissaire de gouverneur Paul MATTER dans ses conclusions, D., 1921, 3<sup>e</sup> Partie, p. 35.

<sup>68</sup> CE., Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 347.

<sup>69</sup> Frederik Mari VAN AS BECK, « *Le régime des étrangers dans les colonies* », RCADI, 1937, T.2, Vol. 61, pp. 1-96.

<sup>70</sup> Olivier Le COUR GRANDMAISON, idem, p. 124.

*colonies françaises* »<sup>71</sup>, était vecteur d'une idéologie de domination et d'assujettissement. Il ne consacre pas de droits aux indigènes, lesquels sont au service de l'administration coloniale. La colonie suppose des services administratifs et du personnel au service de cette administration. Faut-il revenir aux faits à l'origine de cet oubli. Le Bac d'Eloka ayant été qualifié de service public, l'oublié du Bac était donc à la disposition de ce service afin d'accomplir des activités de service public pour satisfaire l'intérêt général.

L'organisation institutionnelle de la colonie s'est construite à l'image de l'organisation administrative de la métropole. Cette organisation participe au développement du système de l'administration générale de l'État colonial sur le plan normatif et institutionnel. La colonie est un territoire dont l'organisation juridique est conforme au projet de l'État colonial. Les principes de droit administratif y étaient applicables. Les règles de droit public ont été introduites dans la législation coloniale<sup>72</sup>. C'est en tant que collectivité qu'elle est une personne morale de droit public.

La colonie était dotée d'une autonomie statutaire et de compétences propres ; elle est une partie décentralisée de la métropole. La gestion de la colonie a été rendue possible par une telle organisation institutionnelle à travers plusieurs statuts territoriaux afin de marquer l'unicité de l'Empire ou de l'Union. Les

territoires lointains restent sous la direction de la métropole avec des autorités administratives pour gérer une partie de ce territoire national.

L'oublié du Bac d'Eloka était un collaborateur de la colonie. En effet, le commissaire de gouvernement a pu préciser à l'occasion de cette affaire que ce qui était en cause était une activité entreprise par l'État de façon occasionnelle ou accidentelle « *parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assumer dans un intérêt général (...)* ». La nature de l'activité acquise, une activité d'intérêt général, tous ceux qui y concourent peuvent relever du statut de collaborateur.

Cependant, la jurisprudence de l'époque n'avait pas encore consacré la théorie du collaborateur occasionnel du service public. Le statut de l'oublié du Bac d'Eloka ne pouvait donc pas se poser en ces termes. La collaboration occasionnelle n'a été consacrée qu'en 1946 avec l'affaire relative « *à la participation, bénévolement et à la demande du maire, de deux habitants d'une petite ville du Limousin de tirer un feu d'artifice lors d'une fête locale, lesquels avaient été blessés par l'explosion d'un engin dans des conditions qu'aucune faute ne pouvait leur être relevée, ni à leur charge, ni à la charge des autorités communales* »<sup>73</sup>.

L'oublié du Bac d'Eloka n'était donc qu'un collaborateur abstrait ; sa contribution au service public semblait effective, mais elle n'était pas acquise au regard de l'état de la

<sup>71</sup> Christelle TARAUD, « *Le premier empire colonial et la révolution française* », in Nicolas BANCEL, Pascal BLANCHARD, Sandrine LEMAIRE et Dominic THOMAS, *Histoire globale de la France coloniale*, Paris, Philippe Rey, 2022, p.58.

<sup>72</sup> Emmanuel MORESCO, « *Les rapports de droit public entre la métropole et les colonies, dominions et autres territoires d'outre-mer* », RCADI, 1936, vol. 56, p. 512.

<sup>73</sup> CE, Ass., 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine, op. cit., p. 347.

jurisprudence. Le débat juridique était ailleurs, celui de l'intérêt colonial.

## **B. La prééminence de l'intérêt colonial**

Les raisons de l'oubli du sort de l'indigène du Bac d'Eloka sont aussi à rechercher dans la mission de l'administration coloniale. Cette mission se confond à bien des égards à l'intérêt général sous l'angle du droit administratif. En effet, l'intérêt colonial irrigue le droit applicable dans les colonies. Il réoriente les finalités du droit et définit la légalité des décisions à cette fin.

La colonisation a été donc l'occasion d'adapter le droit né dans la métropole à des réalités nouvelles en se conciliant avec les missions poursuivies par l'administration coloniale. Il est donc évident que l'action de l'administration coloniale était soumise au droit administratif. Toutefois, le droit administratif dans les colonies n'est pas la copie ou la transposition exacte du droit né dans la métropole.

Dans les colonies, l'intérêt général qui doit gouverner l'action de l'administration est remplacé par l'intérêt colonial. Il s'agit là d'un standard administratif de ce qui advint du droit administratif colonial. Pierre Lampué admettait dès 1924 que les « (...) principes de droit, transportés dans des pays neufs, ont été soumis à des adaptations et à des déviations imposées par la situation particulière des lieux. Les

*traditions étant moins impérieuses, des institutions nouvelles ont pu être créées que la métropole ne possède pas encore (...) »<sup>74</sup>. Le droit administratif confronté au contexte de la colonisation s'est réinventé en fonction des finalités de l'administration coloniale (1) en se fondant sur une légalité neutre (2).*

### ***1. Les finalités de l'administration coloniale***

*« (...) La véritable utilité des colonies : elles n'ont dû être constituées que pour opérer la consommation et le débouché des produits de la métropole, parce que la mesure de consommation est la mesure du travail, puisque la mesure du travail est celle de la population et de la richesse, et que la puissance d'un État n'est que le résultat du nombre et de la richesse de ses habitants »<sup>75</sup>. Les enjeux coloniaux ont pour finalités la puissance, l'enrichissement et l'exploitation des terres indigènes. Ces finalités de l'administration coloniale se confondent avec l'intérêt général colonial décrété par la métropole. Une telle ambition n'est pas en contradiction avec l'essence même du droit administratif.*

Le droit administratif a offert à l'administration des règles dérogatoires du droit commun dont le résultat a été d'assujettir davantage les individus à la métropole<sup>76</sup>. Ce principe d'assujettissement de l'individu par le droit administratif a été naturellement reproduit par l'administration

---

<sup>74</sup> Pierre LAMPUE, *Les conseils du contentieux administratif des colonies*, Paris, L'AM, 1924, p. 10.

<sup>75</sup> Instruction royale passée au gouverneur de Martinique en 1765 – Rapport de commission du Sénat français, chargée d'étudier les modifications jugées désirables dans le système colonial français –

citée par Frederik Mari VAN ASBECK, op. cit., p. 15.

<sup>76</sup> Jacques CHEVALIER, « *Les fondements idéologiques du droit administratif français* » in Jacques CHEVALIER (dir.), *Les variations autour de l'idéologie et de l'intérêt général*, Paris, CURAPP/PUF, 1978, p. 4.

coloniale et, bien au-delà, d'apporter aux indigènes les bienfaits de la civilisation<sup>77</sup>. Cette finalité implique des responsabilités juridiques pour la puissance tutélaire, dès lors qu'elle assume l'administration de la colonie<sup>78</sup>. Dans le contexte de l'époque, le droit administratif s'est accommodé de cette situation dès lors qu'il était admis que « *la loi ne doit pas être la même pour tous* »<sup>79</sup>.

La colonie a donc mobilisé les moyens et les hommes ainsi que les services publics pour la réalisation des ambitions de la colonisation. L'activité du Bac d'Eloka s'inscrit dans cette perspective. Il était de la compétence de la colonie de Côte d'Ivoire de « (...) *réglemente(r) les activités des services publics pour les besoins de tous* »<sup>80</sup>. L'intérêt colonial n'était pas de conférer des droits aux peuples d'ailleurs, du moins pas dans l'immédiat<sup>81</sup>. À cet effet, le droit colonial a en commun avec le droit administratif d'être un droit inégalitaire à l'endroit des peuples colonisés en vue de faciliter les missions de l'administration coloniale. Le vocabulaire juridique de l'époque ne permet pas de retenir un quelconque statut de nature à qualifier l'oublié de collaborateur de l'administration ou d'un administré. Ce statut historiquement n'avait pas rejoint le droit public avec l'arrêt Bac d'Eloka. D'ailleurs, ces notions étaient inconnues de l'époque.

L'oubli d'un indigène sans statut, sans droits à

l'occasion de l'affaire du Bac d'Eloka semble bien évident lorsqu'on se place sous l'angle du droit administratif. Le droit administratif s'est accommodé à l'intérêt général colonial, du moins en tant que droit de l'Empire d'où il tire ses origines. Les besoins juridiques de l'Empire mobilisent toutes les disciplines et les champs du droit afin de participer à la réussite de la colonisation. Pourtant une telle perspective a nécessairement conduit à une réinvention du droit administratif afin de l'adapter aux finalités et aux ambitions de la colonisation.

Le droit administratif, qui à l'origine est un droit fondamentalement jurisprudentiel, s'est trouvé dans l'espace colonial enfermé dans des décrets, dans des codes et principes. Il était donc incapable de saisir ce qui se passait autour. Ce droit était confronté, en terre lointaine, à des traditions étrangères aux principes gouvernant la métropole et aux fondements politiques de la colonisation. Cette entreprise avait donc pour finalité de traduire normativement l'intérêt colonial. Il s'agissait d'une entreprise juridique dans son ensemble. Cependant, le droit administratif de l'époque n'existait que dans sa relation avec l'État central et ses institutions.

Dans ce sens, le droit de l'administration coloniale se confondait aussi au droit administratif avec le contentieux des colonies<sup>82</sup>. L'oublié du Bac d'Eloka, au service de la colonie, participait à l'intérêt colonial. La

<sup>77</sup> Pierre LAMPUE, « *La politique coloniale* », revue de métaphysique et de morale, sept. 1896, T. 4, n°5, p. 700.

<sup>78</sup> Antoine PILLET, « *Des droits de la puissance protectrice sur l'administration de l'État protégé* », RGDIP, 1895, T. 2, p. 584.

<sup>79</sup> Alexis de TOCQUEVILLE, « *Travail sur l'Algérie* », Œuvres, Paris, Gallimard, 1991, p. 753.

<sup>80</sup> Conclusions de Paul MATTER, op. cit.

<sup>81</sup> Lire dans ce sens Alice L. CONKLIN, *A Mission to Civilize. The republican idea of empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997.

<sup>82</sup> En référence à l'ouvrage du contentieux des colonies de Pierre LAMPUE publié en 1921.

contribution de l'oublié du Bac d'Eloka était exclue du champ du droit administratif en raison des contraintes locales et de l'éloignement géographique.

Bien que rigide par sa conception et par ses fondements, une telle approche ne saurait se satisfaire si l'on considère le droit administratif comme une science étrangère aux questions humaines et aux sorts des populations humaines. Le droit administratif reconnaît et garantit des droits aux administrés, consacre des libertés fondamentales. C'est un droit de la légalité reposant sur la loi. Dans cette hypothèse, les finalités coloniales assignées à ce droit administratif dans l'espace colonial étaient opaques aux réalités juridiques et sociologiques des peuples des colonies. Les faits à l'origine de l'affaire du Bac d'Eloka se passent sous le voile de cette réalité juridique. La situation de l'indigène reste exclue du droit. La participation de l'oublié du Bac aux activités d'intérêt général de la colonie était donc en dehors de l'ordre légal ou, du moins, soumise à une autre légalité.

Le droit administratif dans l'espace colonial était le droit de l'administration échafaudé pour satisfaire l'intérêt colonial. Au demeurant, le droit administratif reste une œuvre de pouvoir et de conquête dont le principe peut varier en fonction de l'ambition retenue.

## 2. La légalité neutre

L'intérêt colonial a innervé tous les aspects du droit applicable dans les colonies. Cette

ambition a été transcrite dans le champ du droit par sa prétention de rationaliser les hommes et les institutions<sup>83</sup>. Le droit administratif participe d'une logique à rationaliser une administration venue s'installer dans des terres lointaines lesquelles ne s'accommodent pas aux principes de légalité définis ailleurs. D'évidence, la question de la légalité se pose moins que celle de la rationalité du droit. Toute règle légale n'est pas forcément légitime. Dans la perspective coloniale, le droit a posé des règles en dépit de toute humanité et des principes portés par les déclarations des droits sans se préoccuper de leur application à l'endroit des peuples indigènes.

La colonie de Côte d'Ivoire, terre de l'affaire du Bac d'Eloka, était « (...) à la fois une administration locale de l'État français et un embryon d'un État indépendant. Elle présente ceci de particulier que tout en étant dans l'État à certains égards, à d'autres égards, elle est hors de l'État, puisqu'elle est hors de la métropole qui est le territoire propre de l'État »<sup>84</sup>.

Le droit applicable obéit à cette logique de construire une légalité autre ; celle qui n'est pas la même fin de nature à justifier les inégalités et les distorsions aux principes nés de la Révolution française, notamment le respect des droits et l'égalité de tous devant la loi. Il s'agit d'un droit différencié.

En effet, cette différenciation a permis la construction d'une rationalité juridique neutre en partant de considérations juridiques

<sup>83</sup> Mikhali XIFARAS, « *Théorie des personnages juridiques* », RFDA, mars-avril, 2017, p. 275.

<sup>84</sup> Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1925, p. 7.

inconnues jusque-là. Ces considérations ne s'accommodent pas à une science administrative enfermée dans des textes dont le contentieux se construit sur les bases d'autres intérêts. À ce propos, l'enjeu de l'affaire du Bac d'Eloka n'était pas de poser des principes pour définir le statut de la collaboration à une activité d'intérêt général, ni de poser le principe de l'égalité, ni de droits des indigènes. La question se rapportait à la bonne marche de la colonie. L'oublié du Bac d'Eloka est donc un sujet désincarné. Cet oubli ne peut pas se comprendre par l'interprétation des termes de l'arrêt du Tribunal des conflits.

La légalité neutre est consubstantielle à l'administration coloniale. La neutralité juridique place la discussion sur le champ du droit et non de la morale. C'est la justification d'une construction juridique de l'État colonial comme un projet politique et le traitement différencié entre l'égalité des droits proclamés dans la métropole et de leur privation à l'endroit des indigènes. La neutralité portée par l'administration justifie cette légalité en raison des contraintes de lieu et de temps, en fonction des faits juridiques déjà consacrés ou non juridiques. Cette légalité renvoie à des contraintes de droit et elle contribue justement à la production d'un autre fondement de la légalité juridique<sup>85</sup>. Cette légalité différenciée est conçue dans son contexte pour être appliquée dans un territoire considéré comme en dehors de toute légalité et pour des sujets

sans droit ; la règle de droit est produite par l'administration qui l'adapte et la redéfinit en permanence. À l'évidence, cette légalité neutre n'entame pas le caractère juridique des règles produites et appliquées dans la colonie, dès lors que l'État à l'origine de ce droit est un État neutre<sup>86</sup>.

En effet, la neutralité de l'État vise la justification juridique des politiques adoptées dans la colonie. Elle est à l'origine d'une politique normative au service d'un projet politique et non d'un « *idéal moral s'appliquant à la vie privée des individus* »<sup>87</sup>. Le projet politique ne s'inscrit pas dans une logique juridique de faire du bien ou de consacrer des droits en faveur des indigènes.

La neutralité de l'État est celle des choix juridiques et non des conséquences. Elle ne renvoie ni à la responsabilité juridique de l'État, ni à la question de la justice. Le choix juridique est à l'origine de cette légalité neutre.

Au-delà du sort de l'oublié du Bac d'Eloka, la légalité neutre est le construit de l'espace juridique colonial. Le terreau juridique est celui de la colonie. La légalité est définie pour s'adapter en référence à cet espace et au projet colonial. Elle est alors pensée de façon différente. Le droit destiné à s'appliquer dans les colonies étant un droit différent, ce droit n'a pas vocation à transférer les principes applicables au sein de la métropole dans la colonie ; et pour cause : la colonisation n'a jamais pris les indigènes pour des citoyens en

---

<sup>85</sup> Lire dans ce sens Olivier JOUANJAN, « *La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes* », *Droits*, vol. 54, no. 2, 2011, pp. 27-48.

<sup>86</sup> Pablo DA SILVEIRA, « *Deux conceptions de la neutralité de l'État* », *Philosophiques*, 23(2), 227-251. <https://doi.org/10.7202/027394ar>.

<sup>87</sup> Pablo DA SILVEIRA, op. cit., p. 229.

puissance<sup>88</sup>. Les règles applicables dans les colonies n'étaient pas pour la majorité adoptée par le Parlement. Le régime juridique applicable est organisé par des décrets, des circulaires avec la possibilité d'une action contentieuse devant les juridictions administratives ou de recours administratif devant le gouverneur de la colonie. Il en découle que les juridictions administratives restaient garantes de l'ordre public colonial.

La colonie constituait bien un espace juridique et judiciaire. Il ne reste pas moins que cet espace juridique ne devait pas permettre la reconnaissance des droits à des sujets exclus de la sphère des droits individuels et de justiciables devant la juridiction pour tenter une quelconque action alors même que les indigènes étaient déjà justiciables en matière criminelle devant les juridictions répressives<sup>89</sup>. Il fallait donc poser le principe d'une légalité différente afin de justifier cette politique dont l'objectif était ailleurs que la consécration des droits. Ce droit de l'administration coloniale est aussi le droit administratif. L'espace colonial a permis le développement du droit administratif à partir des faits coloniaux. L'affaire du Bac d'Eloka a participé à l'édification du droit administratif qui se poursuit au-delà du cas de l'oublié du Bac d'Eloka.

## II. Au-delà de l'oubli

Le sort de l'oublié du Bac d'Eloka est en soi une

question de droit, dès lors qu'on dépasse le simple cadre de l'anecdote. Le récit du fait divers peut l'emporter et occulter dans le même temps l'intérêt scientifique d'un tel oubli. En effet, il s'agit en filigrane de s'interroger sur le rapport à établir entre les faits coloniaux et la construction du droit administratif moderne. Il ne s'agit pas d'une simple question d'héritage ou de greffe lorsqu'on interroge le rapport entre les faits coloniaux et le droit administratif. En réalité, l'espace colonial est la matrice de la construction et de la production du droit administratif africain (B).

La colonisation a participé à l'élaboration du droit administratif ; les faits à l'origine de la décision relative à la Société commerciale de l'Ouest africain sont loin d'être représentatif. La colonisation a eu recours « *au droit pour mettre en forme et mettre des formes* » à l'organisation de la colonie. Les faits coloniaux se rattachant au développement de la justice administrative sont également révélateurs de l'exclusion des indigènes du champ du droit. Ces derniers en participant à la vie de la colonie, étaient destinataires, à tout le moins, indirectement des lois et règlements de la vie de la colonie. Il est vrai que les indigènes relevaient de la justice indigène. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une justice administrative par sa formation et sa composition ; cette justice indigène était rendue par des administrateurs coloniaux, dans l'action et la gestion de leurs collectivités administratives que furent les colonies<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Jean-Pierre COLIN, « *La démocratie et le Tiers-Monde* », Revue européenne des sciences sociales, 1993, T. 31, n° 97, p. 223.

<sup>89</sup> Martine FABRE, « *Le rôle de la cour de cassation dans l'élaboration du droit colonial* », revue Histoire de la justice, 2005/1, n° 16, p. 76.

<sup>90</sup> Mamadou BADJI, « *Dire le droit en AOF au 16<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles : entre idéal de justice et stratégie*

L'affaire de l'oublié du Bac d'Eloka offre le prétexte d'aller au-delà de sa propre histoire pour questionner la jurisprudence administrative en rapport avec la colonie. Cette interrogation serait nécessairement partielle et arbitraire. L'intérêt ne sera pas pourtant moindre. Elle renseigne que le droit administratif est, à bien des égards, une coproduction juridique et sociale entre la métropole et la colonie. C'est donc la jurisprudence administrative qui permet le contrôle conceptuel, une production exclusive du monde civilisé de l'époque dont l'écho est en contradiction avec cette réalité (A).

#### **A. Le paradoxe de l'influence de l'arrêt du Bac d'Eloka**

« *Le discours juridique est une parole créatrice qui fait exister ce qu'elle énonce* », comme l'indique Pierre Bourdieu<sup>91</sup>. Cette maxime s'applique également au droit administratif. L'affaire du Bac d'Eloka l'illustre assez bien au-delà de l'oublié du Bac. Cette affaire a permis d'énoncer un principe et de bâtir une catégorie de service public qui s'est imposé avec le temps dans le champ du droit administratif. Le retentissement de cette affaire se constate encore aujourd'hui à travers les catégories juridiques définies par le juge

---

*coloniale* », Revue Droit Sénégalais, 2013, n° 11, p. 12.

<sup>91</sup> Pierre BOURDIEU, « *Ce que parler veut dire* », Paris, Fayard, 1982, p. 21.

<sup>92</sup> CE, 1<sup>er</sup> mai 1822, Lafitte ; CE 9 mai 1867, Duc d'Aumale et Michel Levy ; CE, 19 février 1875, Prince Napoléon.

<sup>93</sup> Il y lieu de reproduire ici les conclusions du Commissaire Corneille sur l'arrêt Baldy du 10 août 1917 : « *Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut toujours se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des*

administratif de l'époque (2).

Cependant, le juge administratif, même colonial, n'a pas que bâti des catégories juridiques ou procéder à des classements des actes en vue de définir sa compétence<sup>92</sup>. Le juge administratif s'est imposé depuis comme un gardien des libertés publiques. Du fait de son action, il participe à la construction de l'État de droit et à la limitation de l'arbitraire des autorités administratives<sup>93</sup>. C'est justement de là que découle ce paradoxe. Le juge administratif s'est montré rétif à encadrer l'arbitraire des autorités coloniales peut-être par défaut, au motif que son office est enfermé par le principe de légalité. Il n'en reste pas moins que l'espace colonial est resté hors d'atteinte de la jurisprudence administrative (1).

#### ***1. La colonie – un espace fermé à l'influence de la jurisprudence administrative***

L'espace colonial est un espace clos, enfermé sur lui-même et exclusif des droits garantis par le juge administratif. L'oublié du Bac est un sujet sans droit et son sort est resté dans l'oubli car n'étant bénéficiaire d'aucune garantie et d'aucun droit. Or, la protection des libertés est au fondement axiologique de la compétence du juge administratif<sup>94</sup>. Toutefois, l'oublié du Bac

*restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se claquer sur mes principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception* », in Recueil, 1917, 636, spec., p.638.

<sup>94</sup> Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « *La protection des libertés, fondement de la compétence*

d'Eloka est révélateur de l'exclusion des indigènes de l'empire du droit ; cela relève de l'évidence puisqu'il est question des colonisés, donc des peuples sous domination. Le contexte de cette exclusion n'empêche pas de le raccorder au développement de l'office du juge administratif de l'époque dans la sauvegarde des droits et des libertés. Que d'occasions manquées pour ce juge de l'administration à l'endroit des administrateurs coloniaux ? Faut-il rappeler que la jurisprudence administrative construite en faveur de la protection des libertés aurait pu favoriser voire consacrer des droits et libertés en faveur des peuples colonisés. Les administrateurs coloniaux ont évolué dans un contexte fait d'arbitraire et de violations répétées des droits que ne serait justifiée la référence à la légalité neutre.

En effet l'affaire Gaud, du nom de Fernand Gaud, commis aux affaires indigènes, est assez illustrative de cet arbitraire colonial, mais pas assez pertinente en l'espèce dès lors que l'auteur de ces faits a été jugé et condamné devant la Cour criminelle de Brazzaville. Cependant, les forfaits de cette autorité administrative méritent d'être évoqués : Fernand Gaud, en marge des célébrations des festivités du 14 juillet 1903, avait fait sauter un indigène condamné à être fusillé en lui introduisant une cartouche dans l'anus. Les faits à l'origine de cette affaire conduisent incidemment à opérer un lien avec l'administration dès lors qu'il était question de

la commémoration d'une manifestation placée sous la responsabilité des autorités administratives<sup>95</sup>. Le droit de l'époque consacra déjà le principe suivant lequel « *la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration* »<sup>96</sup>.

Ainsi, cette affaire révélée en 1905 sous le nom de « *l'affaire Gaud et Toqué* » impliquait aussi l'administrateur Georges Toqué, lequel avait laissé noyer un indigène coupable de vol présumé de quelques cartouches<sup>97</sup>. Ces deux autorités coloniales ont été condamnées à des peines de deux ans d'emprisonnement, bien que considérées comme dérisoires à la vue des faits et aucune sanction administrative ne fût prononcée.

Dans une autre affaire celle dite des « *femmes du Bangui* » dont le classement sans suite par le commissaire général Gentil est aussi illustrative de l'arbitraire des autorités coloniales. Ce dernier a été saisi par le délégué du territoire de l'Oubangui-Chari pour des faits de rétention de soixante-huit personnes par le sieur Culard, commis des affaires indigènes, afin d'obliger les hommes à récolter plus de caoutchouc en vue de s'acquitter de leur impôt. Parmi ces personnes, il y eut cinquante-huit femmes et treize enfants ; seuls treize femmes et huit enfants survécurent à cette rétention administrative. Saisi pour ces faits, le commissaire Gentil, chef du service judiciaire de Brazzaville, enterra l'affaire et conclut que « *les faits ainsi présentés ne relevaient à la*

---

*du juge administratif ?* », Revue générale du droit, Chronique de droit des libertés, 2019.

<sup>95</sup> Voir Le Rapport Brazza – Mission d'enquête au Congo – 1905-1907, Neuvy-en-champagne, éd. Le

passager clandestin, 2014, préf. de Catherine COQUERY-VIDROVITCH, p.23.

<sup>96</sup> Article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

<sup>97</sup> Le Temps, éd. du 23 septembre 1905.

*charge des agents de l'administration (...) aucune responsabilité pénale (...). ? Ni crime, ni délit, ni faute d'intention (...)* »<sup>98</sup>. Or, ce contexte est aussi celui de la jurisprudence Tomaso Grecco du 10 février 1905 dans laquelle le Conseil d'État admettait l'élargissement de la responsabilité de l'administration du fait de ses agents <sup>99</sup>. Il est constant de rappeler que les faits de l'espèce se déroulèrent en Tunisie alors protectorat français. Monsieur Tomaso Grecco dans cette affaire n'avait pas obtenu le concours de la force publique mais ce recours a permis de soulever une question qui aurait dû faire écho dans les colonies.

L'espace colonial est resté hors d'atteinte à la jurisprudence du juge administratif. Si le principe restait bien celui de la légalité, dans les faits les décisions du juge administratif auraient pu avoir un écho dans l'administration des colonies. Or, les administrateurs coloniaux ne se sentaient pas liés par la jurisprudence du Conseil d'État qui ne leur était pas inconnue<sup>100</sup>. Le Conseil d'État garant de la légalité et la protection des libertés n'était pas celui de règles applicables dans les colonies. Le droit applicable dans la colonie étant l'émanation de la volonté royale ne relevait pas de la compétence du Conseil d'État.

Au demeurant, la doctrine verra une prise en compte des droits indigènes dans une autre affaire toujours dans le protectorat de

Tunisie<sup>101</sup>. Il s'agit de l'affaire Couitéas. En l'espèce, le Conseil d'État alors sollicité pour ordonner l'expulsion des indigènes sur la propriété du « sieur Couitéas », lequel avait obtenu un jugement pour procéder à une telle expulsion a retenu la légitimité du refus opposé par l'administration de lui prêter le concours de la force armée à cet effet « (...) à raison du trouble que susciterait l'expulsion de nombreux indigènes de territoire dont ils s'estimaient légitimes occupants depuis un temps immémorial ». Le motif retenu est la préservation de l'ordre public colonial. La cause indigène n'est abordée que par ricochet et de façon accessoire. Il est avant tout question de préserver l'équilibre de la colonie que de procéder à l'expulsion de huit milles autochtones lesquels occupaient en toute illégalité le domaine du requérant. Les droits de populations autochtones n'étaient pris en compte que pour préserver l'ordre public local. En effet, le gouverneur considéra qu'une expédition armée pour déguerpir les populations qui revendiquaient des droits historiques sur le domaine du requérant était de nature à troubler l'ordre public. Le Conseil d'État reçut la demande d'indemnisation du sieur Couitéas au motif que ce refus lui porta préjudice. Mais au-delà, l'écho de cet arrêt qui intervint deux années après l'affaire du Bac, consacra le principe de la responsabilité sans faute de l'administration pour rupture d'égalité

<sup>98</sup> Le Rapport Brazza, op. cit., p. 27.

<sup>99</sup> CE, 10 février 1905, Tomaso Grecco, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 87.

<sup>100</sup> Mohamed SADOON, « *L'impensé colonial – les relations entre l'administration et le public* », *Tumultes*, 2022/ 1, n° 58-59, p. 351.

<sup>101</sup> CE, 30 novembre 1923, Couitéas, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op.cit., p. 236.

devant les charges publiques tel que consacré par la Déclaration des droits de l'homme et de citoyen<sup>102</sup>.

Ainsi, l'indigène n'était pas titulaire de droits, l'espace colonial étant hermétique aux considérations définies par la jurisprudence administrative, celle-ci n'a pas permis l'évolution des droits des indigènes et encore moins de l'administration coloniale.

Toutefois, ce manque de considération ne saurait être imputé à la jurisprudence administrative ou au juge administratif de l'époque. En effet, ce dernier reste assujéti par l'action portée par les justiciables et les agents au service de l'administration coloniale et enfermé dans le champ de la législation de l'époque.

Le cas de l'oublié du Bac d'Eloka est assez illustratif de cette époque fermée à l'influence de l'évolution des droits alors même que sévissait dans le même temps dans les colonies la négation de tous les droits. Et le juge s'en tenait au respect de la légalité, quand bien même la législation et les faits seraient en contradiction avec les principes proclamés par la jurisprudence administrative. Telle est le paradoxe du retentissement de l'affaire de l'oublié du Bac d'Eloka.

## **2. Le retentissement de l'arrêt du Bac d'Eloka**

Est-il encore besoin de s'interroger sur le retentissement de l'affaire du Bac d'Eloka ? La

réponse est bien évidente. Le retentissement ne renvoie pas seulement à la reprise par les juridictions administratives africaines du sens de l'arrêt Bac d'Eloka ou encore à son héritage doctrinal. Il est vrai que cet arrêt fait partie du patrimoine juridique des États « *ayant subi la domination politique de la France sous forme de colonie ou de protectorat* »<sup>103</sup>. Le retentissement est donc la conséquence logique de l'origine étrangère du droit administratif dans les pays d'Afrique francophone<sup>104</sup>.

Cette affaire se passe avant les indépendances. La colonisation est terminée mais l'écho de l'affaire du Bac d'Eloka ne s'est pas estompé. Le contexte n'est plus celui de l'oublié du Bac. Les sujets de l'époque sont devenus des citoyens et des titulaires de droits ; leur relation avec l'administration répond à des considérations de droit jusque-là ignorées. La fin de la colonisation a emporté avec elle la fin de la tutelle judiciaire et administrative. Même si l'environnement socio-politique a changé, les principes dégagés par la jurisprudence restent pour l'essentiel. La jurisprudence héritée de la colonisation n'a pour autant pas disparu et les motifs des décisions reprennent, dans bien de cas, la motivation des décisions des pays nouvellement indépendants. Les magistrats et les juristes français étaient restés au service de ces États, le temps d'achever le processus de décolonisation de l'administration<sup>105</sup>.

Ce processus a contribué à la volonté de ces

<sup>102</sup><https://www.conseil-etat.fr/site/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-30-novembre-1923-couiteas>.

<sup>103</sup> Alain Serge MESCHERIAKOFF, « *Contribution de l'Afrique à l'évolution du droit administratif français* », op. cit., p. 155.

<sup>104</sup> Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, 2<sup>e</sup> éd., PU Brazzaville, 2023, p. 18.

<sup>105</sup> Lire dans ce sens Florence RENUCCI (dir.), *Dictionnaire des juristes – colonies et outre-mer XVIIe-XXe*, PU Rennes, 2022, 432 p.

États à adopter des systèmes et des procédures propres et en lien avec leur réalité. Toutefois, ce processus est continu, et à ce jour, il n'est pas exclu que l'administration coloniale installée en Afrique ait fini par s'intégrer et par se fondre dans la réalité du continent au point que le professeur Alain Serge Mescheriakoff s'interroge si « *l'Afrique n'aurait pas eu sur le droit français et par-delà Européen une influence plus durable que la France sur les droits africains ?* »<sup>106</sup>. À l'évidence, l'influence est réciproque. L'enrichissement du droit administratif est permanent et il tient compte des choix institutionnels opérés par les États. Les principes ont donc été acquis et les réponses adaptées en fonction des réalités de chaque État<sup>107</sup>.

À cet effet, dans le prolongement de l'arrêt du Bac d'Eloka, les États ont voulu, à leur tour, avoir chacun son « arrêt du Bac ». Un demi-siècle après une affaire similaire se pose autour du Bac de Moossou dans la Côte d'Ivoire indépendante. Les faits de l'espèce se rapprochent de celle du Bac d'Eloka, à la différence qu'en l'espèce, il n'y avait pas « d'oublié ». La question était relative à la nature juridique du Bac de Moossou, alors même que les conséquences juridiques de l'arrêt du Bac d'Eloka sont déjà acquises et la naissance du service public à caractère industriel et commercial actée. Il suffit de rappeler ici le dictum de cet arrêt énonçant le

principe selon lequel « (...) *en effectuant moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la compagnie exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* ».

La Cour suprême de la Côte d'Ivoire dans son arrêt du 14 janvier 1970 devait statuer sur le litige opposant la Société des Centaures routiers à l'État ivoirien à la suite des dommages subis par un camion de cette société, le 17 avril 1961 en débarquant du Bac de Moossou<sup>108</sup>. La Cour suprême devait ainsi se prononcer, suivant les termes de Michel Bernard, sur la nature juridique du Bac : « est-il un véhicule ou un ouvrage public » ? La Cour suprême répondra : « (...) *qu'un bac, constitue, un ouvrage public ; que son exploitation présente le caractère d'un service public administratif, dont les usagers ne sont pas liés à l'État par un contrat de transport de droit privé (...)* ». Par l'arrêt du Bac de Moossou, la Cour suprême ivoirienne prenait le contre-pied de l'arrêt du Bac d'Eloka dont le destin aurait été détourné de son sens initial<sup>109</sup>. La Cour suprême de Madagascar retiendra la nature de l'ouvrage public et de service public administratif dans l'affaire du Bac d'Annové, submergé le 27 février 1976. Dans cette affaire la Cour suprême Malgache retiendra la condamnation de l'État pour un défaut

<sup>106</sup> Alain Serge MESCHERIAKOFF, *idem*, p. 172.

<sup>107</sup> Didier TRUCHET, « *Le rayonnement de la jurisprudence administrative française* », revue juridique de l'Océan Indien, 2005, *Le rayonnement du droit français dans le monde*, NS-2005, pp. 165-1176.

<sup>108</sup> C.S., 14 juin 1970, société des Centaures routiers, AJDA, 1970, p. 560, concl. Michel BERNARD.

<sup>109</sup> Alain Serge MESSCHERIAKOFF, « *L'arrêt du Bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique* », RDP, 1988, p. 1060.

d'entretien normal de l'ouvrage public<sup>110</sup>. Dans une autre affaire, cette fois à propos d'un autre Bac, le Bac public de Maningory<sup>111</sup>, la Cour suprême retiendra également la nature de l'ouvrage public dudit Bac et la condamnation de l'État malgache pour défaut d'entretien normal. Il semble également que le Gabon ait eu son arrêt du Bac d'Eboro<sup>112</sup>.

L'affaire du Bac d'Eloka laisse des traces et comme bien d'autres arrêts issus de l'espace colonial. Après les indépendances, les États se sont réapproprié les principes de la jurisprudence ; ces principes ont été réinterprétés à bien des égards à la lumière des considérations juridiques propres. Il s'est construit une jurisprudence du Bac tout en récusant la nature juridique du service public à caractère industriel et commercial attribué au Bac d'Eloka.

La jurisprudence du « Bac » est révélatrice de ce que les États nouvellement indépendants n'ont pas été seulement le réceptacle d'une tradition juridique et des standards importés. Mais au-delà un processus de co-construction et de filiation du droit administratif avec l'héritage et le partage des institutions communes. La

jurisprudence administrative a été expérimentée et construite dans les colonies. Il est vrai que la lecture de cette jurisprudence ne permet pas d'y voir un processus d'émancipation des peuples des colonies et encore moins la construction d'un État de droit de nature à soumettre la colonie, personne morale de droit public, à l'empire du droit.

Le droit administratif africain s'est construit dans ce paradoxe entre l'absence de production d'une jurisprudence en faveur des peuples indigènes et une filiation qui ne fait pas de doute avec le raccordement du droit administratif, tel qu'il se développe avec la jurisprudence née à partir des faits coloniaux.

## **B. La matrice du droit administratif africain**

Les fondements du droit administratif africain semblent bien acquis. La doctrine administrativiste avait déjà relevé que celui-ci n'est que le résultat d'un mimétisme et la reproduction d'un droit venu d'ailleurs<sup>113</sup>. Pour autant, l'histoire du droit administratif se poursuit et traduit une évolution qui permet de constater une rupture avec cette affirmation<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> CS, Ch. adm., 3 septembre 1977, 1/77-ADM - <https://juricaf.org/arrêt/MADAGASCAR-COURSUPREME-19770903-177ADM>.

<sup>111</sup> CS, Ch. adm., 21 avril 1979, Dame, Victoire, n° 25/76-1DM <https://juricaf.org/arrêt/MADAGASCAR-COURSUPREME-19790421-2576ADM>.

<sup>112</sup> La référence est citée par le prof. Placide MOUDOUDOU, *Le droit administratif congolais*, op. cit., p. 17.

<sup>113</sup> On peut lire dans ce sens, Alain BOCKEL, *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, Les nouvelles éditions africains, 1978, 541 p. ; Magloire ONDOA et Patrick ABANE ENGOLO, *Les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 1-352 ; Placide MOUDOUDOU, *Droit*

*administratif du congolais*, op.cit. ; Jean-Marie BIPOUM-WOUM « *Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la recherche des droits étrangers en droit interne* », RJPIC, n°3, 1972, pp. 359-388 ; Jacques BUGNICOURT, « *Le mimétisme administratif en Afrique : obstacle majeur au développement* », RFSP, 1973, 23-6, pp. 1239-1267.

<sup>114</sup> Placide MOUDOUDOU, « *Les tendances du droit administratif dans les États d'Afrique noire francophone* », *Annales de l'Université Marien N'Gouabi*, 2009, n°3, pp. 1-39 ; Demba SY, « *L'évolution du droit administratif sénégalais* », EDJA, n° 67, p. 39, octobre-décembre, 2005, Guy Jean-Clément MEBIAMA, « *L'évolution*

En effet, plusieurs étapes renseignent sur l'évolution de l'histoire du droit administratif et se rattachent à l'époque coloniale, la période des indépendances, l'époque du « parti unique » et l'avènement de la démocratie pluraliste. À chacune de ces périodes correspond une forme de rapport entre l'administration et le droit auquel elle est assujettie ; le rapport entre la légalité et l'organisation institutionnelle adoptée. Un tel rapport relève du régalién et donc intrinsèquement à chaque État.

Les faits du Bac d'Eloka ont participé à cette construction du droit administratif des pays francophones d'Afrique et permettent d'y voir une coproduction du droit plus qu'un simple mimétisme ou une reproduction. Au-delà de la royauté du droit, laquelle remonte à 1798 et diffusé avec le droit colonial, le droit administratif africain est un droit empirique né dans les terres coloniales (1). Toutefois, cet empirisme initial s'est forgé dans la matrice de l'héritage de la colonie avant de s'en détacher pour fixer et définir ses caractéristiques propres (2).

### ***1. L'empirisme du droit administratif africain***

L'arrêt du Bac d'Eloka fait partie de ces grands arrêts nés dans les terres coloniales. Cet arrêt a certes permis de définir et de bâtir l'édifice du droit administratif. De là est née l'idée encore admise aujourd'hui que le droit administratif est

avant tout un droit jurisprudentiel<sup>115</sup>, il est l'œuvre du juge administratif<sup>116</sup> et donc il est un droit prétorien. C'est d'ailleurs, une des caractéristiques du droit administratif<sup>117</sup>.

L'origine empirique s'inscrit dans le processus historique de formation du droit administratif à travers les contentieux des affaires nées en Afrique. C'est dans ces affaires que le droit administratif africain puise également ses fondements. Il ne s'agit pas seulement de voir le droit administratif à travers le prisme de la colonisation.

Le rapport des peuples indigènes avec l'administration coloniale a forgé certains principes du droit à travers la jurisprudence administrative. S'il faut donc se pencher sur cet aspect empirique, il faut reconnaître qu'il est difficile de le synthétiser. Toutefois, la relecture de certains grands arrêts permet de raccorder le droit administratif aux peuples indigènes et à leur terre. Il ne s'agit pas donc des faits qui se sont passés en dehors des terres africaines. D'ailleurs, il ne suffit pas de s'en référer pour y voir un droit administratif originellement africain. Ces affaires sont des sources d'inspiration ; une telle référence relativise le simple recours au mimétisme qui doit être distingué de la copie ou de la reproduction pure et simple. Il convient de préférer l'expression de « rayonnement »<sup>118</sup> du professeur Didier

---

*du droit administratif congolais*, RJP, 2008, n°2, pp.209-266, Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », Afrilex, 2000, 1, pp. 1-24.

<sup>115</sup> Olivier DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive du droit », in Mélanges offerts à Jacques MAURY, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, T. II, pp. 349-379.

<sup>116</sup> Jean RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », EDCE, 1955, pp. 27-36.

<sup>117</sup> Marcel WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in Mélanges offerts à Georges SCELLE, 1950, T. II, p.612.

<sup>118</sup> Didier TRUCHET, « Le rayonnement de la jurisprudence administrative française », Revue

Truchet à celle de « l'exportation »<sup>119</sup> du droit administratif français du professeur Yves Gaudemet lorsqu'il est question des influences françaises sur le droit administratif africain. En réalité, il y a une part des deux dans le processus historique de la construction du droit administratif africain. Une troisième voie peut être retenue ; c'est celle qui renvoie à la naissance du droit administratif dans les terres africaines ; c'est celle de l'empirisme du droit administratif. Elle complète les deux premières. Quand bien même ces affaires trouveraient leurs causes sur la terre africaine, elles ont été interprétées et jugées suivant la tradition juridique propre qui n'est pas celle des indigènes.

L'empirisme comme source du droit administratif africain ne se limite pas à rechercher l'origine des faits ayant permis la production des fondements du droit administratif à travers un grand arrêt lequel

serait rentré dans la postérité. Ce rattachement n'est pas vain. Il interroge sur la formation de la jurisprudence administrative, laquelle fait le pont entre la norme et la réalité<sup>120</sup> ; ce lien juridique entre la fabrique du droit administratif et les faits à l'origine de la production d'un grand arrêt<sup>121</sup> de droit administratif africain.

L'arrêt Bac d'Eloka a permis la consécration de la théorie du service public industriel et commercial. Cet arrêt est un repère dans ce processus historique dans la construction du droit administratif. Ce repère arrive bien tard dans l'élaboration du droit administratif général si l'on se réfère à l'arrêt Baudry du Conseil d'État du 1<sup>er</sup> juin 1861<sup>122</sup>, annonciateur du célèbre arrêt Blanco « la pierre angulaire du droit administratif tout entier » et de « mythe fondateur »<sup>123</sup>. Il s'ensuivra la création des juridictions administratives dans les colonies, connues sous l'appellation « de Conseils du contentieux »<sup>124</sup>. Le droit administratif se

---

juridique de l'Océan Indien, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, NS-2005, pp.165-176.

<sup>119</sup> Yves GAUDEMET, « *L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe* », in Mélanges offertes à Philippe ARDENT, Paris, LGDJ, 1999, p.431.

<sup>120</sup> Jean RIVERO, « *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français* », in *Discussion sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique*, Dialectica, 1961, vol. 15, n°3/4, pp. 462.

<sup>121</sup> Guy BRAIBANT, « *Qu'est-ce qu'un grand arrêt ?* », AJDDA, 2006, n° 26, pp. 1428-1430.

<sup>122</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 1861, Baudry, in Pierre SERRAND, *Décisions du droit administratif*, Paris, coll. Droit fondamental, PUF, 2022, p.13.

<sup>123</sup> GAJA, 24<sup>e</sup> éd., 2023, p.2.

<sup>124</sup> Pierre LAMPUE, *Les conseils du contentieux des colonies*, op. cit., - lire p. 96 – « *Au Soudan français, un Conseil d'administration fut institué le décret du 27 février 1893, et modifié. Par celui du 15 septembre 1895. Les décrets du 31 janvier et du 28 mars 1899 vinrent y introduire de nouveaux*

*fonctionnaires. Le décret du 15 octobre 1902 régit le Conseil d'administration des territoires de la Sénégambie et du Niger. Pour la Côte d'Ivoire, nous trouvons le décret du 26 janvier 1895 ; pour le Dahomey, ceux du 27 mars 1896 et du 4 février 1897. Le décret du 11 octobre 1899 organisa les conseils de la Guinée française, de la Côte d'Ivoire et du Dahomey. Le décret du 18 octobre 1904 organisa le Conseil d'administration de la colonie du Haut-Sénégal-Niger, qui succédait aux territoires de la Sénégambie et du Niger. Un décret, du 1<sup>er</sup> e mars 1919 créa la colonie de la Haute-Volta ; mais, par suite de la difficulté du recrutement des membres du Conseil d'administration, le décret du 11 septembre suivant dut en confier provisoirement les attributions au Conseil du Haut-Sénégal et Niger ». Aussi, l'auteur l'organisation particulière de l'organisation dans l'Afrique Équatoriale dont chacune colonie dans lesquelles les conseils d'administration se constituent en conseil contentieux à la suite de l'organisation posée par le décret du 3 avril 1920 et au Cameroun par celui du 14 avril de la même année – p. 93.*

diffuse et se construit à travers ces juridictions administratives dès lors qu'il est acquis que « le juge administratif applique le droit administratif et le droit administratif est le droit appliqué par le juge administratif »<sup>125</sup>.

Avec l'arrêt Tomaso Grecco dont les faits se passent dans le protectorat de la Tunisie, le juge administratif consacre le principe de la responsabilité de l'État du fait d'un service public<sup>126</sup>. Toujours dans le protectorat de Tunisie, le juge administratif pose le principe de la *responsabilité sans faute* « de l'État fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques » avec l'arrêt Couitéas. Dans l'arrêt Marécar, dont les faits se déroulent dans l'actuel Madagascar, le Conseil d'État pose le principe de l'affectation d'un bien à l'usage public comme critère de la domanialité publique<sup>127</sup>.

Ces arrêts, nés dans le contexte colonial, participent aux théories jurisprudentielles du droit administratif sur lesquelles repose le droit administratif (africain), dans sa relation entre le discours et l'action réciproque du réel sur les concepts juridiques ; la réalité n'étant pas dépourvue de conséquence sur le droit administratif<sup>128</sup>. Ce droit s'est construit aussi dans l'espace colonial, dans sa relation entre cette administration et ses administrés. Le contexte colonial a permis de justifier le refus du concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice<sup>129</sup>,

aujourd'hui élevé au rang de norme de valeur législative<sup>130</sup>. Ce contexte a permis également la création du droit qui inspire encore le droit administratif africain sans pourtant se limiter à une simple reproduction ou une imitation. La source d'inspiration n'est pas loin en raison du lien que se fait entre les décisions rendues et les faits de l'espèce.

Le droit administratif se découvre dans sa jurisprudence. Cette dernière crée des principes qui s'appliquent ou qu'applique l'administration. Ainsi, l'arrêt du Bac d'Eloka fait partie de ces grands arrêts du Conseil d'État relatifs aux affaires nées dans les anciennes colonies. C'est ici que le lien matriciel et le caractère empirique du droit administratif africain s'y trouve. À travers ces affaires, le Conseil d'État a poursuivi l'architecture du droit administratif depuis le vide juridique comblé par la loi des 16-24 août 1790 sur la séparation des autorités administratives et judiciaires. Ce fut une nécessité pour le juge administratif afin d'encadrer l'action de l'administration à travers sa jurisprudence. Mais aussi, de donner à l'administration un juge propre. Cependant ce principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires s'impose dans certains États africains sans fondement juridique propre ; il semble relever

<sup>125</sup> Pierre SERRAND, op. cit., p. 16.

<sup>126</sup> CE, 10 février 1905, Tomaso Grecco, GAJA, 24<sup>e</sup> éd., 2023, n° 14.

<sup>127</sup> CE, 28 juin 1935, n° 36905, Marécar, RDP, 1935, p. 590.

<sup>128</sup> Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Avant-propos* in Jeanne de GLINIASTY (Thèse), *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*,

Paris, LGDJ, col. Bibliothèque de droit public, 2018, T. 298, 2018.

<sup>129</sup> Geneviève KOUBI, CE, 30 novembre 1923, n° 38284, Couitéas, in *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, op. cit., p.133.

<sup>130</sup> Bernard SELLIER, « *L'actualité de l'arrêt Couitéas* », RFDA, 2013, p. 1012.

de l'évocation<sup>131</sup>.

L'empirisme fixe, aussi, les fondements du droit administratif africain dans l'inspiration de la jurisprudence comme des réponses apportées à des problèmes juridiques concrets que les droits africains en donnent une consécration textuelle<sup>132</sup>.

## **2. La consécration de l'empirisme du droit administratif africain**

L'empirisme du droit administratif n'est plus le résultat d'une simple lecture des grands principes issus des affaires africaines et jugées par le Conseil d'État. Cet empirisme renvoie en réalité à une conception du droit administratif qui se définit en rapport avec les pratiques africaines et avec la construction de nouveaux espaces délibératifs mettant fin à « l'impérialisme institutionnel »<sup>133</sup> hérité de la colonisation. Le droit administratif dans l'espace francophone oscille dans son actualité entre son héritage colonial, le monde moderne et son ancrage territorial.

L'héritage colonial du droit administratif en l'espèce semble bien acquis par la doctrine<sup>134</sup>.

L'arrêt du Bac d'Eloka s'inscrit dans cette filiation avec les standards juridiques qu'il a pu

poser. La reprise des principes et standards par les États africains a fini par interroger sur la nature endogène du droit produit et appliqué dans cet espace francophone lequel serait « essentiellement et formellement ou matériellement gouvernemental »<sup>135</sup> avec la caractéristique d'être un droit du pouvoir en référence à la puissance publique<sup>136</sup>. Il est le produit de l'exécutif et pas de la jurisprudence, c'est un droit écrit et découlant avant tout de la loi<sup>137</sup>.

Ce droit reste le reflet d'une conception centrée autour de l'État dans lequel le juge n'intervient que très peu. Ce caractère écrit du droit produit par l'exécutif n'est pas pourtant sans lien avec la jurisprudence. Les États ont intégré dans le droit positif les principes issus de la jurisprudence administrative du droit français. Loin d'être simplement mimétique, il y a un caractère prétorien dans son inspiration ; il s'agit certes d'une jurisprudence d'emprunt. Toutefois, cet emprunt de jurisprudence ne se retrouve pas seulement dans la loi. Les juges reprennent à dessein aussi les motifs des

<sup>131</sup> Voir Christachel NDINGA BANDA, *Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires au Congo*, Thèse de doctorat, Université Marien N'gouabi, 2021, 563 p.

<sup>132</sup> Demba SY, « Dire, Écrire et Comprendre le droit administratif en Afrique. Une approche juridique et sociologique », *Revue Droit Sénégalais*, 2013, n° 11, p. 291.

<sup>133</sup> Magloire ONDOA, « Les fondements juridiques du droit administratif français au Cameroun », in, *Les fondements du droit administratif camerounais*, Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO (dir.), Paris, L'Harmattan, 2026, p. 34.

<sup>134</sup> Sébastien YEDOH LATH, « Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain

*francophone ? »*, RDP, 2011, n°5, pp. 1255-1288 ; Jean du Bois de GAUDUSSON, « Enseignement et connaissance du droit administratif dans les États d'Afrique noire francophone », in *La connaissance du droit en Afrique – Symposium de Bruxelles*, 2-3 décembre 1983, Académie royale des sciences d'Outre-Mer, 1984, pp. 182-190.

<sup>135</sup> Jean du Bois de GAUDUSSON, op. cit., p. 186.

<sup>136</sup> Placide MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratifs dans les États d'Afrique francophone », op.cit., p.3.

<sup>137</sup> Demba SY, « Droit administratif et communicabilité en Afrique » in [https://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/DROIT\\_ADMINISTRATIF\\_ET\\_COMMUNICABILITE\\_EN\\_AFRIQUE.pdf](https://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/DROIT_ADMINISTRATIF_ET_COMMUNICABILITE_EN_AFRIQUE.pdf).

décisions du conseil d'État français<sup>138</sup>.

Les États de l'Afrique noire sont en perpétuelle construction. Le droit administratif s'y adapte et s'y accommode avec des légalités de crise correspondant à des moments de l'histoire politique de ces États faits de coups d'État, de remise en cause de l'ordre constitutionnel ou simplement à des changements de constitution<sup>139</sup>. L'Afrique noire francophone semble bien s'en accommoder. L'ingénierie institutionnelle et constitutionnelle participe aussi à une adaptation, voire à une réappropriation d'un droit administratif endogène. L'administration africaine n'est plus celle des indépendances. L'État avec son administration a fait sa mue et a fini par produire son droit. D'un droit emprunté, il est

considéré comme innovant dans son organisation et dans sa normativité. Aussi, les juridictions en charge du contentieux administratif ne correspondent plus au modèle hérité<sup>140</sup>. À l'évidence, le droit administratif se construit dans une perspective plus large et se déploie en fonction des enjeux de chaque État. D'ailleurs, l'organisation administrative diffère d'un État à un autre dans ce même espace. Le droit administratif est aussi un droit politique, appartenant à un État, à un pouvoir ; il reste un instrument d'action soit au service de la préservation d'un ordre juridique établi, soit en faveur de la protection des usagers et des administrés ou de l'administration.

La constante dans l'espace francophone permet de retenir que l'administration et les juges de

---

<sup>138</sup> Meïssa DIAKHATE, « *La motivation des décisions des juridictions administratives en Afrique subsaharienne francophone* », in <https://afrilex.u-bordeaux.fr/2019/04/14/la-motivation-des-decisions-des-juridictions-administratives-en-afrique-subsaharienne-francophone>.

<sup>139</sup> Alain, Franklin ONDOA, Jean-Mermoz BIKORO, « *Chronique de droit public des pays de l'espace africain francophone* », RDP, n° 1, 2014, pp. 201-205.

<sup>140</sup> Au Burkina Faso, à l'instar de l'ordre des tribunaux judiciaires, les juridictions administratives constituent depuis 2000 un ordre de juridiction distinct. Dans cet ordre, des juridictions administratives spécialisées ont été instituées aux côtés des juridictions à compétence générale que sont le Conseil d'État et le Tribunal administratif. Le Conseil d'État est la juridiction suprême de l'ordre administratif. Il comprend deux Chambres : la Chambre consultative et la Chambre du contentieux. Ce rapprochement de fonctions administrative et juridictionnelle a des avantages certains ; il donne à la « jurisprudence le caractère concret et pragmatique qui permet d'assurer une conciliation adéquate entre l'intérêt général et les intérêts particuliers des administrés. Ce rapprochement permet également au Conseil d'État de conserver une connaissance intime de l'administration que ne pourrait avoir un juge séparé complètement des milieux administratifs ». La Chambre consultative

du Conseil d'État du Burkina Faso est à la fois conseillère et juge. Le Conseil d'État burkinabé est juge en premier et dernier ressort des décrets qu'ils soient réglementaires ou individuels, ainsi que des actes administratifs « dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal ». Il statue également sur les recours en interprétation et en appréciation de légalité. Il est juge d'appel contre les jugements des tribunaux administratifs. Ces particularités du juge administratif burkinabé apparaissent aussi au niveau des tribunaux administratifs, créés par la loi du 16 mai 1995. Ils sont, en effet, juges de droit commun du contentieux administratif ; mais, le Tribunal administratif burkinabé est composé d'un juge unique assisté d'un commissaire du gouvernement. Aussi, certains États qui avaient adopté le « modèle sénégalais » d'organisation des juridictions connaissent aussi de véritables bouleversements. C'est le cas du Congo et surtout du Sénégal. Au Congo en effet, une loi du 20 mai 1996 a créé que deux tribunaux administratifs de Brazzaville et de Pointe-Noire. Mais, dans le reste du pays, les juridictions judiciaires continuent à statuer en matière administrative « en attendant la nomination de magistrats aux tribunaux administratifs ». Le « modèle sénégalais » continue donc de fonctionner en pratique : compétence de droit commun reconnue aux tribunaux de grande instance et aux cours d'appel, compétence exclusive de la Cour suprême pour le contentieux objectif.

l'administration semblent penser que leur mission est d'abord de servir le gouvernement<sup>141</sup>. Ainsi, l'expansion de la justice administrative répond au choix politique et pas nécessairement de la protection des libertés. Ces considérations ont assurément conduit le constitutionnaliste béninois à permettre le contrôle des actes administratifs portant atteinte à un droit fondamental ou à une liberté publique par le juge constitutionnel<sup>142</sup>. Le contrôle de l'action administrative n'est plus réservé à son juge naturel mais au juge gardien de la Constitution et donc des droits fondamentaux et des libertés publiques<sup>143</sup>.

Cette adaptation du droit administratif se fait de façon empirique en fonction des options et des ambitions des uns et des autres. Il se distingue entre une volonté d'aller plus loin dans le libéralisme et la réticence des autres d'accorder plus de liberté au juge en tant que garant de l'État de droit. C'est aussi dans cette logique que ce droit innove sous l'influence du droit OHADA avec le recours à l'arbitrage dans le domaine de l'administration publique. Le droit administratif se construit une identité propre et la volonté de rompre avec ses origines non africaines<sup>144</sup>.

En effet, la question de l'affirmation de l'identité culturelle africaine innerve le champ du droit administratif<sup>145</sup>. Il est vrai que jusque-là, « *le vocabulaire, les concepts, la classification et la terminologie juridique sont empruntés au droit occidental* » ; le droit administratif africain opère sa mue dans les procédures et de son adaptation à la réalité de l'administration de chaque État ; parce que souverain, chaque état exerce ses fonctions régaliennes, surtout la justice – aussi administrative - par la définition des normes juridiques propres alors qu'elles étaient exercées auparavant par la colonie. Cette adaptation du droit administratif rompt en partie avec sa filiation coloniale dans la façon de concevoir le droit de façon générale. Le droit administratif se construit avec des institutions administratives nouvelles garantes des intérêts et des besoins dominants de la société. Le juge administratif garantit aussi la bonne marche de l'administration et se pose en rempart de l'intérêt public. De ce point de vue, rien ne semble original.

Le droit administratif africain s'est bâti autour des légendes et parmi celles-ci, l'arrêt du Bac d'Eloka en est une. L'oublié du Bac d'Eloka fait

---

<sup>141</sup> Olivier FANDJIP, « *Les obligations de l'administration face à une demande. Contribution à l'étude des tendances du droit administratifs des États d'Afrique Francophone* », RDP, 2019, n°3, p. 809.

<sup>142</sup> L'article 117 de la Constitution du Bénin dispose entre autres que la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur « *la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général, sur les violations des droits de la personne humaine* ».

<sup>143</sup> Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « *Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au*

*Gabon ?* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n° 3, vol. 75, pp. 551-583.

<sup>144</sup> Jean-Paul MARKUS, « *Le droit administratif africain à la recherche de ses propres modèles* », in Magloire ONDOA et Patrick Edgar ABANE ENGOLO (dir.), *Les Transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Paris L'Harmattan, 2018, pp. 25-36.

<sup>145</sup> Magloire ONDOA, *Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers*, RJPIC, 2002, vol. 56, n°3, p.287.

également partie de cette légende. C'est toute l'histoire du droit administratif africain entre rationalité, tradition et modernité<sup>146</sup>. Le droit administratif africain a repris les standards définis par la jurisprudence dans des affaires nées dans les colonies. Il les pérennise, les adapte mais n'en dégage que très peu, sinon pas du tout. La jurisprudence française forge encore les convictions et les motivations des juges administratifs<sup>147</sup> ; ce juge vit encore dans l'univers du juge administratif français<sup>148</sup>; il est timide et les administrés vivent encore dans la crainte de l'État et en dehors de l'État<sup>149</sup>. Le contentieux administratif de nombreux États se caractérise par une sorte de privilège donné aux actes administratifs. Le recours contre ces actes est de la compétence de la Cour suprême ou l'accès au juge est entravé par de nombreux obstacles<sup>150</sup>. Ce privilège répond avant tout qu'à une volonté de préserver la bonne marche de l'administration en attribuant une telle compétence au juge suprême au détriment de la garantie des administrés. Il s'agit là encore d'un avatar de l'administration coloniale laquelle renvoie davantage à une tutelle contentieuse dans le but de toujours préserver les autorités

administratives symptomatiques d'une administration encore patrimoniale<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> Maurice KAMTO, « *La justice entre tradition et modernité* », in Jean du Bois de GAUDUSSON et Gerard CONAC (dir.), *La justice en Afrique*, Afrique contemporaine, n° spécial, 1990, p. 57.

<sup>147</sup> Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence Burkinabé- Droit administratif*, Ouagadougou, PAGED, Coll. Précis de droit Burkinabé, 2007, p. 9.

<sup>148</sup> Joseph-Marie BIPOUM-WOUM, « *Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun* », RJP, 1972, n°3, pp. 359-388.

<sup>149</sup> Placide MOUDODOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Brazzaville, PU de Brazzaville, 2019, p.19.

<sup>150</sup> Abraham GADJI, « *L'accès à la justice entre quête, requête et conquête : quelques observations sur un droit fondamental à valoriser en Côte d'Ivoire* », in Fabrice HOURQUERBIE (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 53 – 94 ; Auguste ILOKI, *Le recours pour excès de pouvoir au Congo*, Paris, L'Harmattan, 2003, 134 p.

<sup>151</sup> Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « *L'ordre patrimonial : essai d'interprétation du fonctionnement de l'Administration d'Afrique francophone subsaharienne* », RFAP, 1987, n°42, pp. 121-149.

## FAKE NEWS ET TRANSFORMATIONS DES ESPACES PUBLICS<sup>1</sup>

Par

**Dr Illa AHMET,**

Maître-assistant en Science Politique,  
Faculté des Sciences Juridique et Politique (FSJP),  
Université Abdou Moumouni de Niamey (Niger).

### Résumé

Le présent article analyse les Fake News comme un enjeu sur le système politique, l'Etat de droit et la paix sociale. Elles sont une source de préoccupation pour les pouvoirs publics. En effet, depuis un moment, le phénomène de Fake News est devenu un sujet de préoccupation aux plans interne et international au point où l'Assemblée Générale des Nations-Unies a jugé nécessaire d'adopter une résolution (Résolution 77/227), suivie d'un rapport, élaborée sous les auspices du Secrétaire général sur ledit phénomène.

L'analyse a démontré que les Fake News sont porteuses de menaces sociales et politiques. Celles-ci traduisent une pathologie des espaces publics. Les tentatives de régulations « Top Downs » ont montré leurs limites. De nouvelles formules de régulation, associant les pouvoirs publics

et les acteurs privés concernés, sont en train d'être expérimentées en dépit des réserves qui sont émises à propos de la pertinence de certains outils tels que le Fact checking.

**Mots clés :** Fake News, Fausse nouvelle, désinformation, espace public, menace sociale et politique, régulation.

---

<sup>1</sup>Je remercie Professeur TIDJANI ALOU Mahaman, Docteurs MOHA Mahaman, HAMANI Oumarou, BIRGUI Abdoul Kader, MOUSSA Adamou et monsieur BAKO Ali, chercheurs au LASDEL et Enseignants-chercheurs à l'Université Abdou Moumouni de Niamey. Vos remarques ont contribué à l'amélioration de ce texte.

## **Introduction**

Aux Etats- Unis, lors de la campagne pour l'élection présidentielle du 5 novembre 2024, au cours du débat télévisé du 10 septembre 2024 avec la candidate Kamala HARRIS, le candidat Donald TRUMP affirmait qu'« à *Springfield (OHIO), les migrants mangent les chiens et les chats. Ils mangent des animaux de compagnie des riverains, c'est ce qui se passe dans notre pays et c'est une honte* ». Il affirmait aussi que les ouragans Ellen et Wilton sont des complots visant à s'accaparer des terres des victimes ; que l'argent public mobilisé pour aider les victimes a été détourné pour aider les immigrés.

Au Nigeria, un faux compte Twitter au nom d'Abubakar ATIKU, candidat à l'élection présidentielle 2019, envoie un message de remerciement à l'Association of Nigerian Gay Men (ANGAM) pour son soutien. Dans ce poste, le candidat Abubakar ATIKU indiquait que la première chose qu'il ferait s'il gagnait les élections serait d'abolir la législation anti-gay<sup>2</sup> promulguée par l'ancien Président Goodluck JONATHAN en 2014.

Ces types d'allégations, dénommées « Fake news », inondent de plus en plus l'espace public<sup>3</sup> et cela grâce à la facilité de sa propagation sur les réseaux sociaux<sup>4</sup>. L'espace public est ce lieu, accessible à tous les citoyens, où se forme l'opinion publique. C'est un lieu symbolique où s'opposent et se répondent les discours, la plupart contradictoires, tenus par les différents acteurs politiques, sociaux, religieux, culturels et intellectuels. L'espace public est le symbole d'une démocratie en action qui accepte l'expression contradictoire des informations, des opinions, des intérêts et des idéologies<sup>5</sup> dans la définition des problèmes publics. Un espace public ouvert oblige les gouvernants à tenir compte des opinions publiques dans l'action publique. Désignée « mot de l'année 2017 » par le dictionnaire Collins, la formule Fake News est particulièrement ambivalente. D'un côté, elle est marquée par des logiques d'appropriation plurielles par les champs sociaux. De l'autre, elle est également employée sous la forme d'un concept « couteau Suisse » à partir duquel ces mêmes champs sociaux entendent décrire les

<sup>2</sup>Le terme anglais « gay » signifie « homosexuel » en langue française.

<sup>3</sup>«Terme utilisé par Jürgen HABERMAS pour désigner une sphère de la vie sociale, intermédiaire entre la sphère étatique et la sphère privée, au sein de laquelle l'opinion publique peut se constituer en force de résistance à la domination [.....]L'espace public est le lieu privilégié de l'agir communicationnel », voir Yves et al., *Lexique de Sociologie*, Paris, 4<sup>e</sup> édition Dalloz, 2013, p. 131. Selon WOLTON

Dominique., Jürgen HABERMAS a repris ce concept à Emmanuel KANT qui en est probablement l'auteur et a popularisé son usage depuis les années 1970. Pour plus des détails, voir WOLTON Dominique, *Penser la communication*, Paris, Flammarion, 1997.

<sup>4</sup>Pauline AMIEL, « Aider la presse à lutter contre le virus de fake news », Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2020, p.7

<sup>5</sup>WOLTON D., op. cit., pp. 369-370.

phénomènes sociaux pourtant, extrêmement, hétérogènes<sup>6</sup>. La formule « Fake News » n'en finit pas d'alimenter les débats au sein des sciences sociales<sup>7</sup> et de plus en plus au sein des arènes politiques tant à l'échelle nationale qu'internationale. D'aucuns ont parlé à son propos de mot-valise<sup>8</sup>, un concept polysémique renvoyant, généralement, à des notions telles que infox, propagande, fausse information, fausse nouvelle, désinformation, fausse rumeur. Pourtant, des nuances importantes, décelables à travers les définitions, distinguent ces notions du concept Fake News.

En effet, la désinformation est définie comme « la diffusion intentionnelle d'une fausse information en vue de causer un préjudice social grave<sup>9</sup> ». Elle renvoie à la « fabrication d'un faux message puis à sa diffusion de façon qui semble neutre et dans un but stratégique. Il s'agit toujours de peser négativement sur l'opinion publique pour affaiblir un camp. Ce camp peut être un pays, les tenants d'une idéologie, un groupe ou une entreprise<sup>10</sup> ».

La désinformation repose sur trois critères cumulatifs : « *l'intention stratégique* » des auteurs du faux, sa médiatisation ou sa publicisation et, enfin, que « *le processus serve aux intérêts de son initiateur au détriment de la cible*<sup>11</sup> ». Elle constitue « *une technique de manipulation de l'opinion par la diffusion d'informations fausses, véridiques mais tronquées, ou véridiques avec l'ajout des compléments faux, l'objectif est de donner une image erronée de la réalité, à des fins politiques ou militaires, à une opinion publique d'un camp adverse*<sup>12</sup> ». La désinformation est donc une dénaturation de l'information initiale afin de lui donner un sens nouveau et erroné.

Quant aux rumeurs, ce sont des énoncés informatifs non vérifiés dont la source originelle est soit anonyme, soit difficile voire impossible d'être identifiée. Elles sont un mode de régulation dont l'énoncé peut être véridique ou faux. Leurs conséquences potentielles échappent à une manifestation explicite de volonté de la part des acteurs sociaux impliqués dans leur dissémination et leur durée de vie sont, le plus souvent,

<sup>6</sup> Pour plus des détails, voir Cyrille BODIN et Mikaël CHAMBRU, « Fake news ! Pouvoirs et conflits au tour de l'énonciation publique du vrai » *Etudes de communications*, 53/2019, mis en ligne le 1<sup>er</sup> janvier 2022, consulté par nous le 7 novembre 2024

<sup>7</sup> Julien GIRY, « Les Fake News comme concept de sciences sociales. Essai de cadrage à partir de notions connexes : rumeurs, théories de complot, propagande et désinformation », *Revue Questions de communication*, 2020, 38, pp.371-394.

<sup>8</sup>Ibid., p. 372

<sup>9</sup>Secrétaire général de l'ONU, *Rapport* intitulé « Combattre la désinformation pour promouvoir et protéger les droits humains et les libertés fondamentales », Nations –Unies, 2022., p.2

<sup>10</sup>François-Bernard HUYGHE, *La désinformation. Les armes du faux*, Paris, Armand Colin, 2016, p. 63

<sup>11</sup>Ibid., pp. 63- 64

<sup>12</sup>Ibid., p.64

relativement courtes<sup>13</sup>.

S'agissant de la propagande, elle est définie comme « *une stratégie de communication de masse ayant pour objectifs l'influence de l'opinion et des actions d'individus ou des groupes au moyen d'informations partiales*<sup>14</sup> ».

Pendant longtemps, la propagande a été utilisée positivement par des acteurs sociaux pour conscientiser les individus ou les mobiliser pour une cause perçue comme juste et vertueuse. Elle est utilisée surtout par des pouvoirs autoritaires, mais il arrive que les pouvoirs démocratiques en fassent recours. La propagande ne consiste pas à fabriquer intentionnellement le faux. Elle peut se limiter, uniquement, à l'exaltation des sentiments positifs autour des événements incertains ou controversés. La propagande correspond plus à une présentation tendancieuse, partielle et orientée d'éléments pouvant être réels afin de mettre en avant la position, les intérêts ou les préférences idéologiques de son auteur. En revanche, les Fake News sont « *des énoncés performatifs mis en circulation, essentiellement dans l'espace numérique, par des acteurs collectifs ou individuels identifiés ou identifiables à des fins politiques et/ou économiques*

*volontairement recherchées*<sup>15</sup> ». Les Fake News sont des artefacts, des fausses nouvelles, dont la nature même est d'être faux, en tout ou en partie, quand bien même ils prétendent être exactes et peuvent prendre les apparences symboliques de la « vérité ». Les Fake News ont une durée de vie qu'on ne peut pas déterminer.

Les définitions des concepts, a priori synonymes, ont permis de se rendre compte que les Fake News constituent une réalité à part entière, propulsée au-devant de l'actualité par le Président Donald TRUMP en 2016 et par la pandémie du Covid-19 à partir de 2020. Aujourd'hui, les Fake News mobilisent les scientifiques<sup>16</sup> et les politiques. Les premiers pour comprendre et expliquer le nouveau phénomène qui impacte le fonctionnement de nos sociétés et de nos économies, les seconds pour réprimer les auteurs ou les utiliser à des fins de propagande ou pour nuire à des adversaires politiques.

Contrairement aux rumeurs qui ont fait l'objet d'une littérature abondante, les Fake News n'ont fait l'objet d'analyses scientifiques que ces dernières années, lorsque les sciences du politique ont commencé à porter un peu plus d'intérêt aux cadres non formalisés de l'expression

<sup>13</sup>Julien GIRY, op. cit., pp. 376- 378.

<sup>14</sup>E. AUGE, *Petit traité de propagande : A l'usage de ceux qui la subissent*, Louvain-la-Neuve, Belgique, De Boeck supérieur, 2016

<sup>15</sup>Ibid., p. 378

<sup>16</sup>Depuis quelques années on constate une floraison des publications scientifiques sur les Fake News. Voir les sites de recherche Cairn et Persée.

politique<sup>17</sup>. Malgré cet élan scientifique, le concept Fake News n'est pas, jusqu'à présent, consacré par les sciences sociales en général. Il ne figure dans aucun dictionnaire de sciences sociales. Il ne figure pas, non plus, dans les manuels et traités de science politique. Il importe de noter que les politistes ont pris du retard comme en témoigne la rareté des travaux sur le sujet. Et pourtant, les Fake News rentrent dans les problématiques qui ont structuré la science politique. La première de ces problématiques relève du rapport à l'ordre politique, les Fake News peuvent être étudiées sous l'angle de l'univers politique. Elles sont la traduction d'un phénomène qui est au cœur de l'analyse de la sociologie politique. Les Fake News touchent deux domaines de la sociologie politique, en l'occurrence le domaine de la propagande et de la communication politique ainsi que le domaine de l'espace public qui leur servent de réceptacle et d'espaces de diffusion. Si le concept n'est pas encore consacré par la science politique, il n'en demeure pas moins

qu'il suscite, depuis quelques années, de colloques<sup>18</sup>, articles de presse<sup>19</sup> et travaux de recherches en sciences sociales<sup>20</sup>, particulièrement en science politique.

Cet article, de portée théorique, entre dans cette dynamique. La question de recherche que suscitent les Fake News tourne au tour des enjeux du phénomène. D'abord, les enjeux relatifs à la transformation des espaces publics. Ensuite des enjeux sur le système politique, l'Etat de droit et la paix sociale pour en constituer une source de préoccupation pour les pouvoirs publics. En effet, depuis un moment, le phénomène de Fake News est devenu un sujet de préoccupation aux plans interne et international au point où l'Assemblée Générale des Nations-Unies a jugé nécessaire d'adopter une résolution (Résolution 77/227), assortie d'un rapport<sup>21</sup>, élaborée sous les auspices du Secrétaire général.

Etudier les Fake News présente un double intérêt. Un intérêt pratique d'abord, parce qu'il s'agit d'analyser un nouveau

<sup>17</sup>Voir François BASTIEN et Erik NEVEU, « Pour une sociologie politique des espaces publics contemporains », in François BASTIEN et Erik NEVEU (dir.), *Espaces publics mosaïques. Acteurs, arènes et rhétoriques des débats publics contemporains*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1999

<sup>18</sup>A l'initiative du Professeur Hygin KAKAI, l'Université d'Abomey- Calavi du Bénin, en collaboration avec l'IGD et URPOSSOC, a organisé un colloque international du 13 au 14 AVRIL 2023 sur « Les fausses en démocratie ».

<sup>19</sup>Hygin KAKAI, « Fake News et l'ordre social au Bénin », *Quotidien béninois d'information*,

*Point Média* du 05 septembre 2019 ; Szymon JAGIELLO, « L'Afrique prise d'assaut par les campagnes de désinformation », *Journal le Point*, publié le 21 août 2024

<sup>20</sup>Voir Julien GIRY, « Les Fake News comme concept de sciences sociales. Essai de cadrage à partir de notions connexes : rumeurs, théories de complot, propagande et désinformation », op. cit. ; Léonce GAMAI, *L'écosystème des fausses informations au Bénin. Une vue d'ensemble*, Abuja, édition CDD, mars 2022

<sup>21</sup>Secrétaire général de l'ONU, *Rapport*, op cit.

phénomène social dont les conséquences impactent l'ordre social et politique. Un intérêt scientifique, ensuite, la science politique se saisit d'un phénomène qu'elle semble négligée alors qu'il touche ses principaux domaines, notamment la sociologie politique et les relations internationales.

Le phénomène Fake News, étant devenu mondial, son analyse ne sera pas réduite à une étude des cas. Des exemples tirés des comportements individuels dans les espaces publics de tous les continents seront convoqués, même si par ailleurs, il arrive que de commentaires et des illustrations sur le cas du Niger soient plus prépondérants.

Sur le plan théorique, le cadre mobilisé pour analyser les fake news est l'approche constructiviste. Ce courant épistémologique, dont les origines remontent aux traditions philosophiques, s'est développé largement en privilégiant l'étude des phénomènes de langage et de la communication. Il permet d'analyser les processus de construction des croyances qui structurent les perceptions du réel en s'objectivant dans les institutions<sup>22</sup>. En effet, le constructivisme ne se limite pas à l'affirmation que la réalité sociale se rapporterait simplement à une réalité subjective ; il rend compte des processus

d'objectivation du monde social, dans des formes pratiques et des systèmes symboliques plus ou moins stabilisés. Pour Peter Ludwig BERGER, Thomas LUCKMANN<sup>23</sup> et leurs contemporains, une attention particulière doit être accordée à la façon dont les individus construisent le monde social au cours des échanges interpersonnels. C'est un courant épistémologique qui pousse le chercheur à focaliser son attention sur les significations attribuées aux phénomènes, sur les croyances tenues pour acquises.

Le constructivisme souligne que la dimension construite du monde social n'est pas une réalité objective indépendante des catégories, des institutions et des représentations qui le saisissent, le constituent et le consolident<sup>24</sup>. La construction des perceptions et des pensées, par la voie de la socialisation, a une importance dans l'explication des attitudes humaines. L'intérêt de cette approche pour cette étude, c'est qu'elle permet de mettre en exergue la fabrication des Fake News, nouvelles intentionnellement fausses diffusées sur l'espace virtuel, pour influencer sur les comportements des individus, voire des institutions et au-delà affecté le fonctionnement des espaces publics.

<sup>22</sup>Guy Hermet et al., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, 4<sup>e</sup> édition Armand Colin, 2000, p.67

<sup>23</sup>P.L. BERGER et T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006.

<sup>24</sup>Olivier NAY et al., *Lexique de Science Politique*, Paris, 4<sup>e</sup> édition Dalloz, 2017, p. 114

Sur le plan méthodologique, la démarche privilégiée dans le cadre de cette étude est interprétativiste. Cette méthode, de type qualitative, permet d'enregistrer la variété des significations et des constructions symboliques élaborées par les agents sociaux observés<sup>25</sup>. Dans le cadre de cette étude, la focale est mise sur les significations portées par les individus sur un phénomène nouveau et préoccupant, dans un contexte social et politique en pleine restructuration du fait de la technologie de la communication et de l'information. Les outils mobilisés pour atteindre l'objectif recherché sont entre autres : les discours, les articles de presses et de revues, les analyses doctrinales.

L'approche théorique et le cadre méthodologique retenus permettent de déboucher sur une question fondamentale relative à la transformation des espaces publics par les Fake News. L'idée n'est pas de démontrer, uniquement, que les Fake News élargissent les espaces publics. Ces derniers doivent leur mutation par les technologies de l'information et de la communication. De l'espace public bourgeois dont parlait Jürgen HABERMAS<sup>26</sup>, on assiste à l'émergence des nouveaux espaces publics, de plus en

plus virtuels. Ce dernier a d'ailleurs reconnu, dans la préface de la nouvelle édition de son ouvrage, « *la transformation de la sphère publique avec les formes d'organisation, de distribution et de consommation d'une production de livres qui s'est élargie, professionnalisée et adaptée à des nouvelles catégories des lecteurs et par la publication de journaux et de revues qui ont également changé dans leurs contenus. Elle s'est à nouveau transformée avec le développement des mass media électroniques, l'importance récente de la publicité, l'assimilation croissante de la distraction et de l'information, la centralisation renforcée dans tous les domaines, le déclin de la vie associative, des espaces publics locaux, etc*<sup>27</sup> ». Il poursuit en constatant que « *l'espace public, qui est en même temps préstructuré et dominé par les mass media, est devenu une véritable arène vassalisée par le pouvoir, au sein de laquelle on lutte, par des thèmes, des contributions, non seulement pour l'influence mais davantage pour un contrôle, aux intentions stratégiques aussi dissimulées que possible, des flux de communication efficaces*<sup>28</sup> ».

Outre, l'élargissement des espaces publics, ce travail aborde leurs transformations dues aux Fake News. Comment ceux-ci ont

<sup>25</sup>SUREL Yves, *La science politique et ses méthodes*, Paris, Armand Colin, 2015, pp. 69-70.

<sup>26</sup>HABERMAS Jürgen, *L'espace public. Avec une préface inédite de l'auteur*, Millau,

imprimerie Maury S.A.S pour le compte des éditions Payot et Rivages, 1997.

<sup>27</sup>Ibid., p. XVI

<sup>28</sup>Ibid., p. XVI

transformé les espaces publics et quels types d'enjeux ils portent sur ces derniers ?

Pour répondre à cette question, les hypothèses suivantes peuvent être formulées :

- Les Fake News ont transformé les espaces publics par la multiplicité des acteurs. Ils les ont, aussi, transformé les espaces publics formels en les (dé) légitimant. Avec les Fake News, beaucoup d'espaces publics ont perdu leur crédibilité. C'est pourquoi les interactions sociales augmentent dans d'autres espaces, qui en réalité ne sont pas nouveaux. On peut citer les marchés, les points d'eau, les Mosquées, etc;
- Les Fake News transforment les espaces publics en arènes où les combats se font de manière malsaine, aux mépris des règles de civilité et du bon sens. Ils sont des outils nouveaux de déstabilisations de l'ordre politique au plan interne et international. En effet, ils sont utilisés par les acteurs politiques (institutionnels et individuels) comme un moyen de déstabilisation de l'adversaire. Les Fake News sont utilisés comme outils de combat politique, voire outil de guerre. On évoque à ce propos de guerre de désinformation. Ils constituent une nouvelle forme d'anomie sociale. En cela, ils constituent une menace pour l'ordre politique et la paix sociale. Ils posent des défis aux pouvoirs publics pour leur éradication. D'où les débats vifs et récurrents qu'ils suscitent. En effet, La

régulation des espaces publics afin de lutter contre le phénomène de Fake News, par les lois pénales, se heurte à des exigences de l'Etat de droit d'une part, et aux difficultés pour les pouvoirs publics de contrôler, suffisamment, les espaces numériques et les outils qui leur servent de support d'autre part.

De ces hypothèses, il ressort que les Fake News contribuent aux reconfigurations des espaces publics. Celles-ci se caractérisent par un élargissement d'acteurs sur les espaces publics. Dans leur dimension immatérielle, les TIC ont créé des espaces virtuels (WhatsApp, Facebook, X, Instagram) sur lesquels des acteurs individuels et collectifs diffusent des Fake News. Le déclassement des espaces publics immatériels (comme les mass media), en lien avec les Fake News, s'est fait au profit d'autres espaces publics physiques, notamment les cafés, les bars, les salles de lectures et de concerts, les marchés, les partis politiques, les Universités, les Administrations, les mosquées, etc.

Au-delà de la reconfiguration, l'ampleur prise par les Fake News contribue à la fragilisation progressive des espaces publics, notamment dans leurs fonctions normatives. Les espaces publics ne sont plus des lieux de construction de l'opinion publique, de légitimation du pouvoir politique et de pacification des mœurs sociales. Ils se sont transformés, du fait des Fake News, en lieux

de (dé) légitimation du politique, de violence verbale, voire physique. Cette situation n'est pas conséquence sur l'avenir des espaces publics.

La démonstration des transformations des espaces publics, induites par les Fake News, est faite en deux axes. Le premier se focalise sur les Fake News comme facteur de reconfigurations des espaces publics (I) et le deuxième explique la contribution des Fake News dans la fragilisation des espaces publics (II).

### **I. Fake News, facteurs de reconfigurations des espaces publics**

C'est la discussion qui fait vivre l'espace publique<sup>29</sup>. La discussion entre les citoyens crée un univers communicationnel, de plus en plus, dominé par les Fake News. Ces derniers contribuent à l'évolution et la reconfiguration des espaces publics à travers des d'acteurs multiples (A) qui les fabriquent et les diffusent dans des espaces publics ambivalents (B).

#### **A. Des acteurs multiples**

Il faut entendre par acteurs ceux qui produisent les Fake News. Ces acteurs sont multiples et variés. Certains sont institutionnels (1), d'autres sont des individus (2) communément appelés activistes ou bloggeurs.

<sup>29</sup>DAHLGREN Peter et RELIEU Marc, « L'espace public et l'internet. Structure, espace et communication », in *Réseaux*, volume 18, n° 100, 2000. Communiquer à l'ère des réseaux, p. 170, doi :

#### **1. Des acteurs institutionnels**

Certains analystes considèrent que « *le fait que l'on note une flambée d'intox en période électorale, indiquent que ces infox ne peuvent naître et prospérer sans l'implication des chapelles politiques...*<sup>30</sup> ». Les partis politiques, de l'opposition comme ceux de la majorité, sont souvent accusés de mener des actions subversives contre les partis adverses ou l'Etat. Les propos d'un opposant politique béninois illustrent cette idée. « *Les fausses informations viennent de tous les camps. C'est de bonne guerre (...). Le gouvernement doit se préparer à gérer davantage les infox. Nous allons en produire suffisamment puisque ceux qui nous dirigent ont usé des infox pour arriver au pouvoir [...]. Dans une crise, la première victime, c'est la vérité*<sup>31</sup> ».

Les partis politiques, toutes tendances confondues, disposeraient des officines à fabriquer des fausses nouvelles. Ici les fake news sont élaborés, pensés pour convaincre celui qui les écoute ou qui les lit. En général, ils sont adressés à des publics bien ciblés et surtout réceptifs à l'idée développée bien qu'elle soit fausse. L'on note que la fabrique des Fake News est beaucoup plus développée en période électorale. Au Niger, pendant cette période, ce sont des jeunes

<https://doi.org/10.3406/reso.2000.2217> ;  
[https://www.persee.fr/doc/reso\\_0751-971\\_2000\\_num\\_18\\_100\\_2217](https://www.persee.fr/doc/reso_0751-971_2000_num_18_100_2217).

<sup>30</sup>Léonce GAMAI, op cit., p.10

<sup>31</sup>Ibid., p. 10

militants des partis, très prolixes dans l'utilisation des outils de communication numérique (WhatsApp, Instagram, Facebook et X) qui sont mobilisés. Les partis leur achètent des téléphones et des crédits de communication pour produire et/ou diffuser des fausses nouvelles. Cette activité à temps plein consiste aussi à traquer et à démentir les fausses nouvelles du camp adverse. C'est donc à une véritable guerre des Fake News à laquelle l'on assiste pendant la campagne électorale. Cette guerre peut se prolonger après les élections. Le contentieux desdites élections se solde sur les réseaux sociaux.

L'espace public, auquel ces Fake News sont destinés, est constitué de partisans afin de les mobiliser. Ils peuvent être destinés aux militants et sympathisants des partis adverses afin de les déstabiliser par le doute qu'on pourrait créer en eux. De ce point de vue, les fake news participent à l'action de propagande dont les effets sont la manipulation de ceux qui les lisent ou ceux qui les écoutent.

Un parti politique peut fabriquer un Fake News qu'il diffusera dans des espaces publics pour vérifier la réaction de son opinion publique. Si celle-ci est réceptive au fake news, l'information fausse au départ, devient réalité (effet boule de neige). De ce point de vue les fake news deviennent un

outil qui mesure l'état de l'opinion. Cette stratégie est moins coûteuse que les sondages d'opinion souvent utilisés par les pouvoirs publics. Ce qui introduit un autre acteur institutionnel de Fake News, en l'occurrence le gouvernement ou le pouvoir politique de façon générale. L'usage de fausses nouvelles n'est pas, de ce point de vue, un fait nouveau. En effet, en période de guerre, l'armée procède à la propagation des fausses nouvelles<sup>32</sup>.

Un Fake News peut être fabriqué par le gouvernement ou par l'opposition pour déjouer les pronostics. On constate ce phénomène au moment de composition des équipes gouvernementales. Des fausses listes sont mises en circulation à l'initiative de l'autorité en charge des nominations pour tâter le terrain, la réceptivité de telle ou telle personne par les partisans, puis par l'opinion publique. Une telle stratégie des autorités politiques, consistant à fabriquer les Fake News et à les diffuser, peut mettre celles-ci hors pressions de militants, dont certains font recours au pouvoir occulte des marabouts et des charlatans.

En Afrique, un peu partout, des médias (presse audio-visuelle et écrite) sont instrumentalisés par les acteurs politiques et deviennent des structures relayeuses des Fake News. Au Niger, chaque parti politique

---

<sup>32</sup>Marc BLOCH, *Réflexions d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre*, Paris, éditions Allia, 1999

dispose des médias qui lui sont proches et qui lui servent des structures relais de diffusion de ses idées, de son programme et des fausses informations sur ses adversaires politiques. Il arrive que les autorités politiques utilisent les médias d'Etat dans la propagation des fausses nouvelles, comme en atteste les reportages faits, respectivement les 10 mai et 16 juillet 2024, par la Radio et Télévision nationale du Niger (RTN) sur la présence des troupes françaises pré-positionnées en territoire béninois pour attaquer le Niger<sup>33</sup>. Le « Fact-checking » effectué, sur les images du 2<sup>e</sup> reportage, a démontré que les images, prouvant la présence des militaires français, sont fausses. C'est un montage grotesque, il s'agit plutôt des mercenaires de Wagner. Face à ces accusations persistantes, la chaîne d'information France 24 a fait un reportage le 15 mai 2024, à travers lequel les autorités françaises et béninoises s'en défendaient d'avoir eu un tel projet de déstabilisation du Niger. Les Fake News peuvent aussi provenir d'acteurs internes, notamment des camps politiques adverses. Comme l'a écrit le chercheur Samba Dialimpa BADJI pour le contexte sénégalais, « *lors de la campagne présidentielle 2019, les deux camps, pouvoir*

*comme opposition ont eu recours aux fausses informations, soit pour discréditer l'adversaire, soit pour exagérer un bilan*<sup>34</sup> ». D'autres acteurs institutionnels participent à l'élaboration et à la diffusion des Fake News. Selon le centre d'études stratégiques pour l'Afrique, la Russie demeure le principal pourvoyeur de la désinformation en Afrique, parrainant 80 campagnes documentées, ciblant plus de 22 pays en utilisant des canaux irréguliers pour gagner de l'influence dans ce continent<sup>35</sup>. On cite souvent, comme canaux, le parti communiste chinois (PCC), la chaîne d'information russe Sputnik, les réseaux de fabrication de Fake News liés au groupe Wagner, les influenceurs africains rémunérés ; des avatars numériques qui diffusent souvent des informations fausses, des vidéos et de photographies falsifiées et hors contexte. S'agissant de Sputnik, elle est, d'ailleurs, surnommée la chaîne Fake News. Cette chaîne, financée par les autorités publiques russes, est un outil de propagande de la Russie destinée à l'attention des récepteurs étrangers, particulièrement en Afrique. L'objectif recherché c'est de décrédibiliser les pays occidentaux, les rendre impopulaires et créer ce faisant les

<sup>33</sup>Les reportages sont encore disponibles sur Facebook

<sup>34</sup>Szymon JAGIELLO, « L'Afrique prise d'assaut par les campagnes de désinformation », Journal *le Point*, publié le 21 août 2024.

<sup>35</sup>Centre d'études stratégiques de l'Afrique, Cartographie de la vague de désinformation en Afrique, Washington, DC, 1<sup>er</sup> avril 2024. Site <https://africacenter.org/fr/spotlight/cartographie-de-desinformaion-en-afrique/>, p.3, consulté le 10 novembre 2024.

conditions de leurs déclassements. C'est une stratégie qui répond aux objectifs de politique étrangère de la Russie.

A ce propos, la Russie n'est pas le seul pays qui a recours aux Fake News. Les Etats-Unis en ont fait usage en 2003, au Conseil de sécurité lorsque le secrétaire d'Etat Colin Powell a affirmé que l'Irak s'était procuré de l'Uranium au Niger pour son programme nucléaire. Cette fausse nouvelle a été sciemment dite par un officiel de la première puissance mondiale afin de justifier une action politique, en l'occurrence faire la guerre à l'Irak. La Chine est aussi citée parmi les Etats qui sponsorisent les campagnes de Fake News en Afrique afin de préserver et promouvoir ses intérêts géostratégiques. Les pays européens ne sont pas restés inactifs dans cette nouvelle guerre de fausses nouvelles. La France, particulièrement, produit énormément des Fake News pour contrecarrer le discrédit dont elle fait dans ses anciennes colonies par la Chine et la Russie.

Ces Fake News, subversifs, d'acteurs institutionnels étrangers se conjuguent avec ceux d'acteurs individuels.

## 2. Des acteurs individuels

Les acteurs politiques sont les principaux concepteurs et diffuseurs des Fake News. Ils le conçoivent dans leurs salons et les diffusent entre amis pour faire mal à leurs

adversaires politiques internes au sein du parti. Ce phénomène est, couramment, observé en France en période de désignation des représentants des partis politiques aux élections présidentielles, législatives, départementales, régionales et cantonales.

Les acteurs politiques utilisent aussi la fausse nouvelle dans le but de mobiliser les électeurs. C'est ainsi que le Président François MITTERRAND et son entourage concevaient une fausse rumeur sur son départ si le parti socialiste perdait les élections législatives de 1986. Cette fausse relayait par le journal le Monde et suffisamment commentée par les éditorialistes visait à mobiliser davantage les électeurs<sup>36</sup>. A l'inverse du Président MITTERRAND, le Président Donald TRUMP qui a popularisé le terme Fake News, par l'occurrence forte de l'utilisation qu'il en a faite pendant la campagne électorale de 2016. Ce dernier utilise les Fake News pour cliver la société américaine, dénigrer ses adversaires et surtout faire peur pour obtenir un résultat électoral qui lui est favorable. Cette allégation, pourtant fausse, a été reprise par un de ses principaux soutiens, le milliardaire Elon MUSK, qui est nommé à la tête d'une institution nouvelle en charge de l'efficacité gouvernementale. Il faut rappeler qu'en 2016 Paul HOMER (décédé en 2017), véritable professionnel

---

<sup>36</sup>Pour plus des détails, voir Jean- Noël KAPFERER, op cit., p. 257 et suivantes

des Fake News, s'était targué d'avoir fait élire le candidat Donald TRUMP à la présidence des Etats-Unis<sup>37</sup>.

Enfin, les auteurs individuels de Fake News sont des activistes de réseaux sociaux, qui diffusent des informations justes et fausses. Parmi eux on trouve des prétendus intellectuels, comme Sylvain YAMSI, agrégé de philosophie et enseignant au secondaire et à l'université en France. Ce dernier diffuse des informations le plus souvent inexactes. Certains sont anonymes, comme Giles YAPI. Ce dernier est un lanceur d'alerte non identifié, physiquement, et personne ne peut dire où il se trouve actuellement. Il est porteur souvent de fausses nouvelles.

Au Niger, les acteurs individuels des Fake News sont les jeunes cyber- militants des partis politiques, chargés de propager des fausses nouvelles sur les réseaux sociaux numériques et les espaces traditionnels de communication sociale. Les Fake News sont répandus par les influenceurs dont certains sont souvent au service des acteurs étatiques ou économiques, qui usent de leur popularité d'activistes des réseaux sociaux numériques pour tromper ou manipuler leurs

« followers ». Les plus connus sont entre autres : Bana Ibrahim, juriste et militant du parti politique Lumana, Dansounsou, cadre dans une administration de mission à Niamey, Ali Téra<sup>38</sup> et Samira Sabou<sup>39</sup>, journaliste bloggeuse. Certains les appellent « cyber-guerriers » ou « armées des blogueurs » vu le rôle qu'ils ont joué dans la mobilisation des jeunes au rond-point de l'escadrille à Niamey et dans d'autres lieux de rassemblement après le coup d'Etat du 26 juillet 2023. Ils ont été les boucliers des auteurs du coup d'Etat face à la menace d'intervention de la CEDEAO. Les Fake News sont, des fois, l'œuvre des cybers activistes et des cybers citoyens qui publient consciemment ou inconsciemment des fausses nouvelles sur leurs pages numériques. Les partages qui s'en suivent à travers des groupes whatsApp font que les citoyens deviennent des propagateurs des Fake News. C'est ainsi qu'en août 2023, alors que la CEDEAO menaçait d'intervenir pour libérer le président Mohamed BAZOUM, plusieurs internautes ont produit et fait circuler sur la toile une vidéo montrant trois avions rafales accompagnés d'un gros porteur stationnés sur le tarmac de l'aéroport

<sup>37</sup>Julien GIRY, op. cit., p.7

<sup>38</sup>Ali Téra est un activiste numérique. Il fut arrêté aux Etats-Unis en 2017 sur demande du gouvernement nigérien et extradé au Niger, où il fut enfermé pendant cinq (05) ans. Avant son arrestation, il publiait régulièrement, sur sa page Facebook, des vidéos le montrant en train de s'en prendre verbalement aux autorités politiques et

traditionnelles. Les arguments qu'il développait sont le plus souvent des Fake news.

<sup>39</sup>En juin 2020, Samira Sabou a été arrêtée pour diffamation pour avoir dénoncé sur les réseaux sociaux une surfacturation relative à l'achat d'équipements militaires pour l'armée nigérienne.

de Dakar. Ces avions prétendus appartenir à l'OTAN devaient intervenir au Niger pour déloger les militaires putschistes du 26 juillet 2023. La vidéo en question était un montage des images prises en novembre 2021 selon l'AFP factuel<sup>40</sup>. Elle était devenue virale rapidement, suscitant une large vague d'indignation chez les internautes, d'où la forte mobilisation constatée dans les jours qui suivaient au niveau du rond-point Escadrille de Niamey. Dans d'autres pays, au Bénin par exemple, les propagateurs des Fake News sont les conducteurs de taxi-moto, connus sous l'appellation « Zémidjan », les citoyens ordinaires (papa, maman, tante, etc). Ces derniers répandent généralement les Fake News apolitiques sur des sujets au tour de certaines pandémies comme le Covid 19, la mort des certaines personnalités ou sur les affaires de mœurs. Tout récemment, il a été annoncé, sur Facebook, la mort de l'ancien président sénégalais, maître Abdoulaye WADE. Tout comme, il a été annoncé la mort de l'ancien chef de l'Etat du Niger Salou DJIBO. Au Niger, des journalistes indépendants diffusent des fausses informations à caractère diffamatoire sur les acteurs politiques ou les responsables des institutions. C'est ainsi qu'en 2018, une journaliste indépendante a publié sur sa page Facebook le décès de la présidente de la

Cour constitutionnelle du Niger. Toute vérification faite, l'information s'est avérée fausse.

Si les Fake News se développent au point de devenir un sujet de préoccupation, c'est parce qu'il existe d'espaces qui leurs sont favorables pour leur propagation.

## **B. Des espaces de diffusion ambivalents**

L'information est définie, par le dictionnaire Larousse, comme l'action d'informer quelqu'un, un groupe, de le tenir au courant des événements, renseigner quelqu'un sur quelque chose ou bien donner des renseignements sur quelqu'un. Elle peut être vraie ou fausse. Dans le cadre de ce travail, l'analyse porte sur les fausses informations ou Fake News. Il existe deux types d'espaces publics de diffusion des Fake News. Certains sont modernes (1), d'autres sont classiques ou traditionnels (2).

### **1. Des espaces publics modernes de Fake News**

C'est à partir des années 1980 que les réseaux sociaux se sont multipliés, l'analyse de leurs actions a été faite par des analystes de politique publique. Cette analyse, en termes de réseaux, postule que ceux-ci sont avant tout des espaces, plus ou moins clos, où les acteurs interdépendants et de statuts divers contribuent à la construction des

<sup>40</sup>Szymon JAGIELLO, op cit.

politiques publiques. Exprimés en ces termes, les réseaux constituent un cadre utile de conception des politiques publiques pertinentes, répondant aux attentes légitimes des populations.

Un réseau social est constitué par l'ensemble des relations entre les individus<sup>41</sup>. Le développement d'internet, un réseau social numérique, participe à l'élargissement de l'espace social. Ce réseau social numérique a permis l'éclosion des nouveaux espaces publics de communication. Mais, « à côté des promesses d'un internet démocratique et positivement collaboratif, internet est aussi un gigantesque et infatigable des rumeurs<sup>42</sup> », particulièrement des Fake News.

Au Niger, à l'instar des autres pays du Sahel, l'internet constitue l'espace public dominant dans la diffusion des Fake News. Cet espace est constitué des sous espaces, notamment les réseaux sociaux de Meta comme WhatsApp, Facebook, LinkedIn, Messenger, Instagram ou encore X (ancien Twitter). Le réseau social WhatsApp est la première messagerie instantanée au monde avec 2 milliards d'utilisateurs actifs par mois<sup>43</sup>.

C'est une application facile d'utilisation et qui permet d'envoyer des messages écrits et audio, de partager des textes, des photos ou encore des vidéos. Cette application est beaucoup utilisée, au Niger, du fait de l'analphabétisme de la population. A défaut de lire les messages, les analphabètes peuvent écouter les audio émis dans leurs langues maternelles et regarder les images<sup>44</sup>. Pour le reste, le mécanisme consiste à publier sur un compte individuel un Fake News, qui est par la suite partagé jusqu'à ce que l'information devienne virale. Contrairement à WhatsApp, les contenus des Fake News des autres plateformes numériques sont publiés en français, d'où la limite de leur portée. Les techniques utilisées sont multiples. On peut citer l'intelligence artificielle qui permet de générer des « DeepFakes ». Il s'agit des vidéos dans lesquelles des personnes disent ou font des choses qu'elles n'ont jamais dites ou faites. Par cette technique, les informations fausses sont mélangées aux faits réels ou des fois sorties de leur contexte. L'autre technique consiste à utiliser les algorithmes pour atteindre les électeurs et diffuser les

<sup>41</sup>Yves ALPE et al., *Lexique de sociologie*, op cit., p. 317

<sup>42</sup>Philippe ALDRIN, « Lutter contre les rumeurs : mission impossible ? », *revue des médias*, 2016. HAL Id: halshs-03167343, <https://shs.hal.science/halshs-03167374v1>.

Submitted on 18 Mar 2021, consulté le 15 novembre 2024.

<sup>43</sup>Ce chiffre est tiré du rapport intitulé « Evaluation des mécanismes et stratégies de la désinformation et leurs conséquences sur le cadre

démocratique et la cohésion sociale au Niger », op cit., p. 7

<sup>44</sup>ALZOUMA Gado, « Activisme politique et gouvernance au Niger : nature et formes de la répression politique numérique », *Tic et société* [en ligne], Vol. 18, N°1, 1<sup>er</sup> semestre 2024, mis en ligne le 11 novembre 2024, consulté le 12 novembre 2024. URL : <http://journal.openedition.org/ticetsociete/8982>; DOI : <http://doi.org/10.4000/12nsi>

messages des candidats politiques. Les algorithmes créent une bulle d'informations qui confirme la vision de l'internaute et l'empêche de faire preuve de tout esprit critique. La dernière technique c'est le recours aux « Bots », c'est-à-dire des faux comptes sur les réseaux sociaux. C'est à travers ces « Bots » que sont diffusés de fausses nouvelles et autres propos haineux. A ces « Bots » s'ajoutent des « Trolls » sur internet permettant à des personnes réelles de semer la discorde sur les médias sociaux, en mettant en colère et en frustrant d'autres personnes.

Grâce aux technologies d'information et de la communication, l'espace numérique peut être considéré comme un espace public universel dans lequel de millions des personnes sont en interaction permanente et échangent des informations vraies et fausses

de manière instantanée.

Toutefois, le développement de l'espace numérique n'entraîne pas la disparition d'autres espaces publics dits traditionnels de fabrication et/ou de diffusion des Fake News.

## **2. Des espaces traditionnels de diffusion des Fake News**

On retiendra, pour le Niger, les « fadas <sup>45</sup>», les marchés<sup>46</sup>, les groupes de « foyandi<sup>47</sup> » et de tontine, les lieux de culte, les taxis collectifs<sup>48</sup>, les points d'eau<sup>49</sup>, les bistrotts et les lieux de cérémonies de mariage et de baptême. En Côte d'Ivoire et au Mali, il y a les « Grins », l'équivalent des « fadas » du Niger, des places emblématiques telle que la Sorbonne d'Abidjan, haut lieu de fabrication des rumeurs par des personnes prétendument savantes qui commentent l'actualité sur la base des titres des journaux qu'ils n'ont pas

<sup>45</sup>Les « fadas » sont des espaces publics où des personnes physiques se rassemblent, pour partager des verres du thé ou de repas et discuter des questions d'intérêt commun.

<sup>46</sup>Les marchés sont des espaces publics qui servent de lieu de rencontre entre les vendeurs et les acheteurs. Au-delà de cette fonction économique, les marchés constituent des canaux d'information, souvent utilisés par les pouvoirs publics pour diffuser des messages, sensibiliser les populations. Mais de plus en plus les marchés sont devenus des espaces de diffusion de fake news. Un individu vient très tôt le matin diffusé un Fake News et à moins de quatre heures l'information a envahi le marché comme une trainé de poudre. Cette fake news se propage ensuite dans la ville et au-delà. Car tous ceux qui quittent le marché colportent l'information fausse dont l'auteur demeure inconnu. Qui vous a donné l'information, je l'ai apprise au marché. Cette situation est tout de même caractéristique des marchés Africain ou les gens quand ils

viennent, ils ne se contentent pas de vendre ou acheter, ils bavardent.

<sup>47</sup>Les « foyandi » sont des moments festifs. En général, les membres d'un groupe « foyandi » cotisent et organisent une fête chez un membre du groupe. Une partie de l'argent collecté est utilisé pour la préparation du repas et une partie remise à l'hôte de la rencontre. C'est pourquoi on parle de « foyandi » et tontine.

<sup>48</sup>Les taxis collectifs sont des moyens de transport en commun couramment utilisés par les citoyens pour se rendre sur leurs lieux de travail ou pour rendre visite à des proches. Leur usage quotidien en fait d'eux des véritables espaces publics, souvent utilisés par certaines personnes pour diffuser de fausses informations.

<sup>49</sup>En général ce sont les femmes qui fréquentent le plus les points d'eau. En allant puiser de l'eau, elles discutent entre elles, se racontent des choses. Une information fausse autour d'un point d'eau se diffuse à la vitesse de la lumière.

lu car n'ayant pas l'argent pour les acheter. On les appelle les « tritologues ». Au Cameroun et dans certains pays d'Afrique centrale, il y a les « Kongossa<sup>50</sup> », l'équivalent urbain de la palabre traditionnelle africaine ou de « radio-trottoir », créateur du lien social par l'échange des nouvelles du quartier. Le « kongossa » désigne aussi les rumeurs publiques, le bouche-à-oreille et les commérages de quartier.

Les reconfigurations des espaces publics ne sont pas les seuls effets induits par les Fake News. Ils ont aussi contribué au déclin des espaces publics

## **II. Fake News, sources de fragilité des espaces publics**

L'espace public est un domaine de sociabilité<sup>51</sup>, il est conçu comme la sphère sociale où la communication entre les citoyens produit l'opinion. C'est par l'espace public que les citoyens accèdent aux informations politiques, qu'ils peuvent débattre et qu'ils choisissent, en toute liberté, les personnes qui exerceront le pouvoir. L'espace est donc un concept clé de la démocratie, « pas de démocratie sans

espace public » affirme-t-on souvent<sup>52</sup>. Il concourt à la pacification des mœurs sociales en substituant la communication à la violence physique, tout en excluant pas la violence symbolique<sup>53</sup>. Ces fonctions que remplissent les espaces publics sont de plus en plus fragilisées par les Fake News. Ces derniers présentent des enjeux qui se traduisent par des crises de légitimité des espaces publics (A) et des dérives potentielles sur la démocratie et la paix sociale (B).

### **A. Des crises de légitimité des espaces publics formels**

L'on assiste à un phénomène de transformation de l'espace public et de mutation du jeu politique<sup>54</sup>. Pendant longtemps, l'information a été utilisée comme un instrument d'action politique au service du pouvoir. Plusieurs canaux ont été mis en place par le pouvoir pour informer les citoyens des actions menées, mais également pour sensibiliser et éduquer le peuple. On peut citer la presse (journaux, la radio et la télévision) que certains auteurs ont qualifiée

<sup>50</sup>Pour plus des détails, voir Placide ONDO, « Le Kongossa politique ou la passion de la rumeur à Libreville. Un mode de participation politique », *Politique africaine*, n°115, octobre 2009, pp. 75-97

<sup>51</sup>CHANIAL Philippe, « Espaces public. Sciences et démocratie », in *Quadreni* n°18, Automne 1992. Les espaces publics, p. 64 ; [https://www.persee.fr/doc/quad\\_0987\\_1381\\_nu\\_m\\_18\\_1\\_971](https://www.persee.fr/doc/quad_0987_1381_nu_m_18_1_971), consulté le 05 janvier 2024.

<sup>52</sup>DACHEUX Eric, « Présentation générale. L'espace public : un concept clef de la démocratie », In DACHEUX Eric (dir.), *L'espace public*, Paris, éditions CNRS, 2008 ; publication sur OpenEdition Books : 20 août 2019, DOI : 10.4000/books.editions-cnrs.13740

<sup>53</sup>Ibid., p.5-12.

<sup>54</sup>Philippe RIUTORT, *Sociologie de la communication politique*, Paris, la Découverte, Repères Sciences politiques. Droit, 2020, p., 83

d'appareil idéologique d'Etat<sup>55</sup>, car utilisée aux fins de domination idéologique et politique. On trouve aux côtés des agences nationales de presse officielle, des journalistes indépendants, des journaux, des radios et des télévisions privées. Tous diffusant des informations qui doivent refléter des contenus factuels sur des événements réels. Dans ce cadre, les agents chargés de l'information communément appelés journalistes font des investigations pour collecter des informations, les traiter et les diffuser. Ces professionnels sont tenus au respect de l'éthique et de la règle déontologie qui leur empêchent de diffuser de fausses nouvelles, c'est-à-dire les Fake News.

Naguère, les débats de l'espace médiatique étaient animés par des sachants, hommes politiques ou experts, des sujets débattus. Leurs expertises crédibilisent l'espace public médiatique. Hélas, aujourd'hui on assiste à une situation inverse. Des citoyens ordinaires, souvent profanes sur des questions précises, prennent la parole à la télévision comme à la radio. Cette situation, qui donne l'apparence d'un élargissement de l'espace public<sup>56</sup>, n'est pas sans conséquence sur la qualité du débat public.

En effet la non maîtrise des sujets en débat, par les profanes et les animateurs qui ne sont pas forcément des journalistes, conduit à l'énonciation des faux arguments et des fausses vérités. Comme en témoigne les débats organisés lors du Covid 19 par certains médias, invitant des personnes dont le niveau de connaissance sur la maladie ne dépasse pas celui des charlatans.

Au Niger, depuis quelques années, les débats publics sont faits par des acteurs de la société civile, profanes sur des sujets techniques. C'est ainsi qu'au début de la pandémie du Covid 19, une télévision a invité un Docteur vétérinaire pour expliquer la maladie. Les faits sont relatés hors de leurs contextes, de manière tellement tendancieuse que l'esprit averti perd toute envie de lire les journaux ou d'écouter les médias audio-visuels. Les médias publics et privés, dans la course effrénée pour l'audience, développent des nouvelles émissions telles que les « Talk-Shows » ou les « émissions-forums » lors desquels des dérapages communicationnels sont constatés<sup>57</sup>.

Par ailleurs, la partialité des médias dans le traitement de l'information, l'instrumentalisation des médias publics et privés, par les acteurs politiques et

<sup>55</sup>Louis ALTHUSSER, *Positions*, Paris, éditions sociales, 1976

<sup>56</sup>Pour plus des détails voire Eric DARRAS, « Télévision et démocratisation. La télévision forum en France et aux Etats- Unis », in Erik NEVEU et Bastien FRANCOIS, *Espaces publics*

*mosaïques. Acteurs, arènes et rhétoriques des débats publics contemporains*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Publication sur Open Edition Books, 17 juillet 2015, pp. 61- 84

<sup>57</sup>Ibid.

économiques, décrédibilisent davantage les médias en Afrique. Aux Etats-Unis, ce sont les autorités politiques, Donald TRUMP principalement, qui qualifient certains médias de « médias Fake News ». De tels propos, qui peuvent paraître anecdotiques venant d'un candidat à la présidence de la première puissance mondiale, finissent par convaincre certains esprits.

Aujourd'hui, dans beaucoup de pays, une crise de confiance entre les citoyens et les médias est en train de se développer. Les médias sont perçus comme des espaces publics dans lesquels les Fake News se développent. Il n'est pas rare d'entendre les citoyens se plaindre de leurs médias. Le manque de transparence et d'esprit critique dans le traitement de l'information tourne les citoyens vers d'autres espaces publics, notamment l'espace numérique et les espaces publics traditionnels sus évoqués. Au Cameroun et au Gabon, les « kongossa » se sont développés et sont devenus des espaces critiques des autorités politiques et de leurs actions publiques par la dérision. Au Togo, par exemple, c'est l'absence d'information critique vis-à-vis de l'ancien président GNASSIMBE Eyadema qui a entraîné un nouveau mode d'action populaire par la dérision. Les citoyens ont

créé un personnage dénommé Tsala qu'il tourne en dérision. En réalité, dans l'esprit des togolais, Tsala c'est le président GNASSIMBE Eyadema. C'est une manière de le critiquer sans le nommer par peur de représailles<sup>58</sup>.

Dans des pays où les médias assument leur rôle, la critique de l'action publique et celle des comportements des acteurs politiques relèvent des médias qui ont le statut de contre-pouvoir.

Au-delà des médias, la crise de légitimité de la parole publique touche des structures comme les syndicats, les partis politiques et les parlements. C'est Outre-Atlantique que la crise de légitimité devient de plus en plus inquiétante. Les espaces publics n'ont plus le monopole de l'information vraie. Les citoyens n'ont plus confiance aux informations que leur fournissent les médias, les syndicats et les acteurs politiques. Cette banalisation de la parole publique, outre la (dé) légitimation de l'espace public qu'elle entraîne, détourne les citoyens des espaces publics formels au profit des espaces publics informels où se distillent des flots d'informations sans aucune régulation. Le manque de contrôle suffisant fait que les espaces numérique et traditionnel sont devenus des espaces de fabrication et de

<sup>58</sup> Pour plus de détails voir Comi TOULABOR, « Jeu de mots, jeu des vilains. Lexique de la dérision politique au Togo », in J.f. BAYART, Achille MBEMBE, Comi

TOULABOR, *Le politique par le bas en Afrique noire*, Paris, Nouvelle édition augmentée, Karthala, collection les Afriques, pp.97-114

diffusion des Fake News.

En dehors de cette (dé)légitimation, les Fake News sont, aussi, sources des dérives potentielles.

## **B. Des dérives potentielles**

Les Fake News suscitent beaucoup des débats dans les instances nationales et internationales parce qu'ils sont porteurs de menaces protéiformes (1) auxquelles les autorités politiques apportent des réponses inadaptées (2).

### **1. Des menaces protéiformes**

Les analystes et les acteurs politiques élèvent leurs voix pour alerter les pouvoirs publics sur le fait que les Fake News constituent un véritable danger pour la démocratie et l'Etat de droit. Des rapports<sup>59</sup> et des études scientifiques<sup>60</sup> ont confirmé cette alerte.

Sur le plan électoral, «... *des entrepreneurs de cause ou de morale vont se faire les émetteurs et les vecteurs des messages et contenus performatifs destinés à porter le discrédit sur leurs adversaires politiques... afin, potentiellement, d'en tirer les gains électoraux*<sup>61</sup> ». Pour Patrick CHASTENET, le « *phénomène de la*

*production et de la diffusion des fausses nouvelles, d'informations mensongères visant à discréditer les leaders politiques est aussi vieux que la démocratie athénienne*<sup>62</sup> ». Tout au long de l'histoire, beaucoup d'acteurs politiques ont été déstabilisés par des Fake News ou par la menace aux Fake News. Au Niger, par exemple, lors des campagnes électorales, les adversaires politiques fabriquent et diffusent des Fake News pour déstabiliser leurs adversaires politiques. Ces derniers au lieu de défendre leurs programmes politiques passeront leurs temps à démentir les fausses informations et les rumeurs infondées distillées à leurs égards. Entre temps l'auteur, des Fake News, a pris de l'avance. En outre, les Fake News constituent un facteur repoussoir pour certains candidats à qui l'on prête des intentions impopulaires ou malveillantes, voire même contraire aux bonnes mœurs. Des Fake News qualifiant certains acteurs d'homosexuels ou de pédophiles ont contribué à leurs défaites électorales. Ici, les Fake News ont été préjudiciables pour les candidats aux élections politiques. Dans certains pays

<sup>59</sup>On peut citer le rapport du Secrétaire général des Nations-Unies, le rapport de l'ONG S.O.S civisme au Niger, le rapport du Centre de crise National de Belgique, intitulé « Désinformation et Influence pendant les élections, <https://centredecrise.be/fr/risque-en-Belgique/risques-pour-la-securite/desinformation/desinformation-et-influence-pendant-les>, consulté le 9 octobre 2024.

<sup>60</sup>Voir l'article de Julien GIRY, op cit., Centre d'études stratégiques de l'Afrique, Cartographie de la vague de désinformation en Afrique, Washington, DC, 1<sup>er</sup> avril 2024. Site <https://africacenter.org/fr/spotlight/cartographie-de-desinformaion-en-afrique>

<sup>61</sup>Julien GIRY, op cit., p. 379

<sup>62</sup>Patrick CHASTENET, cité par Hygin KAKAI, appel à communication au colloque international, précité, p. 2

africains, tels que le Nigeria et le Niger, l'homosexualité est très mal perçue par les citoyens. Le candidat Abubakar ATIKU, homme politique nigérian, en a fait les frais en perdant les élections présidentielles de 2019 et le Fake News indiquant son intention d'abroger la loi qui pénalise l'homosexualité a influencé son électorat présumé, constitué majoritairement de religieux (musulmans et chrétiens).

Au Niger, un acteur politique connu pour ses propos outranciers a vu son horizon politique s'assombrir du fait d'un Fake News, résultant d'un montage grotesque le montrant nu en train de se masturber tout en téléphonant à sa maitresse. La photo et la voix laissent croire que c'est bien lui, mais dans la réalité ce n'était pas lui. Depuis lors, ses interventions et ses apparitions publiques sont rares.

Cette situation pourrait être préjudiciable aux processus électoraux. Pour qu'une élection soit libre, honnête et transparente, les électeurs doivent disposer d'informations exactes sur les partis politiques, les candidats et leurs projets de sociétés, s'ils en avaient. Or, des informations mensongères les concernant peuvent induire les électeurs en erreur<sup>63</sup>. De ce point de vue, les Fake News

impacteraient, négativement, sur la liberté de choix des électeurs, compromettant le principe de la souveraineté populaire. La sincérité des résultats du vote et la légitimité des autorités élues se trouvent entachés par les Fake News. L'impact des Fake News sur les résultats électoraux semble se confirmer aux Etats-Unis, l'une des plus vieilles nations démocratiques au monde. Si les acteurs politiques en font recours dans leurs campagnes électorales c'est en connaissance de cause. En effet, selon les journalistes, Hum ALLCOTT et Matthew GENTZKOW, les électeurs croient de plus en plus aux Fake News pour les raisons suivantes : le fait d'être partisan, le fait d'utiliser les réseaux sociaux comme première source d'information, le fait d'être jeune et le fait d'être moins éduqué<sup>64</sup>. C'est donc conscient de cet état de fait que les candidats à l'élection présidentielle américaine ont recours aux Fake News. On peut considérer que le recours à cette technique consistant à créer des sites douteux pourvoyeurs des infox politiques a été plus profitable au candidat Donald TRUMP, qui a remporté les élections présidentielles de 2016 et 2024. Beaucoup des commentateurs se sont publiquement exprimés pour reconnaître que

<sup>63</sup>Pour plus des détails, voir le rapport de l'ONG nigérienne S.O.S civisme, op cit.

<sup>64</sup>Hum ALLCOTT et Matthew GENTZKOW, « Social Media and Fake news in the 2016 Election », *Journal of Economic Perspective*-Volume 31, Number 2- Spring 2017, pp. 211-

236. Nous avons travaillé avec la synthèse de cet article, version française, faite par la Fondation Descartes. Voir <https://www.fondationdescartes.org/2020/04/reseaux-sociaux-fake-news-elections-americaines-2016/>

l'élection de Donald TRUMP en 2016 ait été favorisée par les Fake News<sup>65</sup>. Sans extrapolation, son élection le 5 novembre 2024 n'est pas sans lien avec l'usage surabondant des Fake News par ce dernier et par certains de ses soutiens, notamment Elon MUSK, propriétaire du réseau social X.

Les Fake News travestissent les élections. A cause d'eux, les électeurs se méprennent sur les personnalités des candidats, élisant de ce fait ceux ou celles qui ne méritent pas leurs suffrages. Certains analystes estiment, à juste titre, que les Fake News faussent la connaissance et la perception de la réalité. Loin d'être banales, ils se présentent comme un fait anormal pour la démocratie<sup>66</sup>.

Le recours aux Fake News par les acteurs politiques américains, par effet domino, pourrait être une menace pour la démocratie. Cette menace est réelle du fait que des pays comme la Russie et la Chine usent de certains stratagèmes pour diffuser des Fake News pour saper les processus démocratiques dans certains pays africains. On les accuse de soutenir les coups d'Etat militaire intervenus dans les pays du Sahel ces dernières années<sup>67</sup>. Les juntes au pouvoir au Sahel imitent les techniques de

désinformations russes pour légitimer leur maintien au pouvoir afin de faire face à l'impérialisme des puissances occidentales. Dans cette logique, ils sont soutenus par des intellectuels et des activistes opportunistes qui ne prospèrent que pendant les périodes de transitions militaires. Pour ces intellectuels, les militaires pourraient rester longtemps au pouvoir afin de restaurer la souveraineté et procéder aux refondations des Républiques. L'argumentaire développé, même s'il est truffé des contrevérités, est tout de même séduisant dans un contexte d'insécurité et de paupérisation de certaines catégories, particulièrement les jeunes. Cette situation est souvent imputable aux politiciens, considérés à tort ou à raison, comme des valets locaux de l'impérialisme, et aux ex puissances coloniales.

En créant les conditions de remise en cause de la légitimité des institutions démocratiques, les Fake News constituent une menace pour l'édification de l'Etat de droit en entravant la jouissance de certains droits fondamentaux. Il s'agit du droit d'élire librement ses représentants<sup>68</sup>, le droit à la vie

---

<sup>65</sup>Ibid.

<sup>66</sup>Hygin KAKAI, l'appel à communication pour le colloque international sur les fausses nouvelles en démocratie, op cit.

<sup>67</sup>Pour des détails, voir « la Cartographie de la vague de désinformation en Afrique » produite par le Centre d'études stratégiques pour l'Afrique, op cit., p.5

<sup>68</sup>Ce droit est consacré par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) de 1948, en son article 21, alinéa 3 qui dispose « La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ». La

privée, à l'honneur et à la dignité<sup>69</sup>, le droit à la vie et à la santé. Le droit à la vie est plus menacé. Des personnes fragiles se sont suicidées à cause des Fake News. On peut citer le suicide, en 2022, d'une élève du complexe d'enseignement général de Niamey (dénommé CEG 25), suite à la diffusion d'une fausse photo la présentant nue. Après sa mort, l'on découvre que l'information qui avait fait la une de son établissement était un Fake News.

Les Fake News ont un impact négatif sur la santé. Pendant la pandémie du Covid 19, des fausses informations associées au vaccin (risque de stérilité et d'AVC) ont entraîné un impact négatif sur le taux de vaccination au Niger, selon le rapport de l'ONG S.O.S civisme<sup>70</sup>.

Ensuite, au-delà de menaces sur la démocratie et l'Etat de droit, les Fake News sont à l'origine de troubles sociaux impactant négativement sur l'action publique et la paix sociale. Grossir un fait banal peut entraîner des révoltes. Comme en témoigne un Fake News fabriqué par certains acteurs de la société civile sur l'intervention de l'armée nigérienne sur un site d'orpaillage informel de Tamou, dans la Région de Tillabéri, département de Say. L'armée, pourchassant des terroristes qui se

sont retranchés dans un site d'orpaillage traditionnel, a tué quelques individus au nombre de huit selon le rapport de la Commission Nationale de Droits de l'Homme (CNDH). L'activiste de l'organisation de la société civile M62 a diffusé via les réseaux sociaux que l'armée a tué plus de 150 personnes qui ne sont pas des terroristes. De la diffusion de ce Fake News, une polémique s'est installée et les organisations de la société civiles ont commencé à parler de la mobilisation générale. Le gouvernement avait eu de la peine à contenir la pression. En 2015, le Niger a connu des violentes manifestations, occasionnant dix (10) morts, suite à une campagne de fausses informations assimilant le président de la République à « un ennemi de l'islam » pour avoir scandé à Paris le slogan de la marche républicaine « Je suis Charlie ». Cette campagne d'intolérance et de haine, vis-à-vis de la minorité chrétienne, pouvait se transformer en un conflit inter religieux ou en crise politique. Ce Fake News a failli remettre en cause la paix civile au Niger.

Les Fake News provoquent aussi des campagnes de violences entre populations autochtones et allogènes. En effet, dans la journée du mercredi 19 mai 2021, sur la base

DUDH fait corps avec le droit positif interne de la plupart des États.

<sup>69</sup>Ce droit est consacré par l'article 12 de la DUDH qui dispose : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa

famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes »

<sup>70</sup>S.O.S civisme, Rapport, op cit., p.12

d'un élément vidéo, non daté, montrant des actes de torture sur individus, dits à tort, ivoiriens, certaines personnes ont entrepris de molester des ressortissants d'un pays (le Niger) membre de la CEDEAO et de saccager et de piller leurs biens. Le bilan de ces actes de violence est le suivant : un mort, plusieurs blessés graves, des véhicules détruits et des nombreux autres dégâts matériels dans les communes du district autonome d'Abidjan<sup>71</sup>. Il a fallu l'intervention conjointe des autorités ivoiriennes et nigériennes pour ramener le calme.

Toujours au plan social, les Fake News ont des conséquences négatives assez redoutables. Souvent, c'est à travers de fausses informations que des pères et mères de familles sont diffamés. Leurs honorabilités remises en cause. Il arrive que, sur Facebook, de personnes soient accusées à tort de tel ou tel comportement portant atteinte aux bonnes mœurs. Aujourd'hui, grâce à la technologie, on peut imiter des voix de personnes, dire à leur place des propos souvent déplacés. On peut également prendre leurs photos, les travailler et les mettre nues, souvent dans des positions sexuelles ambivalentes avec des partenaires illégaux pour les accuser d'adultère, de viols ou même d'actes homosexuels. Dans un entretien, en date du 9 octobre 2024 accordé

au Magazine culturel américain « Variety », le président français, Emmanuel MACRON, indique être victime d'une « DeepFake » le montrant en train d'embrasser un de ses agents de sécurité.

L'information est fausse mais elle est partie et partagée par des individus en manque de sensationnel ou des scandales. D'honorables pères de famille ont perdu leurs femmes par ces pratiques. Leur responsabilité au sein de leurs cellules familiales, dans leurs quartiers et dans leurs communautés est plus que jamais entachée. L'affaire d'Outreau en France, en 2001, est une parfaite illustration. En effet, des enfants ont accusé leurs parents d'actes pédophiles. Les médias, sans investigations poussées, ont relayé en boucle l'information pourtant fausse. Et le tapage médiatique avait influencé un jeune juge d'instruction, fraîchement sorti de l'Ecole Nationale de Magistrature de Bordeaux. Celui-ci a instruit le dossier à charge et a mis tous les mis en cause en détention préventive. Après trois ans de détention préventive, 13 accusés ont été relaxés lors d'un procès en appel devant la Cour d'assise de Paris en novembre 2005. Un des accusés meurt en détention préventive le 9 juin 2002. Cette affaire triste prouve davantage le danger des Fake News dans nos sociétés vivant au rythme des réseaux sociaux. Les pouvoirs publics ont des défis à relever pour

---

<sup>71</sup>Voir le Communiqué du Procureur de la République de Côte d'Ivoire en date du 20 mai

2021 relatif aux violences suivies par les ressortissants nigériens à Abidjan.

réduire les menaces. Les autorités politiques, en concertation avec les responsables des plates formes numériques, apportent des réponses qui demeurent pour l'instant inadaptées.

### **1. Des réponses inadaptées**

Certains historiens<sup>72</sup> considèrent que les mensonges éhontés ont toujours fait partie du discours politique. Et on ne dira pas mieux que Hannah ARENDT, quand elle écrit « *Il n'a jamais fait de doute pour personne que la vérité et la politique sont en assez mauvais termes, et nul [...] n'a jamais compté la bonne foi au nombre des vertus politiques. Les mensonges ont toujours été considérés comme des outils nécessaires et légitimes, non seulement du métier de politicien et de démagogue, mais celui d'homme d'Etat*<sup>73</sup> ».

Aujourd'hui, les mensonges ne se limitent pas uniquement à la sphère politique. Aucun domaine ne semble épargné, surtout à cette ère d'internet et des réseaux sociaux. De manière véhémement ou *in petto*, des institutions et des personnes s'approprient l'idée suivante : « *L'important, c'est d'avoir raison. La vérité on s'en fou* ». Cette réplique tirée du film *le Brio* s'inscrit dans l'ère de poste vérité disait Caroline

DELAHAIS<sup>74</sup>.

Si les mensonges et les fausses nouvelles, communément appelés Fake News, ne sont pas un fait nouveau, l'ampleur prise par le phénomène et les conséquences négatives qui en résultent en font un sujet de préoccupation aux plans national et international. Mettre fin à ce phénomène constitue un défi que les Etats tentent de relever sans y parvenir.

En effet, depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle, la France tente vainement de combattre les fausses nouvelles à travers la loi du 27 juillet 1849 et la loi du 29 juillet 1881 instituant l'infraction de fausse nouvelle. Vu l'ampleur grandiose du phénomène du fait de la démocratisation de la parole publique par internet, et surtout les menaces dont elles en sont porteuses, le président Emmanuel MACRON a en effet annoncé le 3 janvier 2018, lors de ses vœux à la presse, sa volonté de faire évoluer le dispositif juridique pour protéger la vie démocratique de fausses nouvelles. Le nouveau dispositif proposé paraît inutile, « *Le droit français contient déjà plusieurs dispositions visant, en substance, à lutter contre la diffusion des fausses informations*<sup>75</sup> ». En réalité, l'enthousiasme du Président Emmanuel

<sup>72</sup>Pour plus des détails, voir Caroline DELAHAIS, « La loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information : un avenir incertain », *Revue juridique de l'Ouest*, année 2018/3/pp. 63-75

<sup>73</sup>Hannah ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, citée par Caroline DELAHAIS, *ibid.*, p. 65

<sup>74</sup>*Ibid.*, p.63

<sup>75</sup>Avis du Conseil d'Etat français en date du 19 avril 2018, cité par Caroline DELAHAIS, *op cit.*, p. 71

MACRON s'inscrit dans l'ère du temps. Beaucoup des pays se sont engagés dans la production normative dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité. En Afrique, en Europe comme en Asie, de nouvelles incriminations pénales ont été adoptées pour sanctionner les auteurs et les diffuseurs des Fake News. Caroline DELAHAIS, précitée, parle de contagion virale. D'ailleurs, l'on peut se demander si celle-ci ne cachait pas les limites des Etats face à ce défi plus qu'autre chose. Qui plus est, les sanctions pénales retenues sont souvent dénoncées par les acteurs de la société civile qui les perçoivent plus comme un instrument à faire taire les voix qui dérangent. La haute Commissaire aux droits de l'Homme a noté que les lois conçues contre la désinformation étaient souvent contraires aux droits de l'Homme en criminalisant des contenus parfois licites et en restreignant considérablement la circulation dans le monde<sup>76</sup>.

Il est vrai que si le juge judiciaire, protecteur des libertés, n'est pas vigilant des dérives dans la qualification des faits, dans le sens de l'infraction des Fake News, peuvent être attentatoires à la liberté d'expression. Dans le même ordre d'idées, en matière de répression des Fake News, la loi pénale sur

la cybercriminalité réprime le producteur et le diffuseur à condition l'élément incriminé soit susceptible d'atteinte à l'ordre public, notion au demeurant imprécise. Toutefois, la lutte contre les Fake News se heurte à des limites. En effet, si l'auteur des Fake News, sur les réseaux sociaux, pouvait être identifié par le biais de la traçabilité ; comment identifier et sanctionner l'auteur de Fake News dans les marchés, les taxis collectifs, les cafés et bars. Ce diffuseur volatile, comment le retrouver ? La même remarque est valable pour les auteurs de Fake News anonymes tel que Gile Yapi dont on ignore l'identité et le lieu de résidence.

Concilier la lutte contre les Fake News et la protection des droits humains fondamentaux<sup>77</sup> constitue un grand défi pour les Etats. Si l'on ajoute le manque d'harmonisation des règles en matière de répression des Fake News, la tâche devient plus complexe. La France, conformément à sa législation, sanctionne les plateformes de diffusion des Fakes News et des discours de haine. En l'an 2000, un procès a été intenté contre Yahoo par l'Union des Etudiants Juifs de France (UEJF) et la Licra (Ligue internationale de lutte contre le racisme et l'antisémitisme) pour avoir donné accès à des enchères mettant en vente des objets

<sup>76</sup>Voir rapport du Secrétaire général de l'ONU, op cit., p. 13

<sup>77</sup>Ces droits fondamentaux sont : le droit d'élire librement ses représentants, le droit à la vie

privée, à l'honneur et à la dignité, le droit à la vie et à la santé et le droit à la liberté d'expression

nazis. Le juge saisit a intimé Yahoo de retirer ladite vente et l'a condamné à une peine d'amende. Face au refus de Yahoo d'exécuter la décision en France, l'UEJF a saisi la Cour de San José aux Etats Unis et cette dernière a jugé que l'exécution de l'ordonnance française était incompatible avec le premier amendement de la Constitution américaine. Le juge, en charge du dossier, a estimé que la Cour ne peut faire respecter un jugement étranger qui viole la Constitution américaine en empêchant des discours à l'intérieur des frontières américaines.<sup>78</sup>

Au vu de toutes ces contradictions, les Etats tentent de relever le défi que posent les Fake News par des régulations plus souples des acteurs de la société civile, les médias et les sites internet à qui l'on demande d'être un peu plus responsables dans la diffusion des contenus de certains messages. Parallèlement, l'on assiste au déploiement d'un ensemble de dispositifs académiques, notamment les conférences, les journées d'études, les séminaires, par les institutions scientifiques pour un meilleur encadrement de ce phénomène<sup>79</sup>. C'est ainsi que les médias publics et privés mettent en place de dispositifs de « Fact checking ». Ils sont

aidés par des organismes internationaux qui leur accordent des formations dans ce sens, comme en témoigne le manuel intitulé « Journalisme, « Fake News » et désinformations », publié par l'UNESCO. Toutefois, la pratique du « Fact checking » est perçue comme un mécanisme limitant la liberté d'expression et destiné à conforter les médias traditionnels dans leur position dominante. Le « Fact checking » fragiliserait le journalisme. Pour certains analystes, à travers le « Fact checking », on installe une forme d'autocensure.

Les défis sont donc énormes et ne peuvent pas être relevés dans l'immédiat nonobstant la volonté manifeste des pouvoirs publics et la collaboration des autres acteurs (médias, sites internet, activistes du web).

### Conclusion

Il ressort de l'analyse effectuée que les Fakes News ont transformé les espaces publics par l'élargissement des acteurs et des espaces qu'ils ont induit. Ils sont porteurs d'enjeux sur l'ordre politique et social.

Il s'en suit que les Fake News constituent une des préoccupations de ce 21<sup>e</sup> siècle tant chez les chercheurs des sciences sociales et humaines que chez les décideurs politiques. Pour les premiers, l'enjeu c'est de redoubler

<sup>78</sup>Pour plus des détails, voir Romain BADOUARD, « La régulation des contenus sur internet à l'heure des « Fake News » et des discours de haine », in *Communications*, 106, 2020. Post-censures, pp. 161-173. [https://www.persee.fr/doc/com\\_0588-8018\\_2020\\_num\\_106-1\\_2980](https://www.persee.fr/doc/com_0588-8018_2020_num_106-1_2980).

<sup>79</sup>Pour plus des détails, voir Cyrille BODIN et Mikael CHAMBRU, « Fake News ! Pouvoirs et conflits au tour de l'énonciation publique du vrai » *Etudes de communications*, 53/2019, mis en ligne le 1<sup>er</sup> janvier 2022, consulté par nous le 7 novembre 2024

les analyses pour mieux comprendre le concept et le phénomène qu'il traduit. La science politique, qui est un peu en retard dans l'analyse des Fake News, possède là un terrain d'étude qui trouve parfaitement sa place dans la sociologie politique.

Pour les seconds, en l'occurrence les pouvoirs publics, l'analyse a démontré que les Fake News sont porteuses de menaces sociales et politiques. Les tentatives de régulations « Top Downs » ont montré leurs limites. En effet, l'émergence des technologies de l'information et de la communication pose des problèmes d'une autre nature que ceux posaient par les médias classiques. Le caractère décentralisé d'Internet rend plus difficile son contrôle et sa régulation, malgré la volonté affichée des pouvoirs publics<sup>80</sup>.

De nouvelles formules de régulation, associant les pouvoirs publics et les acteurs privés concernés, sont en train d'être expérimentées en dépit des réserves qui sont émises à propos de la pertinence de certains outils tels que le Fact checking. Pour conjurer les Fake News, ne serait-il pas mieux de procéder à une refondation de nos espaces publics ? Celle-ci passerait-elle par l'éducation des citoyens, par la redéfinition du nouveau contrat social et par l'établissement des nouveaux rapports, empreints de transparence et de vertu, entre

citoyens et pouvoirs publics ? Le débat reste ouvert !

---

<sup>80</sup>ALZOUMA Gado, op.cit., p.5

## L'INFLUENCE DES DYNAMIQUES TRIBALES SUR LA FORMATION DE L'ÉTAT TCHADIEN (1960-2021)

Par

**Docteur Ali HAROUN KHATIR**

Enseignant Chercheur de sciences politiques à l'Université de Ndjamena,  
Doyen de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Doba

### Résumé

La question de l'influence des tribus et de leur relation avec la construction de l'État est devenue cruciale, notamment si l'on considère que l'État est l'institution politique exclusive chargée de représenter l'ensemble des membres de la société en échange de leur obéissance et de l'accomplissement de leurs devoirs.

Cette recherche met en lumière l'influence significative des tribus tchadiennes sur le processus d'édification de l'État. Le problème central réside dans le fait que l'État tchadien a été bâti sur les vestiges des systèmes tribaux traditionnels, lesquels continuent de freiner l'émergence d'un État moderne. Les interrogations soulevées par cette étude s'articulent autour de la question principale : quelle est l'influence des tribus sur la construction de l'État tchadien ? Par ailleurs, qu'entend-on par "construction de l'État" ? Et quel rôle spécifique la tribu, voire la sous-tribu, peut-elle jouer dans ce processus ?

L'importance de cette recherche réside dans la nécessité d'examiner les effets, tant positifs que négatifs, des tribus sur la construction de l'État. Pour ce faire, nous

avons adopté une approche descriptive, analytique et historique, en nous appuyant sur des sources primaires, telles que des entretiens avec des personnalités politiques et traditionnelles, ainsi que sur des sources secondaires, notamment des travaux de recherche scientifique.

Le sujet de l'influence des tribus sur la construction de l'État tchadien constitue le cœur de cette étude, qui est structurée en deux grandes sections, chacune subdivisée en trois axes principaux. Les fondements de cette recherche scientifique se veulent un pilier essentiel pour approfondir la réflexion sur un thème vital, à savoir l'influence des tribus sur l'évolution de l'État tchadien.

### **Section I : Bases de la recherche**

Le leadership dans la question de la tribu et son impact sur la construction de l'Etat a longtemps été au centre de la recherche scientifique et de l'analyse de nombreux écrivains et chercheurs, en particulier dans le domaine de la science politique. L'État est une institution centrale qui incarne les piliers fondamentaux de la vie sociale et politique. Il représente souverainement tous les membres de la société, tout en supervisant la gestion des ressources et en garantissant leur distribution équitable, en contrepartie du respect des lois et des obligations citoyennes.

Dans cette recherche, nous pouvons expliquer ce qu'est cette relation et dans quelle mesure la tribu peut influencer le processus de construction de l'Etat moderne. Nous avons développé des recherches précises et des plans scientifiques pour les bases de cette recherche. Nous nous concentrons sur des recherches approfondies pour obtenir des informations scientifiques qui contribuent à l'ajout de la bibliothèque tchadienne et africaine. Cette recherche a été divisée en l'introduction, le problème de la recherche, les questions qui peuvent être posées, l'importance de la recherche, les objectifs et les hypothèses avant de conduire avec les méthodes utilisées, les sources sur lesquelles on s'est appuyé, les limites de la recherche, puis son organisation. Le problème de cette

recherche est que l'Etat tchadien a été fondé sur les runes des systèmes tribaux traditionnels qui entravent la construction de l'Etat tchadien moderne. Ses questions tournent autour de la question centrale, c'est-à-dire quel est l'impact de la tribu sur la construction de l'Etat tchadien moderne ? Il a été divisé en questions clés telles que : Quel est le concept de tribu ? Qu'entendons-nous par construction de l'Etat ? Dans quelle mesure la tribu peut-elle influencer la construction de l'Etat tchadien ? Quant aux sous-questions : Quel rôle peuvent-elles jouer dans le processus d'édification de l'Etat ? Comment la tribu contribue à la construction d'un Etat moderne ?

L'importance de cette recherche réside dans la nécessité de rechercher l'impact positif et négatif qui entrave la construction d'un Etat tchadien moderne. Ses objectifs sont de mettre en évidence l'importance de la tribu dans la construction de l'Etat tchadien. Analyser les fonctions de la tribu et identifier l'ampleur de son impact sur l'Etat. Présenter une vision scientifique aux bibliothèques africaines, arabes et internationales sur l'impact de la tribu dans la construction de l'Etat. Les hypothèses ont été résumées dans les points suivants : Connaître l'impact de la tribu sur la construction de l'Etat est devenu une nécessité protectrice pour construire tout Etat moderne. La méconnaissance par les groupes tribaux de leur rôle dans la construction de l'Etat

affecte le processus d'établissement d'un Etat démocratique. Marginaliser le rôle des institutions et élever le statut de la tribu conduit à un affaiblissement du prestige de l'Etat.

Pour cette recherche, nous avons adopté une approche combinant des analyses descriptive, analytique et historique. Nous avons utilisé des sources primaires, telles que des entretiens avec des personnalités politiques, des chefs traditionnels et des notables locaux, ainsi que des sources secondaires, incluant des études académiques et des rapports scientifiques. Nous n'avons pas fixé de limites temporelles, mais nous nous sommes plutôt concentrés sur les limites spatiales. En organisant cette recherche, elle a intitulé l'impact de la tribu sur la construction de l'Etat tchadien, elle a donc été divisée en deux sections, chacune avec trois demandes. Les fondements de cette recherche scientifique ont servi de pilier de base pour construire le processus de recherche sur un sujet vital tel que l'impact l'ethnie. Grâce à cette organisation rigoureuse de la recherche, nous avons pu nous faire une idée claire du concept et de la signification de la relation de la tribu tchadienne avec le processus de construction de l'Etat. Ces fondamentaux sont interprétés comme des visions d'avenir qui sous-tendent le contenu de cette recherche.

## **Section II : L'impact de la tribu sur la construction de l'Etat tchadien dans la période 1960- 2021**

Bien que le Tchad soit souvent désigné comme l'un des berceaux de l'humanité, ce statut historique n'a pas conduit à une priorité donnée à la modernisation de l'État ou à l'épanouissement de son peuple. Au contraire, la société tchadienne est restée profondément ancrée dans des structures traditionnelles, où le tribalisme a occupé une place prépondérante.

De ce point de vue, nous constatons que la position de la tribu dans l'État est héritée tout au long de l'histoire, et que la grande majorité du peuple tchadien dans le passé connaissait l'État qu'à travers de ces autorités tribales traditionnelles, bien qu'il ait pris une affiliation quasi-étatique pendant les célèbres royaumes islamiques, de sorte que le peuple croyait au rassemblement autour de la tribu et de son chef et à l'arbitrage avec eux dans presque toutes leurs affaires, car ceux qui connaissent et traitent avec l'État sont les chefs tribaux et non le peuple, ce qui signifie que la relation entre le peuple et l'État n'était pas directe, mais par l'intermédiaire de leurs chefs. Les segments du système tribal se sont étendus avec une grande force qui a contribué aux révolutions armées selon un schéma régional tribal, en commençant par la haine et l'hostilité cachée envers le régime, et la haine du sudiste envers le nordiste si le président est d'origine

nordiste (comme c'est le cas depuis plus d'un demi-siècle), puis la haine de la plupart des sudistes et des nordistes envers le président et toute personne appartenant à sa tribu.

Il en ressort que, durant cette période, le rôle des tribus dépassait largement celui de l'État, en influençant de manière déterminante les dynamiques sociales et politiques.

### **Pièce I : L'impact de la tribu sur la construction de l'Etat tchadien dans la période 1960- 1974**

Dans cet article, le rôle de la tribu en tant qu'élément vital dans le processus de construction de l'État tchadien, en particulier dans cette période, à savoir la période postindépendance, qui est également la période du règne du président Ankarta Tembelbaye en tant que premier président de l'État tchadien indépendant et originaire du sud, il a fait appel aux chefs des tribus du sud de religion chrétienne et les a invités au nom de la divinité.

Le Tchad a été le premier pays à hisser le drapeau de la France libre le 26 août 1940 après son occupation par l'Allemagne et à se ranger aux côtés de la France contre l'Allemagne nazie. Le gouvernement tchadien de l'époque lui a fourni tout son équipement militaire et a même recruté des milliers de Tchadiens, principalement

des Sudistes, qu'il a poussés au front pour combattre l'Allemagne. Cette mesure a été vivement condamnée par les blocs politiques musulmans, et c'est ainsi que sont apparues les premières manifestations de haine et de division entre les tribus du nord à majorité musulmane d'une part et les tribus du sud à majorité chrétienne et maghrébine d'autre part, ce qui s'est manifesté dans les milieux politiques. La plupart des partis politiques formés entre 1945 et 1958 étaient des branches des principaux partis politiques français et étaient fortement influencés par la loyauté tribale et régionale locale, et leurs politiques étaient liées à l'orientation personnelle de leurs dirigeants, ce qui a conduit<sup>3</sup> à une tendance initiale à utiliser des moyens de coercition et de violence plutôt que de se concentrer sur l'utilisation d'activités politiques modernes qui conduisent à une participation populaire effective à la vie politique pour atteindre des objectifs qui servent les intérêts et les aspirations nationaux après l'indépendance.<sup>1</sup>

Le Parti de l'Union démocratique tchadienne (U.D.T.) a été fondé comme premier parti tchadien en 1945 en tant que branche locale du Rassemblement du Peuple français, et le Parti progressiste tchadien (P.P.P.) est né en 1947 dans la ville d'Archambault (aujourd'hui Sarh).<sup>2</sup>

Le fondateur du parti PPP Djibril Lisette commence à se rendre compte de la

<sup>1</sup> Abdul Rahman Al-Mahdi, La société tchadienne sous l'occupation française (1918-1960), Le Caire,

1997.P.91.

<sup>2</sup> op.cit.cit.P 110.

difficulté de convaincre les Tchadiens qu'il est un citoyen africain cherchant à libérer l'Afrique, car l'histoire tribale présente dans l'esprit des Tchadiens est plus forte que ses ambitions continentales. Il a donc élaboré de nouveaux plans, basés sur de séduction et de pression, en exploitant notamment l'idéologie des populations du sud parce qu'il était un chrétien catholique, ainsi que l'attention qu'il portait aux chefs tribaux. Située dans le sud du pays, et Lisette a exploité tous ces moyens en construisant un leader populaire nécessaire à ses activités politiques et commençant à se répandre dans la capitale tchadienne, Fort Lamy.<sup>3</sup> Deux forces ont émergé dans l'arène politique tchadienne, à savoir : Un courant représentant l'aile conservatrice qui soutient la politique du Parti du Rassemblement du Peuple Français, qui reconnaît l'idée d'annexer les territoires et les territoires d'outre-mer à la République française, et la popularité de ce courant est constitué de commerçants, de faiseurs d'opinions traditionnelles, d'artisans et de divers groupes ruraux,<sup>4</sup> ainsi que d'intellectuels et d'agriculteurs.

L'option des forces progressistes qui soutiennent la politique du Parti socialiste français, et dont la base est constituée de la nouvelle bureaucratie tchadienne, d'hommes d'affaires et d'administrateurs,

ainsi que d'anciens combattants, d'ouvriers et d'agriculteurs. Malgré la convergence idéologique évidente entre les deux partis à première vue, il existe en même temps deux contradictions fondamentales entre eux, car le Parti progressiste tchadien a une base laïque, tandis que le Mouvement socialiste africain a un caractère islamique conservateur. La plupart de ces partis se sont focalisés sur l'identité et le tribalisme et sur des manœuvres partisans opportunistes et des flirts pour atteindre les objectifs personnels des dirigeants et faire des alliances avec l'une ou l'autre direction sans positions idéologiques. Certains hommes d'affaires français ont contribué efficacement à orienter et à déformer le cours des partis politiques tchadiens de l'époque en tant que membres actifs et représentants élus, avec à leur tête Djibril Lazette, chef du Parti de la présentation du Tchad, qui est devenu premier ministre du premier gouvernement du Tchad en 1957.

Depuis 1952, des querelles de partis et des divergences fondées sur des coalitions partisans et tribales fondées sur les liens de la religion et de l'ethnie et régies par les inclinations personnelles des dirigeants sont apparues lors des élections des assemblées régionales, ce qui a entravé la bonne marche de la vie politique dans le

---

<sup>3</sup> Fort et Lamy, noms de deux commandants français tombés à Ndjamena lors des batailles pour l'occupation du Tchad, ont été attribués à la capitale en leur mémoire. Cependant, cette appellation a été modifiée par le président Tombalbaye. (Voir Géographie du Tchad par Abdellah Bakhit, p. 53.)

<sup>4</sup> De nombreuses communautés rurales, telles que Thok, Daroua et d'autres, ont été créées par les colonialistes pour diviser la population et l'exploiter en tant que segment vulnérable.

pays.

L'indépendance du Tchad a été déclarée le 11 août 1960, comme mentionné ci-dessus, et Tempelbaye a assumé la présidence de la République après que le Parlement a approuvé à l'unanimité sa promotion de Premier ministre à Président de la République, mais malgré la déclaration de l'indépendance nationale après soixante ans de lutte et de combat, la France a travaillé en collusion avec certains dirigeants pour lier le Tchad au cercle politique français par le biais d'une série d'accords. A la fois administratif et politique, cela lui permet d'écartier Ahmed Ghulamallah, le chef du Mouvement socialiste africain au parlement local, mais l'influence de Lazit diminue brusquement sous l'effet de facteurs externes et internes.<sup>5</sup>

Ces accords, qui rendent le gouvernement politiquement, économiquement, culturellement et socialement dépendant du régime français, ont suscité le ressentiment des partis opposés au gouvernement de Tempelbaye, et pour qu'il obtienne la légitimité de toutes ces lois, il a effectué un processus de proposition parlementaire qui a obtenu le soutien de la majorité du conseil législatif, et il a également gardé pour lui les postes ministériels les plus importants en plus d'être président de la République,

président du Conseil des ministres et ministre de la Défense nationale et de la Justice, devenant ainsi l'homme fort incontesté de l'État tchadien, mais il s'est senti en mesure de réaliser tous ses rêves qu'en expulsant un certain nombre de ceux qui avaient une certaine influence politique dans les couloirs politiques tchadiens de l'époque tel que Djibril Lezet.<sup>6</sup>

Sur la scène politique tchadienne, des figures sont apparues, dont Ahmed Ghulamallah, qui a essayé de jouer un rôle unificateur pour les nordistes contre Tempelbay, mais son programme politique s'est heurté dès le début au comportement traditionnel des dirigeants politiques du nord.

De 1960 à 1965, Tempelbaye a géré un système de parti unique et s'est appuyé sur les membres de sa tribu Sara et les a placés dans l'armée et les institutions de sécurité pour éliminer ses opposants, de sorte que les membres de sa tribu avaient des privilèges spéciaux dans tous les domaines, puis les Tempelbaye pro-démocratiques se sont retournés contre lui, dissolvant les partis politiques d'opposition et éliminant les rivaux ou les envoyant comme ambassadeurs dans des pays lointains.<sup>7</sup>

Entre 1966 et 1969, le Tchad a connu une période de rébellion marquée par la

---

<sup>5</sup> Abdul Rahman Omar Al-Mahdi, *La société tchadienne sous l'occupation française (1918-1960)*, Le Caire, 1997.P.64.

<sup>6</sup> O.P.S, p 31

<sup>7</sup> voir Mohamed Youssef Mohamed, *Le Tchad à l'ère de Tempelbaye - politique étrangère*, thèse pour l'année académique 1999-2000 à l'Université du Roi Fayçal - Tchad, sous la direction du Dr Abdul Rahman Omar Al-Mahi.

création du Front Frolina dans la ville de Nyala, à l'ouest du Soudan, en 1966. Ce mouvement a réussi à étendre son influence jusqu'aux régions du nord, notamment Borkou, Ennedi et Tibesti (B.E.T.). Le Front a cherché à s'allier avec divers groupes dans le but de mener à bien plusieurs rébellions internes et de renforcer sa représentation à l'étranger. Cependant, la majorité de ses membres provenaient principalement de trois tribus tchadiennes : les Arabes, les Zaghawa et les Gouran.<sup>8</sup>

La période de 1969 à 1971 coïncide avec la période de la première intervention française. Tembelbaye partage l'inquiétude des habitants d'Abéché, et il est senti que l'affaire était plus grave qu'il ne le pensait et qu'elle impliquait la rébellion Frolina de presque toutes les tribus du nord contre lui. Il s'est donc tourné vers la France pour lui demander d'intervenir pour sauver le régime car il s'agit d'une guérilla basée sur des groupes tribaux, et le développement de cette guerre conduirait au chaos.

### **Pièce 2 : Le bien-être économique comme précurseur de la construction d'une nation**

Au cours de cette période, l'État tchadien a été confronté à de graves troubles politiques qui ont conduit à une guerre civile dans le nord, alors le gouvernement

a dû dépenser ce qui restait du trésor public, ne fournissant pas les services de base tels que la santé, l'éducation, la construction d'infrastructures et autres, et retardant le paiement des salaires des employés. Face à ce fait accompli, des groupes tribaux ont commencé à se rassembler au nom de la solidarité tribale pour sortir de la détresse. Enfin, l'influence tribale sur la construction de l'État tchadien pendant le règne du premier président postindépendance était évidente à travers les charges hostiles entre le peuple du nord et le peuple du sud.<sup>9</sup>

### **Section III : L'impact de la tribu sur la construction de l'Etat tchadien dans la période 1974-1990**

Cette période représente la période allant de la fin de l'ère président Tempelbaye, en passant par Félix Maloum, Loul Mohamed Choua, Koukouni Weddye et se terminant par la fin de période d'Hussein Habré, c'est-à-dire que pendant cette période de quinze ans, cinq présidents ont occupé la présidence tchadienne, ce qui n'indique rien mais indique l'incapacité des différentes parties à se mettre d'accord sur un gouvernement national unique en raison des divisions tribales, régionales, religieuses et identitaires résultant de l'exploitation par les groupes tribaux qui sont entourés

---

<sup>8</sup> Noreen Manawi Barshim, Chad towards Stability and Democracy, première édition 1991, Le Caire.p56.

<sup>9</sup> voir le livre de Moussa Médaille ; FROLINA comme j'ai vécu,

d'ignorance, de pauvreté et d'absence de patriotisme.

Le statut de la tribu a augmenté au cours de cette période en raison de l'absence de l'État, du manque de sensibilisation, de l'impact de la vie traditionnelle sur la vie civile et du manque d'éducation, autant de facteurs qui ont été exploités par les groupes armés pour mobiliser le plus grand nombre possible de tribu, soit pour affronter et intimider leurs ennemis, soit pour montrer qu'ils sont nombreux afin de renforcer leur position politique et d'obtenir des postes. La tribu du chef de guerre victorieux est la plus prestigieuse aux yeux de la plupart des groupes tchadiens, cela a donné lieu à une sorte de distinction de classe et d'ethnie qui est partie du nord-sud pour aller vers le nord-nord ou parfois le sud-sud.

Quant à l'autorité de N'Djamena, elle s'est enlisée dans des divisions internes qui ont conduit à l'aggravation de la situation due aux attaques des révoltés et à la compétition pour le pouvoir et les multiples alliances tribales en son sein, ce qui a conduit à l'arrestation par Tembelbaye de certains militaires, dont le général Félix Maloum, qui occupait un poste militaire élevé dans l'armée et était membre de sa tribu au sud (Sara). Cette mesure a incité certains militaires à organiser un coup d'État réussi contre lui, mené par le colonel Kamougé, le 13 avril 1975, au cours duquel Tembelbaye a

perdu son poste et son âme, signe de l'opposition de la France aux récentes politiques et protestations de Tembelbaye, et de son orientation vers des sociétés américaines. Suite au succès du mouvement, le général Félix Maloum est nommé chef du gouvernement et de la junte militaire intérimaire.<sup>10</sup>

### **Pièce 1 : Légitimité politique et renforcement des institutions**

Le départ de Tembelbaye a poussé le gouvernement et l'opposition à réévaluer leurs positions. Pour le gouvernement, la solution la plus accessible a été de contenir les tensions en divisant les factions sur des bases tribales, ce qui a initié un rapprochement partiel entre certains acteurs.

Il y a eu un désaccord entre Habré et Kokoni pendant leur séjour en Libye en 1971, et la détermination de Habré, et ce désaccord l'a conduit à se suicider de la Libye au gouvernorat de Biltin dans l'est du Tchad, et de là il a reçu le soutien du Soudan, de l'Amérique et de l'Égypte, et il a fondé la Force de l'Armée du Nord.<sup>11</sup>

Le gouvernement soudanais unit le front tchadien contre l'expansion libyenne dans la région en cherchant à réconcilier le gouvernement tchadien et la faction d'Hussein Habré, et cet effort aboutit à la convocation de la Conférence de Khartoum du 2 au 16 décembre 1977.

<sup>10</sup> Abdul Rahman Omar Al-Mahi, *Le Tchad de la colonisation à l'indépendance*, Egyptian General Book Authority, Le Caire, 1982, p. 209.

<sup>11</sup> Hamid Youssef Tekane, *Tchad de 1960 - 1987, recherches complémentaires pour la licence internationale en droit*, p. 221.

Cette conférence publie la Charte fondamentale, considérée comme une constitution temporaire pour la République du Tchad. Cet accord prévoit l'abolition du Haut Conseil militaire et la formation du Comité de défense et de sécurité à sa place. La Charte fondamentale exige également la formation d'un Conseil national pour l'unité nationale représentant les différents gouvernorats du pays, comme convenu lors de la réunion: Libérer les prisonniers politiques et annoncer une amnistie générale. La formation d'un comité mixte chargé de superviser la mise en œuvre de l'accord et l'intégration des forces. Création d'un comité de réconciliation temporaire.<sup>12</sup>

sous la supervision du président soudanais Jaafar Mohamed Nimeiri et du représentant du gouvernement tchadien, le colonel Mamari Jimmy, le vice-président tchadien et le commandant des forces du Nord, Hussein Habré, publient une déclaration commune qui comprend la formation d'un gouvernement intérimaire, l'élection d'une assemblée constituante, la réorganisation des forces et la reconstruction des zones touchées par la guerre, et se termine par une déclaration appelant tous les fronts d'opposition à rejoindre le processus de paix.<sup>13</sup>

Alors que le gouvernement tchadien

dirigé par Félix Maloum est soutenu par la France, le Soudan cherche à affaiblir le front de soutien de la Libye, composé de plusieurs factions représentant un grand nombre de tribus tchadiennes, avec à leur tête les Qaraan, les Zaghawa et les tribus arabes. Le chercheur peut ainsi analyser la situation de la révolution tchadienne au cours de cette période et constater que le soutien de la Libye aux révolutions était remarquable, puisque la Deuxième armée dirigée par Kokoni est soutenue par la Libye, et la Première armée dirigée par Maloum Bokar est soutenue par la Libye, d'où la formation de certains chefs d'éléments marxistes tels qu'Ibrahim Yousef Jouili, et les forces Barkan dirigées par Asil Ahmed Agbesh sont soutenues par la Libye, mais la force de l'Armée du Nord dirigée par Hussein Habré est soutenue par le Soudan.<sup>14</sup>

Le gouvernement soudanais a cherché à réconcilier la force de l'Armée du Nord dirigée par Habré et le gouvernement tchadien dirigé par Félix Maloum, et les deux parties sont parvenues à la signature d'un autre accord le 5 février 1978, en vertu duquel une charte nationale a été publiée pour régler cette relation en août de la même année, et une nouvelle formation ministérielle a été annoncée dans laquelle Habré a obtenu le poste de premier ministre, l'une des raisons qui ont

---

<sup>12</sup> o.p.s.p

<sup>13</sup> Kamal Ibeid, Les relations soudano-tchadiennes et leur impact sur la diffusion de la culture islamique, Khartoum - Centre de recherche et d'études islamiques, avril 2001.

<sup>14</sup> Djalal Raffet, présentation des événements de l'étude des dimensions internes et internationales. Documents et Bulletin de recherche n° 8, mars 1979 AD, Société africaine du Caire

poussé Habré à se réconcilier avec le régime était qu'il avait été expulsé du commandement de la deuxième armée et avait combattu avec d'autres factions révolutionnaires dans lesquelles il avait subi de graves défaites, la raison du différend était l'appel de Habré aux factions révolutionnaires pour qu'elles se réconcilient avec le nouveau régime au lieu de s'allier avec la Libye, qu'il accusait d'avoir occupé le banc d'Aouzou.<sup>15</sup>

Le but de la conférence était d'unifier les factions de la révolution, et la conférence a abouti à une nouvelle formation sous le nom de Frolina uni, et la présidence du Conseil de commandement révolutionnaire a été confiée à Kokoni Wedeye, et des représentants de la Première Armée et des Forces Volcaniques ont participé à la formation. Moins de deux semaines après cette date, une nouvelle conférence de réconciliation entre le Frolina Uni et le Conseil Militaire se tient le 1er mars 1978 dans la ville libyenne de Sebha, avec la participation des délégations du Soudan, de la Libye et du Niger, sous la présidence du Major Abulgasim Mohamed Ibrahim Vice-Président du Soudan, et l'accord suivant est conclu : Evacuation des forces françaises - Formation d'un comité militaire de la Libye et du Nigeria pour superviser l'évacuation des forces françaises - Tenue d'une nouvelle série de

pourparlers en Libye après l'évacuation des forces françaises. Lorsque le deuxième cycle a été organisé à Tripoli en juin 1978, le représentant du conseil militaire, le colonel Komiqi Abdelkader, a refusé d'entrer dans la salle de conférences pour protester contre le niveau de représentation des factions tchadiennes, ce qui a conduit à l'échec.<sup>16</sup>

### **Pièce 2 : Coexistence sociale pacifique et stabilisation**

La situation à l'intérieur du Tchad a évolué vers un conflit entre Hussein Habré et Félix Maloum en raison d'un désaccord sur le statut des forces de Habré dans l'armée tchadienne, et Habré a tenté de prendre le pouvoir, de sorte qu'une bataille a éclaté à N'Djamena le 12 février 1979, connue sous le nom de "guerre de neuf mois", au cours de laquelle un changement majeur dans les alliances s'est produit, certaines factions révolutionnaires s'étant rangées du côté de Habré. Les tribus tchadiennes ont été divisées en tribus du nord favorables à Habré et tribus du sud favorables au conseil militaire, et la capitale, N'Djamena, a été divisée en deux parties. Les quartiers nord et est sont sous le contrôle de Habré : Les quartiers nord et est sont sous le contrôle de Habré et de Koukouni, rejoints par leurs fils des tribus Qaraan et Kibord, ainsi que par

---

<sup>15</sup> Ahmad Al-Soulai, le Tchad et les forces africaines de maintien de la paix, politique internationale, fondation Al- Ahram, le Caire, n°68, avril 1982 ? P. 121.

<sup>16</sup> Al-Harith Bishr, Ali, Les interventions au Tchad de 1982 à 1985, Mémoire présenté pour l'obtention du Diplôme Supérieur, Université de Rabat - Maroc, 1987.

d'importants groupes de fils de Zaghawa et d'Arabes et d'autres groupes de diverses tribus musulmanes ou de ceux qui sympathisent avec elles. Les sections sud et ouest des quartiers de N'Djamena étaient sous le contrôle du conseil militaire dirigé par le colonel Komiqi Abdelkader, et la guerre a été adoptée pour inclure les autres provinces. L'imam musulman de l'époque, Sheikh Musa Ibrahim, a rapidement joué un rôle important en soutenant Habré et les factions tchadiennes, en rencontrant Felix Malum et en menaçant d'inciter les musulmans à déclarer le djihad. La situation au Tchad est devenue si tendue que le pays a été divisé en zones d'influence sur toutes les lignes de front, et les forces françaises et de l'OUA sont intervenues et ont envoyé des troupes du Nigeria pour mettre fin aux affrontements à Ndjamenam et ont appelé à une conférence de réconciliation à Kano.<sup>17</sup>

La conférence de Kano a été considérée comme le traitement global pour résoudre la question tchadienne, puisque le président Felix Maloum a décidé pendant la conférence de déclarer sa démission du pouvoir et de demander l'asile politique au Nigeria, formant ainsi un conseil d'État provisoire dirigé par Kokoni et composé de Habré, Kamouki, Sheikh Ibn Omar et Abubakar Abderhaman, et il a été convenu de maintenir les forces de combat à une centaine de kilomètres de la

capitale N'Djamena, et la deuxième conférence de Kano a été convoquée pour former un gouvernement d'unité nationale afin de gérer le pays.<sup>18</sup>

La conférence de Kano II s'est tenue sous la présidence du chef d'état-major de l'armée nigérienne, le général Moussa Ayar Adua ; le Soudan était représenté par le Dr Ezzedine Hamid, ministre des affaires présidentielles, la Libye était représentée par son ministre des affaires étrangères, le Dr Ali Abdulsalam al-Triki ; et le Niger était représenté par M. Mamoun Gar Makuei. Cependant, la conférence a été confrontée à un problème représenté par l'objection de certaines factions à la participation de la délégation libyenne au motif que la Libye s'ingère dans les affaires tchadiennes, ce qui ne facilite pas son rôle de médiation, mais le général Aiyar Adua a rejeté cette objection au motif que la participation de la Libye a été décidée par l'Organisation de l'unité africaine. La Libye a essayé de prouver aux enfants tchadiens qu'elle était en faveur de la construction d'un Tchad moderne. La délégation libyenne s'est donc efforcée avec d'autres délégations de former un gouvernement d'unité nationale et a réussi à convaincre les parties au conflit tchadien, mais n'a pas réussi à convaincre la partie soudanaise, de sorte que la conférence n'a abouti à rien et a échoué, et la réaction des autorités nigérianes a été d'arrêter Kokoni, Wedeye

<sup>17</sup> Noreen Minawi Barsheme, *Chad towards Stability and Democracy*, première édition 1991, Le Caire.

<sup>18</sup> Hamid Youssef Tekane, *Tchad de 1960 -1987, recherches complémentaires pour la licence internationale en droit*.op.cit.p67.

et Habré avec certains chefs de faction, et un gouvernement a été formé sous la direction de Mohamed Abba Said auquel certaines factions ont participé, mais la délégation soudanaise a réussi à convaincre certaines factions de se retirer de ce gouvernement et s'est effondrée avant sa formation. Face à cette situation, les autorités nigérianes ont décidé de libérer les détenus et d'accepter de proroger le conseil d'Etat formé conformément aux décisions de la première conférence de Kano.<sup>19</sup> L'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) a reconnu ce gouvernement et a appelé le Nigeria à se rebeller contre les décisions de la Conférence de Kano I. Cette position a incité Kokony Habré à se rebeller contre les décisions de la deuxième conférence de Kano dès leur arrivée à N'Djamena, et ils ont accepté de former un gouvernement dont la présidence a été confiée à M. Lul Mohamed Chowa, mais l'OUA a refusé de reconnaître ce gouvernement et a invité le Nigeria à une conférence tenue dans la capitale nigériane, Lagos, le 25 mai 1979, mais la conférence a échoué et ne s'est pas réunie, et la Libye a cherché à rassembler les parties qui ont participé à la conférence et a formé ce qui a été appelé le Front d'action conjoint et leur a demandé de renverser le gouvernement de Kokoni - Habré. Lorsque le gouvernement tchadien

a été affecté par la pression, il a accepté de participer à la deuxième conférence de Lagos le 12 août 1978, et la conférence a abouti à la formation d'un gouvernement d'unité nationale dirigé par Kokoni et Habré, dans lequel Habré a assumé le portefeuille de la défense et a participé à la supervision de la signature du Niger, du Sénégal, du Congo, du Liberia, du Bénin, de l'Afrique centrale et du représentant du secrétaire général de l'Organisation de l'unité africaine.<sup>20</sup>

Le gouvernement d'union nationale a réussi à évacuer les forces françaises, mais il n'a pas réussi à unifier les factions tchadiennes en raison des nombreux différends tribaux, identitaires et religieux, qui ont entraîné des frictions entre les forces des factions, dont la plus importante a été celle entre les forces de Kokoni et son allié Habré, qui a duré environ neuf mois.

L'influence tribale qui a empêché la construction d'un État tchadien moderne était évidente dans le fait que les parties à la guerre s'appuyaient sur la tribu comme élément vital pour affirmer un chef contre l'autre, et que les membres de la rare tribu qui comprend tel ou tel chef sont obligés de se ranger à ses côtés, ainsi que les tribus qu'ils connaissent ou parfois les tribus voisines. Lorsque Habré a fui vers le Soudan, il a été accueilli et a bénéficié de la coopération non seulement du

---

<sup>19</sup> Binya Al-Asfahani, Tchad de guerre civile au guerre de libération à la politique internationale, n°88, avril 1989, Centre des études politiques et stratégique à Al Ahrame .p92.

<sup>20</sup> Ibrahim Saleh Yunus bin Muhammad al-Awal, Histoire de l'Islam et de la vie des Arabes (Kanem-Brno), Mustafa al-Babeen and Sons Library and Printing Press, Egypte, 1979.p44.

gouvernement soudanais, mais aussi de groupes importants de tribus tchadiennes présentes au Soudan, avec à leur tête le Zaghawa.<sup>21</sup>

Habré a pris la ville soudanaise d'El Geneina, à la frontière orientale du Tchad, comme base pour lancer ses forces afin de prendre le pouvoir au Tchad. Il a donc commencé à organiser ses rangs et a profité d'un conflit au sein de la structure dirigeante à N'Djamena, où les services de renseignement français ont indiqué que des forces libyennes s'étaient déployées dans la capitale N'Djamena pour réaliser un coup d'État en faveur du Conseil révolutionnaire démocratique dirigé par Asil Ahmed Agbesh. La France a promis à Kokoni d'expulser les forces libyennes en échange du soutien de la France. Le cabinet a donc pris une décision demandant aux forces libyennes de se retirer dans un délai de deux semaines à compter du 29 octobre 1981, date de la décision publiée le 29 octobre 1981. Cependant, la Libye a surpris le gouvernement tchadien en se retirant immédiatement avant l'expiration du délai, et sous l'effet de la surprise, le Tchad a demandé à l'Organisation de l'unité africaine de lui fournir des forces de maintien de la paix, et l'organisation a répondu avec une force composée de forces nigériennes, sénégalaises, zaïroises et béninoises, mais la France a critiqué sa

promesse à Kokoni et a ordonné aux forces de maintien de la paix de ne pas intervenir en cas de conflit entre le gouvernement et l'opposition, mais la France a critiqué sa promesse à Kokoni et a ordonné aux forces de maintien de la paix de ne pas intervenir en cas de conflit entre le gouvernement et l'opposition. Habré a alors saisi l'occasion et a déplacé ses forces de l'intérieur des frontières soudanaises et a mené des batailles contre les forces gouvernementales, et dès le 7 juillet 1982, les forces de Habré ont achevé la prise de la plupart des villes tchadiennes et sont entrées dans la capitale, N'Djamena, et Kokoni s'est enfui à Alkatron puis en Algérie, où il a demandé l'asile politique, commençant ainsi une nouvelle ère pour la construction du Tchad, alors Habré peut-il y parvenir ? Après que Habré a pris le pouvoir à N'Djamena, il a été considéré comme très important en raison de la nécessité d'éliminer la présence libyenne dans le secteur d'Aozou. Habré a demandé aux pays voisins de l'aider, et le Soudan et le Zaïre ont répondu en envoyant un grand nombre de troupes, le Zaïre a également formé un grand nombre de forces Komondo tchadiennes, mais ces forces ne constituaient pas une force nationale au sens du terme, mais plutôt ce que nous appelons les forces du régime ou de la tribu du président au pouvoir.<sup>22</sup> Cette

---

<sup>21</sup> Moussa Adam Babendjida, l'impact des facteurs externes sur les conflits politiques tchadiens, mémoire de maîtrise en sciences politiques à l'université d'Abadan au Nigeria, 1981.p56

<sup>22</sup> L'une des caractéristiques de la plupart des tribus tchadiennes est qu'elles sympathisent avec les rebelles en fonction de leur appartenance tribale, identitaire et religieuse, et non pas idéologique. Des groupes ou des

période de l'histoire politique du Tchad commence avec la fin du règne de Habré et l'abus de pouvoir d'Idriss Deby, une période qui est également alimentée par des mouvements armés et des divisions tribales, certains cercles ayant lu que les

#### **Section IV : L'impact de la tribu sur la construction de l'État tchadien de 1990 à 2021**

victoires des forces de Deby contre les forces de Habré étaient une victoire de la tribu Zaghawa (tribu de Deby) sur la tribu Gouran (tribu de Habré), et il n'est pas étonnant que tout Tchadien à l'intérieur ou à l'extérieur du pays regarde à travers cette lentille tribale étroite. Il n'est donc pas étonnant que tout Tchadien, à l'intérieur ou à l'extérieur du pays, regarde à travers ce prisme tribal étroit, surtout en cette période marquée par les guerres civiles.<sup>23</sup> L'arrivée de Déby au pouvoir n'a en rien modifié le statut de la tribu face à l'État, car la tribu dans la société tchadienne est le fondement et le pilier de la cité qui a sorti les familles et les individus de l'enfer de la famine et les a protégés de la malice des ennemis, ainsi que le dénominateur commun du sang, de l'ascendance, de la langue et de la ville natale, autant d'éléments qui poussent l'homme tchadien à se focaliser sur la tribu plus que sur l'État.

La place de la tribu découle de la

---

individus peuvent se rallier à tel ou tel leader uniquement parce qu'ils appartiennent à leur tribu, à leur région ou à leur religion contre l'autre.

mobilisation des leaders révolutionnaires ou de leurs proches et du ralliement des membres de leur tribu autour d'eux. La révolution de Frolina a mobilisé de grands groupes de personnes du centre, de l'est et du nord ; lorsque Kokoni l'a rejoint, un grand nombre de membres de sa tribu Tibo l'ont rejoint ; lorsque Habré a rejoint les rangs de Frolina, de grands groupes de membres de sa tribu Qaraan l'ont rejoint ; et enfin la révolution du salut menée par Idriss Deby et Hassan Jamous, qui considéraient le peuple Zaghawa comme leur propre affaire, a porté son chef Deby au pouvoir.<sup>24</sup>

#### **Pièce 1 :Légitimité politique et renforcement des institutions**

Il est communément admis qu'Idriss Déby a accédé au pouvoir le 1er décembre 1990, à la suite du renversement de Hissène Habré par la force des armes. Par la suite, il a adopté la démocratie comme cadre normatif de légitimation de son autorité politique, marquant ainsi le début d'une nouvelle ère de gouvernance. Cette orientation a suscité un espoir généralisé quant à la fin définitive des conflits armés et à l'émergence d'un État institutionnalisé. Cet optimisme s'est particulièrement illustré lors de l'organisation, sous l'égide de Déby, d'une table ronde au Gabon, suivie de la Conférence nationale souveraine du 15

<sup>23</sup> Abdullah Bakhit Saleh, *Le Tchad à l'ère d'Idriss Deby Itno*, première édition 2018, Le Caire.p43

<sup>24</sup> o.p.s,p52

janvier 1993. Cet événement a rassemblé une grande partie des acteurs politiques tchadiens, aussi bien de l'intérieur que de la diaspora, afin de débattre des principales questions en suspens. Cependant, cet élan prometteur s'est rapidement essoufflé, la reprise des conflits armés replongeant le pays dans une période d'instabilité prolongée.

l'intérieur et à l'extérieur, et toutes les questions en suspens ont été discutées, mais tout cela s'est rapidement éteint après les flammes de la guerre qui s'est rallumée. Les restes de l'ancien régime se sont rassemblés autour du lac Tchad, à l'ouest du pays, à moins de deux cents kilomètres de la capitale, N'Djamena, sous l'égide du Mouvement pour le développement et la démocratie (MDD), qui a duré de 1991 à 1994, et avant que l'étincelle de cette rébellion ne s'éteigne, une autre a été lancée la même année à l'est, dirigée par son camarade Abbas Kodi sous le nom de CNR, et les sudistes ont déclenché deux mouvements rebelles dans le sud du pays, dirigés par Loken Birdi et un autre dirigé par Kiti Moise, et en 1998, un groupe de Tibous a déclenché la rébellion du MJDT dans l'extrême nord, dirigée par Youssouf Touguimi, Au début de l'année 2005, plusieurs révolutions ont eu lieu dans l'est du pays, comme la révolte des Zaghawa sous le nom d'Ascot dirigée par Timan Ardimi, une autre pour le Qaraan dirigée par Mohamed Nouri, les

révoltes des fils d'Arab dirigées par Al-Junaidi, et une autre dirigée par Ahmed Hassaballah Sabian, et dans les mêmes régions de l'est, une rébellion a été déclenchée par les fils de Tamat dirigée par Mohamed Nour Abdulkarim, et une autre par les fils de Wadai et d'autres encore. Bien que les analystes aient identifié toute une série de raisons, nous avons prouvé, grâce à des recherches et à une étude scientifique, que le tribalisme, le fanatisme tribal, l'identité et peut-être la religion étaient à l'origine de toutes ces guerres meurtrières.<sup>25</sup>

### **Pièce 2 : Coexistence sociale pacifique et stabilisation**

Pour obtenir une coexistence sociale pacifique, il faut de prix. Déby a payé tout au long de son règne, mais cela ne fonctionne pas, car le peuple a hérité du tribalisme comme nécessité protectrice, et les quelques personnes éduquées n'ont pas été en mesure d'influencer la majorité qui est entourée d'ignorance et de pauvreté, ce qui nous oblige à revenir à l'éducation et à la sensibilisation durable en tant que première solution.<sup>25</sup> La vérité est que Deby a pris les rênes d'un peuple dominé par une ignorance sombre et une pauvreté extrême, et que plus des deux tiers d'entre eux vivent dans des villages ou des semi-villages, s'appuyant sur une vie traditionnelle primitive dans leur mode de vie, croyant en la tribu comme un élément

---

<sup>25</sup> Adam Kurdi Shams, La solidarité démocratique est une nécessité protectrice pour construire le Tchad, 1ère édition, 1992, Beyrouth - Liban.p 63

vital et y appartenant fièrement.<sup>26</sup> Deby a également hérité d'une armée tribale révolutionnaire, pour laquelle le patriotisme appartenant fièrement. Deby a également hérité d'une armée tribale dotée d'une mentalité tribale révolutionnaire, pour laquelle le patriotisme est une expression politique et rien d'autre ! Ni l'armée, formée dans le contexte tumultueux du tribalisme sous divers gouvernements et chefs révolutionnaires, ni celle établie sous le régime de Déby, n'ont véritablement intégré le concept de loyauté primordiale envers la nation. Les membres de la tribu Zaghawa ont pris le contrôle de l'institution militaire avec ses armes à feu, et Deby n'a pas vu dans ce tribalisme de l'armée la recherche de la construction d'une armée nationale, mais il a délibérément utilisé cette méthode pour apporter la sécurité et la stabilité et protéger le pouvoir aussi longtemps que possible, et il n'a pas vu d'autre moyen que de s'appuyer sur les membres de sa tribu Zaghawa en tant que combattants qualifiés, et ensuite de s'occuper des trente, des chefs tribaux et des chefs religieux et de leur état pour assumer les tâches de coexistence pacifique et de stabilisation.

Deby a pris plusieurs mesures politiques pour consolider le front intérieur : il a organisé plusieurs conférences après la conférence nationale indépendante de

début 2003, réunissant presque tous les groupes tchadiens, y compris les partis politiques, les sociétés civiles, les syndicats, les institutions, les organisations gouvernementales et non gouvernementales, et après que le Tchad a récupéré la bande d'Aozou, disputée à la Libye par une décision de la Cour internationale de justice de La Haye en 1994. Deby a modifié la constitution en 1996, les premières élections ont eu lieu la même année, et Deby les a remportées au second tour, et a promis des élections municipales, et en 2001, une deuxième élection a été organisée, puis des élections législatives, puis les élections de 2006, 2011, 2016 et enfin les élections de 2021, qu'il n'a pas eu le temps de célébrer comme le reste des élections qu'il a remportées à une écrasante majorité. Toute cette légitimité politique n'a pas contribué à arrêter l'effusion de sang, car elle a été causée par la confiance excessive dans les groupes tribaux pour diriger le pays et monopoliser le pouvoir, et par l'accent mis sur la nomination de membres importants de l'armée et des hauts fonctionnaires du pays en fonction de leur statut tribal pour satisfaire les seigneurs de guerre tribaux au lieu de leurs compétences a ouvert la porte aux trafics au nom de la tribu, a interrompu le développement en raison de l'incompétence et a encouragé les personnes faibles d'esprit à prendre le

---

<sup>26</sup> Abdullah Bakhit Saleh, Le Tchad à l'ère d'Idriss Déby Itno, op.cit.p98-101

même pari pour leur profit personnel.<sup>27</sup>

### **Pièce 3 : L'exploitation de la décision politique comme indicateur du processus de construction**

Il ne fait aucun doute que Deby est arrivé au pouvoir grâce aux fils de sa tribu Zaghawa qui sont purs dans le combat, et qu'il l'a fait avec l'aide libyenne et la couverture médiatique et morale de France et depuis le territoire autorisée par le Soudan. La France est présente sur la scène politique tchadienne, tantôt sous le prétexte de protéger le Tchad de la protection libyenne, tantôt de l'ingérence soudanaise. Les menaces libyennes ont diminué depuis le début des années 1980, tandis que le Soudan a ouvert une nouvelle phase avec le Tchad depuis l'arrivée au pouvoir de Deby au Tchad le 1er décembre 1990.

L'État tchadien a suivi une voie contraire à celle de la construction de l'État depuis l'aube de l'indépendance, et toutes les missions missionnaires qui sont entrées dans le pays au nom de la divinité depuis l'Amérique, l'Allemagne et enfin la France ont œuvré pour diviser la société tchadienne avec des divisions régionales et tribales et ont donné aux chefs tribaux un statut et des pouvoirs spéciaux (le système des cantons), leur faisant sentir qu'ils sont les véritables détenteurs du pouvoir, et que le peuple est leur peuple et que la terre est leur terre. Ils l'ont hérité de

ses ancêtres, et donc personne n'a de peuple ou de gouvernement sauf à se soumettre à leurs lois, et ce concept traditionnel est une sorte de prise de pouvoir est un vieux système basé sur les coutumes et les traditions émanant de l'ancien héritage tribal et des rituels religieux, et donc l'influence tribale sur la société et ensuite sur la façon dont l'État tchadien a été construit est devenue une question claire qui mérite de savoir quelle est cette influence, négativement et positivement. Il est indéniable que l'influence tribale présente à la fois des aspects positifs et négatifs. Cependant, celle-ci a souvent été altérée par l'égoïsme de certains groupes tribaux, lesquels ne confèrent respect et prestige qu'aux individus considérés comme appartenant à des tribus perçues comme prestigieuses. En outre, la plupart des gouvernements qui se sont succédés depuis l'indépendance ont favorisé les fils de sa grand-mère et leur proximité avec le pouvoir, en particulier dans l'armée, plus que d'autres, rendant impossible la mise en place d'une armée nationale et l'effort de construction d'une unité nationale qui contribue à l'édification d'un État tchadien moderne.

### **Pièce 4 : Le bien-être économique comme indicateur de la construction d'une nation**

Deby a pris le pouvoir au Tchad et a

---

<sup>27</sup> Abdullah Bakhit Saleh, Le Tchad à l'ère d'Idriss

Déby Itno, première édition 2018, Le Caire.P121.

emmené avec lui une population tchadienne complexe, plongée dans l'ignorance et la pauvreté. Deby a pris le contrôle d'un pays dont le trésor était épuisé et qui n'avait d'autre source de revenus que le coton et quelques cultures agricoles telles que la gomme arabique et les arachides, ainsi que l'exportation d'un peu de bétail, difficile à contrôler en raison d'opérations de contrebande permanentes. Déby a transmis un pays dont plus de la moitié de la superficie est un désert inhabité, dont les terrains asphaltés ne dépassent pas les kilomètres et dont les infrastructures sont délabrées, détruites par la guerre des camions et où la roue de la construction s'est arrêtée.<sup>38</sup> Toutefois, le gouvernement Déby a pu restructurer l'économie tchadienne grâce à une politique d'exportation rigoureuse pour les cultures et le bétail, considérée comme pionnière dans la région, et le pétrole a été extrait et a commencé à être exporté en quantités commerciales, mais tout cela n'a pas été accompagné d'une compréhension nationale, car certains pensent que le retour est tribal ou régional, et d'autres pensent que le retour est acheté avec des armes qu'ils utilisent contre les compatriotes de leurs opposants, donc c'est inutile, et dans tout cela, nous devons construire une nation tchadienne par l'éducation, la sensibilisation.

---

<sup>38</sup> Je suis d'accord avec certains chercheurs sur les affaires tchadiennes pour dire que Deby ne veut pas voir quelqu'un ou un groupe de membres de sa tribu Zaghawa contrôler la région du Darfour, enfin de ne

### **Pièce 5 : Le rôle des tribus darfourien dans la déstabilisation de la stabilité politique au Tchad**

Lorsqu'une rébellion a éclaté au Darfour (province Ouest du Soudan) en février 2003 contre le gouvernement soudanais, la plupart de ses dirigeants étaient des Zaghawa, tels que le Dr Khalil Ibrahim, Minni Arko Minawi et Bahr Abgarga, Deby est intervenu à plusieurs reprises et n'a pas réussi à résoudre le problème à sa manière, mais il a échoué en raison des visions et des pensées différentes des Zaghawa au Soudan et de leurs frères au Tchad Bien qu'ils soient issus de la même famille et que la plupart d'entre eux soient en contact et échangent des visites sur une base semi-permanente, la conscience culturelle des Zaghawa au Soudan est dérivée de la conscience et de la culture du peuple Wadani, ainsi que de la stabilité de ses institutions constitutionnelles malgré la fluctuation de ses gouvernements, ainsi que de la stabilité de ses institutions constitutionnelles malgré la fluctuation de ses gouvernements.<sup>28</sup> et le Front National Islamique depuis l'aube des années soixante du siècle dernier. Quant à leur peuple au Tchad, leur vision thermique découle de la vision du peuple tchadien en général, qui est de se concentrer sur l'affiliation tribale et d'essayer de se tenir aux côtés de la tribu et de ses membres

pas être déplacé par des soldats et des officiers Zaghawa, qu'ils sont plus de 2 tiers dans la garde républicaine tchadienne.

dans toutes les questions sociales et politiques, et si vous n'êtes pas d'accord ou si vous êtes neutres, vous êtes accusé par les deux parties, d'être un agent ou un lâche aux yeux de la tribu, et un traître qui dissimule son aide. Le fait de ne pas soutenir la tribu et ses membres est considéré comme une trahison et est contraire aux coutumes et aux valeurs tchadiennes, étant donné que la plupart, voire toutes les idées et visions du chef de la tribu ou de celui qui occupe une position élevée au sein de la tribu ou qui émerge en tant que chef rebelle et autres, estiment que le ralliement des membres de sa tribu est une chose naturelle dans la société tchadienne.

Deby était extrêmement perturbé par la rébellion au Darfour, car il la considérait d'un point de vue tribal plutôt que politique. Il craignait que certains des chefs rebelles Zaghawa ne constituent des menaces indirectes pour le régime de Deby ou, du moins, ne poussent son armée à fuir pour soutenir leurs frères du côté est de la frontière, en particulier les membres de la Garde républicaine, qui sont considérés comme la soupape de sécurité du régime de Deby, étant donné qu'ils sont principalement composés de Zaghawa. D'autre part, Deby sous-estimait les capacités et l'efficacité des mouvements rebelles, et il considérait leur solution comme facilement accessible et à sa portée. Il a donc formulé la méthode tchadienne de résolution de la rébellion,

tantôt par la carotte, tantôt par le bâton, et Deby tenait à maintenir les relations soudano-tchadiennes et a donc contribué directement à l'élimination de la rébellion. Il ne voulait pas irriter les autorités soudanaises et créer une opposition tchadienne, comme cela s'est produit pour sa révolution et pour d'autres révolutions tchadiennes lancées depuis le territoire soudanais il y a plus d'un demi-siècle, afin de ne pas être accusé par Khartoum de soutenir son propre peuple qui l'a soutenu avec de l'argent et des vies. Les conseillers de Deby l'ont averti de ne pas s'immiscer dans les problèmes du Darfour en raison de sa complexité et de la sensibilité de sa situation tribale et régionale, et parce qu'il s'agit d'une affaire soudano-soudanaise et que ses efforts pour résoudre le problème pourraient ne pas être compris par les deux parties, mais Deby a insisté pour intervenir et a perdu les deux parties lorsque l'opposition l'a accusé de se dresser contre elle et a demandé de transférer les négociations de N'Djamena au Nigeria, puis à Asmara, avant que Doha ne le veuille. Dans le même temps, Deby a été accusé par Khartoum, qui pensait à tort que le soutien de Deby à ses tribus qui l'aidaient était normal. Déby a donc été surpris lorsque l'opposition tchadienne a quitté le territoire soudanais pour attaquer la capitale N'Djamena en avril 2006 et en février 2008, et les relations entre les deux pays se sont détériorées.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Abdullah Bakhit Saleh, *Le Tchad à l'ère d'Idriss*

Déby Itno, *op.cit*, p.158.

Les relations entre les deux pays se sont fortement détériorées. Les questions politiques ont alors été comprises, et les sentiments tribaux accusés ont incité les initiés politiques et financiers à inciter les membres de leurs tribus à atteindre leurs objectifs, et toutes les révoltes tchadiennes que nous avons mentionnées se sont déroulées à l'intérieur des territoires soudanais.

La tribu est restée maîtresse de la situation dans toutes ces révolutions, ces effusions de sang et ces intérêts personnels mutuels, si bien qu'il y a eu un effondrement de la sécurité aux frontières et que l'atmosphère a été créée pour que les chefs de tribus jouent des rôles subversifs tout en déclenchant des conflits et l'émergence de bandits, si bien que la criminalité et le crime organisé se sont répandus, allant du viol et du meurtre d'innocents à l'incendie de villages et au vol de bétail, ce qui a ouvert la porte aux interventions étrangères des gouvernements et des organisations gouvernementales et non gouvernementales.

Khartoum et N'Djamena ont senti le danger de l'ingérence étrangère, notamment européenne et américaine, dans les affaires de la région, si bien que le vainqueur Deby a soudainement décidé de se rendre à Khartoum.

La visite a ouvert la porte à la réconciliation non seulement entre les deux gouvernements, mais aussi entre le gouvernement tchadien et ses opposants, et entre le gouvernement soudanais et ses

opposants, en formant une force commune pour contrôler le chaos entre les frontières des deux pays et en partageant son leadership tous les six mois, éteignant ainsi les flammes de la guerre, mais a-t-elle éteint le feu du tribalisme qui était à l'origine de toutes ces guerres ?

### **Conclusion**

Lorsque la République du Tchad a obtenu son indépendance de la France, elle avait tous les attributs d'un État souverain si l'on se réfère aux attributs traditionnels de la souveraineté : Pouvoir législatif absolu, pouvoir de nomination des fonctionnaires, contrôle absolu des recettes financières, mais vingt ans après avoir gagné (l'indépendance), l'État tchadien a presque touché la ligne de disparition au début des années 1980 quand il a plongé dans les guerres civiles, et malgré l'amélioration tangible de la sécurité depuis l'attaque rebelle sur la capitale N'Djamena en février 2008, il y a des risques pour la construction d'un État tchadien moderne en raison de la composition tribale de la société tchadienne, qui a laissé un impact clair sur tous les chemins de la vie du développement, à commencer par l'affaiblissement des institutions constitutionnelles de l'État, et la difficulté d'obtenir une unité nationale sincère pour empêcher la société de se fragmenter et de se diviser.

Reformulation « Le tribalisme et ses formes claniques spécifiques au Tchad ont suscité un large intérêt dans les analyses

sociologiques, particulièrement sous l'influence des théories évolutionnistes. Ces dernières ont interprété la vie sociale tribale comme les premières étapes de la civilisation humaine et de son développement progressif. Cette vision a toutefois donné lieu à des jugements divergents : d'un côté, certains perçoivent ce modèle social comme un obstacle au progrès qu'il conviendrait de surmonter ; de l'autre, certains y voient une source essentielle de valeurs morales et communautaires, telles que la coopération, l'égalité, la compassion, le courage et l'intégrité, des principes parfois absents dans les sociétés modernes contemporaines ».

### **Résultats**

Cette étude a abouti à des conclusions scientifiques précieuses que nous pouvons suivre dans les points suivants :

**Premièrement** : la tribu a eu un impact négatif sur les systèmes politiques tchadiens. En effet, la tribu a pris une importance et un statut parallèles ou supérieurs à ceux de l'État dans de nombreuses affaires publiques.

**Deuxièmement** : Les colonisateurs n'ont pas contribué à la restructuration de la société traditionnelle tchadienne en une société moderne sous l'égide d'un seul État, mais ont plutôt compliqué la situation en donnant aux autorités tribales un caractère politique et en s'appuyant sur elles au lieu des autorités gouvernementales.

**Troisièmement**: l'ingérence de la tribu dans le processus politique a entravé le processus de construction de l'État tchadien.

**Quatrièmement**: La fragilité des institutions constitutionnelles du Tchad a favorisé une ingérence accrue des tribus dans les affaires politiques, compromettant ainsi l'autorité et l'efficacité de l'État.

**Cinquièmement** : La complexité de la composition des tribus tchadiennes, leur mode de vie dans les villes, les villages et les campagnes et leur faible niveau de conscience ont contribué à empêcher la construction d'un État tchadien moderne.

**Sixièmement** : Les faibles moyens de communication et de transport qui contribuent à la rencontre continue des tribus tchadiennes ont isolé les communautés tribales les unes des autres. Septièmement, la composition tribale primitive des sociétés africaines en général et des sociétés tchadiennes en particulier était constituée de groupes tribaux vivant isolés les uns des autres sur le plan ethnique, culturel et linguistique.

### **Recommandations**

**Premièrement**, il est nécessaire de rejeter les idées colonialistes qui ont permis à la tribu de saper les institutions constitutionnelles de l'État tchadien.

**Deuxièmement**, l'expansion géographique des tribus tchadiennes s'est faite sur une base ethnique, de sorte que le gouvernement devrait encourager la

mixité, comme dans la capitale.

**Troisièmement** : l'État doit revitaliser l'économie nationale et établir une relation directe avec le citoyen au lieu de passer par les autorités tribales.

**Quatrièmement** : La nation tchadienne doit être reconstruite par une sensibilisation durable à la science, à la pensée et à la civilisation.

**Cinquièmement** : S'appuyer sur l'éducation comme pilier principal pour le progrès de la nation tchadienne.

**Sixièmement** : Construire des institutions constitutionnelles fortes qui seront le pilier principal de la construction de l'Etat tchadien moderne.

#### **Sources et références**

- 1- Ibrahim Saleh Yunus bin Muhammad al-Awal, Histoire de l'Islam et de la vie des Arabes (Kanem-Brno), Mustafa al-Babeen and Sons Library and Printing Press, Egypte, 1979.
- 2- Adam Kurdi Shams, La solidarité démocratique est une nécessité protectrice pour construire le Tchad, 1ère édition, 1992, Beyrouth - Liban.
- 3- Adam Kurdi Shams, Tchad, paix et connaissance des défis, 1997, Riyad - Arabie Saoudite.
- 4- Adam Keshneh Dodibe, Profils historiques et culturels zaghawa, Presse tchadienne d'imprimerie et d'édition, N'Djamena-Tchad, 2005.
- 5- Abdul Rahman Omar Al-Mahi, Le Tchad de la colonisation à l'indépendance, Egyptian General Book Authority, Le

Caire, 1982.

6- Abdul Rahman Omar Al-Mahi, La société tchadienne sous l'occupation française (1918-1960), Le Caire, 1997.

7- Kamal Ibeid, Les relations soudano-tchadiennes et leur impact sur la diffusion de la culture islamique, Khartoum Centre de recherche et d'études, avril 2001.

8- Mohammed Al-Bashir Ahmed Musa, Le Tchad comparé à la construction d'un Etat moderne, Riyad, Arabie Saoudite, 1433/1431H.

9- Mohamed Al-Hadi Abdul Rahim, Frolina - les événements du 12 février 1979, contexte et effets, lieu de publication non mentionné.

10-Mohammed Saleh Ayoub, Les sociétés moyennes entre culture arabe et francophone, Centre de recherche et d'études africaines - Sebha - Libye, première édition 2014.

11-Mahmoud Shaker, Citoyen des peuples islamiques en Afrique, Beyrouth, 1981.

12- Noreen Manawi Barshim, Chad towards Stability and Democracy, première édition 1991, Le Caire.

13- Yahya Zabaq Quraish Al-Safi, Causes des guerres civiles au Tchad, 1965-1990 AD, Le Caire 2016 AD, maison d'édition non mentionnée.

14- Abdel Rahman Omar Al-Mahi, Le Tchad de la colonisation à l'indépendance, Egyptian General Book Authority, première édition 1982.

15- Une groupe de chercheurs, traduit par Elias Kheir, États et sociétés en Afrique,

Aldar pour l'édition, la distribution et la publicité, Série études africaines, première édition, 2000.

16- Abdullah Bakhit Saleh, Le Tchad à l'ère d'Idriss Déby Itno, première édition 2018, Le Caire.

17- Moussa Médaille ; FROLINA comme j'ai vécue,

18- Ahmad Al-Soulai, le Tchad et les forces africaines de maintien de la paix, politique internationale, fondation Al-Ahram, le Caire, n°68, avril 1982.

19- Ibrahim Saleh bin Mohamad, l'histoire de l'islam et la vie des Arabes dans l'Empire de Kanem-Borno, Mustapha Al'babi al-Jalabi et ses fils, Egypte.

### **Recherche scientifique**

1- Bokar Mahmoud Mohamed Attia Al-Ashiri, Les racines historiques des relations égyptiennes, recherche présentée au colloque international, Université du Roi Fayçal, janvier 2001, N'Djamena, Tchad.

2- Ibrahim Mohamed Ishak, L'importance de la situation géographique et sa relation avec le développement politique et la stabilité au Tchad, recherche présentée pour une maîtrise en géographie politique, Université du Roi Saoud, 1988.

3- Moussa Adam, L'impact des facteurs externes sur les conflits politiques tchadiens, recherche présentée pour l'obtention d'une maîtrise en sciences politiques, Université d'Ibadan, Nigeria, 1981.

4- Al-Harith Bishr, Ali, Les interventions

au Tchad de 1982 à 1985, Mémoire présenté pour l'obtention du Diplôme Supérieur, Université de Rabat - Maroc, 1987.

5- Mohamed Youssef Mohamed, Le Tchad à l'ère de Tembelaye - politique étrangère, thèse pour l'année académique 1999-2000 à l'Université du Roi Fayçal - Tchad, sous la direction du Dr Abdul Rahman Omar Al-Mahi.

6- Hamid Youssef Tekane, Tchad de 1960 -1987, recherches complémentaires pour la licence internationale en droit.

7- Dr. Djalal Raffet, présentation des événements de l'étude des dimensions internes et internationales, Documents et Bulletin de recherche n°8 du mars 1979, AD, société africaine du Caire.

8- Ahmad Al-Soulai, le Tchad et les forces africaines de maintien de la paix, politique internationale, fondation Al-Ahram, le Caire, n°68, avril 1982 ? P. 121.

9- Moussa Adam Babendjida, l'impact des facteurs externes sur les conflits politiques tchadiens, mémoire de maîtrise en sciences politiques à l'université d'Abadan au Nigeria, 1981.

# **LE RENOUVELLEMENT DE LA RELATION UNION EUROPEENNE (UE)- UNION AFRICAINE (UA) DANS LE DOMAINE DE LA PAIX ET LA SECURITE : ENTRE INCONSISTANCES ET AMBIGUÏTES POLITIQUES.**

**Par**

**Ladislav NZE BEKALE**

Diplômé de l'ENA (France), Docteur en Histoire militaire et Etudes de défense (Univ. Montpellier 3),  
Chef de Division des services administratifs par intérim à la Commission de l'Union Africaine,  
Enseignant vacataire au département d'histoire de l'Université Omar Bongo et à l'Institut d'études  
juridiques et de science politique de l'Université EM (Gabon), Chercheur au Centre d'Analyse et  
Prospective sur les Afriques (UQAM- Canada).

## **Résumé**

Les relations, entre l'Union Européenne et l'Union Africaine, notamment la dimension paix et sécurité, ont connu des changements substantiels à la suite du renouvellement de l'accord ACP-UE. En effet, les modalités de financement des actions de défense et sécurité de l'UA, autrefois encadrées par la Facilité Africaine de la Paix (FAP) exclusivement consacrée à l'Afrique. Les nouvelles conditions d'accessibilité au financement de l'UE n'en font plus une exclusivité, en outre d'autres organisations régionales et ad hoc y sont désormais éligibles, sans consultation préalable avec l'UA. On assiste donc à une fragilisation des aspects sécuritaires de l'intégration africaine, il convient cependant pour l'UA d'en saisir l'opportunité pour une refondation résiliente de son financement et de son fonctionnement.

**Mots clés :** Union Africaine, Union Européenne, Coopération, Paix, Sécurité.

## **Abstract**

Relations between the European Union and the African Union, in particular the peace and security dimension, have undergone substantial changes following the renewal of the ACP-EU agreement. Indeed, the methods of financing the defense and security actions of the AU, formerly framed by the African Peace Facility exclusively devoted to Africa. The new conditions of access to EU funding no longer make it exclusive, in addition, other regional and ad hoc organizations are now eligible, without prior consultation with the AU. We are therefore witnessing a weakening of the security aspects of African integration, it is however necessary for the AU to seize the opportunity for a resilient overhaul of its financing and its functioning.

**Keywords:** African Union European Union, Cooperation, Peace, Security.

## Introduction

Les organisations internationales s'inscrivent dans une dynamique spécifiquement moderne<sup>1</sup>, elles ont pour objectifs d'accompagner le développement des interdépendances au sein de la société internationale<sup>2</sup>. Plusieurs critères permettent leur classification, ainsi dans cette catégorie les organisations régionales réunissent « *un nombre limité d'Etats suivant des affinités géographiques, économiques, politiques comme l'Union Européenne* »<sup>3</sup> et l'Union Africaine. A propos des compétences de ces entités, les organisations politiques comme elles peuvent disposer « *des domaines de compétences étendus* »<sup>4</sup>. Les actes des organisations internationales se rapportent au fonctionnement interne de l'institution ou bien de ses activités, à ses compétences opérationnelles<sup>5</sup>, c'est-à-dire sur le terrain pour l'UE et l'UA « *assistance économique ou autres fonctions de médiation lors d'un conflit contrôle de la régularité d'opérations électorales* » plus largement la gouvernance de la sécurité collective. Subséquemment, « *la Charte des Nations unies prévoit (art .52 à 54) la*

*participation d'organisations régionales au maintien de la paix* »<sup>6</sup> et la sécurité collective comme l'assurent l'UE et l'UA. « *Il convient cependant de les replacer dans le temps long et de prendre en compte la recherche de la solidarité* »<sup>7</sup>. Les relations entre l'UE et l'UA ne s'en démarquent guère, au contraire elles sont pertinentes à ces affirmations d'internationalistes de notre époque.

Les relations entre l'UE et l'Afrique, formalisées par les accords Afrique, Caraïbe, Pacifique (ACP), ont évolué en raison des préoccupations européennes concernant la sécurité sur le continent et le flux des migrants vers l'Europe<sup>8</sup>. Sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, ces thématiques orientent fondamentalement les rapports UE-UA. Ainsi les solidarités globales et régionales incitent aux partenariats inter continentaux comme l'atteste la coopération entre l'UE et l'UA, pour la consolidation d'une « *sécurité collective [qui] promet ainsi une indivisibilité de la paix* »<sup>9</sup>. Pour ces raisons l'UA « *souligne l'importance des approches collectives à la sécurité pour faire face aux menaces à la paix, à la sécurité et à la stabilité sur le continent et, à cet égard,*

<sup>1</sup> ALLES Delphine, RAMEL Frédéric, GROSSER Pierre, *Relations internationales*, Paris, Coll. Portail, A. Colin, 2018, p121.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> ROCHE Catherine, TAMZINI Wafa, *L'essentiel du droit international public*, Paris, Gualino, 2021, p74.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p.79.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p105.

<sup>7</sup> ALLES Delphine, RAMEL Frédéric, GROSSER Pierre, *Op. Cit.*

<sup>8</sup> Le GOURIELLEC Sonia, *Géopolitique de l'Afrique, Que sais-je ?* Paris, PUF, 2022, p86.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p123.

*encourage les États membres à renforcer davantage la coordination inter-agences et la coopération interne par le partage et l'échange d'informations, grâce à des mécanismes existants »<sup>10</sup> et par la coopération avec les partenaires internationaux dont l'UE et l'ONU. Il s'agit naturellement de la définition de « la collaboration entre des acteurs internationaux en vue de participer à une œuvre commune. Elle peut concerner tout type d'acteur : Etats organisations régionales, organisations intergouvernementales »<sup>11</sup>. Pour préserver ou restaurer la paix, lutter contre la pauvreté, développer les échanges de toute nature (dans les domaines culturel, économique, diplomatique-stratégique, technique, financier, etc.) sont mises en place dans le cadre de négociations ponctuelles ou informelles ou au contraire régulières et institutionnalisées<sup>12</sup>. Etant entendu qu'il est question de deux organisations engagées dans des processus d'intégration politique et économique.*

La construction d'une communauté de destins orientée par « *L'intégration politique impliquerait l'interdépendance dans la formulation des politiques*

*publiques. Elle prendrait également en compte l'identité, l'obligation mutuelle, les règles et le degré de sécurité de la communauté »<sup>13</sup>. C'est fort de ces explicitations que s'inscrivent dans cette intégration, non seulement la coopération UE-UA mais aussi les politiques publiques qui en découlent tout comme leur mise en œuvre. La coopération UE-UA notamment la matérialité de cette mutualisation intercontinentale des efforts, au prisme de « la création de la Facilité [africaine] de paix pourrait être intuitivement associée aux développements de la PESC-PESD [Politique Européenne et de Sécurité Commune- Politique Européenne de Sécurité et de Défense] et au lancement de l'Union africaine (UA) au début des années 2000, et perçue comme une réaction fonctionnelle aux crises qui affectent le continent africain »<sup>14</sup>. Dans ce contexte, la Facilité africaine de paix est issue de la mobilisation de quelques acteurs, dont un membre de la Direction Générale du Développement de l'UE qui avait noué des liens personnels avec Saïd Djinnit bien avant que ce dernier ne devienne commissaire pour la paix et la sécurité de l'UA<sup>15</sup>. De ce fait, la problématique centrale de cette*

<sup>10</sup> Union Africaine, communiqué du Conseil de Paix et Sécurité, 1073<sup>ème</sup> réunion, Addis Abeba, 6 avril 2022, p3.

<sup>11</sup> NAY Olivier (dir.), *Lexique de science politique : Vie et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 2008, p100.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p263.

<sup>14</sup> LOISEL Sébastien, « La création de la Facilité de paix pour l'Afrique : Jeux sectoriels dans l'élaboration d'un instrument européen de gestion des crises », *Politique européenne*, 2016, vol.1, n°51, p91.

<sup>15</sup> *Idem*, p95.

contribution est de questionner les défis et les enjeux du renouvellement de la relation entre l'UE et l'UA dans le domaine de la paix et la sécurité.

Cette contribution de science politique s'inscrit dans la discipline des relations internationales, le cadre théorique choisi pour la réalisation de cet article est donc le fonctionnalisme. De façon logique, l'analyse fonctionnaliste a trouvé enfin un terrain d'application dans les mécanismes contemporains d'intégration régionale<sup>16</sup>. Dans l'analyse des relations internationales il désigne « *ordinairement le processus par lequel des secteurs d'activités du système international sont désormais régulés par des acteurs internationaux divers, et non plus seulement des Etats, favorisant ainsi une plus grande intégration internationale* »<sup>17</sup>. Le paradigme fonctionnaliste apparaît ainsi étroitement corrélé à la notion de paix, les activités fonctionnelles englobant différentes unités territoriales, contribuent nécessairement à atténuer les conflits<sup>18</sup>.

En plus de mobiliser les relations internationales, le droit international et la sociologie des relations internationales, cette contribution a été élaborée à partir de l'analyse documentaire. Par conséquent, la méthode binaire analyse

successivement l'in-soutenabilité financière (1) de la relation entre l'UE et l'UA. Ainsi que les perspectives de de réorientation de cette coopération pour que l'UA en tire finalement bénéfice.

### **1. L'in-soutenabilité financière de la coopération entre l'Union Africaine et l'Union Européenne**

L'institution de la Facilité Africaine de la Paix (FAP) en tant qu'instrument extra africain suscite un débat non seulement sur la soutenabilité financière de l'UA (1) mais aussi sur l'impact du financement de l'UE (2). En outre, il convient aussi de mentionner le manque réactivité de l'UA face aux conséquences de la posture de l'UE (3).

#### **1.1. L'imprévisibilité des ressources financières de l'Union Africaine**

Obéissant à des mécanismes complexes, les problèmes financiers relatifs aux organisations internationales<sup>19</sup> n'épargnent point les institutions intergouvernementales africaines, au contraire l'UA depuis son apparition est sujette aux problèmes de soutenabilité de son financement. « *La mise en œuvre permanente et réussie des programmes de l'Union requiert un financement adéquat, prévisible et durable. Toutefois, conformément aux arrangements actuels, le budget de l'Union continue d'être sous-*

<sup>16</sup> NAY Olivier (dir.), *Op. Cit.*, p216.

<sup>17</sup> *Idem*, p217.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> RUZIE David, TEBOUL Gérard, *Droit international public*, 26<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2021, p220.

*financé par les États membres et les partenaires au développement* »<sup>20</sup>. Ceci est indubitablement un énorme handicap compromettant sérieusement la capacité de financement et d'action de l'institution. En plus de l'insuffisance de ses ressources, l'UA a parfois des difficultés à recouvrer les contributions, situation observée dans des institutions similaires, en raison des problèmes financiers auxquels ses Etats membres sont confrontés depuis des décennies. La capacité de l'UA à réagir face aux situations de crise et de maintien de la paix est sérieusement limitée à cause de ce problème de ressources<sup>21</sup>. La situation est d'autant plus préoccupante, de manière générale les ressources disponibles restent insuffisantes. Aussi, le caractère ponctuel de certains financements empêche la prévisibilité et entraîne des difficultés au niveau de la planification<sup>22</sup>. Opportunément, pour les bailleurs internationaux, la fluctuation de ses ressources en fait un sujet d'influences extérieures à l'organisation et au continent. Les insuffisantes ressources financières de l'UA et son incapacité à mobiliser les ressources

internes, impose à cette organisation à faire preuve d'imagination nouant des partenariats facilitant l'acquisition des ressources alternatives.

Le partenariat devient donc « *un indicateur du changement de la cible cette ingérence* »<sup>23</sup>. Pour financer les actions de paix et sécurité, particulièrement les opérations de soutien à la paix, dont le coût reste très élevé et qu'elle ne parvient nullement à financer toute seule. En soutien aux efforts de maintien de la paix en Afrique et en vertu du principe de solidarité internationale, l'organisation continentale reçoit l'appui financier de partenaires extracontinentaux<sup>24</sup>. Par le biais de la coopération entre l'UE et l'UA la FAP apparaît comme un « *instrument souvent présenté par l'UE comme une réponse fonctionnelle aux conflits qui affectent le continent africain et comme l'un des meilleurs exemples de l'approche globale de la gestion des crises promue dans la Stratégie européenne de sécurité* »<sup>25</sup>. De manière tacite, le soutien financier de l'UE instaure une forme de dépendance de l'UA à son homologue européen. Pour

<sup>20</sup> Foire aux questions sur le financement de l'Union. Disponible en ligne sur [https://au.int/sites/default/files/pages/31953-file-faq\\_fr.pdf](https://au.int/sites/default/files/pages/31953-file-faq_fr.pdf) Consulté le 21 octobre 2022.

<sup>21</sup> NZE BEKALE Ladislav, La régionalisation : facteur structurant de la stratégie de défense et de sécurité de l'Union Africaine, Actes du colloque l'Afrique : Un continent sur la voie de l'intégration 16-17 novembre 2017, in *Cahiers du CUF* 1/2018, Université de Szeged, 2018, p229.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> CHOUALA Yves Alexandre, « L'Afrique dans le partenariat international : Enjeux de civilisation et de puissance », *Etudes internationales*, vol. 34, n°1, 2003, p55.

<sup>24</sup> NZE BEKALE Ladislav, « Les principes et les instruments de la politique de défense et de sécurité de l'Union Africaine », *Annuaire Français des Relations internationales (AFRI)*, vol. XX, 2019, p594.

<sup>25</sup> LOISEL Sébastien, *Op. Cit.*, p87.

illustrer ce financement continue, « *l'UE a accordé 50 millions d'euros à travers un mécanisme géré par l'UA qui s'avère particulièrement lent* »<sup>26</sup>. Depuis 2004 son financement s'est élevé à 2,68 milliards d'euros et a concerné pour l'essentiel 16 opérations de soutien à la paix menées par l'Afrique dans 19 pays. Les contributions directes des États membres ont fait de l'UE le principal bailleur de fonds des missions de paix africaines<sup>27</sup> et, de l'UA dans ce domaine spécifique. « *Dans cette relation de dépendance, le partenariat devient tout simplement un investissement au sens où investir renvoie à la fois à engager un capital, occuper une place, charger un objet d'une signification affective prévalent [...] celle-ci ne peut donc logiquement que devenir un champ de luttes et d'influence* »<sup>28</sup>. Ce qui aboutit inexorablement à une construction rationnelle de la puissance basée sur une approche nouvelle et destinée à servir de modèle alternatif<sup>29</sup> aux faiblesses et insuffisances de l'organisation panafricaine.

Dans cette atmosphère de dépendance continue de l'UA à l'organisation européenne, « *l'Union européenne a officialisé le 21 avril 2022 un projet de soutien militaire à l'Union africaine de plus de 600 millions d'euros sur deux ans. Une enveloppe de 170 millions d'euros a d'ores et déjà été provisionnée pour 2022. Elle devrait venir financer la lutte contre Boko Haram et la mission de l'UA en Somalie, mais laissera de côté le G5 Sahel* »<sup>30</sup>. L'Union européenne devient ainsi un partenaire stratégique indispensable à l'Union africaine et ses organisations régionales en matière de maintien de la paix et de réforme des systèmes de sécurité, tant sur le plan du système institutionnel correspondant que sur le plan opérationnel (mutualisation et interopérabilité des forces)<sup>31</sup>. La création des institutions africaines de sécurité, dont l'objectif officiel est de doter le continent d'une Architecture africaine de sécurité, est un moyen sur lequel s'appuie l'Union européenne pour maintenir son influence et contrôler de près les dynamiques de changement de l'agenda sécuritaire continental<sup>32</sup>. En revanche, le

<sup>26</sup> NZE BEKALE Ladislav, « La politique de lutte contre le terrorisme de l'Union africaine est-elle résiliente ? »

*Vigies Afriques*, Vol. 2, n°1, 2019, CEIM, Université du Québec à Montréal, p10.

<sup>27</sup> SHEWIT Woldemichael, L'Afrique devrait mieux se préparer à la réorientation du financement européen de la sécurité. Disponible sur <https://issafrica.org/fr/iss-today/lafrique-devrait-mieux-se-preparer-a-la-reorientation-du-financement-europeen-de-la-securite> Consulté le 21 octobre 2022.

<sup>28</sup> CHOUALA Yves Alexandre, *Op. Cit.*, p65.

<sup>29</sup> NGUEMBOCK Samuel, « Comment comprendre la doctrine européenne de sécurité en Afrique ? » *Note d'Analyse politique 91*, IREP *Thinking-Africa*, Février 2021, p4.

<sup>30</sup> Coopération militaire : comment l'UE va gérer son enveloppe de 600 millions d'euros en faveur de l'UA, *Afrique intelligence*, le quotidien du continent, édition du 27 avril 2022, p7.

<sup>31</sup> *Idem*, p14.

<sup>32</sup> *Ibid.*

changement paradigmatique du financement de l'UE pour l'UA, la Facilité africaine pour la paix s'est muée en Facilité mondiale de paix, « *il ne s'agit plus d'un outil spécifiquement dédié à l'Afrique. Cela a fait craindre au sein de l'UA que l'UE puisse se désengager financièrement par rapport aux opérations de soutien à la paix (OSP) africaines, notamment vis-à-vis de l'AMISOM, et que la prévisibilité des fonds disponibles soit réduite* »<sup>33</sup>. En effet, la Facilité européenne de paix (FEP) devient un instrument de la politique étrangère de l'UE avec une dimension globale et, faisant craindre à l'UA une fièvre financière.

L'institution de la FEP suscite des réactions au sein de l'UA, ses Etats membres considèrent cette nouveauté comme injuste et « *n'ont pas manqué de rappeler le lourd tribut de sang qu'ils ont payé dans de nombreuses opérations de soutien à la paix déployées dans des théâtres de crises qui impactent la sécurité européenne* »<sup>34</sup>. Tandis que l'organisation est engagée dans une restructuration inédite, l'institution du FEP surgit, selon notre opinion, comme une occasion d'approfondissement et d'accélération de la réflexion sur son indépendance financière. L'Union

africaine (UA) a manqué une occasion unique de discuter du changement dans le financement européen pour la paix et la sécurité, qui a été annoncé par l'Union européenne en 2021 dans le cadre [non seulement] de son nouveau paquet défense<sup>35</sup>, mais aussi de son autofinancement pour les opérations de maintien de la paix. « *L'abandon de la FAP au profit d'un engagement direct auprès des parties prenantes réduira également de manière significative le financement de l'UE à l'UA, en particulier pour les missions de paix comme en Somalie* »<sup>36</sup>. Le budget de la nouvelle Facilité, d'ailleurs, bien qu'en augmentation par rapport à l'ancienne FAP, ne permettra pas de contenter tout le monde, comme un diplomate européen l'a lui-même reconnu. La somme qui devrait être disponible pour mener de nouvelles activités, au-delà des actions déjà en cours comme le soutien à l'AMISOM, ne devrait être que d'environ 300 millions d'EUR par an<sup>37</sup>. Ces événements sont témoins de l'opérationnalisation du Fonds de la paix de l'UA, instrument financier de la politique de défense et de sécurité de l'institution.

Lors de la réunion du Conseil exécutif d'octobre 2021, les ministres ont approuvé un budget global de la

<sup>33</sup> SANTOPINTO Federico, « La nouvelle Facilité européenne pour la paix : Réactions africaines », *Observatoire Boutros Boutros Ghali*, novembre 2021, p21.

<sup>34</sup> *Idem*, p16.

<sup>35</sup> SHEWIT Woldemichael, *Op. Cit.*

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> SANTOPINTO Federico, *Op. Cit.*, p17.

Commission de l'UA pour 2022 d'un peu plus de 650 millions de dollars. Ce budget se répartit entre 176 millions de dollars pour les opérations, 195 millions de dollars pour les programmes et 279 millions de dollars pour le soutien à la paix<sup>38</sup>. Il est à noter que les sommes allouer à l'instrument financier de la politique de défense et de sécurité de l'UA sont deux fois inférieures aux 600 millions d'euros prévus par l'UE comme financement des initiatives de paix et sécurité en Afrique. La continuité du financement de l'UE est surprenante, car l'UA avait adopté la décision de s'émanciper des financements des partenaires en s'appuyant sur la réforme de ses institutions. Ceci paraît naturellement inapproprié, car l'organisation s'est engagée de sortir de la dépendance financière sachant *« qu'au cours des deux dernières années, l'Union Africaine a enregistré un taux de mise en œuvre impressionnant de la décision prise en 2016 concernant le financement de l'Union. Au 20 décembre 2018, 25 pays, représentant environ 45% des membres de l'UA, en étaient à différentes étapes de l'incorporation de la décision de Kigali sur le financement de l'Union. Sur les 25 pays, 16 pays ont adopté le nouveau mécanisme de perception des recettes en imposant le prélèvement de 0,2% sur les*

*importations éligibles afin de respecter les obligations financières de l'Union africaine. À l'exception du Tchad et de la Gambie, les 14 autres pays ont versé leurs contributions à l'UA pour 2018, en totalité ou en partie, par l'intermédiaire du nouveau mécanisme de financement »*<sup>39</sup>. Malgré cette tendance à l'autonomisation financière, les Etats membres ne semblent pas guidés par l'idée d'une UA suffisamment financée et indépendante des ressources financières extérieures, la subvention de l'UE à cette institution en témoigne comme *« l'établissement des modalités et des critères de décaissement connaît des retards. La question de la gestion du fonds doit être tranchée »*<sup>40</sup>.

Aussi, la question de l'augmentation des ressources du Fonds de la paix doit être débattue, les Etats membres ne peuvent se permettre de maintenir l'UA dans une dépendance l'exposant à toutes formes d'influence et d'instrumentalisation alors que le potentiel d'autofinancement est réel. *« Les ministres ont félicité les États membres pour avoir contribué à hauteur de 72 % au budget ordinaire de 2021 (opérations et programmes). Ce chiffre est toutefois loin de l'objectif de l'UA, qui souhaite autofinancer l'ensemble de son budget ordinaire et au moins 75 % de son*

<sup>38</sup> Institut d'Etudes sur la Sécurité, Rapport sur le Conseil de paix et sécurité du 10 janvier 2022, p5.

<sup>39</sup> L'Afrique finance son programme de développement par le biais de la mobilisation de

ressources nationales. Disponible sur <https://au.int/es/node/36431> Consulté le 22 octobre 2022.

<sup>40</sup> Institut d'Etudes sur la Sécurité, *Op. Cit.*, p4.

*budget programmatique, qui est encore entièrement financé par les partenaires* »<sup>41</sup>. C'est dans ce sens qu'il est légitimé de parler d'inconsistance particulièrement de la part des Etats membres et tous leurs représentants. Alors que le continent est à la croisée des chemins, les leaders de l'UA ne peuvent se permettre une vision à moyenne portée s'agissant de la construction d'une Afrique prospère et en paix. Pour ces raisons, il est impératif que « *le rôle et les responsabilités des organes délibérants de l'UA y compris un organigramme illustrant les rôles et les responsabilités du CPS et des autres parties prenantes* »<sup>42</sup>, notamment les acteurs non gouvernements, le Conseil économique et social de l'UA et le Parlement panafricain. Nous entendons par là l'importance des acteurs évoluant en dehors de la sphère décisionnelle de l'organisation pour un regard différent. En effet, ces acteurs évoluant dans un environnement proche des préoccupations africaines défendraient probablement le fait que le « *Fonds africain pour la paix a été doté d'un montant 325 millions de dollars au titre de l'exercice 2017, et devrait augmenter progressivement pour atteindre 400 millions de dollars* »<sup>43</sup>. Et peut-être plus que ce montant. Ainsi, les Etats membres

pourraient engager un débat sur l'idée selon laquelle « *tout excédant perçu par les États membres après avoir rempli ses engagements en vertu des contributions statutaires est retenu par l'État membre* »<sup>44</sup>, car l'excédent sur les contributions un gage d'autonomie financière et de gouvernance de la sécurité collective, sauf si à contrario, ce n'est nullement l'ambition des Etats membres de cette organisation.

## **1.2. Le financement de l'Union Européenne et l'imprévisibilité du renforcement de l'intégration différenciée**

Les modalités de financement des initiatives de paix et sécurité connaissent des mutations significatives pouvant compromettre la crédibilité et l'efficacité de ses actions dans ce domaine. Certains pensent que cette nouvelle approche pourrait toutefois présenter des écueils. Elle pourrait par exemple affaiblir le rôle de l'UA dans le maintien de la paix sur le continent. Les fonds des facilités qui succèdent à la FAP n'étant plus exclusivement destinés à la mission de paix et de sécurité de l'UA, il se peut qu'un plus grand nombre de bénéficiaires éventuels entrent en concurrence pour obtenir des ressources financières<sup>45</sup>. Certains décideurs européens ont

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Union Africaine, Note conceptuelle sur l'opérationnalisation du Fonds de la paix de l'Union Africaine, Addis Abéba 11-12 janvier 2020, p3.

<sup>43</sup> Foire aux questions, *Op. Cit.*

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> International Crisis group, *Nouveaux modes de financement de l'UE en faveur de la paix et de la*

également soutenu la possibilité de fournir du matériel létal, mais pour des raisons différentes. Ils estiment que l'implication de l'UE mènera à une meilleure réglementation des financements européens destinés à la fourniture d'armes à l'étranger<sup>46</sup>. L'UE peut désormais financer l'intervention militaire directe d'un État membre, comme le déploiement d'une force opérationnelle pour soutenir l'opération française Barkhane au Mali<sup>47</sup>. Ce type de soutien peut se révéler particulièrement dangereux dans des Etats où mauvaise gestion et corruption des forces de sécurité sont généralisées et où il sera alors difficile de garantir que ce matériel est utilisé aux fins prévues et ne tombe pas dans de mauvaises mains. Les militaires eux-mêmes peuvent devenir un risque pour la stabilité, comme l'a montré le coup d'Etat survenu en août 2020 au Mali<sup>48</sup>. D'ailleurs, « *la participation de l'UA dans la prise de décision, la supervision et la gestion du nouveau fonds de l'EPF seront moindres lorsqu'il s'agira du financement pour les structures en dehors de l'UA* »<sup>49</sup>. Certains experts craignent que la nouvelle stratégie de l'UE ne profite pas à l'Afrique dans son ensemble, voire qu'elle ait de graves conséquences pour le continent<sup>50</sup>. Ces

conditions devraient constituer un déclic pour les Etats membres de l'UA pour une remise en cause du financement actuel de l'organisation, lequel représente une possibilité réelle d'autofinancement. Selon ISS « *plusieurs États membres de l'UA s'inquiètent du fait que la FEP représente un changement de paradigme, une approche militarisée et interventionniste se substituant à un engagement politique. Bien qu'ils reconnaissent les défis de l'utilisation de la FAP par l'UA, les responsables africains estiment que le rôle principal de la FEP est de contrôler l'utilisation de l'argent européen en Afrique* »<sup>51</sup>. Comme à l'accoutumé à la place de l'action, s'agissant des relations avec l'UE et l'ONU, les Etats membres nous ont habitué aux plaintes et une attitude infantile ou même mendicité, alors que « *les interventions bilatérales ou régionales pourraient ne pas être conformes aux priorités de l'UA ou ne pas recevoir son aval* »<sup>52</sup>. Ainsi, l'UA s'expose à une division interne menée par l'UE affichant désormais une posture de puissance devant, en principe susciter, un réveil ou du moins une prise de conscience aux niveaux de l'intégration africaine, à savoir de l'Etat membre, la CER et de l'UA.

---

*sécurité africaines*, Rapport Afrique n°297, Bruxelles, janvier 2021.

<sup>46</sup> *Idem*, p10.

<sup>47</sup> SHEWIT Woldemichael, *Op. Cit.*, p2.

<sup>48</sup> International Crisis group, *Op. Cit.*

<sup>49</sup> *Idem*, p14

<sup>50</sup> SHEWIT Woldemichael, *Op. Cit.*

<sup>51</sup> *Idem*, p5.

<sup>52</sup> *Ibid.*

Le Président de la Commission avait initié une démarche unificatrice permettant à l'UA de *parler d'une seule voix*, pour passer des prétentions à l'acte. Malheureusement, « *de fortes tensions étaient apparues en 2018, après une tentative de la Commission de l'UA de prendre le contrôle des négociations avec l'UE dans un cadre purement africain. Cette tentative s'est heurtée à l'objection des pays d'Afrique du Nord et de la majorité des ACP soucieux de maintenir leurs négociations avec l'UE dans un cadre intergouvernemental familial, et non pas au travers de l'UA* »<sup>53</sup>. Des pays comme le Sénégal ont estimé que la négociation avec l'UE était un problème national et par conséquent de souveraineté, en plus de mentionner l'importance de l'aide que l'UE apporte aux Etats africains. La question de la cupidité pour ne pas dire de la mendicité financière internationale divise-t-elle à ce point l'UA et ses Etats membres ? En effet, alors que les Etats membres ont réaffirmé leur détermination à maintenir leurs engagements financiers pour le fonds de la paix, on note une présence soutenue de l'UA sur le terrain de la paix à l'opposé de la tiédeur de l'action des Etats membres<sup>54</sup>. Il est donc aisé de

comprendre que les Etats membres perçoivent peut être mal, une organisation panafricaine unie face aux enjeux de l'heure face à la primauté de leurs intérêts. « *L'épisode a cependant engendré des frustrations de part et d'autre et abouti à une absence de collaboration entre les représentations africaines à Bruxelles et Addis-Abeba au fil des négociations ACP-UE* »<sup>55</sup>. Un renforcement probant de l'intégration sélective et différenciée qu'on observe à tous les niveaux de l'UA. Les régions en sont notamment des artisans comme la CEDEAO et les pays du Sahel, « *les pays de ces régions estiment qu'elle permettra d'éliminer les retards bureaucratiques et les frais généraux liés à la supervision financière de l'UA. Ils affirment également que la FEP permettra aux missions militaires africaines de disposer de plus de fonds, de technologies modernes, de renforcement des capacités et d'infrastructures* »<sup>56</sup>. Ceci conforte « *l'individualisme sécuritaire des États est la doctrine dominante dans la région. De ce fait, les pays choisissent de s'intégrer à certaines composantes du système de défense et de sécurité de l'UA. Confortant ainsi la théorie d'une intégration différenciée, sélective et coordonnée* »<sup>57</sup>. Il est curieux d'observer que l'un, des premiers pays à

<sup>53</sup> BOIDIN Jean Claude, « Relations UE-ACP : la fin des préférences ? Une analyse du nouvel accord post Cotonou », *Document de réflexion n°289, OCEAP-UE*, Bruxelles, janvier 2021, p6.

<sup>54</sup> NZE BEKALE Ladislav, « L'Union Africaine et l'intégration de la jeunesse aux problématiques de paix

et sécurité », *Note de recherche 70, IREP Thinking-Africa*, mars 2022, p12.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> SHEWIT Woldemichael, *Op. Cit.*, p6.

<sup>57</sup> NZE BEKALE Ladislav, « L'Union du Maghreb Arabe : une intégration ambiguë d'une CER à la

bénéficiaire de cette innovation, est le Rwanda engagé dans la lutte contre al shabab au Mozambique aux côtés des exploitations pétrolières de l'entreprise française Total. Comme l'ont démontré les difficultés rencontrées début 2016 pour déployer une force africaine de maintien de la paix au Burundi, les frictions entre l'échelon continental et les organisations régionales ou certains États-membres sont aujourd'hui visibles<sup>58</sup>. Une combinaison de ces attitudes fragilise davantage la construction d'une politique commune de défense et de sécurité tout comme l'objectif d'édification d'une Afrique prospère. Comment l'organisation peut-elle sereinement se projeter dans le futur dans ces conditions ?

Le doute devient donc la règle quant à la possibilité d'entrevoir l'acteur unique (Etat membre) et tout puissant, infléchir sa position pour œuvrer facilement à l'édification de l'Afrique que nous voulons tous<sup>59</sup>. L'omni potentat des États membres est sans limite dans le système de l'UA qu'on veuille s'arc-bouter sur l'hypothétique volonté de l'acteur unique à se soumettre à cet exercice, qui

paradoxalement ou pas, est supposé conduire les pays vers et l'organisation vers la prospérité<sup>60</sup>. Doit-on se résoudre à comprendre qu'un changement de vision demeure une utopie dans le fonctionnement actuel de l'UA ? Aussi, la problématique de la consultation des acteurs non gouvernementaux dans le processus décisionnel de l'institution. *« L'explication de l'intégration [différenciée, intéressée et coordonnée] est celle qui semble se rapprocher de la construction d'une Afrique intégrée que d'autres qualifient de complexe ou d'inefficace. C'est ainsi que nous caractérisons le processus d'intégration de l'UA de différencié, sélectif mais orienté tout de même par un objectif commun, dont les principales aspirations et objectifs sont établis par l'Agenda 2063 »*<sup>61</sup>. L'UA est essentiellement responsable des initiatives stratégiques pour la réalisation de l'Agenda 2063 et ses politiques, cela présume d'un partage de responsabilités avec les autres acteurs impliqués dans la mise en œuvre de l'Agenda, particulièrement les CER et les États qui sont le maillon le plus important de la réalisation de la politique africaine de développement<sup>62</sup>. La réalisation de ce

Politique de défense et de sécurité de l'Union Africaine », in Jean-François OWAYE, Guessan KOUADIO, Amadou OUMAROU et Koffi Nutefé Tsigbe, *Évaluation des mécanismes de prévention et de gestion des crises en Afrique*, Lomé, Presses de l'Université de Lomé, 2021, p217.

<sup>58</sup> CLAMENT Jean Marie, « Les régionalisations des réponses aux crises africaines », *Revue défense nationale*, vol.7, n°792, 2016, p24.

<sup>59</sup> NZE BEKALE Ladislas, « La réforme de l'Union Africaine : Vers une sophistication de la transformation structurelle de l'organisation panafricaine ? », *Note de Recherche n°61*, IREP, Thinking -Africa, Février, 2021, p1.

<sup>60</sup> *Idem*, p12.

<sup>61</sup> NZE BEKALE Ladislas, *Op. Cit.*, p228.

<sup>62</sup> NZE BEKALE Ladislas, « La décentralisation de l'Agenda 2063 ou la localisation du cadre de

vaste projet requiert une démarche structurée et une répartition des tâches entre tous les acteurs engagés dans cette politique ambitieuse. Ce vaste projet présume d'une répartition des responsabilités à tous les niveaux de gouvernance, du continental au local, qui implique les pouvoirs locaux, la société civile et les populations, sans omettre le secteur privé<sup>63</sup>. L'inconstance reste entière « *au regard de la faible mise en œuvre des politiques de l'UA au niveau national par les Etats membres, le CPS s'est voulu pédagogue en interpellant la Commission, en tant que Secrétariat de l'Union* »<sup>64</sup>. Une demande dissonante au regard du rôle purement administratif de la Commission et des pratiques des Etats membres laissant penser à une intégration à géométrie variable.

### **1.3. L'influence de l'Union Européenne : Entre passivité et absence de prospective de l'Union Africaine**

L'Union européenne n'a cessé d'accroître son influence en Afrique. Accroissement de l'influence qui passe par l'affinement progressif de ses objectifs et méthodes de projection en matière de politique étrangère et de sécurité commune<sup>65</sup>. D'ailleurs pour l'accord ACP-UE l'objectif est d'encourager à la fois

l'intégration régionale et continentale<sup>66</sup>, possible explication du positionnement de l'UE de démultiplier sa coopération avec l'UA dans le domaine de la défense et la sécurité. En incluant les CER, les mécanismes ad hoc et les Etats membres, tout en retirant le monopôle de cette relation à l'organisation panafricaine. « *L'accord UE-ACP et son protocole Afrique engagent toute l'Afrique subsaharienne, mais pas l'Afrique du Nord, qui est liée à l'UE par des accords bilatéraux séparés. Avant même le début des négociations, la question s'est posée de concilier le cadre juridique UE-ACP avec l'approche de continent à continent que l'Europe poursuit avec l'Union Africaine (UA) depuis 2007* »<sup>67</sup>. Une situation entretenue par les divisions internes de l'UA, la volonté du Maghreb qui semble avoir un problème identitaire au sein de l'organisation panafricaine, à tel point que cette région fait l'objet d'un protocole d'accord séparé. Une exception consolidatrice d'une démarche différenciée manifestée par les africains même face à leurs partenaires.

Cette orientation stratégique crée en conséquence une dépendance de l'Union africaine et ses organisations régionales à l'égard des innovations institutionnelles de l'Union européenne. L'objectif

---

transformation de l'Union Africaine : Une mise en perspective », *Vigies Afriques*, vol.2, n°4, décembre 2019, p4.

<sup>63</sup> *Idem*, p5.

<sup>64</sup> NZE BEKALE Ladislas, *Op. Cit.*, p6.

<sup>65</sup> NGUEMBOCK Samuel, *Op. Cit.*, p8.

<sup>66</sup> BOIDIN Jean Claude, *Op. Cit.*, p2.

<sup>67</sup> *Idem*, p5.

politique de l'union européenne ou l'étape finale recherchée, de ce point de vue, est d'affirmer son statut d'acteur stratégique<sup>68</sup>. L'attitude des Etats membres et des CER favorise du côté européen « *l'expression de la puissance à travers des analyses axées sur des perceptions de menaces ou de risques, de concepts internationaux peu égalitaires et mal définis, afin de marquer des limites et des contraintes pour les autres* »<sup>69</sup>. Le partenariat apparaît ainsi comme un nouveau champ où se déroule le jeu de l'influence mondiale. C'est l'un des apports recherchés de cette étude qui est la réintroduction forte de cette dimension élaguée de la puissance dans l'analytique du partenariat<sup>70</sup>. La conduite de l'UE dans le renouvellement de son partenariat avec l'Afrique dans le cadre global de l'accord ACP-UE et, particulièrement, la dimension africaine de la FEP en sont des preuves. « *En cela, l'Europe manifeste son ambition d'intervenir dans les résultats en matière de paix et de sécurité et de les influencer, y compris en Afrique. Les pays européens sont motivés par les effets du terrorisme et de l'extrémisme violent en Afrique, ainsi que par l'arrivée de migrants sans papiers* »<sup>71</sup>. Dès lors, si la question des potentiels transferts d'armes a pu susciter certaines perplexités, celles-ci sont demeurées

isolées et n'ont pas fait l'objet de prises de position officielles de la part des autorités africaines, qu'elles soient continentales, sous régionales ou nationales<sup>72</sup>.

En revanche, le dossier a pu enfin être débloqué à la fin de 2020, lorsqu'un accord politique a été trouvé entre les États membres au sujet des caractéristiques à conférer à la nouvelle FEP. L'UE a fini par valider l'idée que le transfert d'équipements de défense, y compris létaux, puisse faire partie de ses prérogatives<sup>73</sup>. L'UE n'a pas discuté des dispositions de la FEP avec l'UA, car cette nouvelle Facilité relève d'une stratégie mondiale, dont l'Afrique est l'un des nombreux bénéficiaires. Pour sa part, le Conseil de paix et de sécurité de l'UA n'a pas abordé la question avant le sommet UA-UE de février, bien qu'il ait eu près d'un an pour formuler une réponse. Selon des sources de l'UA, l'UE n'avait pas informé l'UA officiellement de la création de la FEP ni de la fin de la FAP<sup>74</sup>. Il convient de préciser que si l'acte juridique instituant la nouvelle Facilité ne mentionne pas l'UA, cela ne veut pas dire automatiquement que les Européens n'ont plus l'intention de consulter leurs homologues à Addis-Abeba avant d'agir en Afrique<sup>75</sup>. Et pour apaiser

<sup>68</sup> NGUEMBOCK Samuel, *Op. Cit.*, p13.

<sup>69</sup> *Idem*, p20.

<sup>70</sup> CHOUALA Yves Alexandre, *Op. Cit.*, p56.

<sup>71</sup> SHEWIT Woldemichael, *Op. Cit.*, p4.

<sup>72</sup> SANTOPINTO Federico, *Op. Cit.*, p9.

<sup>73</sup> *Idem*, p8.

<sup>74</sup> SHEWIT Woldemichael, *Op. Cit.*, p6.

<sup>75</sup> SANTOPINTO Federico, *Op. Cit.*, p10.

ultérieurement les craintes apparues à ce sujet, l'UE a tenu à ce que les premières mesures adoptées dans le cadre de la FEP soient destinées à l'Afrique. En juillet 2021, elle a ainsi adopté une décision où elle s'engage à assurer la continuité de l'appui financier à l'UA pour l'année en cours, en promettant d'en faire autant jusqu'en 2024<sup>76</sup>. Comment comprendre la passivité de l'UA face aux propensions d'influence de l'UE ? En effet, dans sa mission d'élaboration et de mise en œuvre des politiques publiques africaines, notons que *« toute démarche biaisée hypothéquerait les perspectives d'efficacité et d'accomplissement de l'Agenda 2063, sauf si a contrario les acteurs et les auteurs de cette restructuration se transcrivent dans un exercice de sophisme »*<sup>77</sup>. La passivité de l'Union Africaine n'est pas sans interroger, l'organisation est guidée par son Agenda 2063 appelant à tirer profit des partenariats et à évoluer vers une autonomie financière pour se projeter ensuite à la construction d'une indépendance stratégique.

## **2. L'Opportunité d'une réorientation panafricaine du partenariat Union Européenne-Union Africaine**

La relation entre les deux organisations semble disproportionnée, s'il faut considérer l'apport financier de l'UE à l'UA, formalisant depuis 2004 une

certaine dépendance financière de l'organisation panafricaine. Et pourtant l'évolution, des deux organisations, laisse transparaitre non seulement des mutations de la posture de l'UE mais aussi celle de l'UA (1). En conséquence, la mise en oeuvre du fonds de la paix révèle une démarche stratégique de l'organisation panafricaine (2). Aussi, cette approche demande des actions de consolidation de la sécurité humaine (3).

### **2.1. L'influence de l'Union Européenne et la possibilité d'une révision interne et externe de la coopération entre UE-UA.**

La problématique de la sécurité collective est indiscutablement de la responsabilité de l'UA, elle doit donc s'inscrire dans une démarche résiliente en mettant en œuvre les engagements de l'Agenda 2063 pour progresser vers une Afrique sans conflit. Tout en travaillant sur l'amélioration de la gouvernance de la sécurité collective l'UA dispose de plusieurs leviers pour acquérir une indépendance financière, cependant dans sa relation avec l'UE l'organisation souhaite participer curieusement *« à la prise de décision, la supervision et la gestion du nouveau FEP seront moindres lorsqu'il s'agira du financement pour les structures en dehors de l'UA. Pour garder la supervision du financement européen, la Commission de l'UA voudrait que les contributions de l'FEP*

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> NZE BEKALE Ladislav, *Op. Cit.*

*transitent par son Fonds pour la paix. Mais pour l'UE, cela impliquerait de céder le contrôle qu'elle tente justement de reprendre à travers l'FEP »<sup>78</sup>. On peut douter de la volonté de l'UE de céder le contrôle de ses fonds à l'UA à moins « d'inviter les présidents sortants, en exercice et entrant de l'Assemblée de l'UA, aux réunions, du comité chargé de la facilité, consacrées à l'Afrique. En outre, si l'UA et l'UE menaient une évaluation des risques et une analyse des conflits conjoints, cela pourrait contribuer à améliorer l'efficacité et à réduire les préjudices potentiels des projets financés dans le cadre de l'FEP »<sup>79</sup>. En revanche, Cette réorientation stratégique crée une dépendance de l'Union africaine et ses organisations régionales à l'égard des innovations institutionnelles de l'Union européenne<sup>80</sup>. Il n'est donc pas exclu qu'elles soient toutes l'objet d'instrumentalisation. En prenant part aux réunions de la FEP il est difficile d'imaginer que le leadership de l'UA puisse influencer ou peser sur les décisions relatives au FEP à contrario, c'est certainement l'occasion pour l'UE de sonder et de contourner la pensée profonde de l'organisation panafricaine.*

L'Acte constitutif de l'UA précise que « l'organisation souhaite promouvoir les principes et les institutions démocratiques, la participation populaire et la bonne gouvernance ». Par conséquent, l'UA [et son Parlement (PAP) peuvent] alors jouer un rôle central dans l'établissement de normes et l'élaboration de codes de conduite pour les troupes [des opérations de paix et ad-hoc] de ces coalitions<sup>81</sup>. Lorsqu'on parle de contrôle, l'institution dispose également de la latitude de prendre des initiatives. Pour ce faire, elle doit faire preuve de volontarisme en matière de défense et de sécurité particulièrement dans le domaine normatif. L'analyse des recommandations et des résolutions du PAP s'avère capitale pour comprendre les possibilités de l'organe à insuffler l'innovation et une certaine normativité dans ce domaine<sup>82</sup>. L'UE pourrait [de son côté] par exemple insister pour que les gouvernements [l'UA, les CER et les mécanismes ad hoc] prennent des mesures visant à élaborer et mettre en œuvre de telles stratégies avant qu'elle ne débloque des fonds supplémentaires. Bruxelles pourrait ajouter des incitations négatives, comme la suspension des fonds, si les opérations militaires s'écartent des objectifs communs

<sup>78</sup> International Crisis group, *Op. Cit.*, p14.

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> NGUEMBOCK Samuel, *Op. Cit.*

<sup>81</sup> International Crisis group, *Op. Cit.*, p21.

<sup>82</sup> NZE BEKALE Ladislav, « La gouvernance internationale au prisme du contrôle politique d'une

institution parlementaire internationale : le Parlement Panafricain et le contrôle de la politique de défense et sécurité (PADS) de l'Union Africaine », in *Journal gabonais d'histoire économique et sociale (JGHES)*, n°9, 2021, p172.

mutuellement acceptés. En parallèle, l'UE pourrait apporter un soutien financier pour la mise en œuvre de ces stratégies politiques par le biais de son fonds de développement<sup>83</sup>. Dans tous les cas, en nous situant dans une perspective africaine, l'UA est interpellée afin qu'elle repense son fonctionnement dans une logique d'émancipation des dépendances extérieures, la réforme actuelle étant une occasion à saisir pour consolider son indépendance financière.

L'originalité ou encore la spécificité de l'UA porte essentiellement sur le caractère tridimensionnel (continental, régional et national) de son d'action, particulièrement dans la mise en œuvre de ses politiques<sup>84</sup>. En 2015, l'UA s'est doté d'une politique de transformation structurelle portant sur cinquante (50) ans communément appelée Agenda 2063. La réalisation de ce vaste projet requiert une démarche structurée et une répartition des tâches entre tous les acteurs engagés dans cette politique ambitieuse. Ce vaste projet présume d'une répartition des responsabilités à tous les niveaux de gouvernance, du continental au local<sup>85</sup>. Dès lors, une réforme visant à faire de l'UA une organisation efficace ne devrait donc exclure aucun niveau de mise en œuvre des politiques, autrement cette restructuration risquerait une trajectoire

aporétique. Bien que la complexité des CER (Communauté Economique Régionale) soit une émanation des orientations choisies par les États, il est aussi à préciser que, l'exécution des politiques confirme que le niveau garant de leur mise en œuvre (national) paraît encore plus aléatoire<sup>86</sup>. Dans un environnement politique et institutionnel de polarisation des pouvoirs autour des acteurs gouvernementaux, la réforme de l'UA doit s'orienter vers l'implication du Parlement panafricain au contrôle des politiques. En effet, « *les institutions parlementaires internationales comme les parlements nationaux et, particulièrement leurs commissions spécialisées sur les questions de défense et de sécurité, dans l'exercice de leurs fonctions ont compétences sur une diversité des tâches multisectorielles. Ces institutions comme le PAP ont la responsabilité du contrôle des ressources financières mobilisées dans la mise en œuvre des politiques, dans certains contextes le contrôle des opérations de soutien à la paix* »<sup>87</sup>. En d'autres termes l'UA devrait réorganiser son système décisionnel en conférant au PAP son rôle d'organe parlementaire aux pouvoirs législatifs comme l'indique son Protocole.

## **2.2. L'Opérationnalisation du Fonds**

<sup>83</sup> *Idem*, p22.

<sup>84</sup> NZE BEKALE Ladislav, *Op. Cit.*

<sup>85</sup> NZE BEKALE Ladislav, *Op. Cit.*

<sup>86</sup> NZE BEKALE Ladislav, *Op. Cit.*

<sup>87</sup> NZE BEKALE Ladislav, *Op. Cit.*, p176.

### **Africain de la paix : Une autonomisation stratégique du financement de la sécurité collective en Afrique**

Le Conseil de paix et de sécurité, en sa 797<sup>ème</sup> réunion, au niveau ministériel, tenue le 24 septembre 2018, a adopté la décision sur l'état de la paix et de la sécurité en Afrique<sup>88</sup>. Réaffirmant l'impératif de défendre le principe des solutions africaines aux problèmes africains en ce qui concerne les efforts visant à prévenir, gérer et régler les conflits et les crises en Afrique<sup>89</sup>. À cette fin « *la capacité, pour l'organisation continentale, à prendre en charge à hauteur de ses engagements et de ses responsabilités en matière de défense et de sécurité, est une priorité. Ainsi, la Commission de l'UA a décidé de rendre pleinement opérationnel le FAPS en nommant en 2016 un Haut Représentant en charge de cette structure. Le Fonds africain de la paix s'articule autour de trois axes : la médiation et la diplomatie préventive, les capacités institutionnelles et les opérations de soutien à la paix* »<sup>90</sup>. Lors du sommet de janvier 2018, la Conférence a adopté l'instrument de financement du Fonds pour la paix, sur la base de la structure de gouvernance et de gestion approuvée par le CPS, le Conseil

exécutif et la Conférence de l'UA en 2017. En novembre 2020, 54 États membres ont contribué à un peu plus de 179,5 millions de Dollars au Fonds pour la paix. Cette somme représente le montant le plus élevé jamais versé par les États membres au Fonds depuis sa création en 1993<sup>91</sup>. L'objectif est de libérer la totalité de la dotation de 400 millions de dollars attendus des États membres au titre du Fonds pour la paix d'ici 2023. Le Fonds pour la paix permettra à l'UA d'assumer l'entière responsabilité de son programme de paix et de sécurité sur la base de sa propre évaluation des problèmes et d'une appréciation autonome des solutions appropriées<sup>92</sup>. Bien que l'ambition de 2023 de cet instrument de financement ne soit guère à la hauteur des ressources de l'UE pour l'Afrique en 2022 soit 600 millions d'euros, en revanche le système de financement actuel de l'UA peut largement couvrir et supplanter ces ressources si les États membres le souhaitent.

Pour motiver et soutenir la montée continue en puissance de l'UA dans la gouvernance de la sécurité collective, « *la mise en œuvre du Fonds de l'UA pour la paix ainsi que l'accord du Conseil*

<sup>88</sup> Union Africaine, Communiqué du Conseil de Paix et Sécurité, 797<sup>ème</sup> réunion au niveau ministériel, New York, 24 septembre 2018, p1.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p2.

<sup>90</sup> NZE BEKALE Ladislav, *Op. Cit.*

<sup>91</sup> Union Africaine, *Bilan et perspectives d'avenir : Commission de l'Union Africaine. Rapport de fin de mandat 2017-2021*, Bureau du Président, Addis Abeba, 2021, p22.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p23.

*de sécurité de l'ONU visant à autoriser l'utilisation des contributions statutaires de l'ONU pour cofinancer les opérations de maintien de la paix menées par l'UA permettraient de diversifier les sources de financement de celle-ci, mais ces initiatives doivent encore se concrétiser »<sup>93</sup>. Cette multiplication des ressources est essentielle pour une liberté d'action dans la mise en œuvre de la gouvernance de la sécurité collective par l'UA, car le financement de l'UE n'est plus une exclusivité pour l'Afrique. De fait, « Bruxelles apportera désormais un appui financier à la paix et à la sécurité africaines à travers deux nouveaux fonds mondiaux : un pour les opérations militaires et de défense et un autre pour l'aide au développement. Il n'y aura plus de mécanisme exclusivement dédié au financement de la paix et de la sécurité africaines, mais les nouvelles modalités offriront à Bruxelles davantage de flexibilité et l'UE espère que cette approche permettra d'obtenir de meilleurs résultats pour le continent »<sup>94</sup>. La variation de l'attitude de l'UE s'explique par « la dynamique autour de la redéfinition du partenariat favorise en toile de fond l'expression de la puissance au sein du continent »<sup>95</sup>. L'indépendance financière dans l'élan d'une gouvernance autonome de la sécurité collective de*

l'UA connaît également des incohérences internes exprimées par les CER. Ainsi, la mobilisation pour l'autonomisation financière à travers le Fonds africains de la paix « s'est faite en dépit des réticences des principaux contributeurs que sont l'Afrique du Sud, l'Algérie ou l'Égypte. À terme, le principal défi de l'UA demeure le financement des différentes opérations de soutien à la paix dont le montant excède la dotation [actuelle] du fonds pour la paix »<sup>96</sup>. Depuis le sommet de Kigali en 2016, la part des partenaires dans le budget de l'Union africaine est passé de 73 % pour l'année 2017, pour se stabiliser autour de 60 % : 58,53 % en 2018 ; 58,90 % en 2019 ; 61 % en 2020. Une revue plus en profondeur du budget montre une réalité encore plus complexe. De facto, les États membres de l'UA financent désormais seuls le budget de fonctionnement de l'organisation<sup>97</sup>. On relève une évolution vers une forme d'indépendance financière mais les États membres et l'UA demeurent tributaires des ressources financières extérieures.

Avec les progrès réalisés jusqu'à présent dans la mise en œuvre de la décision sur le financement de l'Union, l'Union africaine réalise progressivement sa vision d'un financement fiable, prévisible et durable de son programme. Cela démontre non seulement un processus

<sup>93</sup> International Crisis group, *Op. Cit.*

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> CHOUALA Yves Alexandre, *Op. Cit.*

<sup>96</sup> AUGÉ Benjamin, DJILO Félicité, « Nouvelle

Commission de l'Union africaine (2021-2025). Défis et enjeux après la réforme initiée par Paul Kagamé », *Briefings de l'IFRI*, décembre 2021, p6.

<sup>97</sup> AUGÉ Benjamin, DJILO Félicité, *Op Cit.*

amélioré de mobilisation des ressources nationales, mais surtout, des mesures strictes sont maintenant en place pour assurer l'utilisation prudente de ces ressources<sup>98</sup>. A l'opposé la situation du Fonds africains de paix demeure préoccupante, sachant que, l'UA est totalement dépendante des donateurs extérieurs dans le domaine des opérations de la paix. La part des bailleurs de fonds oscille entre 97 % et 100 %. Ces pourcentages mènent à s'interroger sur l'appétence de l'organisation pour les opérations de la paix en dépit d'un manque de moyens évident, au détriment d'autres instruments moins coûteux tels que la prévention des conflits<sup>99</sup>. Et que « *le Fonds africains de la paix ne couvre pas seulement les opérations d'appui à la paix. Cette dotation va permettre à l'Union africaine de financer entièrement les activités liées à la médiation et la diplomatie préventive ; aux capacités et à la préparation opérationnelle des institutions, de maintenir un fonds de réserve pour les situations d'urgence et de remplir ses engagements visant à financer à hauteur de 25 pour cent le budget des opérations de paix* »<sup>100</sup>. La consolidation d'une paix durable repose donc sur une combinaison de priorités de consolidation de la paix identifiées au

niveau national, sur la mise en œuvre d'un plan de consolidation de la paix convenu et soutenu par la communauté internationale, et sur la garantie de ressources financières adéquates et prévisibles. Pourtant, la mobilisation de ressources financières adéquates pour la consolidation de la paix reste un défi majeur malgré les efforts de l'UA<sup>101</sup>. Cette dernière doit donc davantage s'engager sur le terrain de la sécurité humaine comme démarche établissant une pertinence entre la paix et le développement, avec des politiques s'attaquant aux causes profondes de l'instabilité.

### **2.3. La nécessité d'une consolidation de l'investissement et la prospective sur la sécurité humaine**

La sécurité humaine concerne de grands groupes humains. Elle s'intéresse aussi aux problèmes mondiaux, comme les questions environnementales et les pandémies, des questions qui ne sont généralement pas abordées par les deux autres types de sécurité<sup>102</sup>. Ainsi, la sécurité humaine est conceptualisable à partir de cinq dimensions : « *l'écologie, l'économie, la société, la politique et la culture. Chacune de ces variables peut être envisagée à différents niveaux* »<sup>103</sup>.

<sup>98</sup>L'Afrique finance son programme de développement, *Op. Cit.*

<sup>99</sup> *Idem.*

<sup>100</sup> Foire aux questions sur le financement de l'Union, *Op. Cit.*

<sup>101</sup> Union Africaine, *Op. Cit.*

<sup>102</sup> ARAVENA ROJAS Francisco, « La sécurité humaine : un nouveau concept de sécurité au XXIème siècle », *La sécurité humaine en Amérique latine*, Forum du Désarmement deux 2002, p11.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p13.

Pour l'UA l'investissement dans la sécurité humaine apparaît évident, « *la Conférence, son organe suprême, a souligné la détermination de l'Afrique à prendre l'initiative de déterminer son destin et de relever les défis de la paix, de la démocratie et de la sécurité. Les chefs d'État et de gouvernement se sont engagés à lutter contre le fléau des conflits et à y mettre fin, car ils constituent le principal obstacle au développement socio-économique du continent* »<sup>104</sup>. Pour ce faire, en s'attaquant et en éliminant les sources récurrentes de conflits, y compris la piraterie, le trafic de stupéfiants et d'êtres humains, toutes les formes d'extrémisme, les rébellions armées, le terrorisme, la criminalité transnationale organisée et les nouveaux crimes tels que la cybercriminalité<sup>105</sup>. Pour endiguer ces problèmes notamment les causes y relatives, en renforçant par exemple les instruments visant à prévenir les conflits et l'extrémisme violent, et développer l'approche intégrée dans les situations de crise, en étant capable d'identifier les nouvelles menaces qui pèsent sur l'Afrique, du terrorisme aux conséquences du réchauffement climatique, en renforçant les procédures

opérationnelles pour l'alerte précoce<sup>106</sup>. Autant qu'il faut donc apporter des réponses spécifiques dans au moins trois domaines : le recours à la force, la prévention des conflits et la coopération internationale<sup>107</sup>. Ceci étant justifié par le fait que les conflits et l'instabilité demeurent de sérieux défis à relever à travers le continent et leur conséquence affectent le développement, perpétue la pauvreté, découragent les investissements, réduisent les capacités de croissance économique, et compromettent la réalisation globale des objectifs de l'Agenda 2063<sup>108</sup>. Il n'est pas surprenant que l'inclusion d'une composante militaire soit considérée comme une composante nécessaire de la stabilisation. Tous les commentaires décrivent une combinaison des approches civiles et militaires comme la formule clé de la stabilisation<sup>109</sup>. C'est ainsi que les ONG de défense des droits de l'homme ou de résolution des conflits, les institutions sous régionales, les universités ou les instituts de recherche ne désespèrent pas dans leurs efforts de voir se mettre en place un nouvel environnement marqué par le concept de sécurité humaine, environnement dans

<sup>104</sup> Union Africaine, Note de réflexion et d'orientation sur le thème de l'UA pour l'année 2020 : *Faire taire les armes : Créer les conditions propices au développement de l'Afrique*, 35<sup>ème</sup> session du Conseil Exécutif de l'UA, Addis Abeba 6-7 février 2020, p.1.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> FALEG Giovanni, « Les relations UE-Afrique : un tournant stratégique », *European Defense Vision*, janvier-février 2019, p.58.

<sup>107</sup> ARAVENA ROJAS Francisco, *Op. Cit.*

<sup>108</sup> Union Africaine, *Op. Cit.*, p.5.

<sup>109</sup> KNIGHT Mark, « Inverser le paradigme de stabilisation : Fondements d'une approche », *ASPJ Afrique et francophonie*, 2<sup>ème</sup> trimestre 2018, p76.

lequel la sauvegarde des droits de la personne dans les domaines économique, alimentaire, sanitaire, environnemental, physique, communautaire et politique serait largement garantie<sup>110</sup>. Cette posture concourt non seulement à la consolidation de la sécurité collective mais aussi à une prévention résiliente des conflits et de la conflictualité en Afrique.

Le Conseil de paix et sécurité de l'UA et la Commission ne cessent d'interpeller les Etats membres et les CER sur les exigences d'adoption « *d'une approche multidimensionnelle pour s'attaquer aux causes structurelles des conflits, notamment les déficits de gouvernance, les inégalités économiques, l'exclusion, les violations des droits de l'homme, l'extrémisme violent et le terrorisme ; et insiste sur la nécessité de redoubler d'efforts pour investir dans les infrastructures nationales de paix, mettre en place des institutions plus efficaces et plus responsables et promouvoir la cohésion sociale* »<sup>111</sup>. Aussi sur le plan purement sécuritaire, l'UA exhorte les États membres à renforcer davantage la coordination inter-agences et la coopération interne par le partage et

l'échange d'informations, grâce à des mécanismes existants inspirés de l'UA<sup>112</sup>. La quête de l'institution d'une culture politique portée par la sécurité humaine suggère que « *l'UA, les CER et les Etats membres devraient établir des partenariats avec les principales parties prenantes afin de renforcer la capacité des organisations de la société civile (OSC) et des institutions démocratiques à promouvoir la bonne gouvernance. La collaboration peut prendre la forme d'une assistance technique, d'un transfert de connaissances et de compétences afin de renforcer la capacité des institutions régionales, nationales et locales à s'attaquer aux causes profondes des conflits et à promouvoir la responsabilité judiciaire, la gouvernance économique et l'État de droit* »<sup>113</sup>. La concrétisation de ces avantages dépend de la disponibilité et du fonctionnement efficace des institutions de gouvernance qui assurent un contrat social efficace<sup>114</sup>. A propos des partenaires, il semble plus rentable de s'inscrire dans cette perspective de renforcement de la sécurité humaine en investissant par dans la réalisation de l'Agenda 2063 et 2030. « *L'UE devrait trouver des façons d'encourager le*

---

<sup>110</sup> MUSILA Cyrille, « Enjeux de la paix en Afrique : solutions africaines aux problèmes africains ? », *Fiche d'analyse, Dossier état des lieux des acteurs locaux qui travaillent pour la paix en Afrique*, IRENEES, juillet 2012, p.2.

<sup>111</sup> Union Africaine, *Op. Cit.*, p3.

<sup>112</sup> *Idem*.

<sup>113</sup> Union Africaine, Rapport du Président de la Commission sur la position commune concernant l'examen 2020 de l'architecture de consolidation de la paix des Nations unies, vers un système mondial renforcé de consolidation de la paix, Conseil de paix et sécurité, 948<sup>ème</sup> réunion, Addis Abeba 22 septembre 2020, p10

<sup>114</sup> *Ibid.*, p11.

*développement de liens plus étroits entre les opérations militaires qu'elle finance et les stratégies politiques transversales qui visent à améliorer les services locaux et à établir des relations de confiance au sein des populations. Elle pourrait conjuguer le financement des opérations militaires sous conduite africaine dans le cadre de l'FEP à un soutien financier pour l'élaboration et la mise en œuvre de stratégies politiques qui encadreraient ces opérations. Pour ce faire, le financement de l'FEP devrait aller de pair avec le financement accordé dans le cadre du nouvel instrument de développement de l'UE »<sup>115</sup>. Autrement dit il faut approfondir la réflexion sur le lien qu'il convient désormais d'établir entre le financement de la politique de défense et de sécurité de l'UA et celui de l'Agenda 2063 comme politique de développement de l'Afrique.*

### **Conclusion**

A la suite de la transmutation de l'Organisation de l'Unité Africaine en Union Africaine (proclamé par Kwamé Nkrumah en 1963) en 2002, cette dernière revendiquait d'emblée son rôle d'acteur inconditionnel de la sécurité collective comme solution africaine aux problèmes africains. Cependant, cette africanisation de la gouvernance de la paix et la sécurité, au moment des balbutiements de l'UA, manque de ressources financières pour

exercer un véritable leadership sur les problématiques de paix et sécurité en Afrique. Au regard de ces manquements, l'UA apporte une expertise endogène comme solution africaine aux problèmes africains et l'UE, à travers la FAP, offre un financement pour appuyer l'organisation africaine dans son action de gouvernance de la sécurité collective. Cependant, des années passant ce financement s'est transformé en rente pour l'UA et en instrument d'exercice de la puissance pour l'UE. Pendant que l'organisation panafricaine s'en contentait, côté européen ce financement n'a de cesse de défrayer la chronique au motif de l'inefficacité et de l'inefficience de l'UA alors qu'en réalité l'UE s'inscrivait dans une logique de mutation doctrinale en transformant la FAP en FEP comme instrument global permettant à l'institution d'exercer sa puissance à l'échelle mondiale. Cette réorientation doctrinale ne saurait constituer une fatalité pour l'UA en sens qu'elle est porteuse d'opportunités. En effet, l'opérationnalisation du Fonds de la paix crée les conditions d'une indépendance financière pour cette institution au moment de la démultiplication du financement de l'UE. Tout en engageant un investissement dans les initiatives de consolidation de la sécurité collective et de développement, l'Agenda 2063 étant l'instrument approprié dans cette

---

<sup>115</sup> *Ibidem.*

ambition d'édification de l'Afrique que nous voulons. In fine les mutations de la coopération UE-UA ne sauraient être une opportunité sans volonté politique des Etats membres de l'Union Africaine. Aussi, la réforme de l'UA offre une variété de possibilités pour une autonomisation d'action de l'UA et une division du travail entre les différents organes et acteurs de l'intégration africaine. Dans ce contexte, la voix de l'UA doit pouvoir raisonner plus fort qu'actuellement, l'organisation étant généralement bloquée par la prépondérance des égoïsmes nationaux.

### **Bibliographie**

ALLES Delphine, RAMEL Frédéric, GROSSER Pierre, *Relations internationales*, Paris, Coll. Portail, A. Colin, 2018.

ARAVENA ROJAS Francisco, « La sécurité humaine : un nouveau concept de sécurité au XXIème siècle », *La sécurité humaine en Amérique latine*, Forum du Désarmement deux 2002.

AUGE Benjamin, DJILO Félicité, « Nouvelle Commission de l'Union africaine (2021-2025). Défis et enjeux après la réforme initiée par Paul Kagamé », *Briefings de l'IFRI*, décembre 2021.

BOIDIN Jean Claude, « Relations UE-ACP : la fin des préférences ? Une analyse du nouvel accord post Cotonou », *Document de réflexion n°289, OCEAP-UE*, Bruxelles, janvier 2021.

CHOUALA Yves Alexandre, « L'Afrique dans le partenariat international : Enjeux de civilisation et de puissance », *Etudes internationales*, vol. 34, n°1, 2003.

CLAMENT Jean Marie, « Les régionalisations des réponses aux crises africaines », *Revue défense nationale*, vol.7, n°792, 2016.

Coopération militaire : comment l'UE va gérer son enveloppe de 600 millions d'euros en faveur de l'UA, *Afrique intelligence*, le quotidien du continent, édition du 27 avril 2022.

FALEG Giovanni, « Les relations UE-Afrique : un tournant stratégique », *European Defense Vision*, janvier-février 2019.

Foire aux questions sur le financement de l'Union. Disponible en ligne sur [https://au.int/sites/default/files/pages/31953-file-faq\\_fr.pdf](https://au.int/sites/default/files/pages/31953-file-faq_fr.pdf) Consulté le 21 octobre 2022.

Institut d'Etudes sur la Sécurité, Rapport sur le Conseil de paix et sécurité du 10 janvier 2022.

International Crisis group, *Nouveaux modes de financement de l'UE en faveur de la paix et de la sécurité africaines*, Rapport Afrique n°297, Bruxelles, janvier 2021.

KNIGHT Mark, « Inverser le paradigme de stabilisation : Fondements d'une approche », *ASPJ Afrique et francophonie*, 2<sup>ème</sup> trimestre 2018.

Le GOURIELLEC Sonia, *Géopolitique*

*de l'Afrique*, Que sais-je ? Paris, PUF, 2022.

L'Afrique finance son programme de développement par le biais de la mobilisation de ressources nationales. Disponible sur <https://au.int/es/node/36431> Consulté le 22 octobre 2022.

LOISEL Sébastien, « La création de la Facilité de paix pour l'Afrique : Jeux sectoriels dans l'élaboration d'un instrument européen de gestion des crises », *Politique européenne*, 2016, vol.1, n°51.

MUSILA Cyrille, « Enjeux de la paix en Afrique : solutions africaines aux problèmes africains ? », *Fiche d'analyse, Dossier état des lieux des acteurs locaux qui travaillent pour la paix en Afrique*, IRENEES, juillet 2012.

NAY Olivier (dir.), *Lexique de science politique : Vie et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 2008.

NGUEMBOCK Samuel, « Comment comprendre la doctrine européenne de sécurité en Afrique ? » *Note d'Analyse politique 91*, IREP *Thinking-Africa*, Février 2021.

NZE BEKALE Ladislav, « L'Union Africaine et l'intégration de la jeunesse aux problématiques de paix et sécurité », *Note de recherche 70*, IREP *Thinking-Africa*, mars 2022.

NZE BEKALE Ladislav, « La gouvernance internationale au prisme du contrôle politique d'une institution

parlementaire internationale : le Parlement Panafricain et le contrôle de la politique de défense et sécurité (PADS) de l'Union Africaine », in *Journal gabonais d'histoire économique et sociale (JGHES)*, n°9, 2021.

NZE BEKALE Ladislav, « L'Union du Maghreb Arabe : une intégration ambiguë d'une CER à la Politique de défense et de sécurité de l'Union Africaine », in Jean-François OWAYE, Guessan KOUADIO, Amadou OUMAROU et Koffi Nutefé TSIGBE, *Évaluation des mécanismes de prévention et de gestion des crises en Afrique*, Lomé, Presses de l'Université de Lomé, 2021.

NZE BEKALE Ladislav, « La réforme de l'Union Africaine : Vers une sophistication de la transformation structurelle de l'organisation panafricaine ? », *Note de Recherche n°61*, IREP, *Thinking-Africa*, Février, 2021.

NZE BEKALE Ladislav, « La décentralisation de l'Agenda 2063 ou la localisation du cadre de transformation de l'Union Africaine : Une mise en perspective », *Vigies Afriques*, vol.2, n°4, décembre 2019.

NZE BEKALE Ladislav, « Les principes et les instruments de la politique de défense et de sécurité de l'Union Africaine », *Annuaire Français des Relations internationales (AFRI)*, vol. XX, 2019.

NZE BEKALE Ladislav, « La politique de lutte contre le terrorisme de l'Union

africaine est-elle résiliente ? » *Vigies Afriques*, Vol. 2, n°1, 2019, CEIM, Université du Québec à Montréal.

NZE BEKALE Ladislav, La régionalisation : facteur structurant de la stratégie de défense et de sécurité de l'Union Africaine, Actes du colloque l'Afrique : Un continent sur la voie de l'intégration 16-17 novembre 2017, in *Cahiers du CUF* 1/2018, Université de Szeged, 2018.

ROCHE Catherine, TAMZINI Wafa, *L'essentiel du droit international public*, Paris, Gualino, 2021.

RUZIE David, TEBOUL Gérard, *Droit international public*, 26<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2021.

SANTOPINTO Federico, « La nouvelle Facilité européenne pour la paix : Réactions africaines », *Observatoire Boutros Boutros Ghali*, novembre 2021.

SHEWIT Woldemichael, L'Afrique devrait mieux se préparer à la réorientation du financement européen de la sécurité. Disponible sur <https://issafrica.org/fr/iss-today/lafrique-devrait-mieux-se-preparer-a-la-reorientation-du-financement-europeen-de-la-securite> Consulté le 21 octobre 2022.

Union Africaine, Communiqué du Conseil de paix et sécurité, 1073<sup>ème</sup> réunion, Addis Abeba, 6 avril 2022.

Union Africaine, *Bilan et perspectives d'avenir : Commission de l'Union Africaine. Rapport de fin de mandat*

2017-2021, Bureau du Président, Addis Abeba, 2021.

Union Africaine, Rapport du Président de la Commission sur la position commune concernant l'examen 2020 de l'architecture de consolidation de la paix des Nations unies, vers un système mondial renforcé de consolidation de la paix, Conseil de paix et sécurité, 948<sup>ème</sup> réunion, Addis Abeba 22 septembre 2020. Union Africaine, Note conceptuelle sur l'opérationnalisation du Fonds de la paix de l'Union Africaine, Addis Abéba 11-12 janvier 2020.

Union Africaine, Note de réflexion et d'orientation sur le thème de l'UA pour l'année 2020 : *Faire taire les armes : Créer les conditions propices au développement de l'Afrique*, 35<sup>ème</sup> session du Conseil Exécutif de l'UA, Addis Abeba 6-7 février 2020.

Union Africaine, Communiqué du Conseil de Paix et Sécurité, 797<sup>ème</sup> réunion au niveau ministériel, New York, 24 septembre 2018.

## **DU POUVOIR DES MEDIAS DANS LA DYNAMIQUE DE RESILIENCE COMMUNAUTAIRE A DIFFA (Niger)**

*ON THE POWER OF THE MEDIA IN THE DYNAMICS OF COMMUNITY RESILIENCE IN  
DIFFA (Niger)*

Par

**Abdoul Kader BIRGUI SEKOU**

*Docteur en science politique de l'UCAD, Sénégal*

Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (F.S.J.P),  
Université Abdou Moumouni (UAM) de Niamey, Niger.

### **Résumé :**

A l'autel de ce nouveau millénaire où l'humanité repense à vivre sans haine et sans violence, le Niger est frappé - dans la région de Diffa - par une barbarie humaine corolaire des attaques de Boko Haram. Devant la riposte des forces de défense et de sécurité et l'impulsion de la mutualisation des secours des organismes humanitaires sous l'égide des autorités politiques, administratives et coutumières, une accalmie semble trouver. C'est dans l'optique de renforcer cette stabilisation communautaire que nous voulons mettre en exergue le pouvoir des médias afin de contrecarrer l'extrémisme violent, les conflits et tout autre cas de crises.

Il est question dans cette réflexion de montrer que les médias représentent un vecteur important pour la consolidation de la paix à Diffa, qui est un espace régional propice - entre autres - à l'agriculture, l'élevage et l'exploitation pétrolière. Ainsi, cette stabilisation communautaire retrouvée permettra à la région de Diffa et au-delà aux nigériens de vivre dans un esprit de cohésion sociale cautionnée par un développement durable.

**Mots clés :** Pouvoir des médias, résilience communautaire, conflits et extrémisme violent, Diffa

### **Abstract :**

At the altar of this new millennium where humanity is rethinking living without hatred and without violence, Niger has just been struck - in the Diffa region - by human barbarity resulting from the attacks of Boko Haram. Faced with the response of the defense and security forces and the impetus for the pooling of aid from humanitarian organizations under the aegis of administrative and customary authorities, a lull seems to be finding. It is with a view to strengthening this community stabilization that we want to highlight the power of the media in order to counter violent extremism, conflicts and any other case of crisis.

This reflection aims to show that the media represent an important vector for the consolidation of peace in Diffa, which is a regional space conducive - among other things - to agriculture, livestock and oil exploitation. Thus, this newfound community stabilization will allow the Diffa region and beyond to allow Nigeriens to live in a spirit of social cohesion guaranteed by sustainable development.

**Keywords:** Media power, community resilience, conflicts and violent extremism, Diffa

## INTRODUCTION

*L'acte constitutif de l'UNESCO, en son préambule, proclame : « Les guerres prenant naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans l'esprit des hommes qu'il faut élever les défenses de la paix ».*

Le conflit fait partie de la vie et est naturel car nous sommes différents, nos choix sont différents, nos goûts, nos valeurs nos cultures sont aussi différents. Le conflit est tout simplement l'expression de la vie dans sa diversité. Dans ce sens le conflit est tout à fait normal. Comprendre ainsi le conflit doit nous mobiliser pour le résoudre quand il se présente à nous et en cela nous restons « Humains »<sup>1</sup>. Dans cette quête de stabilisation sociétale, les médias peuvent être des outils alternatifs de gestion des conflits et de stabilisation communautaire.

Les médias<sup>2</sup> contribuent fortement à la formation des identités<sup>3</sup> d'où on peut déduire que les médias ont un pouvoir<sup>4</sup> permettant d'entretenir le lien social. S'agissant du pouvoir des médias, il

s'agit d'une réflexion montrant en quoi la place nouvelle des médias dans les rapports sociaux a profondément modifié les sociétés. Par une stratégie, les médias sont devenus « *un principe organisateur de notre vie sociale* »<sup>5</sup>. Partant des oscillations de la vie, les médias prolongent et renforcent les pouvoirs antérieurs, perturbent leurs relations traditionnelles et donnent un poids considérable à de nouveaux acteurs. Dans cette dynamique, il faut relever que le pouvoir est « *une relation asymétrique par laquelle un acteur social (un individu, un groupe, une classe sociale, une institution) obtient d'autres acteurs des comportements qu'ils n'auraient pas obtenus spontanément* ». Pour WEBER, c'est « *Toute chance de faire triompher au sein d'une relation sociale sa propre volonté*

---

<sup>1</sup> « Même si je ne suis pas humanitaire, je reste humain » expression utilisée par le Professeur Mahamane Sanoussi TIDJANI ALOU (ancien doyen de la FSEJ de l'Université de Niamey), lors d'une communication de la Table ronde de Convergence du CICR, 7 septembre 2015.

<sup>2</sup> Les médias : Ils désignent tout procédé de transmission de la pensée, tout support des technologies de l'information et de la communication permettant la diffusion de messages sonores ou audiovisuels. On distingue les médias de communication (le téléphone, l'ordinateur, la

vidéographie, l'internet), les médias autonomes (livres, journaux, cassettes...) et les médias de diffusion (la radio, la télévision, le cinéma)».

<sup>3</sup> G. DERVILLE, *le pouvoir des médias, Mythes et réalités*, PUG, 1997, pp. 102 & 103.

<sup>4</sup> Au sens interactionniste, c'est la capacité de A d'obtenir de B qu'il fasse une action à laquelle il ne se serait pas résolu.

<sup>5</sup> E. NEVEU, *Deux introspections médiatiques sur la 'Médiacratie', Réseaux- Communication-Technologie – Société*, 1990, N°42, pp. 105-108.

; peu importe sur quoi repose cette chance ».

Quant à la production médiatique, elle est importante et variée – mondialisation oblige - à telle enseigne que tout le monde peut être producteur et ou consommateur. Cette situation nous interpelle<sup>6</sup> tous tant que nous sommes en ce sens que les médias sont au centre de la ‘bataille des cultures’<sup>7</sup>. Les transformations de la situation internationale ont conduit un certain nombre de théoriciens et de praticiens de la résolution des conflits à voir dans le pardon une valeur stratégique à l’échelle internationale. La notion de sécurité est leitmotiv dans les relations internationales et qu’il faut se sécuriser : « *Le concept de sécurité fait depuis trop longtemps l’objet d’une interprétation restrictive, le cantonnant à la sécurité du territoire face aux agressions extérieures, à la protection d’intérêts nationaux face à l’étranger, ou à la sécurité de la planète face à la menace d’un holocauste nucléaire. Il s’applique davantage aux États-nations qu’aux*

personnes »<sup>8</sup>.

Partant de là, l’une des implications lorsque l’objet de la sécurité devient l’individu à la place de l’État, c’est que la souveraineté de l’État n’est plus un droit inaliénable, mais la souveraineté devient une forme de responsabilité. L’État a donc l’obligation de sécuriser les individus et leurs biens sinon la communauté internationale se substituera à lui pour remplir ses obligations à sa place.

De la sorte, il existe autant de systèmes médiatiques que de projets d’analyse d’un ensemble cohérent de flux communicationnels<sup>9</sup>.

Dans cette étude, nous étayons les chemins de persuasion des médias dans la résilience communautaire à Diffa, région située à l’Est de la République du Niger.

Présentant un découpage institutionnel de huit (08) régions, le Niger est un Etat très lourdement pénalisé par son enclavement et l’aridité de son climat. Partageant sa frontière avec sept (07) Etats issus du Maghreb, de l’Afrique de

<sup>6</sup> M. TSHIYEMBE & M. BUKASA, *L’Afrique face à ses problèmes de sécurité et de défense*, Dakar, Présence Africaine, 1989, p. 17 et suivantes.

<sup>7</sup> P. BOULANGER, *Géopolitique des médias, Acteurs, rivalités et conflits*, A. Colin, 2014, p : 19.

<sup>8</sup> La notion de sécurité humaine a été promue pour la première fois dans le Rapport sur le développement

humain du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) de 1994.

<sup>9</sup> AK. BIRGUI SEKOU, Guerre informationnelle et informations à la guerre, contribution des médias de l’AES à la culture de paix, *in Revue africaine des réflexions SJP*, Yaoundé, vol 7, 2024, p. 173.

l'Ouest et de l'Afrique centrale, le Niger est un carrefour. Ce carrefour se constate aussi dans certaines régions : cas de la région de Diffa. La région de Diffa est située dans l'extrême sud-est du Niger, entre 10° 30' et 15° 35' de longitude Est et 13° 04' et 18° 00' de latitude Nord. Elle couvre une superficie de 156 906 km<sup>2</sup> et est bordée par la région d'Agadez au nord, le Tchad à l'est, le Nigeria au sud et la région de Zinder à l'ouest. La région compte environ 700 000 habitants, dont 85% de sédentaires et 15% de nomades. Cette région est devenue le terreau du terrorisme et beaucoup d'organismes ont fait des études pour diagnostiquer le fléau.

Pour l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés, l'insécurité croissante et la dégradation de la situation humanitaire dans la région de Diffa, au sud-est du Niger s'enlise. Selon les statistiques gouvernementales à la mi-mai : « *la région accueillait plus de 241 000 personnes déracinées, y compris des réfugiés<sup>10</sup> nigériens, des personnes déplacées internes au Niger et des*

*ressortissants nigériens de retour qui vivaient auparavant au Nigéria. La situation sécuritaire aux alentours des villes de Diffa et Bosso, à l'est, s'est détériorée<sup>11</sup> ces derniers mois avec une succession d'incidents criminels, y compris des attentats suicides à proximité des villages et des installations spontanées où vivent à la fois des réfugiés nigériens et des déplacés internes »<sup>12</sup>.*

Ainsi, les acteurs et principes foisonnent dans cette optique en ce sens que tout le monde pense à « la stabilisation communautaire ». Ainsi, cette dernière a intérêt à ce que la paix règne pour le simple fait que cela permet à ce que les acteurs puissent vaquer librement à leur occupation. Sans cela, le bilan est alarmant avec des gens qui sont assassinés, enlevés, mutilés....

Nonobstant ces inquiétudes soulevées par le HCR, il est tout de même important de noter que la « *situation sécuritaire dans la région de Diffa s'améliore lentement, mais sûrement* »<sup>13</sup> à en juger par les attaques de grandes

<sup>10</sup> Au total, quelque 2,7 millions (2 674 421) personnes sont déracinées dans la région du bassin du lac Tchad en raison de la violence liée à Boko Haram.

<sup>11</sup> Par ailleurs, 270 210 personnes sont déracinées au Cameroun (64 938 réfugiés nigériens, 169 970 Camerounais déplacés internes, 35 302 ressortissants

camerounais de retour) ; et 7337 réfugiés nigériens se trouvent au Tchad.

<sup>12</sup> Ceci est un résumé des déclarations de la porte-parole du HCR Adrian Edwards - à qui toute citation peut être attribuée - lors de la conférence de presse 28 octobre 2022 au Palais des Nations à Genève.

<sup>13</sup> H. HAROUNA, *Africans perceptions*, janvier

envergures qui sont rares avec le renforcement des mesures sécuritaire notamment l'installation des détachements militaires dans des zones sensibles. Sur le terrain les forces de défense et de sécurité remportent les victoires face aux forces du mal.

Face à cette accalmie, nous sommes en droit de nous poser la question : Par quelle stratégie peut-on mettre en exergue le pouvoir des médias pour renforcer la stabilisation communautaire à Diffa ? Cette question est importante en ce sens que la situation délétère et les séquelles de la crise de Boko Haram et les autres conflits sur la région permettent de trouver une alternative pour tendre vers la paix.

Afin de répondre à cette interrogation, nous allons nous pencher, au préalable, à la compréhension des dynamiques de gestion des conflits par l'apport des médias (I) afin de stabiliser la région de Diffa. Puis, dans une seconde articulation, nous tenterons d'étayer la stratégie de renforcement de la résilience communautaire à Diffa (II).

## **I. Dynamique des médias dans la gestion des conflits et la stabilisation communautaire**

Dans cette partie, il sera question de soulever les ambiguïtés sur la perception des notions (A) en ce sens que cela permettra de mieux cerner la problématique et d'avancer dans la logique de démontrer que les médias représentent des outils de communication importants pour la stabilisation communautaire (B).

### **A. De la contribution des médias dans la perception des conflits**

Le mot conflit recouvre plusieurs acceptions. Les auteurs classiques l'abordent selon deux théories : les partisans de la théorie naturaliste et les auteurs de tradition sociologique qui socialisent la notion du conflit en rapport avec le contrôle social.

MILLER divise les conflits comme suit : conflits purs du type "approche-approche". Il prévoit<sup>14</sup> que ces conflits

---

2024.

<sup>14</sup> Le conflit du type « évitement-évitement » qui conduit à une immobilisation stable en un point intermédiaire entre les deux. Ces conflits se distinguent par le fait qu'ils permettent d'éviter la

guerre. Il est utile de préciser que la guerre est le moyen le plus important et le plus visible du conflit social, mais n'est ni le seul, ni souvent le plus influent. La guerre demeure le moyen le plus extrême pour la réalisation de l'animosité. Enfin, les

soient instables et qu'ils seraient résolus en faveur de l'option la plus forte ou la plus attrayante. Pour lui, la confrontation civile ou militaire est nécessaire pour que la meilleure stratégie ou force ou armée obtienne la victoire<sup>15</sup>. Pour y arriver, il faut cerner la notion des conflits (1) puis la lecture des acteurs dans leurs attitudes communicationnelles (2).

### 1. Radioscopie de la notion des conflits

Le conflit est neutre en soi, il n'est ni bon ni mauvais. Il peut construire tout comme détruire un individu ou une communauté. Une société sans conflit est une société immobile sans histoire. À ce stade, il convient de réfléchir à la manifestation elle-même du conflit et son niveau de violence ce qui nous semble pertinent dans notre scénario, car on y retrouve une tendance à la hausse de l'intensité du conflit armé parce que les priorités des acteurs armés ont changé au cours de ces dernières années,

---

conflits générant des situations doubles du type « approche-évitement », qui conduisent à des oscillations, des hésitations, des faux départs, vous commencez, des mouvements successifs dans des directions opposées comme manifestation de l'insécurité.

devenant plus obnubilés par la puissance économique plutôt que par la recherche de réponses aux besoins sociaux d'une population. Cela s'explique aussi par la croissance de l'économie criminelle et l'escalade de la confrontation de ceux qui y sont impliqués. La région de Diffa a vécu cette situation de désolation avec la secte Boko Haram. Cette situation peut également être perçue à travers le type d'actions engagées par ces terroristes, que ce soient des embuscades, des attaques ou la destruction des infrastructures. Résoudre le conflit fait progresser la justice. Mais un conflit non géré ou mal géré peut donner lieu à des crises destructrices considérables.

Le conflit peut être perçu négativement, pour connoter l'idée de violence et de lutte destructrice. Et si une telle façon de le comprendre est somme toute la plus répandue, c'est d'abord et avant tout parce que les acteurs qu'il met aux prises se perçoivent souvent eux-mêmes comme des adversaires irréductibles, séparés par des intérêts<sup>16</sup>

<sup>15</sup> K. GAZIBO, *Thèse de doctorat en science politique*, Université de Paris 1, 2013.

<sup>16</sup> P. BOURDIEU, « *Un acte désintéressé est-il possible ?* », *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris : Seuil (Points Essais), 1994, p. 150.

irréremédiablement inconciliables et dont les relations ne peuvent se décliner qu'en termes de rapports de forces de « gagnants » et de « perdants ». Mais il est possible aussi d'en avoir une conception plus positive qui fait de ses protagonistes des partenaires dans la recherche de solutions qui, au-delà et malgré leurs différences d'intérêt peuvent finalement s'entendre sans que personne n'y perde pour l'essentiel. C'est dans ce sens que l'on peut lire dans un des documents présentés par Madame Christine Cuvelier<sup>17</sup>: « *Le conflit est un instant de désaccord, d'opposition, de tension entre deux personnes ou plusieurs parties. Ce qui importe le plus à nos yeux n'est pas tant le désaccord en tant que tel et même nous pourrions dire qu'il est heureux qu'il existe. Le plus important est la manière dont les parties vont gérer ce désaccord. Ainsi, il ne s'agira jamais pour nous de faire en sorte qu'il n'y ait plus de conflit (d'instant de désaccord) mais bien de travailler à la recherche de tout ce qui permettra de gérer les différends de la façon la plus constructive possible* ». Il importe à ce propos, selon l'experte

belge, de bien faire, ce qui n'est pas toujours le cas, la distinction entre le conflit et ses modes de gestion.

Par ailleurs, si pour beaucoup, la solution du conflit est nécessairement un jeu à somme nulle, du type « gagnant perdant », il faut en chercher l'explication dans l'attitude même de ceux qu'il met en présence. « *Nombre de conflits, fait remarquer à ce propos Madame Françoise Kourisky-Belliard, se perpétuent par le fait même que nous n'utilisons plus ce qui caractérise notre dimension humaine, à savoir l'autonomie où précisément réside notre créativité. Dès l'instant où nous sommes absorbés dans un conflit, nous avons tendance à limiter notre espace de liberté et à restreindre nos possibilités de réponse aux conditionnements les plus archaïques, attaquer ou se défendre* ».

## **2. Attitudes communicationnelles et analyse des acteurs face aux conflits**

Il n'y a pas de société humaine sans conflits puisque toute société est composée d'individus et de groupes ayant des intérêts différents,

---

<sup>17</sup> Elle résume sur ce point l'approche de l'Université de la Paix de Namur (Belgique).

contradictoires voire antagoniques parfois. Ce qui prouve à suffisance qu'il faut une stratégie de communication de taille afin de mettre aux piloris toutes les idées reçues. Ainsi, nous comprenons aisément qu'il faudrait que chacun puisse apporter du sien. Une réflexion est fondamentale au niveau de chaque "moi". A en croire la sagesse populaire : "On a toujours besoin d'un plus petit que soi". On déduit que nous ne sommes rien sans les autres : « L'homme n'est rien sans ses semblables, il vient dans leurs mains et retournent dans leurs mains »<sup>18</sup>. En effet, cette différence s'enregistre à Diffa avec un melting-pot où l'on retrouve des ethnies majoritairement composées de Kanouri, des arabes, de peulhs, des Haoussas, de Toubous. Les différences créent parfois des tensions voire des crises. La gestion positive de ces différences, de ces contradictions et de ces antagonismes permet à la région de Diffa de progresser et cette progression vers le développement se fera en ayant un esprit de partage d'informations et de campagne de sensibilisation afin de faire comprendre à chacun que *'l'autre n'est pas mon*

*chien''* mais plutôt mon prochain et qu'on a intérêt à vivre en harmonie pour que chacun puisse tirer le meilleur profit de son existence.

Dans cette optique, il est utile de se poser la vision des acteurs aux conflits en ce sens que cela permet de contrecarrer le problème. Ainsi, un acteur, dans un conflit, peut être un individu, un groupe d'individus ou toute unité sociale (village, tribu, groupe ethnique, nation, etc.) ou enfin une structure. Il peut y avoir plusieurs acteurs dans un conflit avec des rôles divers. Un conflit peut opposer deux ou plusieurs acteurs.

L'objectif de l'analyse des acteurs est d'identifier et comprendre l'ensemble des acteurs ainsi que leur positionnement dans un conflit. Identifier tous les acteurs impliqués dans le conflit et estimer leur rôle, leur pouvoir et les relations qu'ils entretiennent entre eux, est l'un des grands défis de tout intervenant dans un conflit.

Il est important, dans l'analyse des acteurs d'un conflit d'aller au-delà des acteurs apparents, visibles pour pouvoir identifier les acteurs invisibles qui ont

---

<sup>18</sup> S.B. KOUYATE, *Sous l'orage*, éd. Présence Africaine, 1957.

pourtant un rôle important dans le conflit. Leur prise en compte est fondamentale pour une meilleure gestion de conflit. A contrario, leur ignorance ou leur non prise en compte rend la recherche de solution encore plus difficile parce qu'ils peuvent s'opposer au processus et le compromettre sans qu'ils soient vus et compris comme obstacle.

Comprendre l'impact des médias permet d'agir sur les clivages sociaux pour ainsi notifier qu'ils favorisent l'érosion du système politique. Toutefois, les clivages prouvent à juste titre relever de l'ordre économique, des facteurs intellectuels et des facteurs sociopolitiques. Comme le note Patrick Champagne, dans la conclusion de son ouvrage<sup>19</sup> : « *ce qui domine, dans ce nouvel espace politico-journalistique, ce ne sont pas les politologues, ni les hommes des médias, ni l'audimat, ni les conseillers en communication, ni les sondeurs, ni même les hommes politiques* »

Au contraire, le phénomène tient aux relations qui se mettent en place entre ces agents : « *éclaté et sans dominants*

*clairement identifiés (...) ce mode de domination dans lequel chacun, pour une petite part, contribue involontairement à la domination de l'ensemble, est un produit presque nécessaire de la différenciation croissante du monde social et surtout de la multiplication des champs sociaux relativement autonomes (espaces politique, économique, journalistique, intellectuel, etc., autant de champs sociaux qui sont eux-mêmes fortement différenciés), avec leurs enjeux spécifiques, leurs lois et leurs logiques propres de fonctionnement ».*

C'est pourquoi, il est opportun de trouver le canal approprié pour mettre en exergue les médias et que cette stratégie communicationnelle puisse permettre d'atteindre la population de Diffa. Partant de là, il est possible de penser à la cohésion sociale.

### **A. Médias comme vecteurs de cohésion sociale**

Les médias jouent alors le rôle de souffleurs, nous rappelant au bon moment, parmi toutes les répliques que

---

<sup>19</sup> P. CHAMPAGNE, *Faire l'opinion. Le nouveau jeu politique*, Minit (Le sens commun), 2001 (1990), p. 277.

nous tenons prêtes, celle qu'il convient de lancer pour continuer à vivre en communauté. Peut-être même les médias ne font-ils souvent rien d'autre que nous représenter des idées<sup>20</sup> et des opinions que nous avons déjà en nous pour le bien de la société. On pourra penser que ce rôle est d'éviter les conflits<sup>21</sup>. « *Faire venir les médias suppose une stratégie spectaculaire* »<sup>22</sup>. C'est pour arriver à cette cohésion gage du bon vivre ensemble que nous allons étudier dans cette partie la manière dont les populations qui vivent loin de Diffa perçoivent la situation (2) mais auparavant, il faut se poser des questions sur la phraséologie émotionnelle (1).

### **1. La phraséologie émotionnelle applicable au contexte de Diffa**

En procédant par la méthode d'entonnoir qui consiste à quitter un point plus global vers un point plus

spécifique<sup>23</sup>, nous allons apprécier comment Bayart<sup>24</sup> a théorisé le changement de regard sur ' *le politique en Afrique* ' '25. Pour lui, il ne s'agit désormais plus de l'analyser exclusivement en termes de structure et d'Etat<sup>26</sup>, mais également d'observer avec soin ce qu'il nomme « *le politique par le bas* ». Il en résulte que l'Afrique<sup>27</sup> doit savoir faire entendre aux rivaux du monde qu'elle n'est pas le champ de bataille que chacun aménage pour sa propre stratégie. Le champ africain doit être aménagé pour permettre l'évolution de l'Afrique en même temps que celle du monde. Le reste du monde, principalement celui nanti, devra s'inspirer du livre blanc britannique<sup>28</sup>.

L'Afrique n'est pas seulement une partie intégrante du "Sud" ; elle doit en être le leader surtout si les populations sont engagées car l'homme est la mesure de toute chose et c'est pourquoi toute action est susceptible d'agir sur lui en ce

<sup>20</sup> J. BOURDON., *Introduction aux médias*, 2<sup>ème</sup> édition Montchrestien, 2000.

<sup>21</sup> J. FREUND. *Sociologie d'un Conflit*. Paris : PUF, 1983.

<sup>22</sup> P. MANJEOT, Président d' Act-Up Paris (Entretien a. Alice, Revue de critique du temps, n° 1, 1998, p. 13-14.

<sup>23</sup> Ici, il est question de quitter du postulat africain pour se retrouver dans le domaine local, et Diffa, en l'espèce.

<sup>24</sup> - J-F. BAYARD, *L'Etat en Afrique : la politique du ventre*. Paris : Fayard, 1989.

<sup>25</sup> M. GAZIBO, *Le paradoxe de la démocratisation en Afrique: analyse institutionnelle et stratégique*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2004.

<sup>26</sup>B. BADIE., *L'Etat en Afrique, de l'occidentalisation de l'ordre politique*. Paris: Fayard, 1992.

<sup>27</sup> D. BACH & A. KIRK-GREENE. *Etats et sociétés en Afrique francophone* ; Paris : Economica, 1993.

<sup>28</sup> " Eliminating world poverty: Building our Common Future", de 2009.

sens que l'environnement est déterminant dans la socialisation de l'homme. Dans cette optique que ne pouvons-nous pas réserver à la production médiatique ? En effet, elle suscite chez l'homme des transformations<sup>29</sup> de sa perception du réel, car ses sources, ses effets intègrent des données différentes de celles qui entrent en ligne de compte dans l'activité et la pratique sociale traditionnelles. Pour Saillant, le choix d'un média dépend de l'optimisation économique de la transmission<sup>30</sup> du message aussi bien pour le producteur que l'utilisateur.

On constate<sup>31</sup> que les zones de conflits, de crises, de guerres doivent s'interroger et penser à regarder dans la même direction afin de tendre vers la paix. A ce titre, la région de Diffa dont les populations ont été violentées et stressées par la secte Boko Haram réinventent un nouvel élan avec le concours de toutes parties prenantes. Avec cet engagement et, certainement, le concours des médias, on peut essayer de théoriser les modèles et comme on

sait : « *Les théories ressemblent en quelque sorte à des cartes géographiques. Si on se trouve à un point A où trois chemins se croisent, on ne peut pas "voir" immédiatement où ils mènent ; on ne peut pas "voir" si tel ou tel d'entre eux mène par exemple au pont qui permettra de traverser le fleuve* ».

A partir de là, il y a nécessité de s'interroger sur les dynamiques entreprises pour la résilience communautaire à Diffa et pour y arriver il faut, sans être disciple de Yves Lacoste, s'interroger sur les cartes afin de maîtriser la région et s'aventurer comme un bon polémologue à insuffler la solution de stabilisation communautaire. Justement, *comme sur les cartes géographiques, nous y trouvons des espaces vierges pour les domaines encore inexplorés, et on peut les corriger, comme des cartes, si d'autres recherches démontrent qu'on s'est trompé. Peut-être faudrait-il ajouter qu'à la différence des cartes géographiques, il faut se représenter les modèles sociologiques dans le temps et*

<sup>29</sup> SAILLANT, *op-cit*, p : 96.

<sup>30</sup> AK. BIRGUI SEKOU, Guerre informationnelle et informations à la guerre, contribution des médias de l'AES à la culture de paix, *in Revue africaine des réflexions SJP*, Yaoundé, vol 7, 2024, p. 173- 192.

<sup>31</sup> Pour autant, Frédéric BARBIER et Catherine BERTHO LAVENIRmontrent que, dans le « monde d'"agitation communicationnelle" » dans lequel, selon eux, nous vivons « c'est la technologie qui... véhicule [le message] qui fait sens ».

*dans l'espace, et que ce sont donc des modèles quadridimensionnels. »<sup>32</sup>.*

Dans la logique de repenser les modèles sociologiques, il faut dire que la région de Diffa, du fait de sa position géographique avec la capitale Niamey, a trop de leçons reçues qui à l'épreuve des faits ne sont pas vérifiables sur place.

Il va s'en dire, que des experts s'aventurent à parler de la région avec un regard particulier alors même que la région s'emploie et fermement à se défaire de ses anciens démons corolaires des attaques de Boko Haram et de la désolation au sein des populations.

## **2. Le phénomène du mort kilométrique**

Le phénomène dit du mort kilométrique correspond au fait que les médias<sup>33</sup> accordent de l'importance aux victimes d'un drame en fonction de la distance qui les sépare du téléspectateur, de l'auditeur ou du lecteur. Ainsi, ce qui se passe dans la région de Diffa n'a pas la même appréciation selon qu'on vit à Diffa ou hors de Diffa ou alors selon qu'on soit ressortissant de la région ou pas.

En effet par ce phénomène, nous

comprenons que ce qui se passe loin de nous n'a pas une portée significative par rapport à ce qui est près de nous. Ce qui est tangible même dans les rapports sociaux en ce sens que ce qui préoccupe une famille peut ne pas avoir le même intérêt pour une autre famille. D'aucuns diront : "chacun pour soi, Dieu pour tous" pour ainsi corroborer que le sort de l'autre ne regarde que lui ou, du reste que je peux compatir. Mais à dire vrai, le "*moi est égoïste*" et tout ce qui l'intéresse c'est lui d'où je ne peux que me conformer aux règles sociétales et avoir pitié ou du remord quand l'autre est en difficulté. Ainsi, les médias ne font que le reflet de l'humain dans son comportement naturel et ces désirs refoulés et c'est pourquoi, il est de plus en plus absent quand une situation lui est étrangère ou peu familière. Cet état d'esprit pourrait s'expliquer par cette illustration qui prouve à suffisance notre indifférence technique.

Le psychologue, Jacques- Philippe LEYENS, a fait lire à des volontaires belges un article de presse relatant un incendie. Le texte disait notamment : « *L'incendie a réveillé toute la rue. La*

<sup>32</sup> N. EIIAS, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, Paris : Éditions de l'Aube (Agora Pocket), 1991 (1970), p. 197-198.

<sup>33</sup> M. O. SALECK, *Les Médias et le droit de la concurrence en Mauritanie*, Thèse de doctorat UBM 2017, 351 p.

*maison des X brûlait. Les pompiers se sont acharnés parfois avec imprudence, pour sauver les enfants. Les cris de la mère appelant son petit dernier étaient insupportables* »<sup>34</sup>. Dans un cas, il précisait que le drame avait eu lieu dans une ville de Belgique et dans un autre que cet incendie s'est produit en Grande-Bretagne.

Puis, il a proposé aux participants de décrire les émotions qu'avaient pu ressentir les victimes. Il a constaté que, pour les victimes supposées belges, les émotions les plus fréquemment citées étaient : douleur, tristesse, colère, peur, chagrin, culpabilité, regret et désespoir. Mais dans le cas où les victimes étaient britanniques, seules les émotions douleur, tristesse, colère et peur étaient mentionnées.

Comment distinguer ces émotions ? Le psychologue LEYENS répond que les émotions attribuées aux victimes étrangères sont dites primaires. Elles sont ressenties par l'homme mais aussi par certains animaux. Au contraire, les autres émotions, uniquement prêtées aux victimes belges sont qualifiées de secondaires et sont uniquement

ressenties par l'être humain. Cette expérience laisse entrevoir que l'on accorde des sentiments proprement humains préférentiellement aux personnes qui sont proches de nous, ou qui partagent certains points communs, notamment le fait d'appartenir à une même communauté.

Il s'agit d'un processus entièrement inconscient, mais net au vu de cette étude et d'autres réalités dans le même sens.

Les auteurs de l'étude nomment "infra-humanisation" le fait de n'accorder que des sentiments primaires aux personnes qui vivent loin de nous, dans d'autres pays ou d'autres communautés.

## **II. Renforcement de la plantation de la graine de résilience communautaire via les médias**

L'Afrique doit imposer son temps et son ton aux épreuves du siècle passé le marquent encore afin de faciliter sa remise d'aplomb. Dans cette perspective tous les Etats doivent converger vers cette nouvelle dynamique de stratégie pour renforcer la cohésion sociale et la

---

<sup>34</sup> Exemple et commentaires cités par Sébastien BOHLER dans son ouvrage : "150 petites

expériences de psychologie des médias", collection DUNOD, 2009, pp : 38-42.

consolidation de la paix.

S'agissant du Niger qui s'est vu au cœur de plusieurs foyers de tensions et a priori celui de l'impact de Boko Haram sur son flanc Est, les techniques sont multiformes pour trouver le palliatif à renforcer la résilience communautaire. Et, justement, la région de Diffa – car c'est d'elle qu'il s'agit dans cette étude – a plusieurs arcs dans son carquois et repenser l'impact du pouvoir des médias (A) sur la conscience des diffaéens<sup>35</sup> permet de renforcer cette stabilisation communautaire ne serait-ce que par la mise en œuvre des actions concrètes pour renforcer la cohésion sociale (B).

#### **A. Impact du narratif des médias au sein de la population de Diffa**

Des chercheurs comme Stuart HALL et ses collaborateurs essaient de comprendre la violence culturelle subie par ceux qui ne détiennent pas les moyens de production intellectuelle et de communication. Ils distinguent les techniques de décodage et d'encodage. Aussi, le récepteur n'est pas un être

passif qui intègre sans réagir le message médiatique. Cela s'explique car l'individu est le produit d'une socialisation antérieure. Cette socialisation s'expliquerait par les variables idiosyncratiques qui nous prouvent à suffisance la famille, l'éducation, le milieu... de la personne. Dans cette lancée, les leaders de Boko Harma ont usé de la morosité économique de la population et des principes de marginalisation de la localité pour les enrôler dans la secte. N'est-ce pas qu'il est opportun de repenser que les médias ont des effets sur la population de Diffa (1) ? Ensuite, il sera judicieux de réfléchir sur les outils de conciliation afin de tendre vers la résilience communautaire par le prisme des médias (2).

#### **1. Effets des médias sur la conscience des "diffaéens"**

Loin de nous complaire dans une généalogie du discours, du langage encore moins de la portée des médias ; nous soulignons que les médias de Diffa ont des effets sur les populations.

---

<sup>35</sup> Se dit d'un ressortissant de la région de Diffa. On peut aussi qualifier la région du "Soleil Levant" ou alors la région du Manga.

L'amplification technique des moyens de transmission et la dépendance obligée de leurs usages déterminent, de facto, le développement d'échanges d'informations plus accessibles, intelligibles. Malgré un asservissement immédiat et plus contraignant pour l'utilisateur, l'effervescence communicationnelle ne transforme-t-elle pas dans ses effets médiatiques, les stratégies sociales ?

Les médias permettent de rendre visible les actions politiques et par eux le jeu politique est réorganisé. Lors d'un conflit violent, les bases sociales, économiques et culturelles, qui structurent la négociation d'un minimum d'équilibre entre le pouvoir masculin et le pouvoir féminin, éclatent en même temps que s'effondrent les systèmes traditionnels de protection, d'entraide et de support familial. A en croire certains érudits<sup>36</sup>, il n'y a aucun doute sur "les effets de la réalité des sciences de la communication" car pour eux, il y a une approche des médiations par lesquels les discours et savoirs sur la communication s'inscrivent dans le monde social et y

produisent des effets.

Notons, tout de même que le terme "effet" est trompeur parce qu'il suggère que les médias "font" quelques choses aux enfants<sup>37</sup>. C'est dire que la généralisation et la banalisation des médias les a dépouillés du pouvoir qu'ils pouvaient posséder<sup>38</sup> engendrant des nouvelles règles. Pour le Chercheur<sup>39</sup> Ado Mahamane, la liberté de la presse nous place au centre de l'espace public du fait non seulement du rôle de la presse, mais aussi de ses enjeux et ambivalence. Et à ce titre, les médias ont des responsabilités sociales et sociétales d'où il faut que le narratif des médias soient des messages qui prônent la cohésion sociale et on peut révéler que sur le plan sociopolitique et culturel, les médias ont des effets notoires sur les populations. Comment ne pas raisonner ainsi quand on sait que les premiers travaux empiriques sur les modifications de comportements induites par l'utilisation des médias ont été menés par le sociologue Paul LAZARFELD

<sup>36</sup> NEVEU & RIEFFEL, *Réseaux*, n°50, 1991.

<sup>37</sup> G. DERVILLE, *le pouvoir des médias. Mythes et réalités*, PUG, 1997, P : 22.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>39</sup> Chercheur au département d'histoire de l'Université Abdou Moumouni de Niamey, il revient sur les Enjeux et ambivalence de la liberté de la presse dans le contexte démocratique africain : l'exemple du Niger entre 1990 et 2008.

et ses collaborateurs<sup>40</sup> et sont à l'origine du modèle « effets limités et indirects » de la communication.

TCHAKHOTINE part du postulat que : « *Par certaines pratiques, on peut affaiblir la faculté de résistance des mécanismes nerveux supérieurs comme l'écorce cérébrale : il suffit de provoquer une généralisation de l'inhibition interne, ce qui est identique au sommeil* »<sup>41</sup>. Il ajoute aussi qu'on peut recourir à la fatigue<sup>42</sup>. Aussi, BOLTANSKI, le montre bien dans son analyse de la « *politique de pitié* », c'est-à-dire le traitement par les médias de la souffrance et du malheur du monde (guerres, tortures, famines, détresses multiples). Avec beaucoup de finesse, il distingue les catégories prééminentes dans le traitement de ce type d'informations :

- i. Une démarche de sentiment, fondée sur une compassion dont on attend en retour quelque gratitude de la victime ;
- j. Enfin une démarche esthétique mêlant le goût du sublime et celui

du pittoresque « sans indignation ni attendrissement »<sup>43</sup>.

En tous les cas, les médias conservent une capacité élevée à retenir l'attention même si cela n'implique aucune conséquence sur le plan de l'action. Il est évident que le caractère indispensable des médias dans une démocratie a fait l'objet de plusieurs commentaires en ce sens qu'ils incarnent la liberté d'expression, assurent le droit à l'information qui est le ferment d'une citoyenneté consciente et participative. En outre les médias assurent la médiation entre gouvernants et gouvernés d'une part et entre acteurs de l'espace public<sup>44</sup>.

Il n'est pas anodin de notifier ici que les effets diffèrent du quotient intellectuel d'une personne à une autre ou d'un groupe à un autre en ce sens que les gens n'ont pas la même capacité de rétention voire n'ont pas la même éducation. Cet état de fait ne consiste aucunement pas de trouver des indécis que PAVLOV<sup>45</sup> identifie aux « Violables » et qui peuvent être modelé par les effets de la communication que les médias portent.

<sup>40</sup> Une équipe de l'université de Columbia des Etats unis d'Amérique.

<sup>41</sup> TCHAKHOTINE, *Le viol des foules par la propagande politique*, 1959, p. 44.

<sup>42</sup> Ibid, p. 44.

<sup>43</sup> L. BOLTANSKI, *La souffrance à distance*, Paris, Métailié, 1993, p : 91.

<sup>44</sup> J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987.

<sup>45</sup> Ibid, p. 120 & 140.

## 2. Médias comme vecteurs de “cohésion sociale”

A l’instar de la zone du Sahel, la région de Diffa connaît depuis plus d’une décennie, une instabilité chronique. L’un des facteurs de cette fragilité provient du sentiment d’abandon, d’injustice et de marginalisation d’une partie de la jeunesse, alors que les moins de 30 ans représentent 65°/° de la population. Cette crise<sup>46</sup> qui traverse la bande sahélo-saharienne ne pourra être résolue sans une meilleure inclusion socio-politique des jeunes. Dans ce domaine, les médias<sup>47</sup> ont un rôle important à jouer en leur proposant des espaces d’expression et en facilitant le dialogue entre citoyens, représentants de la société civile et autorités. A cet effet, les profanes, les intellectuels, les experts et les hommes politiques qui sont les acteurs de ce qui se passe dans la cité doivent revoir leur champ d’actions et penser à l’intérêt général. C’est comme dirait l’autre “ celui qui a l’information détient le monde” et qu’il faille jauger

les enjeux de ce que nous lisons et les commentaires que nous en faisons de nos productions médiatiques. Il n’est pas anodin de souligner que l’information marque un tournant décisif dans l’utilité des techniques de persuasion et de manipulation. De notoriété, on peut citer parmi les personnes influentes de manière générale : les parents, les amis, les maris ou les connaissances.

Sur la question de ‘ *l’influence exercée par les émetteurs de messages*’<sup>48</sup>, LASSWELL répondait en définissant de la manière suivante les interrogations pertinentes pour l’étude des médias : « Qui dit quoi, par quel canal, à qui, et avec quel effet ? ». Dans cette formulation, la mesure de l’influence passe par une étude comparée des attitudes et opinions des destinataires avant et après la réception des messages. Nous constatons que les médias peuvent être considérés comme un véritable vecteur de cohésion sociale<sup>49</sup>. La diversité et la portée des pratiques médiatiques sont révélatrices de l’intérêt que porte l’homme à leurs utilisations, dans la réalisation de toute action

<sup>46</sup> M. DOBRY, *Sociologie des crises politiques. La dynamique des mobilisations multisectorielles*, Paris : Presses de la FNSP (Références), 1992 (1986), p. 15.

<sup>47</sup> [www.mediasahel.org](http://www.mediasahel.org), consulté le 22 octobre 2024.

<sup>48</sup> P. BRAUD, *op cit*, p. 346.

<sup>49</sup> C’est la condition fondamentale de développement économique d’un pays.

sociale<sup>50</sup>.

On remarque que le pouvoir des médias est une réalité en ce sens que pour la conscience populaire, les médias ne disent que la vérité. A entendre certains néophytes : « je l'ai entendu à la radio, vu à la télé ou lu dans un ouvrage » ; comme si c'est absolu. A entendre ces profanes, les médias nous disent la réalité. Partant de là, on peut sans risque de se tromper avouer que les médias ont un pouvoir. Et - sans être un wébérien - on déduit que partout où il y a du pouvoir, la domination y est. Afin de mettre aux piloris ses idées négatives de conflit, de haine et de frustration Dobry cite quatre conditions qui peuvent garantir la culture de la paix :

- La première condition réside dans la prise en compte de notre « appartenance commune à l'humanité »<sup>51</sup>.

- La deuxième condition, toujours selon l'auteur cité, porte sur le rapport entre les individus et leur propre culture : c'est la nécessité du respect de l'autonomie et de la liberté critique des personnes<sup>52</sup>.
- Une troisième condition qui découle d'ailleurs de la seconde, est l'acceptation des cultures « d'être confrontées aux valeurs éthiques fondamentales comme la justice, la liberté, la solidarité et la vérité, qui sont les piliers de la paix authentique,
- La quatrième condition qui n'est pas la moins importante, concerne cette fois-ci le rapport entre la politique et la culture.

La cohésion sociale est importante pour la culture. Ladite culture est donc « *le sentiment de l'expérience passée dans la mémoire, soit celle de l'individu (culture personnelle), soit la mémoire collective*

<sup>50</sup> JM. SAILLANT, Comprendre la dimension médiatique, ellipses, pp : 18-21.

<sup>51</sup> Il écrit dans ce sens : « Si un Chinois, un Musulman et un Occidental n'ont plus rien de commun, on se trouve devant le danger de « racisme culturel » et toutes les violences deviennent possibles, puisqu'on ne partage plus une commune humanité. Dans ce sens, la base du droit naturel est capitale : l'égalité des êtres raisonnables et libres. Il se dégage de là un appel au respect de tout homme et de tous les hommes : intégralité et universalité. Ce principe vaut quelle que soit l'appartenance culturelle et communautaire ».

<sup>52</sup> « Les groupes fondamentalistes ont tendance, écrit-il, à identifier les personnes avec leur communauté et une illusoire homogénéité culturelle. En ce cas, toutes les intransigeances et toutes les violences, tous les fanatismes sont possibles, et les individus deviennent des instruments au service d'idéologies meurtrières. Il est important de se rappeler que de grandes figures éthiques et spirituelles comme Socrate, Jésus et Gandhi ont payé de leur vie leur indépendance critique (...) Tous ont été tués par des gens qui n'acceptaient pas de décloisonner celle-ci et de l'ouvrir à un horizon universel ».

de la société telle qu'elle transcrit dans ses bibliothèques, ses musées, ses instituts de brevets ou ses conservatoires qui accumulent les résidus ou les traces laissés par l'ensemble des expériences antérieures»<sup>53</sup>. Chemin faisant, il ne faut pas que la machine<sup>54</sup> créée par l'Homme devienne son propre créateur ou encore penser à substituer la culture par les médias. A l'autel de ce monde en ébullition, rien n'est comptant et que par l'évolution de la technologie renforçant la capacité des médias, on peut se permettre de tout vérifier. Les journalistes ne doivent pas penser au scoop et le sensationnel mais de vérifier leurs sources et d'approfondir leurs investigations avant toute publication ou présentation.

C'est justement pourquoi BOURDIEU disait que tout le monde peut avoir une opinion sur un sujet et que toutes les opinions se valent. Toutefois, c'est absurde de penser que l'information et la communication qui la porte n'ont pas d'effets sur la société. Ce serait nier l'existence et la définition même de l'information : effets cognitifs.

Les médias ont pour mission d'informer, d'éduquer et de distraire. Ces trois piliers constituent à mon avis un pouvoir à exercer avec un sens élevé de responsabilité. Les médias ont un pouvoir au regard de leur impact sur les populations. Ces dernières s'informent grâce aux médias et se font leurs opinions face à l'actualité. C'est donc de toute évidence que les médias ont un très grand pouvoir.

Pour nous, c'est un outil que tout le monde peut s'en procurer et être producteur ou récepteur d'où son impact sur les populations de Diffa. Ces populations de Diffa ont vécu une situation inédite de misère et de crise avec toile de fond le terrorisme mais avec le pouvoir des médias, nous pouvons croire qu'il est '*possible de refaire le monde avec nos intelligences sans haine et sans violence*'. Les gestionnaires des conflits doivent mettre à profit les médias en ce sens que la majorité des journalistes coopèrent avec les autorités dans les situations véritablement graves.

Somme toute, les médias demeurent un

<sup>53</sup> A. MOLES, *Théorie structurale de la communication et société*, Masson, 1988, p. 45.

<sup>54</sup> AK. BIRGUI SEKOU, *Guerre informationnelle et informations à la guerre, contribution des médias*

de l'AES à la culture de paix, *in Revue africaine des réflexions SJP*, Yaoundé, vol 7, 2024, p. 178.

outil de renvoi à l'envoyeur ; ce qui pour nous permet de jouer un rôle important dans la gouvernance internationale. C'est dans cette optique que Fassassi Qawiyou<sup>55</sup> fera cas du "surveillant surveillé à l'ère du net".

### **B. L'incitation des médias au développement endogène**

L'objet de cette partie est de souligner que les médias peuvent agir sur la conscience populaire et inviter les populations de Diffa à tendre vers le développement.

En effet, cela nous pousse à nous interroger sur la portée des médias surtout avec les réseaux sociaux (1) mais aussi la médiation (2) qui va permettre à toutes les parties prenantes de s'asseoir au tour de la table afin de panser les maux et penser les mots pour développer ma région.

### **1. Contribution des réseaux sociaux dans la participation paysanne**

Par le biais de la nouvelle technologie<sup>56</sup> de l'information et de la communication, nous pouvons renforcer la quiétude sociale. En effet, lorsqu'elle est adaptée aux réalités et aux besoins locaux, la technologie peut être un outil de facilitation essentiel pour l'apprentissage, l'autonomisation, la communication et pour le traitement des données.

En s'inscrivant dans la perspective de Géo-Analytics<sup>57</sup>, nous pouvons ressortir trois (03) idées globales à savoir :

- a. La technologie n'est pas une solution miracle. Cependant, des solutions technologiques bien conçues peuvent renforcer les initiatives existantes en rationalisant les processus et en augmentant l'efficacité ;

---

<sup>55</sup> Les enjeux démocratiques à l'ère du net in colloque de la E- Démocratie en Afrique, 03/08/2019, Niamey.

<sup>56</sup> A. KIYINDOU, « Les médias africains à l'heure du numérique », Annie LENOBLE-BART, Annie CHENEAU-LOQUAY dir. notes de lecture, Communication et organisation [En ligne], 37 | 2010, mis en ligne le 19 mai 2011, consulté le 07 août

2024. URL : <https://journals.openedition.org/communicationorganisation/1339>.

<sup>57</sup> C'est une ONG basée à Niamey et qui a pour objectif le développement international par la technologie à travers des projets de gouvernance, de lutte contre l'Extrémisme violent, de la sécurité.

- b. La technologie est seulement aussi bonne que les gens qui la cachent ;
- c. Les solutions de Géo-Analytics sont adaptées localement et sont toujours basées sur la capacité des destinataires à comprendre et à appliquer efficacement des solutions à base technologique.

De notoriété, les réseaux sociaux agissent sur les valeurs sociales des populations. Par exemple, un parricide, aux Etats Unis, est considéré comme une conséquence directe d'un film télévisé ; en France, des villes protestent contre l'image que donne, de leur cité, un reportage télévisé ! On est en présence d'un phénomène, dont on mesure à peine la portée. La société est un lieu de représentations et d'idéologies mais la dimension médiatique amplifie cette situation. La reconstruction du réel est encouragée. On lit cette recommandation pratique, au-dessous d'une photographie d'une cascade de montagne : *« Si cette cascade a été filmée lors des vacances familiales, les cris des enfants lui enlèvent son ambiance romantique. En remplaçant le*

*son d'origine par celui de l'eau coulant d'un robinet, il est possible de donner à la scène l'atmosphère souhaitée »*<sup>58</sup>.

Sans cela, Saillant ajoute que le réel paraîtra fade, au point de privilégier le sensationnel, au détriment de ce qui passe moins le mur du média. Ainsi, par sa globalité potentielle de transmission des idées, le système médiatique participe à l'équilibre sociétal. L'auteur de "Comprendre la dimension médiatique" ajoute qu'il touche à toute la palette de la création intellectuelle, et sa gestion devient incontournable dans la réalisation de toute action sociale.

Ainsi, les gestionnaires de la crise<sup>59</sup> et les professionnels de l'intervention d'urgence doivent prendre conscience que les réseaux sociaux, constituent les moyens les plus efficaces de rassurer et apaiser une population traumatisée. Il va sans dire que les médias doivent savoir véritablement les enjeux et ne pas céder au sensationnel ou au scoop. Ceci est opportun car les médias de Diffa se livrent dans une dynamique communautaire de relais d'informations.

Toutefois, l'information sur la crise est

<sup>58</sup> Science et vie High Tech, n°4, p.66.

<sup>59</sup> M. TRAN VAN, « Les conflits », in CAMARA (S.) (dir.), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*,

Tome 2, Abidjan, Les Nouvelles éditions africaines, 1982, p. 311.

importante en ce sens qu'elle délivre l'incertitude et a un effet apaisant. Le seul fait d'entendre les voix ou de voir les visages familiers des journalistes et des commentateurs rassure les gens et leur fournit une occupation. Ce qui leur donne un sentiment de participer, de compatir ou de "faire quelque chose". C'est ainsi que le chercheur<sup>60</sup> ajoute que les informations diffusées par les médias ont aussi pour effet de convaincre les gens que leur peine et leurs angoisses sont partagées. A en croire certains chercheurs, les taux d'audience de la radio et de la télévision ne sont jamais aussi élevés que durant les crises. Et c'est dans cette lancée que Tocqueville disait : « *Même lorsqu'on a gagné la confiance d'une nation démocratique, c'est une rude affaire que d'obtenir son attention* »<sup>61</sup>.

L'essor de la technologie<sup>62</sup> mobile s'est accompagnée de la montée en puissance des réseaux sociaux, avant tout de Facebook mais aussi de plus en plus de services de sites de partage de vidéos comme YouTube et Vimeo, de messagerie comme WhatsApp et

Snapchat, de sites de partage de photos comme Instagram et Pinterest et d'outils de microblogging comme Twitter. Plusieurs de ces services sont proposés par quelques géants technologiques qui occupent une position centrale<sup>63</sup> dans le paysage des médias numériques. Les réseaux sociaux sont non seulement largement utilisés pour partager des expériences et rester en contact avec sa famille et ses amis mais jouent aussi un rôle de plus en plus important en tant que source d'information dans la mesure où de plus en plus de personnes utilisent ces plateformes ou des radios pour s'informer.

Cependant, vu la couverture limitée de ces radios communautaires, et l'absence de coordination nationale de ces radios locales, plusieurs organisations humanitaires optent pour une solution plus facile, qui est de contracter des partenariats avec des radios commerciales qui ont une plus grande portée, telles que les radios Anfani, Dounia, Saraounia, Ténéré ou Alternative. Il sied qu'avoir « les instruments et bien savoir leur usage » et

<sup>60</sup> GRABER, 1997, p. 147.

<sup>61</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, Collection GF2, 1997.

<sup>62</sup> Défis et perspectives pour les médias et le journalisme d'information à l'ère du développement

des médias numériques, mobiles et sociaux, Rasmus Kleis Nielsen Alessio Cornia Antonis Kalogeropoulos, Octobre 2016.

<sup>63</sup> Google possède YouTube, par exemple, WhatsApp et Instagram appartiennent à Facebook.

comme cela on « devient maître de l'opération » disait Rousseau. Et sans être un rousseauiste, il est important de mettre à contribution les médias pour tendre la paix.

Et, Maria Maïlat et Sandrine Dauphin d'écrire que : « *Le monde devient un village planétaire grâce aux moyens de mise en réseau qui nous font parler d'une toile ou du Web, comme si le monde géographique, physique, était désormais doublé d'un large filet invisible, permettant de tisser des liens les uns avec les autres sans tenir compte des contraintes géographiques et sociales* »<sup>64</sup>.

## **2. De la Médiation à la gestion non violente des conflits à Diffa : démarches pour une résilience communautaire en construction**

La région de Diffa est embourbée dans la crise car la secte terroriste continue à stresser les populations locales. C'est dire que même s'il y a un calme remarquable, la situation reste volatile à en juger par la situation sécuritaire du

Sahel. Si le sahel est sans pitié aujourd'hui, c'est parce que nous l'avons rendu impitoyable par « *nos comportements égocentriques, égoïstes, avides, haineux, pleins de préjugés, de suspicion, de l'agressivité* »<sup>65</sup>. Nous ne pouvons changer le monde que si nous changeons nous-mêmes, et cela commence par notre langage et notre façon de communiquer.

« *La communication aliénante est basée sur des jugements moralisateurs, des comparaisons et un refus de responsabilité : elle implique une absence de choix, une obligation à faire quelque chose, une punition ou bien une récompense selon le mérite* »<sup>66</sup>. Elle est un produit et un pilier des sociétés fondées sur des principes de hiérarchie ou de domination car elle permet au petit nombre de dirigeants à développer une mentalité d'asservi. Elle nous empêche de prendre pleinement conscience que chacun est responsable de ses pensées, de ses sentiments et de ses actes. Dans cette optique, il faut relever et révéler les outils de gestions non violente des conflits ou alors la typologie de

<sup>64</sup> M. MAILAT & Dauphin SANDRINE « *De l'usage des réseaux sociaux* », Informations sociales 2008/3 (n° 147), p. 4-6, <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-3-page-4.htm>.

<sup>65</sup> Extrait de la préface écrit par Arun Gandhi, dans le livre de Marshall Rosenberg intitulé : les mots sont des fenêtres.

<sup>66</sup> Ibidem, préface de l'ouvrage de Rosenberg.

médiation afin de ‘repenser à la résilience communautaire à Diffa.

Quant à la Communication Non-Violente (CNV)<sup>67</sup>, c’est un chemin de conscience, un art de vivre avec soi et avec les autres, une technique de communication qui renforce notre capacité à améliorer notre relation à autrui et à résoudre les différends dans un esprit de bienveillance, un outil puissant au service de l’écoute de soi et des autres, du dialogue et de l’éducation à la paix, de la prévention et de la résolution des conflits, de la négociation, de la médiation, de la facilitation, de la transformation individuelle et du changement social. C’est en application de cette CNV qu’on pose la question en lien avec la région de Diffa : Pourquoi aurions-nous besoin de la communication non violente à Diffa ?

- Parce que la communication non violente nous aide à retrouver et à exprimer nos besoins authentiques, sans confusions avec nos émotions. Elle nous aide à nous libérer des mauvaises interprétations, des jugements moralisants, des croyances

limitantes, des autos-manipulations

- Parce que la communication non violente élargie notre champ d’expression et nous procure une assurance paisible, respectée par nos interlocuteurs
- Parce que la communication non violente nous permet d’établir de nouvelles relations en toute simplicité et sincérité

Parler, de la médiation, revient à dire que c’est une technique d’intervention menée par une ou plusieurs personnes tierces neutres, qui à travers un processus pour vous aider à(r-) établir la communication entre des acteurs en conflit pour une solution consensuelle dans une perspective de réconciliation. Elle est une technique de gestion non violente des conflits. Elle est un processus mené par une tierce personne en vue d’amener les parties en conflit, enfermées dans leur monologue, à se rencontrer et à renouer la communication. Il s’agit d’un processus volontaire facilité par une tierce personne qui n’exerce pas de pouvoir sur les parties. Cette pratique ancrée dans

<sup>67</sup> Né le 6/10/1934 et mort le 7/02/2015, Marshall ROSENBERG est le créateur d’un processus de communication appelé CNV. Puis, ce psychologue

américain créa le centre pour la communication non violente ([www.cnvc.org](http://www.cnvc.org)) qui est une organisation internationale à but non lucratif.

les valeurs coutumières de la région de Diffa s'enregistre encore au grand dam des populations qui ne pensent qu'à vaquer paisiblement à leurs activités.

## CONCLUSION

Du séparatisme à l'ethnisme, en passant par les querelles politiques et les conflits<sup>68</sup> d'intérêts, les phénomènes s'entremêlent et se nourrissent les uns des autres sur le continent africain<sup>69</sup>. Depuis des décennies, toute instabilité dans l'un des pays sahéliens se propage à ses voisins et les zones frontalières servent bien souvent de refuge « *aux milices armées* »<sup>70</sup>. N'est-ce pas le lieu de renouer avec les principes de régionalisation et d'intégration communautaire ? Ce qui est opportun car par "effet des dominos" nous constatons qu'un seul Etat ne peut se prévaloir la compétence nécessaire pour mettre fin à ces crises.

Face à la « *fin de l'histoire* » qui se dessine puis le nouvel ordre international qui s'impose<sup>71</sup>, il faut penser que « *le dernier homme* » doit se ressaisir et penser à ses priorités. Celles-ci doivent se fonder sur les valeurs humaines car « *mon frère n'est pas mon chien* » plutôt mon collaborateur. Ce qui nous pousse à réfléchir sur le regard conflictuel sartrien<sup>72</sup> qui me permet de me sentir non seulement gêné mais aussi et surtout dévalorisé. Néanmoins, force est de constater que « *Autrui est le médiateur indispensable entre moi et moi-même* ». A ce titre, nous devons véhiculer des messages de paix et cohésion sociale d'où l'hypothèse que le système médiatique pourrait apporter beaucoup dans le cadre de réconciliation, de médiation, de gestion des conflits. Nous devons penser à la paix<sup>73</sup> car elle est, considérée comme une condition nécessaire au

<sup>68</sup> Ces questions, et bien d'autres encore, ont été abordées à la sixième rencontre annuelle du Réseau international des chaires UNESCO en communication (ORBICOM) sous le thème de Journalisme pour la paix et résolution de conflit dans les médias.

<sup>69</sup> C. A. DIOP dira : « *La mission historique de l'Afrique occidentale consiste, donc, dans une large mesure, à profiter des facilités que lui donne l'histoire pour devenir sans délai un Etat fédéré puissant...* »<sup>69</sup>.

<sup>70</sup> Search for Common Ground, Niger, *Dynamique des conflits et Médias au Niger et à Tahoua*, p. 57

<sup>71</sup> B. KOUCHNER, « Le malheur des autres », Odile

(J.), Paris, 1991; BETTATI(M.), «Un droit d'ingérence?», in *RGDIP*, 1991, pp.661-665.

<sup>72</sup> JP. SARTRE (1905-1980), philosophe contemporain qui revient sur Autrui et son impact "sur moi"

<sup>73</sup> Depuis l'année 2000, date à laquelle ces propos ont été tenus, la Commission de consolidation de la paix fut créée en tant qu'organe co subsidiaire de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. L'une de ses missions est d'assurer une coordination à l'occasion des opérations de consolidation de la paix. Or aujourd'hui encore, la recherche de la coordination satisfaisante se poursuit sur tous les fronts.

développement d'une économie prospère. Pour dire que la communication est de nos jours au cœur de la préoccupation et de la stratégie de toute organisation. L'affirmation que les médias constituent le « *quatrième pouvoir* » semble appartenir à ces évidences que l'on ne questionne pas toujours tant de la part des professionnels des médias que de certains intellectuels. Vérité qui semble d'autant plus évidente que les médias en démontrent l'effectivité par leur capacité à mobiliser les publics autour d'un événement ou encore d'une série télévisuelle. L'information est, sans doute, le processus primaire de la constitution de l'espace et en ce siècle de « choc de civilisation », il est important de trouver une visibilité des médias<sup>74</sup>.

En tout état de cause, les médias ont ce pouvoir d'atteindre tout le monde et en conséquence « *la toile d'araignée* » si cher à ROSENEAU doit désormais avoir comme credo : des messages de tolérance, de développement et de paix. Pour bien des oracles, l'horizon du 21<sup>ème</sup> siècle sera celui d'une « *société de communication dont les irrésistibles*

*moteurs se trouveraient dans le progrès d'internet, le rôle croissant des médias, de normes culturelles valorisant l'écoute de l'opinion publique et l'expression individuelle et collective* »<sup>75</sup>.

A Diffa, une lueur d'espoir avec le concours de toutes les parties prenantes à la crise. En effet, autorités politiques, administratives, coutumières, humanitaires et forces de défense et de sécurité travaillent dans une synergie d'actions pour répondre à la désolation entraînée par la secte Boko Haram et de contrecarrer l'extrémisme violent. Dans cette dynamique, la population de Diffa subit l'impact des médias<sup>76</sup> dans le cadre de la résilience communautaire. Il est à noter que malgré les efforts entrepris et les différentes réalisations, beaucoup restent à faire pour stabiliser la région et éradiquer l'esprit du terrorisme. La conjugaison des efforts du gouvernement et de ses partenaires avec la détermination des populations locales permettront avec une bonne communication de renforcer la résilience communautaire. *Wait and see!*

<sup>74</sup> AK. BIRGUI SEKOU, Guerre informationnelle et informations à la guerre, contribution des médias de l'AES à la culture de paix, in *Revue africaine des réflexions SJP*, Yaoundé, vol 7, 2024, p. 186.

<sup>75</sup> E. NEVEU, « 'Une société de communication ?' », Montchrestien, 3ème éd., 2001, 160 p.

<sup>76</sup> Ibid, p.27.

## L'ÉTUDIANT-ENTREPRENEUR ET LE MENTOR : UN DUO INCONTOURNABLE ?

### THE STUDENT-ENTREPRENEUR AND THE MENTOR: AN INESCAPABLE DUO?

Par / By

**Dr. Innocent FETZE KAMDEM** (*LL.D., U. Laval*)

Enseignant permanent au département de droit international à l'Institut des Relations Internationales du Cameroun, Conseiller à la recherche au sein de sa Chaire OMC et avocat au Barreau du Cameroun / Senior lecturer in the Department of International Law at the International Relations Institute of Cameroon, research adviser to the WTO Chair and member of the Cameroon Bar Association

**Résumé :** En vue de son émergence, le Cameroun a érigé le développement économique en « véritable cause nationale ». Dans cet esprit, même la communauté universitaire doit être mobilisée. Ainsi, à la faveur de la *Loi N° 2023/007 du 25 juillet 2023 portant orientation de l'enseignement supérieur au Cameroun*, l'université-entreprise est promue et le concept d'étudiant-entrepreneur est consacré. Par un tel statut, les pouvoirs publics entendent encourager un apprenant inscrit à l'université camerounaise à se lancer dans le monde de l'entreprise en exerçant une activité économique. En conséquence, il y a lieu de se poser la question de savoir si un étudiant-entrepreneur sera déjà assez outillé et aguerri pour parvenir à cette fin. Afin d'accroître ses chances de succès, il nous semble qu'il serait judicieux de songer à l'accompagnement systématique d'un étudiant-entrepreneur par un mentor.

**Mots-clés :** *droit des affaires, étudiant, entrepreneur, franchise, mentor, prospérité*

**Abstract :** In order to reach the goal of emergence, Cameroon has designated economic development as a 'true national cause'. Consequently, the university community must also be mobilised. In fact, *Law No. 2023/7 of 25 July 2023 on the orientation of Higher Education in Cameroon* establishes the university as an enterprise and enshrines the concept of the student-entrepreneur. With this status, the State authorities aim to encourage students enrolled in Cameroonian universities to enter the business arena by carrying out an economic activity. Thus, there is a need to question whether a student-entrepreneur will already be sufficiently equipped and experienced to achieve this goal. To increase their chances of success, it would be advisable to think about the provision of systematic support for student-entrepreneurs by a mentor.

**Key words:** *business law, entrepreneur, franchising, mentor, prosperity, student.*

## Introduction

Aux termes de l'article 5 de sa Constitution camerounaise<sup>1</sup>, il incombe au Président de la République de définir la politique de la nation. À cet égard, le 21 juillet 1990, Son Excellence Monsieur Paul Biya, arrivé à la magistrature suprême de l'État le 6 novembre 1982, exprimait le désir que la postérité se souvienne de lui comme celui « qui a apporté à son pays la démocratie et la prospérité »<sup>2</sup>. Nul doute que la matérialisation de ce vœu est une préoccupation constante. Il s'avère que l'économie participe grandement à la prospérité<sup>3</sup>. Ainsi, lors de son discours du 17 mai du 2010 prononcé à l'occasion du cinquantenaire de l'indépendance du Cameroun, en dressant le bilan de la marche du Cameroun, le Président de la République faisait observer que : « La véritable ombre au tableau reste la pauvreté qui demeure une plaie ouverte sur notre corps social »<sup>4</sup>. Malheureusement, cette constatation demeure d'actualité<sup>5</sup>. Pour

juguler ce phénomène, on ne peut redistribuer que la richesse après l'avoir créée. En effet, on ne peut pas redistribuer des ressources dont on ne dispose pas. De même, on ne peut pas redistribuer les pénuries. Ainsi, en guise de solution, lors de la prise de parole précitée, le Chef de l'État avait invité les Camerounais à faire du dynamisme économique « une véritable cause nationale ».

Lors de son discours d'investiture du 06 novembre 2018, le même Président de la République a, de nouveau, rappelé que « l'objectif de l'émergence doit être érigé en grande cause nationale qui mobilise l'ensemble de nos concitoyens afin de faire du Cameroun un pays moderne et socialement avancé »<sup>6</sup>. En vue d'atteindre le cap de l'émergence fixé en 2035, le Chef de l'État du Cameroun a prescrit l'adoption d'une Stratégie Nationale de Développement couvrant la période 2020-2030 (SND-30)<sup>7</sup>. Dans

<sup>1</sup> Voir Loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008.

<sup>2</sup> Paul BIYA, *Anthologie des discours et interviews du Président de la République du Cameroun, 1982-2002*, vol. II, Yaoundé, Editions SOPECAM, 2002, p. 546.

<sup>3</sup> Ernest TOUNA MAMA, *L'économie camerounaise : pour un nouveau départ*, Yaoundé, Afrédit, 2008, p. 20. Ce faisant, nul doute que le Cameroun devra tenir compte de la réalité selon laquelle « la spécialisation des économies émergentes demeure encore largement le résultat de la délocalisation Nord-Sud de la production de biens et, de plus en plus, de service ». Voir Charles-Albert MICHALET, *Qu'est-ce que la mondialisation ?* Paris, La découverte, 2004, p. 150.

<sup>4</sup> Voir *Message du chef de l'État à la nation, à l'occasion de la célébration des cinquantenaires de l'indépendance et de la réunification du Cameroun – 17 mai 2010*, disponible en ligne à [https://www.prc.cm/fr/actualites/discours/510-message-du-chef-de-l-etat-a-la-nation-a-l-occasion-de-la-celebration-des-cinquantenaires-de-l-

independance-et-de-la-reunification-du-cameroun], consulté le 26 août 2024.

<sup>5</sup> Il convient d'ailleurs de souligner que cette constatation est corroborée par le statut généralement précaire des auteurs d'actes de terrorisme au Cameroun. Voir à cet égard Didier SIPA, « Le bilan quantitatif et sociologique de la répression judiciaire contre le terrorisme au Cameroun », Dans Alain Didier OLINGA, *Justice militaire et lutte contre le terrorisme au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2022, 157, à la page 170 qui affirme que « les condamnés sont en majorité des sans-emploi fixes (adultes et jeunes) ».

<sup>6</sup> Voir *Discours de S.E.M. Paul BIYA, Président de la République du Cameroun, à l'occasion de la prestation de serment – 6 novembre 2018*, disponible en ligne à [ [Discours de S.E.M. Paul BIYA, Président de la République du Cameroun, à l'occasion de la prestation de serment – 6 novembre 2018. \(prc.cm\)](https://www.prc.cm/fr/actualites/discours/510-message-du-chef-de-l-etat-a-la-nation-a-l-occasion-de-la-celebration-des-cinquantenaires-de-l-independance-et-de-la-reunification-du-cameroun) ], consulté le 26 avril 2024.

<sup>7</sup> MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE LA PLANIFICATION ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, *Stratégie nationale de développement 2020-2030 : pour la transformation*

cette optique, le développement économique ayant été érigé en « véritable cause nationale »<sup>8</sup>, toutes les composantes de la nation devraient y concourir. Il s'agit donc d'une invite *erga omnes* à un « acharnement au travail »<sup>9</sup>. Autrement dit, toutes les Camerounaises et tous les Camerounais devraient contribuer à atteindre cet objectif dans la paix. Dans cet esprit, les jeunes<sup>10</sup>, fer de lance, doivent également être mobilisés<sup>11</sup>. En effet, lors de son discours adressé à la jeunesse camerounaise le 10 février 2023, le Président de la République du Cameroun, S. E. M. Paul BIYA déclarait pertinemment ce qui suit : « Il est évident que ni l'État, ni les entreprises existantes du secteur privé, ne peuvent à eux seuls absorber le volume de jeunes issus chaque année du système éducatif classique. C'est pour cette raison que je vous demande, une fois de plus, de vous tourner également vers l'auto-emploi, en

saisissant les opportunités qui s'offrent à vous dans divers domaines »<sup>12</sup>. Au demeurant, le 13 janvier 2023, cette déclaration présidentielle avait été précédée par la publication par Monsieur le Ministre d'État, Ministre de l'enseignement supérieur d'une *Lettre circulaire portant sur le Statut national de l'étudiant-entrepreneur*<sup>13</sup>. Cette initiative a également été ultérieurement renforcée à la faveur de la *Loi N° 2023/007 du 25 juillet 2023 portant orientation de l'enseignement supérieur au Cameroun*<sup>14</sup>. Ce dispositif traduit un changement de paradigme car l'université-entreprise y est promue et le concept d'étudiant-entrepreneur y est consacré<sup>15</sup>.

Par un tel statut, les pouvoirs publics entendent encourager un apprenant inscrit à l'université camerounaise à continuer à se former<sup>16</sup> en même temps qu'il se lance dans le

*structurelle et le développement inclusif SND30*, 1<sup>re</sup> éd., Yaoundé, MINEPAT, 2020, 225 p.

<sup>8</sup> Voir Discours précité, note 6.

<sup>9</sup> Maurice KAMTO, *L'urgence de la pensée*, Yaoundé, Éditions Mandara, 1993, p. 59.

<sup>10</sup> En vertu de la *Charte africaine de la jeunesse* adoptée le 2 juillet 2006 à Banjul et entrée en vigueur au Cameroun le 29 juin 2011, est jeune toute « personne âgée entre 15 et 35 ans ». Ainsi, en combinant cette disposition avec l'article 488 du *Code civil*, un jeune capable au Cameroun doit avoir entre 21 et 35 ans.

<sup>11</sup> Pour Jean-Baptiste N. WAGO, cette mobilisation doit vraiment concerner toutes les strates de la société car il faut créer une « classe d'entrepreneurs » et mettre fin au « capitalisme sans capitalistes ». Voir Jean-Baptiste N. WAGO, *L'Afrique face à son destin*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 68 et 69.

<sup>12</sup> Voir *Message du Chef de l'État à l'occasion de la 57ème Édition de la Fête de la Jeunesse*, disponible en ligne, [[Message du Chef de l'Etat à l'occasion de la 57ème Édition de la Fête de la Jeunesse \(prc.cm\)](#)], consulté le 26 avril 2024. Cette prescription présidentielle est d'autant plus pertinente que la pression démographique va *crescendo*. En effet, selon la DIVISION DE LA POPULATION DU DÉPARTEMENT DES AFFAIRES

ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DES NATIONS UNIES, la population camerounaise va continuer d'augmenter et atteindra 49 817 394 habitants en 2050 contre 27 667 549 habitants en 2022. Voir [World Population Prospects - Population Division - United Nations](#) (consulté le 2 juillet 2023).

<sup>13</sup> Voir *CIRCULAIRE N° 23-00001/MINESUP/SG/DAJ/DRCU du 13 janvier 2023 portant statut national étudiant-entrepreneur des Institutions Universitaires Publiques et privées du Cameroun*, disponible en ligne, [[bb-ter-02-no-23-00001-minesup-sg-daj-drcu-13jan2023-portant-statut-national-etudiant-entrepreneur-iupp-cameroun.pdf](#)], consulté le 26 avril 2024.

<sup>14</sup> Voir *Loi N° 2023/007 du 25 juillet 2023 portant orientation de l'enseignement supérieur au Cameroun*, disponible en ligne, [[Loi N°2023/007 du 25 juillet 2023 portant orientation de l'Enseignement Supérieur au Cameroun \(prc.cm\)](#)], consultée le 26 avril 2024.

<sup>15</sup> Article 8 de la *Loi* précitée.

<sup>16</sup> Sur le caractère fondamental d'une ressource humaine bien formée, voir notamment Erik ESSOUSSE, *Pratique des fondamentaux du développement optimal par l'Afrique : de l'Afropessimisme à l'Afro-optimisme*, Tome II, Yaoundé, Éditions Écllosion, 2021, pp. 228 et 229.

monde de l'entreprise en exerçant une activité économique. L'espoir est que cet apprenant entre assez tôt dans la vie active de sorte qu'au plus tard à la fin de ses études, il ait déjà un emploi qu'il a lui-même créé et que, éventuellement, il soit en capacité d'embaucher un ou plusieurs autres personnes<sup>17</sup>. Au-delà du statut de l'étudiant-entrepreneur *per se*, celui-ci va évoluer dans le champ économique comme tout autre acteur<sup>18</sup> en ayant à cœur de prospérer, de connaître du succès, de mener une activité florissante qui génère du bénéfice et nourrit son homme. En conséquence, il y a lieu de se poser la question de savoir si un étudiant-entrepreneur sera déjà assez outillé et aguerri pour parvenir à cette fin dans un biotope marqué aussi bien par le principe de la libre concurrence que par une légitime bataille des intérêts pouvant rapidement se muer en une recherche effrénée du gain sans scrupules. Il est vrai que, suivant les recommandations du Dr. Fitzhugh DODSON<sup>19</sup>, le cadre familial aurait déjà pu, dès la tendre enfance, préparer un étudiant-entrepreneur à ces réalités particulières. À défaut, comme il vaut mieux tard que jamais, afin d'accroître ses chances de succès, il nous semble

qu'il serait judicieux de songer à l'accompagnement d'un étudiant-entrepreneur par un mentor.

Un mentor peut être défini comme un « guide, conseiller sage et expérimenté »<sup>20</sup>. Également connu par l'anglicisme *coach*, un mentor est donc une personne qui a déjà roulé sa bosse dans le milieu économique, en maîtrise les rouages et connaît véritablement un certain succès qu'il peut ou non afficher. Comme l'expérience s'acquiert en principe avec le temps, le mentor qui en possède pourrait donc en faire profiter d'emblée l'étudiant-entrepreneur qui lui, semble un néophyte. De fait, aussi bien le Groupement des entreprises du Cameroun (GECAM) que la Chambre de Commerce, d'industrie, des mines et de l'artisanat (CCIMA) ainsi que Entreprises du Cameroun (ECAM) sont des exemples de viviers de potentiels mentors. C'est dire qu'au sein de ces structures se trouvent rassemblés des femmes et des hommes pétris d'expérience et capables, s'ils le veulent, de tenir la main aux étudiants qui souhaitent entreprendre. Ainsi encadré par un mentor, comment l'étudiant-entrepreneur ne décuplerait-il pas ses chances de réussite ? En vue de démontrer l'importance du duo évoqué,

<sup>17</sup> Voir *Message du Chef de l'Etat à l'occasion de la 57ème Édition de la Fête de la Jeunesse*, disponible en ligne, [[Message du Chef de l'Etat à l'occasion de la 57ème Édition de la Fête de la Jeunesse \(prc.cm\)](#)], consulté le 26 avril 2024 qui déclare que « Il est évident que ni l'Etat, ni les entreprises existantes du secteur privé, ne peuvent à eux seuls absorber le volume de jeunes issus chaque année du système éducatif classique. [...] C'est pour cette raison que je vous demande, une fois de plus, de vous tourner également vers l'auto-emploi, en saisissant les opportunités qui s'offrent à vous dans les domaines tels que l'agriculture, l'artisanat ou l'économie numérique. »

<sup>18</sup> L'étudiant-entrepreneur devrait en principe être de nationalité camerounaise. Au Cameroun, la nationalité s'acquiert soit en principe par la filiation (art. 6-8 et 20 Loi n° 1968-LF-3 du 11 juin 1968,

portant code de la nationalité camerounaise), soit par mariage pour une femme (art. 17 de la même Loi), soit par naturalisation (art. 24 de la même Loi) soit encore exceptionnellement en raison de la naissance au Cameroun (art. 9-12 de la même Loi.) Ladite nationalité peut cependant être perdue (art. 31 de la même Loi). A défaut, en vue d'entreprendre, un étudiant étranger devrait préalablement obtenir du ministre du commerce un agrément prévu par les articles 5 et 6 de la Loi N°2015/018 du 21 décembre 2015 régissant l'activité commerciale au Cameroun.

<sup>19</sup> Voir Fitzhugh DODSON, *Tout se joue avant six ans*, Verviers, Marabout, 1983, 320 p.

<sup>20</sup> Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Dictionnaire Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2009, p. 1574. Voir également Timothy FERRISS, *La tribu des mentors : quand les plus grands nous inspirent*, Paris, Alisio, 2018, p. 19.

il conviendra donc d'exposer le rôle du mentor à l'égard de l'étudiant-entrepreneur (I) avant d'examiner les modalités du mentorat ainsi sollicité (II).

### **I- Le rôle du mentor à l'égard de l'étudiant-entrepreneur**

Au Cameroun, comme d'ailleurs dans tout l'espace de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), qu'elle soit aux études ou non, une personne physique peut prendre soit le statut de commerçant, soit le statut d'entrepreneur<sup>21</sup>, à condition d'en être capable<sup>22</sup>. Dans le triangle national, à moins d'être un mineur émancipé<sup>23</sup>, l'article 488 du *Code civil* précise ce qui suit : « La majorité est fixée à vingt-et-un ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile ». Cependant, ledit majeur ne doit être ni interdit<sup>24</sup>, ni limité par l'article 499 *Code civil*, ni prodigue<sup>25</sup>, ni dans une situation d'incompatibilité<sup>26</sup>.

Cela dit, entreprendre est une aventure humaine assez exigeante qui requiert donc une bonne dose de passion<sup>27</sup>. En même temps qu'il parie sur l'avenir, l'entrepreneur fait un don de soi en déployant des efforts pour satisfaire un besoin en contrepartie d'un prix. Il y a là une part de risque car il n'y

a aucune garantie ni de retour sur investissement, encore moins de gain véritable. Il s'agit donc en quelque sorte d'un bond dans une certaine incertitude. C'est pourquoi, le néophyte qu'est en principe un étudiant-entrepreneur gagnerait à être épaulé par une personne plus aguerrie. Dans cette optique, un mentor pourrait l'aiguiller notamment en renforçant son *mindset* (A) et, le cas échéant, en lui apportant un soutien (B).

#### **A- Un rôle de renforcement de *mindset***

Le renforcement du *mindset* de l'étudiant-entrepreneur peut se faire soit par des conseils (1), soit par un affermissement de sa culture entrepreneuriale (2).

##### **1) Un rôle de conseil**

L'entrepreneuriat ayant pour objet de « se mettre à faire quelque chose »<sup>28</sup>, consiste à développer une idée<sup>29</sup> en vue de créer un bien ou un service susceptible de satisfaire un besoin en contrepartie du paiement d'un prix. Il requiert un état d'esprit de combattant<sup>30</sup> dont le gain n'est guère assuré. Contrairement à un employé qui aura droit à son salaire périodique, rien n'est à l'avance gagné pour l'entrepreneur. Par conséquent, il évolue

<sup>21</sup> Article 1 de l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo) et entré en vigueur le 16 mai 2011 ci-dessous désigné AUDCG.

<sup>22</sup> Article 6 AUDCG.

<sup>23</sup> Article 6 AUDCG.

<sup>24</sup> Article 489 *Code civil*, articles 10 et 63(3) AUDCG.

<sup>25</sup> Article 513 *Code civil*.

<sup>26</sup> Art. 8 et 9 AUDCG.

<sup>27</sup> Jim COLLINS, *De la performance à l'excellence : devenir une entreprise leader*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Nouveaux Horizons, 2017, p. 106.

<sup>28</sup> J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, note

20, p. 892.

<sup>29</sup> Tout commence par la prise de conscience et une idée. À cet égard, voir Melinda GATES, *Prendre son envol*, Neuilly-sur-Seine, Éditions Michel Lafon, 2019, p. 20 pour qui le défi était de « découvrir de grandes idées, qui auraient permis d'obtenir des améliorations maximales avec un investissement minimum ».

<sup>30</sup> Ici trouve tout son sens le propos selon lequel « L'homme se découvre quand il se mesure à l'obstacle ». Voir Antoine de SAINT-EXUPÉRY, *Terre des hommes*, Paris, Éditions Gallimard, 1986, p. 9.

dans l'incertitude quasi-permanente et doit donc apprendre à gérer les risques. Cela ne veut pas dire que l'entrepreneur est sûr de perdre. Si tel était le cas, évidemment que cela ne servirait à rien de se lancer et il serait préférable de faire autre chose ou même de ne rien faire du tout. Par contre, l'incertitude dont il s'agit ici est celle qui laisse subsister l'espoir d'une issue heureuse grâce à une réussite salvatrice ; une seule réussite étant à même d'effacer le souvenir et les conséquences de multiples échecs précédents. Un mentor aura justement pour rôle de l'épauler en cas de coup dur et de raviver cette flamme de l'espoir afin que l'étudiant-entrepreneur persévère. Comme le dit si bien la professeure Brené BROWN, « il faut de l'espoir pour sortir de l'impuissance et du désespoir »<sup>31</sup>. Ce faisant, le mentor devrait contribuer à construire la résilience de l'étudiant-entrepreneur.

Au demeurant, en tant qu'entrepreneur, l'étudiant devra se soumettre aux lois et règlement en vigueur au Cameroun. Il s'agit notamment de *l'Acte uniforme sur le droit commercial général* (AUDCG) dont l'article 1, al. 1 dispose que « [t]out commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États Parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, ci-après dénommés «États

Parties », est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme ».

Les conseils du mentor pourraient également insister sur les régimes des incompatibilités. En effet, les articles 8 et 9 de l'AUDCG sont éloquentes à ce sujet. D'une part, l'article 8 énonce que ce qui suit :

« Nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité.

Il n'y a pas d'incompatibilité sans texte.

Il appartient à celui qui invoque l'incompatibilité d'en rapporter la preuve.

Les actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité n'en restent pas moins valables à l'égard des tiers de bonne foi.

Ceux-ci peuvent, si bon leur semble, se prévaloir des actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité, mais celle-ci ne peut s'en prévaloir. »

D'autre part, l'article 9 AUDCG renchérit :

« L'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes :

- fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ;
- officiers ministériels et auxiliaires de justice : avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change, notaire, greffier,

<sup>31</sup> Brené BROWN, *Comment affronter l'adversité : se relever après la chute*, Paris, GuyTrédaniel éditeur, 2015, p. 260.

administrateur et liquidateur judiciaire ;

- expert-comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime ;
- plus généralement, toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale. »

## **2) Un rôle de vecteur de la culture entrepreneuriale**

La culture entrepreneuriale est l'ensemble des pratiques et des normes qui ont cours dans la vie d'une entreprise<sup>32</sup>. La culture dominante ici est celle qui consiste à récompenser les résultats<sup>33</sup>. Or, c'est un truisme que d'affirmer qu'il faut semer avant de récolter. De ce fait, l'entrepreneuriat repose sur un investissement. Par l'entremise de la *Loi N° 2017/015 du 12 juillet 2017 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi N° 2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun*, le législateur camerounais a donné une définition exhaustive de l'investissement et de l'investisseur. Ainsi, aux termes de l'article 3(6) de ladite Loi, un investissement est un « actif détenu et/ou acquis par un investisseur ». Il y est expressément ajouté qu'un tel investissement peut prendre la forme d'une entreprise, d'actions, de parts de capital, d'obligations, de créances

monétaires, de droits de propriété intellectuelle, de droits au titre de contrats, de droits conférés par la loi et les règlements, ou de tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que tous droits connexes de propriété. L'article 3(7) de la même Loi énonce par surcroît qu'un investisseur est toute « personne physique ou morale camerounaise ou étrangère résidente ou non résidente, qui acquiert un actif au titre de l'exercice de ses activités en prévision d'un rendement ».

Mieux encore, de l'avis de Robert T. KIYOSAKI, « pour réussir, l'entrepreneur doit posséder certains traits de caractères bien précis :

1. La vision : la faculté de voir ce que les autres sont incapables de voir.
2. Le courage : la faculté d'agir malgré le doute.
3. La créativité : la faculté de penser autrement.
4. La persévérance devant la critique : personne n'a jamais réussi sans avoir été la cible de sarcasmes.
5. La patience : il peut être difficile de mettre de côté la satisfaction personnelle immédiate au profit d'une récompense plus substantielle à long terme. »<sup>34</sup>

Au demeurant, autant l'entreprise peut prendre plusieurs formes et être même centrée sur la personne même de l'étudiant-entrepreneur, autant il serait judicieux pour lui de détacher ses activités de sa personne physique. En effet, il serait bien avisé pour tout

<sup>32</sup> À titre d'illustration, voir Takahiro FUJIMOTO, *The evolution of a Manufacturing System at Toyota*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 380 p.

<sup>33</sup> Voir M. GATES, *op. cit.*, note 29, p. 237.

<sup>34</sup> Robert T. KIYOSAKI, *Guide pour investir*, Brossard, Les Éditions Un monde différent, 2014, p. 332.

entrepreneur prévoyant et clairvoyant d'agir par le truchement d'une personne morale de façon à protéger sa personne physique et son éventuel patrimoine personnel. On sait qu'en vertu de l'article 1 de l'AUDCG, une personne morale peut avoir le statut de commerçant. Le statut et le régime de la personne morale sont fixés par l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE)<sup>35</sup>. De plus, ils induisent généralement des avantages fiscaux non-négligeables.

Il convient aussi de souligner qu'une culture entrepreneuriale serait incomplète sans une éducation financière<sup>36</sup>. En effet, l'éducation financière encore appelée littéracie financière, chantre de la liberté financière, sera donc axée sur l'importance de l'argent et du budget, la nécessité de l'épargne et de l'investissement productif. Au demeurant, dans un article paru en 2022, Kelley KEEHN, éducatrice en finances personnelles, invite les agents économiques que nous sommes tous et surtout les jeunes à s'efforcer d'agir comme une entreprise<sup>37</sup>. « Si on considère toujours tout le monde comme un client, qu'on est toujours à la recherche d'occasions parce qu'on pense comme une entreprise, cela va être vraiment très utile »<sup>38</sup>, conclut-elle. L'éducation financière est donc

fondamentale pour évoluer dans le monde contemporain. Elle permet à l'individu qui se l'approprie de posséder les connaissances et les habiletés susceptibles de le doter de ressources financières dont il a besoin pour vivre au moins dignement et décentement. De nombreux ouvrages sont réputés pour concourir à une telle éducation financière. À titre d'illustration, citons *Père riche, père pauvre*<sup>39</sup> ; *Le barbier riche*<sup>40</sup> et *The Millionaire next door*<sup>41</sup>.

On le voit, la culture d'entreprise étant donc transversale, il est crucial que l'entrepreneur en herbe s'entoure non seulement d'un mentor, mais consulte également assez régulièrement un comptable, un avocat, un banquier et même un fiscaliste<sup>42</sup>. Aucun de ces professionnels ne sera de trop dans le soutien qu'apporte le mentor.

## **B- Un potentiel rôle de soutien**

Le mentor est également celui-là qui, au besoin, pourra soutenir l'étudiant-entrepreneur aussi bien aux niveaux matériel et financier (1) que sur les plans moral et psychologique (2).

### **1) Un soutien matériel et financier**

Le cas échéant, il n'est pas exclu qu'un mentor puisse apporter une main secourable à son poulain qu'est un étudiant-entrepreneur. Un tel soutien

<sup>35</sup> Voir l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (Burkina Faso) et entré en vigueur le 05 mai 2014.

<sup>36</sup> R. T. KIYOSAKI, *op. cit.*, note 34, p. 409.

<sup>37</sup> Voir [Comment les jeunes Canadiens se préparent à une éventuelle récession | LesAffaires.com](#) consulté le 15 juin 2022.

<sup>38</sup> *Ibidem*

<sup>39</sup> Robert KIYOSAKI, *Père riche, père pauvre*, Brossard, Les Editions Un Monde Différent Itée, 2017, 336 p.

<sup>40</sup> David CHILTON, *Le barbier riche*, Montréal, Trecarre Editions, 1997, 211 p.

<sup>41</sup> Thomas J. STANLEY and William D. DANKO, *The Millionaire Next Door: The Surprising Secrets of America's Wealthy*, New York, Pocket Books, 1996, 258 p.

<sup>42</sup> Voir notamment R. T. KIYOSAKI, *op. cit.*, note 34, p. 342.

pourrait prendre la forme soit d'un appui matériel, soit d'un soutien financier<sup>43</sup>. Il faut cependant admettre qu'un apport financier requiert une certaine affinité. En témoigne la constatation faite par Melinda GATES : « Lorsque l'on finance les start-up ; il y a si peu de données sur ce qui fonctionne en matière d'investissements précoces que les investisseurs donnent de l'argent aux gens qu'ils connaissent »<sup>44</sup>. À défaut d'un tel soutien, nul doute qu'un réconfort moral ou psychologique serait toujours bienvenu.

## **2) Un soutien moral et psychologique**

Le cas échéant, un mentor a également vocation à booster le moral de son poulain lorsque celui-ci traverser une épreuve ou fait face à des difficultés conjoncturelles ou systémiques. En l'occurrence, il sera question de galvaniser l'étudiant-entrepreneur aux prises avec un problème de nature à saper son moral. Il faudra donc lui apporter des mots d'encouragement et des attitudes susceptibles de lui mettre du baume au cœur et le remettre en selle. Il peut s'agir d'un acte aussi banal que d'une petite tape dans le dos ou d'un autre geste manifestant de l'empathie, de l'affection ou de la sympathie à son égard. Il faut donc lui montrer qu'il est suivi, écouté, compris et n'est pas seul.

<sup>43</sup> Un soutien financier suppose un besoin en amont. Au demeurant, compte tenu de l'actuelle relative disponibilité des terres du domaine national au Cameroun, nombre d'étudiants entrepreneurs pourraient encore accéder à un titre foncier et l'utiliser comme levier de financement de leurs activités. En effet, suivant l'article 1<sup>er</sup> du *Décret N° 76/165 du 24 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier*, en tant que certification officielle de la propriété immobilière, un titre foncier est en principe intangible, inattaquable et définitif. Ce sont là autant de qualités pouvant convaincre une

L'essentiel ici est de trouver les mots justes ou de poser l'acte idoine qui redonne pleine confiance à l'étudiant-entrepreneur afin qu'il puisse sereinement reprendre ou vaquer à ses occupations.

## **II- Les modalités du mentorat**

Une observation de la vie socio-économique donne à voir que le mentorat peut être plus ou moins encadré et véritablement structuré. Aussi pouvons-nous distinguer le mentorat organisé sur la base d'un contrat de franchise (B) d'autres types de mentorat plus informel (A).

### **A- Un mentorat informel**

Le mentorat informel peut se dérouler soit en présentiel (1), soit à distance (2).

#### **1) Un mentorat en présentiel**

Un mentorat est en présentiel lorsque la transmission de l'expérience se fait de vive voix en un endroit où sont présents aussi bien le mentor que l'étudiant-entrepreneur. Il peut alors être individualisé (a) ou collectif (b).

banque ou une microfinance d'accorder un crédit sur la base d'une hypothèque. Cette facilité est elle-même assujettie d'une part à une réforme démocratisant l'accession à la propriété foncière notamment pour les jeunes et d'autre part, à une véritable sanctuarisation du titre foncier sous les auspices du ministère camerounais des domaines, du cadastre et des affaires foncières. Voir notamment André TIENTCHEU NJIAKO, *Le titre foncier au Cameroun*, Yaoundé, Éditions ARIKA, 2009, p. 290.

<sup>44</sup> Voir M. GATES, *op. cit.*, note 29, p. 247.

### a) Le mentorat individualisé

Le mentorat individualisé a lieu lorsqu'un mentor prend un entrepreneur novice sous son aile et l'encadre jusqu'à ce qu'il soit capable de s'en sortir tout seul. Cela peut prendre la forme d'un parrainage. À cette occasion, le compagnonnage n'est pas basé sur un quelconque lien de subordination. En effet, certes, l'étudiant-entrepreneur devrait être réceptif aux enseignements de son mentor. Mais, il devrait aussi être encouragé à remettre en question le savoir existant<sup>45</sup>. C'est souvent par ce moyen que naît l'innovation générée par une créativité qu'il ne faut surtout ni brider, ni brimer.

### b) Le mentorat collectif

Il y a mentorat collectif lorsque la personne ressource détentrice d'une expérience avérée communique son avoir, son savoir-faire et son savoir-être à un groupe de bénéficiaires en même temps. Cela pourra survenir à l'occasion d'une conférence autrement appelée *masterclass*, d'un débat, d'un discours ou d'un séminaire. Parfois, cette activité est réservée à un groupe de personnes triées sur le volet ou qui y accèdent après avoir payé un coût d'entrée. L'étudiant-entrepreneur qui désire en tirer le meilleur parti devrait donc être capable soit de jouer de son entregent, soit de déboursier un peu d'argent à cette fin.

<sup>45</sup> Voir Louis David MARQUET, *Renversez la vapeur ! L'histoire vraie d'un capitaine qui a su transformer des exécutants en leaders*, Brossard, Les éditions Un monde différent Ltée, 2019, p. 258.

<sup>46</sup> Guy PENDELIAU, *Entreprendre aujourd'hui, les fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2020, 262 p.

<sup>47</sup> Paul K. FOKAM, *Et si l'Afrique se réveillait*, 2<sup>e</sup> éd., Yaoundé, Afrédit, 2016, 224 p.

<sup>48</sup> Ricardo KANIAMA, *La chèvre de ma mère : le secret de la prospérité financière*, 2<sup>e</sup> éd., Kinshasa, International Success Training Center, 2020, 204 p.

## 2) Un mentorat à distance

Le mentorat à distance consistera pour l'étudiant-entrepreneur à bénéficier du savoir d'un guide sans le moindre contact physique avec celui-ci. Il se produira soit au moyen d'un ouvrage (a), soit par la magie du digital (b).

### a) Le mentorat livresque

De nombreux ouvrages ont vocation à encadrer un entrepreneur débutant. Toutefois, il y en a qui scient mieux à notre écosystème que d'autres. Nous citerons par exemple *Entreprendre aujourd'hui, les fondamentaux* de Guy PENDELIAU<sup>46</sup> ; *Et si l'Afrique se réveillait* de Dr. Paul K. FOKAM<sup>47</sup> ; *La chèvre de ma mère* de Ricardo KANIAMA<sup>48</sup> ; *Père riche, père pauvre*<sup>49</sup> et *Guide pour investir*<sup>50</sup> de Robert T. KIYOSAKI ; *Le barbier riche* de David CHILTON<sup>51</sup> ; *Réfléchissez et devenez riche* de Napoléon HILL<sup>52</sup> ainsi que *International Entrepreneurship* de Robert D. HISRICH<sup>53</sup> pour les plus ambitieux. En tout état de cause, l'étudiant-entrepreneur plus curieux gagnerait à lire également *Mes conseils pour réussir* de Jack WELCH<sup>54</sup>.

### b) Le mentorat virtuel

Le mentorat virtuel consistera pour l'étudiant-entrepreneur à consulter sur Internet des ressources susceptibles de l'aiguiller en cas de besoin. De telles

<sup>49</sup> R. KIYOSAKI, *op. cit.*, note 39, 336 p.

<sup>50</sup> R. T. KIYOSAKI, *op. cit.*, note 34, p. 525.

<sup>51</sup> D. CHILTON, *op. cit.*, note 40, 211 p.

<sup>52</sup> Napoléon HILL, *Réfléchissez et devenez riche*, Varennes, Éditions AdA Inc., 2014, 346 p.

<sup>53</sup> Robert D. HISRICH, *International Entrepreneurship*, 3rd Ed., Los Angeles, SAGE Publications Inc., 2016, 424 p.

<sup>54</sup> Jack WELCH, *Mes conseils pour réussir*, Paris, Nouveaux Horizons, 2009, 374 p.

ressources y sont abondantes et variées. Elles prennent la forme de documentaires, de reportages, de témoignages ou même d'interviews accessibles notamment via google, sur Facebook ou sur la plateforme YouTube. Ces dernières années, quelques Camerounais se sont illustrés dans la production de contenus digitaux ayant vocation à promouvoir l'entrepreneuriat. Nous pensons notamment à Loïc KAMWA, à Stéphanie MBIDA, à Claudel NOUBISSIE et à Philippe SIMO. Avec des moyens divers, certains de ces jeunes parcourent le monde, bravent des obstacles multiples pour faire découvrir les tenants et les aboutissants de l'entrepreneuriat. Leurs voix et leurs discours méritent d'être exploités par qui veut enrichir ses connaissances du monde des entreprises en surfant sur la toile soit à l'aide d'un téléphone androïde désormais démocratisé, soit par l'entremise d'un ordinateur. C'est dire que l'accès aux connaissances est plus aisé qu'auparavant. Ce qui n'est pas forcément le cas s'agissant d'un contrat de franchise.

### **B- Un mentorat formalisé au moyen d'un contrat de franchise**

Un contrat de franchise nous semble un tremplin juridique approprié pour mettre en œuvre le mentorat. Pour s'en convaincre, il y a lieu d'en examiner la nature juridique (1) avant d'en explorer le régime juridique (2).

#### **1) La nature juridique d'un contrat de franchise**

Le contrat de franchise ou franchisage est une invention des agents économiques des États-Unis d'Amérique qui ont conçu le *franchising*. Il s'entend d'un « [c]ontrat par lequel le titulaire d'un signe distinctif, généralement déposé à titre de marque (le franchiseur), en concède l'usage à un commerçant indépendant (le franchisé) auprès duquel il assume une fonction de conseil et d'assistance commerciale, moyennant le paiement d'une redevance sur le chiffre d'affaires du franchisé ainsi que son engagement de s'approvisionner en tout ou en partie auprès du franchiseur ou de tiers déterminés et de respecter un certain nombre de normes tant pour l'implantation que pour la gestion de son entreprise »<sup>55</sup>. La définition du doyen Gérard CORNU est encore plus pertinente eu égard à notre propos : il s'agit d'un contrat « en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur (avec en général de sa part pour cet approvisionnement un engagement d'exclusivité) »<sup>56</sup>.

Un examen minutieux des ces définitions à l'aune des velléités d'accélérer la marche du Cameroun vers l'émergence laisse voir que le contrat de franchise est une aubaine pour les petites

<sup>55</sup> Serge GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 29<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Dalloz, 2021, p. 505.

<sup>56</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2020, p. 476.

et moyennes entreprises en général et pour un étudiant-entrepreneur en particulier. En effet, pourquoi vouloir inventer une roue qui existe déjà ? Dans la mesure où les habitudes de consommation sont similaires ou se rapprochent au fil des brassages culturels, le contrat de franchise est en quelque sorte un outil de transfert d'un savoir-faire déjà éprouvé et générateur de prospérité du franchiseur au bénéfice du franchisé avec une contrepartie constituée de droits d'entrée et de redevances. Ainsi, le franchiseur sera en situation de mentor et un étudiant-entrepreneur prendra la posture du franchisé. Dans cette position, l'étudiant-entrepreneur se lancera dans une activité qui connaît déjà du succès ailleurs. Tout en demeurant indépendant, donc sans lien de subordination à l'égard de son « mentor de luxe », il devra se contenter de reproduire la formule ou la recette gagnante du franchiseur pour aspirer lui aussi à la prospérité dans l'espace qui lui sera assigné de façon exclusive. En retour, il lui incombera seulement de choisir un secteur d'activité, d'y identifier un franchiseur qui y a pignon sur rue, de déboursier des droits d'entrée, de reproduire le savoir-faire sous le contrôle du franchiseur et de connaître le même succès en versant les redevances dues. Toutefois, au terme du contrat de franchise dont la durée renouvelable est relativement longue, le franchisé devra s'abstenir de faire concurrence à son ex-franchiseur.

On le voit, sans être une panacée, le contrat de franchise est une véritable

aubaine pour les étudiants-entrepreneurs. Son encadrement juridique n'est cependant pas encore au point dans le cadre de l'OHADA en général et au Cameroun en particulier.

## 2) Le régime juridique d'un contrat de franchise

La pertinence du contrat de franchise et même un certain engouement en la matière dans le contexte économique contemporain contraste avec son niveau d'encadrement juridique au Cameroun. Il est vrai que le droit des affaires relève désormais par préemption de la compétence de l'OHADA<sup>57</sup>. Sur cette base, par *Décision N° 0011/2011/CM/OHADA du 17 juin 2011*, modifiée par celle *N° 02/2013/CM/OHADA du 14 juin 2013*, le Conseil des Ministres avait annoncé l'extension du champ des actes uniformes aux matières telles que l'affacturage, le crédit-bail et la franchise<sup>58</sup>. Onze ans plus tard, force est de constater que le législateur communautaire n'est toujours pas passé à l'action.

De fait, le contrat de franchise est un contrat encore largement gouverné au Cameroun par la pratique contractuelle reposant sur la liberté éponyme. Or, compte tenu de l'asymétrie des forces économiques qui peut exister entre le franchiseur et franchisé, *a fortiori* lorsque celui-ci a le statut d'étudiant-entrepreneur, il est à craindre que le contrat de franchise, contrat synallagmatique ne soit en réalité qu'un

<sup>57</sup> Article 2 du *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* conclu à Maurice le 17 octobre 1993 tel que révisé par le *Traité de Québec* du 17 octobre 2008. Il convient de noter que le *Traité* ainsi révisé est lui-même entré en vigueur le 21 mars 2010.

<sup>58</sup> Voir [https://www.ohada.com/actualite/6133/pour-un-droit-uniforme-de-la-franchise.html?langue=fr], consulté le 10 septembre 2024.

contrat d'adhésion qui ne protège pas suffisamment les intérêts du franchisé. Hormis les éléments en principe non négociables tels que le manuel d'exploitation du franchiseur, il est donc urgent que le législateur communautaire fasse du contrat de franchise un contrat nommé contenant au besoin des dispositions d'ordre public garantissant un réel équilibre des droits et des obligations contractuels des cocontractants. Par exemple, la durée du contrat de franchise est un aspect crucial lors des négociations. Tandis que le franchisé pourrait être enclin à solliciter un contrat de longue durée, le franchiseur pourrait être tenté d'opter pour un contrat de courte durée. Néanmoins, quelle qu'en soit la durée, le contrat pourra toujours être renouvelé. Mais, cela nécessitera de nouvelles négociations teintées des appréhensions énoncées plus haut. De plus, pour le franchisé, cela entraînera le paiement des droits de renouvellement qui, trop rapproché de la sortie de liquidité orchestrée par le paiement des droits d'entrée, pourrait négativement affecter sa trésorerie.

### **Conclusion**

Au regard des développements qui précèdent, il serait louable de créer les conditions pour l'avènement d'une prospérité durable<sup>59</sup> et partagée<sup>60</sup> au

Cameroun. Le statut d'étudiant-entrepreneur y concourt. Nous avons vu à quel point un mentor peut être utile, voire décisif à cet égard. Comptant sur ce soutien de poids, l'étudiant-entrepreneur ne devrait pas hésiter à oser. Il lui sera alors loisible de s'impliquer notamment dans une agriculture de seconde génération après une indispensable réforme agraire<sup>61</sup> car comme le dit l'adage, « la terre ne trompe pas ». Il pourra aussi s'investir dans les « piliers de l'industrialisation »<sup>62</sup> que constituent les secteurs forêt-bois, textile/confection-cuir, mines-métallurgie – sidérurgie, hydrocarbures – raffinage -pétrochimie et chimie – pharmacie<sup>63</sup>.

Ce faisant, sur un autre registre plus global, il faudrait également veiller à ce que la prospérité désirée soit principalement le fait des citoyens du pays et donc qu'ils puissent naturellement en préempter les fruits. Certes, le Cameroun a opté pour une économie libéralisée qui fait place nette à la liberté d'entreprise et à la liberté de commerce<sup>64</sup>. Toutefois, le législateur avait fait le choix d'assujettir une implication substantielle d'un étranger dans les activités commerciales au Cameroun à l'obtention d'un agrément délivré par le ministre du commerce. C'est le sens des alinéas 2 et 3 de

<sup>59</sup> Sur cet aspect, voir Viviane ONDOUA BIWOLE, *La PME camerounaise et le développement durable : défis, fondements et stratégies*, Yaoundé, Éditions Clé, 2012, 237 p.

<sup>60</sup> Telle est la finalité de la vision formulée dans Paul BIYA, *Pour le libéralisme communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne, Éditions Favre, 2024, 216 p.

<sup>61</sup> Ernest TOUNA MAMA, *L'économie camerounaise à l'épreuve de l'émergence*, Yaoundé, Afrédit, 2018, p. 190.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>63</sup> Voir MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE LA PLANIFICATION ET DE L'AMÉNAGEMENT

DU TERRITOIRE, *Stratégie nationale de développement 2020-2030 : pour la transformation structurelle et le développement inclusif SND30*, 1<sup>re</sup> éd., Yaoundé, MINEPAT, 2020, pp. 47 et suiv.

<sup>64</sup> L'article 5 (1) de la *Loi N°2015/018 du 21 décembre 2015 régissant l'activité commerciale au Cameroun* se lit comme suit: « L'exercice de l'activité commerciale sur l'étendue du territoire national par toute personne physique ou morale est libre, sous réserve du respect des lois et règlements en vigueur ».

l'article 5 de la *Loi sur les activités commerciales* précitée. L'observation de la scène économique sur certaines grandes artères du pays montre le spectacle de commerçants étrangers qui les écument et gagnent progressivement du terrain. À ce rythme, il n'y a aucune chance que le Cameroun tire son épingle du jeu dans la bataille économique globale<sup>65</sup>. Vivement que l'État de droit soit consolidé<sup>66</sup> en veillant notamment à une application effective de la loi en vigueur. Il serait fâcheux qu'un opérateur économique se retrouve à l'étroit dans son pays simplement parce que, par un certain laxisme, la loi est dévoyée. Par conséquent, si besoin se fait sentir, il faudrait veiller à préserver la volonté du législateur camerounais de faire en sorte que l'activité commerciale soit en principe réservée aux Camerounaises et aux Camerounais. Si ceux-ci ne peuvent pas se déployer et s'épanouir économiquement et commercialement dans leur pays, dans quel autre endroit sur la planète bleue le pourraient-ils aisément ? Il ne faut jamais oublier que la finalité du contrat social et le meilleur signe d'un bon gouvernement, c'est « la conservation et la prospérité de ses membres »<sup>67</sup>.

#### **BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE :**

- BIYA Paul, *Anthologie des discours et interviews du Président de la République du Cameroun, 1982-2002*, vol. II, Yaoundé, Editions SOPECAM, 2002, 580 p.

- BIYA Paul, *Pour le libéralisme communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne, Éditions Favre, 2024, 216 p.
- BROWN Brené, *Comment affronter l'adversité : se relever après la chute*, Paris, GuyTrédaniel éditeur, 2015, 369 p.
- BURDEAU Georges, *L'État*, Paris, Éditions du Seuil, 1992, 182 p.
- CHILTON David, *Le barbier riche*, Montréal, Trecarre Editions, 1997, 211 p.
- COLLINS Jim, *De la performance à l'excellence : devenir une entreprise leader*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Nouveaux Horizons, 2017, 287 p.
- CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2020, 1091 p.
- DODSON Fitzhugh, *Tout se joue avant six ans*, Verviers, Marabout, 1983, 320 p.
- ESSOUSSE Erik, *Pratique des fondamentaux du développement optimal par l'Afrique : de l'Afropessimisme à l'Afro-optimisme*, Tome II, Yaoundé, Éditions Éclosion, 2021, 746 p.
- FERRISS Timothy, *La tribu des mentors : quand les plus grands nous inspirent*, Paris, Alisio, 2018, 658 p.
- FOKAM K. Paul, *Economic intelligence: A powerful weapon in the global economic battle*, Yaoundé, Afrédit, 2018, 149 p.
- FOKAM K. Paul, *Et si l'Afrique se réveillait*, 2<sup>e</sup> éd., Yaoundé, Afrédit, 2016, 224 p.
- FUJIMOTO Takahiro, *The evolution of a Manufacturing System at*

<sup>65</sup> Voir Paul K. FOKAM, *Economic intelligence: A powerful weapon in the global economic battle*, Yaoundé, Afrédit, 2018, p. 116.

<sup>66</sup> E. TOUNA MAMA, *op. cit.*, note 60, p. 145 qui définit d'ailleurs l'État de droit comme celui dans lequel « chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. En outre, il y a égalité des

sujets de droit devant les normes juridiques et l'indépendance des juridictions ».

<sup>67</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, GF – Flammarion, 1992, p. 112. Voir également Georges BURDEAU, *L'État*, Paris, Éditions du Seuil, 1992, p. 153 et 154.

- Toyota, Oxford, Oxford University Press, 1999, 380 p.
- GATES Melinda, *Prendre son envol*, Neuilly-sur-Seine, Éditions Michel Lafon, 2019, 298 p.
  - GUINCHARD Serge (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 29<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Dalloz, 2021, 1119 p.
  - HILL Napoléon, *Réfléchissez et devenez riche*, Varennes, Éditions AdA Inc., 2014, 346 p.
  - HISRICH Robert D., *International Entrepreneurship*, 3rd Ed., Los Angeles, SAGE Publications Inc., 2016, 424 p.
  - KAMTO Maurice, *L'urgence de la pensée*, Yaoundé, Éditions Mandara, 1993, p.
  - KANIAMA Ricardo, *La chèvre de ma mère : le secret de la prospérité financière*, 2<sup>e</sup> éd., Kinshasa, International Success Training Center, 2020, 204 p.
  - KIYOSAKI Robert, *Père riche, père pauvre*, Brossard, Les Editions Un Monde Différent Ltée, 2017, 336 p.
  - KIYOSAKI T. Robert, *Guide pour investir*, Brossard, Les Éditions Un monde différent, 2014, 324 p.
  - MARQUET Louis David, *Renversez la vapeur ! L'histoire vraie d'un capitaine qui a su transformer des exécutants en leaders*, Brossard, Les éditions Un monde différent Ltée, 2019, 288 p.
  - MICHALET Charles-Albert, *Qu'est-ce que la mondialisation ?* Paris, La découverte, 2004, 208 p.
  - MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE LA PLANIFICATION ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, *Stratégie nationale de développement 2020-2030 : pour la transformation structurelle et le développement inclusif SND30*, 1<sup>re</sup> éd., Yaoundé, MINEPAT, 2020, 225 p.
  - OLINGA Alain Didier, *Justice militaire et lutte contre le terrorisme au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2022, 235 p.
  - ONDOUA BIWOLE Viviane, *La PME camerounaise et le développement durable : défis, fondements et stratégies*, Yaoundé, Éditions Clé, 2012, 237 p.
  - PENDELIAU Guy, *Entreprendre aujourd'hui, les fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2020, 262 p.
  - REY-DEBOVE Josette et REY Alain (dir.), *Dictionnaire Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2009, 2837 p.
  - ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, GF – Flammarion, 1992, 187 p.
  - SAINT-EXUPERY Antoine de, *Terre des hommes*, Paris, Éditions Gallimard, 1986, 182 p.
  - STANLEY J. Thomas and DANKO D. William, *The Millionaire Next Door: The Surprising Secrets of America's Wealthy*, New York, Pocket Books, 1996, 258 p.
  - TIENCHEU NJIAKO André, *Le titre foncier au Cameroun*, Yaoundé, Éditions ARIKA, 2009, 326 p.
  - TOUNA MAMA Ernest, *L'économie camerounaise à l'épreuve de l'émergence*, Yaoundé, Afrédit, 2018, 382 p.
  - TOUNA MAMA Ernest, *L'économie camerounaise : pour un nouveau départ*, Yaoundé, Afrédit, 2008, 472 p.
  - WAGO N. Jean-Baptiste, *L'Afrique face à son destin*, Paris, L'Harmattan, 2018, 206 p.
  - WELCH Jack, *Mes conseils pour réussir*, Paris, Nouveaux Horizons, 2009, 374 p.

## LE ROLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DANS L'ELECTION PRESIDENTIELLE DE MARS 2024 AU SENEGAL

Par

**Ousmane KHOUMA,**

Enseignant-chercheur en droit public,  
Faculté des Sciences juridiques et politiques  
Université Cheikh Anta Diop de Dakar.

### SOMMAIRE

#### Introduction

- I- Un régulateur autoproclamé du bon fonctionnement des institutions
  - A- La substitution du Conseil constitutionnel au Président de la République
    - 1. La compétence du Conseil constitutionnel
    - 2. L'empiètement du Conseil constitutionnel dans la fonction présidentielle
  - B- La fin d'un mythe : le Conseil constitutionnel sénégalais est-il devenu le « gardien de la Constitution » ?
    - 1. Le Président de la République, un gardien incertain de constitution
    - 2. Le Conseil constitutionnel, un gardien affirmé de la constitution
- II- Un garant classique de la régularité du scrutin présidentiel
  - A- Le juge constitutionnel, juge de l'élection présidentielle
    - 1. Le contrôle général des conditions d'éligibilité
    - 2. Le contrôle spécifique du parrainage
  - B- Le juge constitutionnel, juge administratif ?
    - 1. L'annulation du décret présidentiel par le Conseil constitutionnel
    - 2. La discutabile « *plénitude de juridiction* » du Conseil constitutionnel

**Introduction :**

« Elire un président ... ou honorer les dieux ? » s'interroge un auteur<sup>1</sup> à propos de la désignation du Chef de l'Etat. Un ancien président de la République considérait même qu'il s'agit de « l'élu de Dieu par le peuple »<sup>2</sup>. L'on mesure ainsi d'emblée les enjeux de l'élection présidentielle. Il est question de choisir le titulaire de la magistrature suprême, rien de moins. Par hommage à la démocratie, le procédé, en République est celui de l'élection. A savoir que le corps électoral confère un mandat à un candidat par son vote lors du scrutin.<sup>3</sup>

Or, le contrôle de la sincérité du scrutin échoit, au Sénégal, au Conseil constitutionnel. Son rôle dans l'élection présidentielle de mars 2024 a été crucial.

« Par la nature même des choses, la justice constitutionnelle est comme un miroir où se reflète – fragmentaire sans doute, mais fidèle – l'image des luttes politiques suprêmes d'un pays, qu'elle a précisément

pour effet de transformer en dernière analyse en litige de droit »<sup>4</sup>.

D'un point de vue conceptuel, élection renvoie à scrutin. Et scruter correspond étymologiquement à fouiller. La notion de scrutin est donc très proche de celle de consultation. Les dirigeants se penchent vers les dirigés pour connaître leurs sentiments. Concrètement, un scrutin consiste à demander à un ensemble d'individus de choisir entre plusieurs options, et à construire une opinion collective à partir de la répartition de leurs suffrages. Dans la procédure électorale, scrutin désigne donc les opérations de vote proprement dites, depuis l'ouverture du scrutin jusqu'à sa clôture.<sup>5</sup>

Le scrutin présidentiel demeure de loin le plus important tant la figure présidentielle reste encore « impériale »<sup>6</sup> en Afrique. Et à propos du Président en Afrique, tout ou presque, a été écrit.<sup>7</sup> En Afrique, le chef d'Etat apparaît comme « la clé de voûte des

<sup>1</sup> P. BRAUD, « Elire un Président...ou honorer les dieux ? », in *Pouvoirs*, n°14, 1980, p. 15-28.

<sup>2</sup> L.S. SENHOR cité par T. HOLO, « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *Revue Béninoise de Sciences Juridiques et Administratives*, n° 9, décembre 1987, p. 12.

<sup>3</sup> M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, A. Collin, 1998, p. 86.

<sup>4</sup> Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, Préface de Hans Kelsen, p. 137.

<sup>5</sup> P. BACO, « Scrutin », in *Les mots des élections*, Presses universitaires du Mirail, 2012, p. 105.

<sup>6</sup> Th HOLO, « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », in *Revue béninoise de sciences juridique et administrative*, n° 9, décembre 1987.

<sup>7</sup> Pour la période d'avant le « renouveau démocratique », on peut lire :

P. LAMPUE, « Les constitutions des Etats africains d'expression française », *R.J.P.O.M.*, n° 4, Paris, L.G.D.J., 1962 ; J. BUCHMANN, *L'Afrique noire indépendante*, L.G.D.J., 1962 ; M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 9<sup>ème</sup> éd., 1966 ; P.-F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, 2<sup>ème</sup> partie : les réalités du pouvoir, Paris, L.G.D.J., 1974 ; D.G. LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire*, Paris,

Pedone, 1976 ; B. ASSO, *Le chef d'Etat africain, l'expérience des Etats africains de succession française*, Paris, Albatros, 1976 ; J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain », in *Mélanges G. BURDEAU, Le pouvoir*, L.G.D.J., 1977, p. 701 et s. ; R. MOULIN, *Le Présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, L.G.D.J., 1978 ; G. CONAC, « Le présidentielisme en Afrique noire, unité et diversité. Essai de typologie », in *L'évolution récente du pouvoir en Afrique noire*, IEP-CEAN, Bordeaux, 1977, p. 20 et s. ; G. CONAC, *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1979 ; J. OWONA, *Droit constitutionnel et régimes politiques africains*, Paris, Berger-Levrault, 1985 ; *Pouvoirs, Les pouvoirs africains*, n° 25, 1983 ; M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique francophone*, Paris, L.G.D.J., 1987.

Sur la période post-1989, on peut lire : A. CABANIS et M.-L. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone, évolutions récentes*, Paris, Karthala, 1999 ; G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1992 ; H. ROUSSILLON (dir.), *Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, Presses de l'IEP de Toulouse, 2<sup>ème</sup> éd., 1995 ; J.M BRETON, « L'évolution historique

*institutions [...]. Il est au centre de tout. C'est lui qui bâtit la nation, dirige l'Etat et le personnalise à l'extérieur comme à l'intérieur. Dans une large mesure, il se confond avec le système politique lui-même. Il n'en est pas seulement le symbole. Il le modèle et le contrôle. L'on attend de lui qu'il guide, qu'il enseigne, qu'il protège ».*<sup>8</sup> Dans les Etats sub-sahariens, « la présidence impériale s'exerce avec une plus grande amplitude [...]. Le régime s'inscrit dans une perspective de concentration du pouvoir au profit de l'autorité attributive du pouvoir exécutif. Cette concentration des pouvoirs [...] provoque l'hypertrophie de l'institution présidentielle ».<sup>9</sup> Les transitions démocratiques amorcées depuis 1990 ne conduisent pas encore à sérieusement nuancer de tels propos.<sup>10</sup> Encore aujourd'hui, il serait difficile de nier que « le pouvoir exécutif en Afrique représente le pouvoir tout court »<sup>11</sup>. On comprend alors que l'acte de vote<sup>12</sup> censé conférer le droit d'être titulaire d'une telle « présidence impériale » soit entouré

de symboles et de règles.<sup>13</sup> « *Objet d'une histoire, source de rivalité politique, le vote fait l'objet d'une intense valorisation symbolique et déploie un protocole rituel dont la dynamique propre renvoie aux défis politiques spécifiques que l'élection est censée relever* ». <sup>14</sup> Célébrée comme le fondement de l'ordre démocratique (« un homme, une voix »), l'élection est devenue la figure éprouvée de la participation au gouvernement représentatif. Dans son organisation même, l'élection s'avère représenter plus qu'une simple procédure technique. Elle constitue un rituel social. Une mise en scène, codifiée en fonction de défis spécifiques et au terme de multiples affrontements.<sup>15</sup> Plébiscité comme le symbole de la participation du peuple au gouvernement, le vote est synonyme de liberté et de pluralisme. Ce qui suffit à en faire, la force du rite aidant, le critère, sinon le garant, d'une juste organisation des pouvoirs.<sup>16</sup>

Sous ce rapport, « élire un Président »<sup>17</sup> en

---

du constitutionnalisme africain », *Recht in Africa*, vol. 1, 2003, p. 1 et s. ; J. AIVO, *Le Président de la République en Afrique noire francophone*, L'Harmattan, 2007 ; I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008 ; Pouvoirs, *La démocratie en Afrique*, n° 129, 2009.

<sup>8</sup> G. CONAC, « Portrait du chef d'Etat africain », in Pouvoirs, n° 25, *les pouvoirs africains*, p. 121.

<sup>9</sup> Th. HOLO, « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », op. cit., p.6.

<sup>10</sup> A CABANIS et M.-L. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone, évolutions récentes*, Paris, Karthala ; H. ROUSSILLON (dir.), *Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, Presses de l'IEP de Toulouse, 2<sup>ème</sup> éd., 1995 ; J. AIVO, *Le Président de la République en Afrique noire francophone*, L'Harmattan, 2007 ; I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008 ; V. FOUCHER, « Difficiles successions en Afrique subsaharienne : persistance et reconstruction du pouvoir personnel », in Pouvoirs n° 129, *La démocratie en Afrique*, p. 127 et s.

<sup>11</sup> I.M. Fall, *Le pouvoir exécutif...*, op. cit., p. 13.

<sup>12</sup> Y. DELOYE et O. IHL, *L'acte de vote*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2008.

<sup>13</sup> P. QUANTIN (dir.), *Voter en Afrique, comparaisons et différenciations*, Paris, L'Harmattan, 2004.

<sup>14</sup> Y. DELOYE, « Acte électoral », in P. PERRINEAU et D. REYNIE (dir.), *Dictionnaire du vote*, Paris, P.U.F, 2001, p. 8. Voir aussi : F. BON, « Qu'est-ce qu'un vote ? », *Histoire*, 1979, n° 2, p. 105 et s. ; Coll : « l'acte du vote », *Revue française de science politique*, vol. 43, n° 1, 1993 ; O. IHL, *Le vote*, Paris, Montchrestien, 1996.

<sup>15</sup> Y. DELOYE et O. IHL, *L'acte de vote*, op. cit., p. 11.

<sup>16</sup> O. IHL, *Le vote*, op. cit., p. 11 ; voir aussi : P. LEHINGUE, *Le vote, Approches sociologiques de l'institution et des comportements électoraux*, Paris, La Découverte, 2011 ; P. PERRINEAU, « Les usages contemporains du vote », in Pouvoirs, *Voter*, n° 120, 2007, p. 29 et s.

<sup>17</sup> « Elire un Président », n° de la revue *Pouvoirs* ; « La candidature à l'élection présidentielle », *Pouvoirs* n° 138, 2011.

Afrique<sup>18</sup> devient une préoccupation centrale.

Le contentieux de l'élection présidentielle ressortit à la compétence du juge constitutionnel.<sup>19</sup> La justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme qui a été un moment triomphant à nouveau sur le continent africain, avec l'effondrement de différents régimes autoritaires.

L'expression « *Conseil ou Cour constitutionnelle* », elle, renvoie à une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics. Une Cour suprême ou un tribunal suprême, ou même la chambre constitutionnelle d'une Cour suprême, peuvent être des juridictions constitutionnelles mais ne sont pas des cours constitutionnelles. En revanche, peu importe que telle ou telle cour constitutionnelle soit dénommée « *Conseil* », « *Tribunal* » ou même « *Cour suprême constitutionnelle* », dès lors qu'elle répond à la définition qui vient d'être présentée.<sup>20</sup> Des différents modes de désignation des gouvernants jusqu'ici connus<sup>21</sup> des sociétés politiques (tirage au sort, hasard, hérédité, cooptation, coup d'Etat, nomination par un

souverain dans le cadre de régimes parlementaires), l'élection du Président de la République au suffrage universel direct est aujourd'hui le procédé le plus répandu. Né avec la Constitution française de 1848 en vertu de laquelle, la République est désormais personnifiée par un magistrat unique : le Président de la République est directement élu par le peuple.<sup>22</sup>

Le choix de l'élection présidentielle au suffrage universel direct est adossé à deux raisons par la doctrine constitutionnelle classique : il serait une conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs. Le pouvoir exécutif en tant que manifestation distincte de la souveraineté nationale, doit, à ce titre, tirer de la nation elle-même son institution et son investiture.<sup>23</sup> En outre, ce serait le seul moyen d'assurer indépendance et force au pouvoir exécutif.

D'inspiration gaulliste, la philosophie de cet affermissement de l'autorité présidentielle par l'élection au suffrage universel direct<sup>24</sup> a gagné les pays d'Afrique francophone. Le Sénégal s'est aussi approprié le procédé.<sup>25</sup> Depuis l'apport considérable du juriste et sociologue allemand Max Weber, l'on sait le lien étroit entre élection, légitimité et démocratie.<sup>26</sup>

Outre la légitimité charismatique fondée sur la croyance au caractère exemplaire d'un chef hors du commun, doué d'un charisme

<sup>18</sup> Des élections « comme les autres », *Politique africaine*, n° 69, mars 1998.

<sup>19</sup> Voir C.B. NDIAYE, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, Harmattan, 2024.

<sup>20</sup> L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011, p. 3-4.

<sup>21</sup> V. D. BREILLAT, « Propos introductifs : Y a-t-il un mode idéal de désignation d'un Chef d'Etat », in O. NAREY (dir.), *L'élection présidentielle*, Harmattan, 2020, p. 37 et s.

<sup>22</sup> J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 23<sup>ème</sup> éd., p. 412 ; O. DUHAMEL, *Histoire des présidentielles*, Seuil, 2008.

<sup>23</sup> A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, réed., Editions Panthéon Assas, 2001, p. 644.

<sup>24</sup> V. L. ALIOT, *L'élection du Président de la Vème République au suffrage universel direct*, O.E.I.L., 2003, p.13

<sup>25</sup> V. I. M FALL, *Les élections présidentielles au Sénégal, de 1963 à 2012*, L'Harmattan-Sénégal, 2020, p. 13 et s.

<sup>26</sup> M. BADJI, O. DEVAUX, B. GUEYE, « Légitimité et élections en Afrique francophone », *Revue sénégalaise de droit et Science politique*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, n°14, 2017-2018.

personnel sans égal ; et la légitimité traditionnelle fondée sur la croyance au caractère sacré des traditions et des coutumes fixant les règles de la vie publique ainsi qu'aux personnes qui en sont les dépositaires directs ; Weber retient comme troisième « *type-idéal* » de la légitimité, celui qu'il qualifie de légitimité « *légal-rationnelle* » et « *qui repose sur la croyance en la légalité et au droit de donner des directives de la part des autorités établies* ». <sup>27</sup>

Ainsi conçue, la légitimité permet tout à la fois de fonder le droit de commander des uns et le devoir d'obéissance des autres. Elle est la conformité d'un pouvoir aux aspirations des gouvernés.

De nos jours, il ne peut y avoir de démocratie sans élections et les élections ne sont dignes de la démocratie que si elles laissent aux électeurs un libre choix, ce qui implique une compétition électorale ouverte et contrôlée par des organes indépendants. <sup>28</sup>

Le Sénégal, maintenant habitué aux alternances au pouvoir ayant connu avant l'élection de mars 2024, objet de notre étude, onze <sup>29</sup> élections présidentielles, jamais reportées mais toujours contestées <sup>30</sup> offre un exemple de choix pour qui veut saisir le rôle du juge de l'élection.

Suite à la crise de décembre 1962 qui mit un terme à la brève expérience du régime parlementaire, le Sénégal a institutionnalisé à partir de 1963, l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

Au moment des indépendances, le Président fut élu au suffrage restreint. Aux termes de l'article 21 de la Constitution de 1960, en effet, le Président de la République est élu pour un mandat de sept ans, renouvelable, au suffrage restreint par un collège électoral comprenant d'une part les membres de l'Assemblée nationale, d'autre part, un délégué par assemblée régionale et un délégué par conseil municipal, réunis en congrès. <sup>31</sup> L'élection du Président de la République a lieu au scrutin secret à la tribune. La majorité requise est des deux tiers des membres composant le congrès aux deux premiers tours. Si à ces deux premiers tours aucun candidat n'obtient la majorité requise, il est procédé à l'élection à la majorité absolue des membres composant le congrès. Avec l'avènement du régime présidentiel à partir de 1963, le Président de la République n'est plus élu par un collège restreint mais au suffrage universel direct, au scrutin uninominal à deux tours. <sup>32</sup> « *C'est le début d'une longue aventure vers la routinisation de l'élection populaire du président* ». <sup>33</sup>

Toutefois, celle-ci ne va pas sans heurts. L'élection du 24 mars 2024 s'est déroulée dans un contexte encore plus tendu que les précédentes tant la bataille politico-judiciaire fit rage des années durant allant de condamnations de chefs de partis politiques à une tentative de report pur et simple annoncé le jour même du démarrage de la campagne électorale en passant par la

<sup>27</sup> M. Weber, *Economie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 37 ; O. Khouma, *La légitimité du pouvoir de l'Etat en Afrique subsaharienne, essai sur la relation entre la reconnaissance internationale et la légitimité démocratique*, Thèse droit public, Université de Toulouse 1, 2009.

<sup>28</sup> G. Conac, *op.cit.*, p. 26 et s.

<sup>29</sup> 1963, 1968, 1973, 1978, 1983, 1988, 1993, 2000, 2007, 2012, 2019.

<sup>30</sup> V. E. O. DIOP, *La justice constitutionnelle au Sénégal, Essai sur l'évolution, les enjeux et les*

*réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, Dakar, 2013, p. 277 et s.

<sup>31</sup> Art. 21 de la Constitution sénégalaise de 1960, in I. M. FALL, *Textes constitutionnels du Sénégal, du 24 janvier 1959 au 15 mai 2007*, CREDILA, 2007, p. 38.

<sup>32</sup> Art. 22.

<sup>33</sup> I. M. FALL, *Les élections présidentielles au Sénégal, de 1963 à 2012*, L'Harmattan, Sénégal, 2018, p. 14.

dissolution du parti d'opposition favori aux élections. Les juges et en dernier et crucial recours le Conseil constitutionnel furent particulièrement sollicités. L'arbitrage de ce dernier fut décisif pour sortir la Nation entière d'une impasse majeure. Confirmant ainsi l'idée selon laquelle « *les juridictions constitutionnelles, par leurs décisions, sont [...] les productrices d'une culture constitutionnelle, qu'elles contribuent à diffuser, participant de la sorte, à l'acculturation constitutionnelle des élites politiques* ». <sup>34</sup>

Plus généralement, « *les juridictions constitutionnelles africaines francophones sont l'objet d'un regain certain d'intérêt. Cet intérêt de la doctrine porte, cependant et, principalement sur la place des Cours constitutionnelles dans l'architecture institutionnelle des États, l'ascendant nouveau et la crédibilité nouvelle qu'elles ont acquis comme éléments incontournables des États de droit à construire. Partant d'un état des lieux ex ante qui a révélé le rôle essentiellement cosmétique de la justice constitutionnelle, la doctrine et les chercheurs manifestent leur contentement à l'égard de la nouvelle génération de juridictions constitutionnelles africaines ; celles-ci développent une jurisprudence démontrant à la fois leur capacité d'imagination et leur indépendance d'esprit marquant ainsi le passage du formalisme à l'effectivité d'un constitutionnalisme orienté vers la démocratie pluraliste et l'État de droit. Cette approche très organique et matérielle a été largement privilégiée au détriment*

*d'une étude centrée sur les fonctions des juridictions constitutionnelles africaines francophones. Or, d'un point vue épistémologique, cette dernière orientation de la recherche paraît enrichissante en ce qu'elle opère la jonction entre ce qu'on a appelé le « transconstitutionnalisme » et les constantes socio-anthropologiques d'un continent saisi par la modernité »* <sup>35</sup>.

S'agissant plus précisément du Sénégal, c'est à partir de l'année 1992 qu'un pas va être franchi dans le progrès de la justice constitutionnelle lorsque le constituant a considéré que le moment était venu de créer des juridictions suprêmes spécialisées dans des contentieux aussi spécifiques que ceux de l'excès de pouvoir ou du contrôle de constitutionnalité. En effet, ayant constaté que « *les raisons qui militaient déjà voici plus de trente ans en faveur de la création de hautes juridictions spécialisées n'ont fait que se renforcer au fil des années [...] et que [...] la complexité et la spécificité des différentes branches du droit se sont considérablement accrues depuis l'indépendance, au point qu'il est désormais impossible à un juriste, même s'il compte parmi les plus éminents, de maîtriser parfaitement la matière juridique, dans toutes ses dimensions* », le constituant en tire la conséquence que « *la spécialisation n'est pas un simple choix d'opportunité ; elle est devenue un impératif pour la sauvegarde même de l'institution judiciaire* ». <sup>36</sup> En vertu de cette réforme distribuée entre la Constitution et la loi organique, le Conseil constitutionnel se retrouve notamment juge des élections

<sup>34</sup> L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruylant, Bruxelles, 2009 p. 10.

<sup>35</sup> N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », in *Annuaire international de justice*

*constitutionnelle*, 23-2007, 2008. Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux. p. 45-66.

<sup>36</sup> Exposé des motifs de la loi n°92-22 du 30 mai 1992.

nationales.

A l'épreuve, la juridiction constitutionnelle sénégalaise a eu la réputation de trop souvent se déclarer incompétente pour connaître des recours qui lui sont adressés.<sup>37</sup> Ce qui fut perçu au sein de l'opinion comme relevant d'une certaine frilosité. C'est que dans son office, le juge constitutionnel pendant longtemps s'est fondé sur une interprétation restrictive de sa mission qu'il circonscrit dans le cadre d'une mission d'attribution bien définie par la Constitution et la loi organique sur le Conseil constitutionnel « *considérant que le Conseil constitutionnel est une juridiction d'attribution dont la compétence est strictement limitée par les textes qui le régissent et qu'il ne saurait se prononcer que sur des cas expressément prévus par ces textes* ».<sup>38</sup>

Le moins que l'on puisse constater est que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fortement évolué sur ce point, en particulier, à l'occasion du contentieux de l'élection présidentielle de mars 2024.

Pour examiner plus en profondeur le rôle du Conseil constitutionnel lors de l'élection du 24 mars 2024, il paraît opportun de suivre la démarche même du juge qui, d'une part, s'est fait un régulateur autoproclamé du bon fonctionnement des institutions (I) avant de jouer son rôle plus classique de garant de la régularité du scrutin présidentiel (II).

## **I- Un régulateur autoproclamé du bon fonctionnement des institutions**

Alors qu'il ne détient expressément ce pouvoir d'aucune disposition constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il dispose « *d'un pouvoir régulateur de maintien de la continuité de l'Etat et de la stabilité des institutions* »<sup>39</sup>. Il s'est substitué au président de la République (A) mettant ainsi fin à un mythe dépassé de longue date ailleurs ; celui qui continue à faire textuellement du Président de la République le « *gardien de la Constitution* » (B).

### **A- La substitution du Conseil constitutionnel au Président de la République**

Le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent (1) avant d'empiéter dans la fonction présidentielle (2).

#### **1. La compétence du Conseil constitutionnel**

Pour s'en assurer, il convient de rappeler le contexte, les textes et les prétextes. Le contexte de l'affaire est le suivant : le mandat en cours du Président de la République en fonction devait se terminer le 2 avril 2024. Logiquement, les élections présidentielles ont été programmées pour se tenir le 25 février 2024, en vertu du décret présidentiel du 29 novembre 2023 portant convocation du corps électoral. Le 3 février 2024 est pris un décret présidentiel portant abrogation du décret de convocation du corps électoral. Le 5 février 2024, l'Assemblée nationale adopte une loi constitutionnelle portant dérogation à

<sup>37</sup> V. E.O. DIOP, *La justice constitutionnelle au Sénégal, essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, 2013, 251 et s.

<sup>38</sup> V. I. M. FALL, *Evolution constitutionnelle du Sénégal*, CREDILA/CREPOS, 2007, p. 72 et s.

<sup>39</sup> Décision n°5/E/2024 du 6 février 2024

l'article 31 de la Constitution qui fixe la période d'organisation de l'élection présidentielle à quarante-cinq jours francs au plus et trente jours francs au moins avant la date de l'expiration du mandat du Président de la République en fonction, permettant ainsi de fixer au 15 décembre 2024 la tenue de l'élection présidentielle en maintenant en fonction le Président de la République en exercice.<sup>40</sup>

Les textes pertinents se trouvent naturellement dans la Constitution, dans le Code électoral ainsi que dans la Loi organique relative au Conseil constitutionnel.

Il s'agit en particulier des articles 28 à 37 de la Constitution, de l'article 92, de l'article LO 137 du Code électoral et de l'article 2 du titre 1 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel.

Plus précisément, l'article 31 de la Constitution prévoit que : « *le scrutin pour l'élection du Président de la République a lieu quarante-cinq jours francs au plus et trente jours francs au moins avant la date de l'expiration du mandat du Président de la République en fonction* » ; et l'article 92, que : « *le Conseil constitutionnel connaît de la constitutionnalité des lois et des engagements internationaux, des conflits de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif [...]* ».

*Le Conseil constitutionnel juge de la régularité des élections nationales et des consultations référendaires et en proclame les résultats [...]* ».

La loi organique sur le Conseil constitutionnel fixe ainsi la compétence du Conseil, en la matière : « [...] *le Conseil constitutionnel statue sur les contestations*

*relatives aux élections du Président de la République [...]* ».

Le Code électoral, en son article LO. 137, alinéa 1<sup>er</sup> prévoit que « *les électeurs sont convoqués par décret publié au Journal officiel au moins quatre-vingt (80) jours avant la date du scrutin* ».

Saisi, le Conseil constitutionnel doit d'abord se prononcer sur sa compétence à connaître d'une loi constitutionnelle avant d'examiner l'affaire au fond.

Sur sa compétence à connaître de loi de révision constitutionnelle, le Conseil aurait opéré un « *faux revirement de jurisprudence* »<sup>41</sup>. Habituellement, il est vrai, le Conseil considérait que : « *la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution et la loi organique sur le Conseil constitutionnel ; que le Conseil 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 des articles 74 et 103 de la Constitution ni d'aucune disposition de la loi organique le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle* »<sup>42</sup>.

Toutefois, dans au moins deux *obiter dicta*, en 2007 et 2016, le Conseil avait indiqué ainsi sa position : « *le pouvoir constituant est souverain [...] sous réserve [...] du respect des prescriptions de l'alinéa 7 de l'article 103 [...]* »<sup>43</sup> ; ou encore « *si le Conseil constitutionnel, saisi en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, ne tire ni de la Constitution, ni de la loi organique [...] qui fixe ses attributions, le pouvoir de statuer sur les lois portant révision de la Constitution, en revanche, dans le cadre de la procédure prévue à*

<sup>40</sup> A. SOMA, Une insurrection juridictionnelle, in *Afrilex*, op. cit., p. 2

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> DC du 18 janvier 2006 in L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruylant, 2009, p. 340.

<sup>43</sup> DC du 18 janvier 2006, op. cit.

*l'article 51 précité, il a toute latitude pour exercer un contrôle minimum »<sup>44</sup>.*

Dans le cas d'espèce relatif à l'élection présidentielle du 24 mars 2024, l'on est précisément dans l'hypothèse de l'article 103, alinéa 7 de la Constitution qui prévoit que : « *la forme républicaine de l'Etat, le mode d'élection, la durée et le nombre de mandats consécutifs du Président de la République ne peuvent faire l'objet de révision* ». Et l'alinéa 8 suivant précise que « *l'alinéa 7 du présent article ne peut faire l'objet de révision* ». Le verrou de la Constitution est ici double. En fixant l'élection présidentielle au 15 décembre 2024 dérogeant ainsi à la date initiale du 25 février 2024, la loi constitutionnelle a manifestement violé la Constitution.

On ne saurait donc à proprement parler de revirement de jurisprudence, encore moins de violation des textes de la part du juge constitutionnel. La décision du Conseil est sur ce point conforme à la Constitution en ce que la loi constitutionnelle attaquée entre précisément dans le champ de compétence du Conseil constitutionnel, celui de l'article 103 précité et est d'ailleurs conforme à sa jurisprudence.

## **2. L'empiètement du Conseil constitutionnel dans la fonction présidentielle**

Il est clair qu'aux termes de la Constitution, le Président de la République « *est le garant du fonctionnement régulier des institutions [...]* »<sup>45</sup>.

Or, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il dispose d'« *[...] un pouvoir régulateur de maintien de la continuité de l'Etat et de la stabilité des institutions* ». Et « *qu'au regard de l'esprit et de la lettre de la*

*Constitution et de la loi organique relative au Conseil constitutionnel, le Conseil constitutionnel doit toujours être en mesure d'exercer son pouvoir régulateur et de remplir ses missions au nom de l'intérêt général, de l'ordre public, de la paix, de la stabilité des institutions et du principe de la nécessaire continuité de leur fonctionnement* »<sup>46</sup>.

En réalité, le juge fut confronté à une situation ubuesque. Deux des sept sages du Conseil constitutionnel ont été accusés de corruption justifiant officiellement la création d'une commission d'enquête parlementaire et le report de l'élection présidentielle. Les « *sages* » se sont alors montrés très fermes en rejetant ainsi le report proposé et en demandant au Président de la République de se conformer à la Constitution et à la décision du Conseil constitutionnel en fixant une date « *dans les meilleurs délais* ».

Le pouvoir fit la sourde oreille face à l'invitation du Conseil à fixer une nouvelle date conforme aux prescriptions des textes et convia à un « *Dialogue national* » qui propose la date du 02 juin 2024 pour la tenue de l'élection présidentielle et l'application de l'alinéa 2 de l'article 36 de la Constitution qui prévoit que : « *le Président de la République en exercice reste en fonction jusqu'à l'installation de son successeur* ».

Le juge réitéra alors sa position : « *l'élection du Président de la République ne peut être reportée au-delà de la durée du mandat qui arrive à terme le 02 avril 2024* »<sup>47</sup>. « *Il y a lieu ainsi, pour pallier l'inertie des autorités compétentes, de fixer la date de l'élection présidentielle au Dimanche 31 mars 2024 et de dire que le*

<sup>44</sup> DC n°1/C/2016.

<sup>45</sup> Art. 42, alinéa 3 de la Constitution.

<sup>46</sup> DC DU 15 février 2024, considérant 19.

<sup>47</sup> Décision n°60/E/2024.

*processus électoral, qui n'est pas annulé mais interrompu, doit être poursuivi [...]. La présente décision emporte convocation du corps électoral [...]*.<sup>48</sup>

Le Président de la République abdiqua et proposa la date du 25 mars 2024<sup>49</sup>.

Le Conseil constitutionnel s'y aligna par un communiqué !

Est-il besoin de préciser que ce texte (le communiqué de presse) est dépourvu de toute valeur juridique ? Et ce n'est d'ailleurs pas la seule incongruité dans ce feuillet juridique-politique. Alors que la loi organique relative au Conseil constitutionnel, en son article 24, dispose que : « *le Conseil constitutionnel rend, en toute matière, des décisions motivées* » ; la Constitution, elle, en son article 92, alinéa 2 maintient que « *le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République pour avis* ».

Si l'attitude du pouvoir est juridiquement indéfendable et a été censurée à juste titre, celle du juge n'est juridiquement pas exempte de reproches.

Plus fondamentalement, le Conseil constitutionnel détient-il une telle fonction de régulation ?

Il conviendrait de relever d'abord que la limpidité de la notion de régulation est plus illusoire que réelle. Nicaise Médé rappelle le flou doctrinal qui l'entoure.

La régulation ne semble pas être une notion datée en droit public. François Luchaire l'emploie en 1967<sup>50</sup> sans fixer les contours du terme avec les notions dérivées ou voisines. Le mot se retrouve en droit grec où

la Constitution fait du Président de la République « *le régulateur du régime politique* » (art. 30). Ce qui inspire à Jean Gicquel le commentaire que « *l'expression est suggestive autant qu'imprécise* »<sup>51</sup>. M. Verpeaux, sans prétendre fournir « *une définition très précise* », suggère que « *la régulation serait à mi-chemin du conseil et de la décision générale et abstraite* »<sup>52</sup>.

Ce panorama doctrinal renseigne sur le fait que la régulation n'a pas encore conquis une autonomie conceptuelle. Son sens et son essence ne font pas l'objet d'un exercice de systématisation. Gérard Timsit s'y attelle, sur le plan de la théorie du droit et distingue un pouvoir normatif classique fait d'un « *droit/réglementation* »<sup>53</sup> et une voie moyenne entre « *l'interprétation et la réglementation* » qui est le droit/régulation, consécration de l'émergence d'une « *nouvelle normativité sociale* ».

Toutefois, le même auteur (Nicaise Médé) rappelle le cas de pays d'Afrique francophone où la Constitution confère explicitement ce pouvoir de régulation à la juridiction constitutionnelle. En effet, la régulation trouve son fondement juridique dans la rédaction même des textes constitutionnels en Afrique noire francophone.

C'est ainsi que dans certains Etats, la Constitution confère expressément à la juridiction constitutionnelle cette fonction de régulation, comme au Gabon, au Bénin, au Togo, au Congo ou au Tchad. Ces Constitutions comportent des dispositions similaires à celles de l'article 144 de la

<sup>48</sup> Décision n°5/E/2024.

<sup>49</sup> Décret du 06 mars 2024.

<sup>50</sup> F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *Revue de Droit Public*, 1967, p. 5.

<sup>51</sup> J. GICQUEL, préface à N. Barbaroussis, *La fonction régulatrice du Président de la République hellénique*,

Paris, LGDJ, 2000, p. IX.

<sup>52</sup> M. VERPEAUX, cité par M.-M. Mborantsuo, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, p. 239.

<sup>53</sup> G. TIMSIT, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 375, p. 385.

Constitution du Mali du 22 juillet 2023 prévoyant que la juridiction constitutionnelle « *est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* ». <sup>54</sup>

Les Hautes juridictions constitutionnelles ont été classiquement investies du pouvoir de juger la constitutionnalité de la loi, de recevoir et de trancher les « *recours pour excès de pouvoir législatif* » selon la formule du doyen Georges Vedel<sup>55</sup>. Elles ont ensuite reçu mission ou se sont données la vocation de garantes des droits et libertés, dessinant ainsi le contenu du droit constitutionnel substantiel<sup>56</sup>. La fonction de régulation est une prérogative additionnelle, un étage supplémentaire de l'architecture de superposition des compétences des Cours constitutionnelles. La fonction de régulation des Cours constitutionnelles va bien au-delà de leur mission première, celle du contrôle de constitutionnalité. Il s'agit moins du pouvoir d'apporter un éclairage et une interprétation du système constitutionnel, que la revendication d'un statut d'acteurs qui s'immiscent dans le fonctionnement des institutions. La régulation juridique par le contrôle semble dès lors se muer en régulation politique. Une telle évolution implique que l'ingénierie constitutionnelle en tire les conséquences. En effet, la tendance à l'hypertrophie des pouvoirs des régulateurs constitutionnels pose le problème de la responsabilité de ceux-ci et des mécanismes pouvant mieux rendre compte de la

<sup>54</sup> A. SOMA, op.cit., p. 8.

<sup>55</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1/1 1996.

<sup>56</sup> L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et Constitution du droit », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, p. 76.

<sup>57</sup> N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », op. cit., p. 46-47 ; V. aussi J.-L.

légitimité démocratique établie par les textes constitutionnels. <sup>57</sup>

## **B- La fin d'un mythe : le Conseil constitutionnel sénégalais est-il devenu le « gardien de la Constitution » ?**

Aux termes de l'article 42, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution, « le Président de la République est le gardien de la Constitution ». Rien n'est moins certain désormais (1), au regard de la récente posture affirmée du Conseil constitutionnel (2).

### **1. Le Président de la République, un gardien incertain de la Constitution**

Si le Président était le gardien de la Constitution, alors, il serait juge et partie.

La controverse relative au « *gardien de la Constitution* » porte sur la question de savoir qui, du juge constitutionnel ou bien du Président de la République, doit être considéré comme le gardien de la Constitution, c'est-à-dire à qui incombe la garde, la protection ou encore la garantie de la Constitution.

Schmitt tire le premier<sup>58</sup>, en contestant la possibilité d'une véritable juridiction constitutionnelle et en défendant par ailleurs l'idée que seul le chef du pouvoir exécutif, le Président du Reich, pourrait être cette sorte de garant de la Constitution. Kelsen<sup>59</sup> contre-attaque en montrant que l'attaque schmittienne contre l'idée même

ESAMBO KANGASHE, « A propos de la fonction régulatrice du juge électoral africain », in O. NAREY (dir.), *L'élection présidentielle*, L'Harmattan, 2020, p. 355 et s.

<sup>58</sup> C. SCHMITT, *Le gardien de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2015.

<sup>59</sup> H. KELSEN, *Qui doit-être le gardien de la Constitution ?* Berlin, 1931, Paris, Michel Houdiard, 2006.

de justice constitutionnelle est injustifiable du point de vue scientifique, d'une véritable science du droit. Il plaide alors en faveur de l'idée de justice constitutionnelle comme moyen de garantir la Constitution. Dépassant, et de loin le seul objet du conflit d'interprétation à propos de la Constitution de Weimar, cette polémique amène à réfléchir sur des questions fondamentales relatives à la Constitution, à la justice constitutionnelle et à la garantie de la Constitution.<sup>60</sup>

Il conviendrait toutefois de ne pas interpréter la polémique entre Carl Schmitt et Hans Kelsen à partir de l'image manichéenne actuelle qui fait de Kelsen le large vainqueur de ce duel au sommet. L'analyse de cette controverse doit être restituée dans le contexte de Weimar. Or, le premier point qu'il convient de préciser est, qu'à cette époque, la justice constitutionnelle était encore balbutiante et n'avait rien à voir avec l'appareil sophistiqué de l'actuelle Loi fondamentale.<sup>61</sup>

Parmi d'autres questions, le thème du « *gardien de la Constitution* » constitue l'un des sujets discutés à l'époque, mais son importance et son intérêt proviennent surtout du fait que ce thème en recèle d'autres, qu'il n'est en quelque sorte que la partie émergée d'un iceberg de problèmes, au premier chef celui de la notion de Constitution, et donc également celui de la politique, de la démocratie libérale et de l'Etat.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> O. BEAUD et P. PASQUINO (dir), *La controverse sur « le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt.*, éd. Panthéon Assas, 2007, p. 10.

<sup>61</sup> C. SCHONBERGER, « La justice constitutionnelle chez Schmitt et Kelsen. Points communs et faiblesse », in O. BEAUD et P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle.*

Et le caractère conservateur et intrinsèquement antilibéral de la pensée de Schmitt ne fait guère de doute. D'après Schmitt, il faut considérer que « *le gardien de la Constitution* » est ou doit être le Président de la République et que ce rôle ne pourrait profondément incomber à une institution juridictionnelle et notamment pas à une Cour instituée par cette même Constitution. C'est une thèse en faveur d'un gardien « *politique* » de la Constitution, par opposition à ce qui serait un gardien « *juridique* » ou « *juridictionnel* » de la Constitution. Autrement dit, Schmitt propose, pour la « *garde* » de la Constitution une alternative à la solution juridictionnelle en général, qui commençait à se développer dans l'entre-deux-guerres et qui a assez largement triomphé en Europe voire dans le monde dans la seconde partie du XXe siècle.<sup>63</sup>

Il a été démontré que la « *théorie* » de Schmitt est douteuse d'un double point de vue. D'abord parce que son propos n'est pas complètement scientifique et se situe largement sur le registre de la « *politique constitutionnelle* ». D'autre part, parce qu'il apparaît avoir été un artifice instrumental en vue d'un certain objectif politique. Même si paradoxalement cette thèse a pu avoir un certain écho non seulement à la fin de la République de Weimar mais aussi, plus tard dans d'autres contextes.<sup>64</sup>

Les analyses de Schmitt se présentent, en réalité, en deux versants : une thèse « *négative* » qui s'emploie à contester l'idée

*Kelsen contre Schmitt*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 194.

<sup>62</sup> A. LE DIVELLEC, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse, in O. BEAUD et P. PASQUINO (dir.), op. cit., p. 33.

<sup>63</sup> Ibid., p. 34-35.

<sup>64</sup> Ibid., p. 36.

que la justice devrait être considérée comme gardienne de la Constitution puis une thèse « *positive* » sur la reconnaissance de ce rôle pour le Chef de l'Etat.<sup>65</sup> En effet, se plaçant d'abord sur un terrain classique, Schmitt discute des arguments possibles en faveur d'un droit de contrôle des normes par les juges. Il fait ici une lecture simpliste de l'office du juge : celui-ci serait censé se borner à appliquer la loi à un cas concret. Dès lors, il ne lui est pas difficile de montrer qu'en bien des occasions, le juge constitutionnel opère tout à fait différemment de cette subsomption. Lorsqu'il est impossible d'établir clairement le contenu de la norme constitutionnelle, l'autorité qui tranche détermine en réalité elle-même ce contenu et fait donc œuvre de législation, non pas de justice. Il fait valoir en outre que le juge a un rôle passif en ce qu'il ne peut intervenir qu'après la réalisation d'une menace sur la Constitution : « *il est inéluctable que la justice, tant qu'elle demeure justice, arrive politiquement toujours trop tard* »<sup>66</sup>. Pour lui, le juge manque de légitimité pour les décisions politiques importantes et il dénonce « *l'aristocratie de robe* ». Il récuse donc catégoriquement qu'il soit justifié de s'en remettre à une instance juridictionnelle pour trancher les conflits constitutionnels pour cette raison que ceux-ci sont intrinsèquement politiques. Il estime qu'il « *serait erroné de faire valoir in abstracto l'idée de l'Etat de droit pour réclamer une compétence générale en faveur d'une telle Cour* ». La « *véritable justice* » est, selon Schmitt, celle qui statue non pas dans une logique de hiérarchie des normes, mais celle qui arbitre des prétentions de même niveau, tel un juge du contrat.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Ibid., p. 38.

<sup>66</sup> Ibid. p. 42.

<sup>67</sup> Ibid., p. 45-46.

Au terme de la partie négative de sa thèse, Schmitt entame sa thèse « *positive* » en faveur du Président « *gardien de la Constitution* ». Il commence par poser que « *les conflits entre les titulaires des décisions politiques suprêmes ne se laissent donc pas trancher par la justice (sauf violation ouverte de la Constitution) ; ils peuvent être tranchés par une force politique supérieure, un tiers supérieur mais qui deviendrait le maître de la Constitution [...]* ».<sup>68</sup>

On peut se demander d'une part, comment le Président lui-même échapperait à l'emprise partisane, et d'autre part, comment fixer une frontière entre un « *tiers neutre* » et « *un tiers supérieur* » ?

Olivier Beaud a souligné le « *caractère fortement instrumental du gardien de la Constitution* ». Il apparaît que Schmitt n'a pas élaboré une théorie constitutionnelle concernant le problème du gardien de la Constitution, mais qu'il a bel et bien élaboré, avec un habillage scientifique, une thèse de politique constitutionnelle en faveur d'une pratique radicalement présidentielle ou « *présidentialiste* » du système de gouvernement weimarien.<sup>69</sup>

Il est dès lors assez aisé de démontrer combien est discutable la thèse schmittienne. Kelsen dans sa réplique n'a d'ailleurs pas eu grand mal à en démonter les arguments.

## **2. Le Conseil constitutionnel, un gardien affirmé de la Constitution :**

Bien que le petit ouvrage de Kelsen intitulé « *qui doit être le gardien de la Constitution ?* », s'inscrive dans un débat contingent et qu'il ait été conçu comme une réponse à Carl Schmitt, dont les idées sont

<sup>68</sup> Ibid., p. 48.

<sup>69</sup> Ibid. p. 53.

critiquées une à une, il a néanmoins une portée beaucoup plus générale, de sorte qu'on peut le lire, en dehors même du contexte historique, comme une contribution majeure à la théorie constitutionnelle.<sup>70</sup>

Selon Kelsen, sur l'exigence politico-juridique de garantie de la Constitution, il peut y avoir des avis différents, mais dès lors qu'on veut une garantie, on doit nécessairement tomber d'accord pour dire que c'est au moyen d'une juridiction que cette garantie doit être assurée. Comme le fait observer Michel Troper<sup>71</sup>, Kelsen insinue ainsi que ce que recherche Carl Schmitt, en réalité, ce n'est pas un moyen de garantir la Constitution, c'est qu'il n'y ait pas de garantie du tout. Voilà ce que cacherait la thèse schmittienne du Président-gardien, car si Schmitt voulait vraiment cette garantie, il ne pourrait que se rallier à l'opinion générale, partagée par tous et selon laquelle c'est une juridiction qui peut seule assurer la garantie de la Constitution.

L'idée que la Constitution doit être garantie semble découler simplement pour Kelsen de ce que la Constitution est supérieure aux autres normes.

Charles Eisenmann est tout aussi net : « seule [la juridiction constitutionnelle] fait des règles constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction. Sans elle, la Constitution n'est qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur, mais dont il est juridiquement libre de ne pas tenir

*compte... La justice constitutionnelle transforme en normes véritablement juridiques ce qui seulement se voulait tel. La Constitution devient ainsi et ainsi seulement la règle de droit suprême, principe de toute validité juridique ».*<sup>72</sup>

Dans son argumentation, Kelsen soutient d'abord que la décision sur la constitutionnalité relève bien de la justice, puisque si la Cour participe bien à la législation, elle n'est que le « législateur négatif », et qu'une Cour constitutionnelle peut remplir efficacement le rôle d'un contre-pouvoir.

Schmitt prétend que la décision sur la constitutionnalité ne peut relever de la justice, parce qu'elle serait « politique ». A quoi Kelsen objecte que l'opposition judiciaire-politique n'est pas pertinente parce que la politique est partout et que la juridiction est politique, tout comme la législation, de sorte qu'il n'y aurait entre elles qu'une différence quantitative.<sup>73</sup> Lorsque Schmitt oppose la décision d'un juge, qui serait dérivée de la législation, tandis que celle d'une Cour constitutionnelle ne pourrait être dérivée de la Constitution ; Kelsen souligne que cette opposition présuppose une idée du juge automate, qui est radicalement fautive, parce que le juge a toujours un rôle créateur.<sup>74</sup>

Ensuite Kelsen s'efforce de combattre la thèse de Schmitt selon laquelle l'institution d'une Cour constitutionnelle porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, car une telle Cour serait en mesure de légiférer. Il élabore sa théorie du « législateur négatif » écrivant : « alors que le législateur n'est lié par la Constitution

<sup>70</sup> M. TROPER, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », in O. BEAUD et P. PASQUINO (dir.), op. cit., p. 83

<sup>71</sup> Ibid., p. 84.

<sup>72</sup> C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986 (1928), p. 22.

<sup>73</sup> M. TROPER, op. cit., p. 91.

<sup>74</sup> Ibid., p. 92.

*que relativement à sa procédure, d'une façon exceptionnelle seulement quant au contenu des lois qu'il doit édicter et seulement par des principes ou directions générales, l'activité du législateur négatif est absolument déterminée par la Constitution [...]. Elle est principalement application, dans une faible mesure seulement création du droit [...]* ».<sup>75</sup>

Enfin, l'une des critiques les plus fortes de Schmitt est tiré du caractère non démocratique de la Cour qui ne représenterait qu'une « aristocratie de robe », ce qui l'empêcherait d'être un contrepoids au Parlement, un contre-pouvoir.<sup>76</sup> La réponse de Kelsen tient en deux points. D'une part, rien n'empêche de donner un caractère démocratique à la Cour, par exemple en faisant élire ses membres par le Peuple ou seulement par le Parlement. D'autre part, cette Cour « ne doit pas exercer la fonction de contrepoids au Parlement ».<sup>77</sup>

Si Kelsen est sorti largement victorieux de ce débat, « il est frappant aujourd'hui de constater que, parmi les principaux arguments qui sont invoqués en faveur d'une juridiction constitutionnelle, certains ne doivent rien à Kelsen et lui étaient même antipathiques. Il en va ainsi de la protection des droits de l'Homme, de la garantie des minorités ou de la théorie du contre-pouvoir. D'autres, comme la nécessité de garantir la supériorité de la Constitution

*sont bien des arguments de Kelsen* ».<sup>78</sup>

Au Sénégal, après s'être autoproclamé régulateur du bon fonctionnement des institutions, le Conseil constitutionnel pouvait, dès lors, jouer son rôle plus classique de garant de la régularité du scrutin présidentiel.

## **II- Un garant classique de la régularité du scrutin présidentiel**

Sans conteste, le Conseil constitutionnel est le garant de la régularité du scrutin présidentiel dans son office de juge électoral (A). Détient-il pour autant, en la matière, la « plénitude de juridiction » comme il le proclame au point de se faire juge administratif ? (B).

### **A- Le Conseil constitutionnel, juge électoral**

Le juge de l'élection présidentielle a eu à examiner 93 dossiers de candidatures à l'élection présidentielle de 2024 au Sénégal. A l'arrivée, 19 candidats ont été admis à prendre part au scrutin. Le contrôle des conditions générales d'éligibilité (1), en particulier celui des conditions spécifiques au parrainage (2) ont opéré comme des filtres.

<sup>75</sup> H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., note 11.

<sup>76</sup> Sur la notion de contre-pouvoir V. F. HOURQUEBIE, « La Constitution du Bénin et la théorie des contre-pouvoirs », in F.J. AÍVO (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 367 et s ; P. AVRIL, « Les contre-pouvoirs institutionnels », *Projet*, n 150, 1980, p. 1190 et s ; th. HOLO, « La constitution », leçon inaugurale in O. NAREY (dir.), *La Constitution*, L'Harmattan,

2018, p. 29 et s ; E.O. DIOP, *La justice constitutionnelle au Sénégal, Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, 2013, p. 81 et s ; D. SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », O. NAREY (dir.), op cit., p. 58 et s ; M. DAGRA, « Le pouvoir judiciaire contre-pouvoir institutionnel au Niger », in O. NAREY (dir.), *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs*, L'Harmattan, 2018, p. 226 et s.

<sup>77</sup> H. KELSEN, op. cit., p. 114-116.

<sup>78</sup> M. TROPER, op. cit., p. 97.

## 1. Le contrôle des conditions générales d'éligibilité

Tout candidat à la Présidence de la République doit être exclusivement de nationalité sénégalaise, jouir de ses droits civils et politiques, être âgé de trente-cinq ans au moins et de soixante-quinze ans au plus le jour du scrutin. Il doit savoir écrire, lire et parler couramment la langue officielle.<sup>79</sup>

Tout sénégalais 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.

La candidature est portée soit par un parti politique légalement constitué, soit par une coalition de partis politiques légalement constitués, soit par une entité regroupant des personnes indépendantes.

Est candidat indépendant celui qui n'a jamais milité dans un parti politique ou qui a cessé toute activité militante depuis au moins un an.<sup>80</sup>

Et neuf pièces justificatives énumérées à l'article L. 121 du code électoral doivent accompagner le dossier de candidature.

Avec le nombre pléthorique de candidatures à l'élection présidentielle de mars 2024, au Sénégal, il a fallu deux longues décisions pour vider le contentieux et fixer la liste définitive des candidatures.<sup>81</sup> De 93 candidats, l'on est passé à 21 puis à 19 candidats dans la liste définitive.

Outre les retraits de candidatures (au nombre de trois), les dossiers incomplets (au nombre de 12), les questions relatives à la nationalité<sup>82</sup> exclusive de deux candidats

ont notamment été débattues.<sup>83</sup>

C'est ainsi que Karim Wade n'a pu prendre part à l'élection. Sur requête d'un autre candidat, le Conseil constitutionnel a jugé que : « *que le décret produit par Karim Meïssa WADE prouve que ce dernier a perdu la nationalité française à compter du décret du 16 janvier 2024, publié le 17 janvier 2024 ; que si, de ce fait, sa double nationalité, cause potentielle d'irrecevabilité a cessé à compter de cette date, il reste que sa candidature a été déclarée recevable sur la foi d'une déclaration sur l'honneur inexacte, dès lors qu'au moment de cette déclaration datée du 21 décembre 2023, le candidat n'avait pas exclusivement la nationalité sénégalaise ; qu'il ressort, en effet, des termes de l'article 27-1 précité que les effets du décret consacrant la perte d'allégeance de Karim Meïssa WADE à l'égard de la France ne sont pas rétroactifs ; que la requête de Thierno Alassane SALL étant fondée, la candidature de Karim Meïssa WADE est irrecevable* ». <sup>84</sup>

Une autre candidate fut contrainte de retirer sa candidature au motif qu'elle avait aussi une double nationalité. Le Conseil lui donna acte du retrait de sa candidature.<sup>85</sup>

L'application de la condition de nationalité exclusive s'est avérée stricte. La nationalité des personnes exprime tant pour le droit interne, le droit international que la jurisprudence, le lien fort d'allégeance faisant d'un individu le membre du peuple d'un Etat donné<sup>86</sup>. La nationalité a été diversement définie en doctrine. Selon une

<sup>79</sup> Art. 28 de la Constitution.

<sup>80</sup> Art. L.57 du code électoral.

<sup>81</sup> DC du 12 janvier 2024 et DC du 20 janvier 2024.

<sup>82</sup> Voir O. NAREY, « Brève réflexion sur un nœud gordien de l'éligibilité des candidats à l'élection présidentielle : le critère de nationalité », O. NAREY (dir.), *L'élection présidentielle*, op.cit., p. 171 et s.

<sup>83</sup> Voir I. BALDE, *Le contrôle des élections par le Conseil constitutionnel sénégalais*, Harmattan, 2024, p. 45 et s.

<sup>84</sup> DC du 20 janvier 2024, considérant 89.

<sup>85</sup> DC du 20 février 2024.

<sup>86</sup> J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, Bruxelles, p. 723.

première approche, elle est perçue comme un lien juridique existant entre un individu et un Etat. A cet égard, si l'individu possède des droits envers l'Etat ce dernier impose à son tour des devoirs au premier. Selon une deuxième approche, la nationalité se révèle comme un lien politique entre un Etat un individu en faisant de ce dernier un élément constitutif de l'appareil étatique en tant que tel. Le caractère politique du lien de nationalité réside ici dans le fait qu'il revient à l'Etat, en tant que régime politique d'organiser les conditions de son attribution et de sa perte conformément à son droit interne.<sup>87</sup>

Le principal favori à l'élection qui deviendra Premier ministre a été disqualifié par le juge au motif que : *« pour s'assurer de la validité des candidatures déposées (...), le Conseil constitutionnel fait procéder à toute vérification qu'il juge utile » ; que par arrêt du 4 janvier 2024, transmis par la Cour suprême, celle-ci a rejeté le pourvoi d'Ousmane SONKO dirigé contre l'arrêt n° 137 du 8 mai 2023 rendu par la première chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar, dans la procédure de diffamation qui l'opposait à Mame Mbaye Kan NIANG ; qu'il en résulte qu' Ousmane SONKO se trouve définitivement condamné à une peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis; que cette condamnation le rend inéligible pour une durée de 5 ans, en application de l'article L.30 du Code électoral ».*<sup>88</sup>

Une question s'impose à l'esprit, dès lors : par quel argument juridique, le même Conseil constitutionnel, quelques mois plus tard, à l'occasion des élections législatives, a pu déclarer à propos du même candidat que *« la candidature est reçue »*<sup>89</sup> ? Le

Conseil aurait-il fait sienne la formule selon laquelle on a juridiquement tort lorsqu'on est politiquement minoritaire ?

Enfin, le candidat qui sera élu n'a dû sa participation qu'à une interprétation des textes par le Conseil constitutionnel qui a considéré que : *« d'une part, les dispositions de l'article 821 du Code des Obligations civiles et commerciales ne sont pas applicables aux membres des partis politiques dissous et ne sauraient en conséquence être une entrave à l'exercice de leurs droits ; que d'autre part, sauf à établir une violation du décret n° 2001-362 du 4 mai 2001 relatif aux procédures d'exécution et d'aménagement des sanctions pénales, le statut de détenu provisoire n'est pas une entrave à l'exercice des droits civils et politiques ; qu'en outre, par décret n° 2023-1407 du 31 juillet 2023, le parti PASTEF ayant été dissous, on ne saurait lui attribuer la propriété de symboles ou de couleurs quelconques; qu'enfin, l'investiture d'un candidat à l'élection présidentielle, même portée par un parti ou une coalition de partis politiques, n'est pas assujettie à l'appartenance à ces entités ».*<sup>90</sup>

L'interprétation faite par le Conseil constitutionnel est audacieuse. Pour contourner l'obstacle de sa dissolution, le parti PASTEF fit porter la candidature de son numéro deux, en détention provisoire du reste, par une autre coalition. Un autre candidat attaqua la validité du procédé aux motifs notamment que le candidat appartient à un parti politique dissout. Le juge constitutionnel décida de valider la candidature de celui qui sera finalement élu Président de la République.

<sup>87</sup> O. NAREY, op.cit., p. 172-173 ; Voir aussi, M. DAGRA, « l'éligibilité à l'élection présidentielle, entre exclusions et aberrations », in O. NAREY, op. cit., p. 121 et s.

<sup>88</sup> DC du 20 janvier 2024, considérant 18.

<sup>89</sup> DC du 10 octobre 2024, considérant 6.

<sup>90</sup> DC du 20 janvier 2024, considérant 79.

## 2. Le contrôle spécifique du parrainage

La révision constitutionnelle de 2016 a élargi le champ d'application du parrainage aux candidats investis par les partis politiques à toutes les élections nationales. S'agissant de l'élection présidentielle, en vertu de la formulation initiale de l'article 29 de la Constitution, « *pour être recevable, toute candidature doit être accompagnée de la signature d'électeurs représentant, au minimum, 0,8% et, au maximum, 1% du fichier électoral général* ». Modifiée en 2023, l'exigence a été revue à la baisse. Le nombre de citoyens électeurs requis pour le parrainage est désormais entre 0,6 et 0,8% du fichier électoral général.

Les électeurs, parrains des candidats doivent être « *domiciliés dans au moins sept (07) régions à raison de deux mille (2000) au moins par région* ».

Un deuxième changement concerne l'élargissement des parrains aux membres de l'Assemblée nationale et aux chefs d'exécutif territorial puisque désormais pour être recevable, la candidature peut être accompagnée « *de la signature d'élus représentant 8% des membres de l'Assemblée nationale ou 20% des chefs d'exécutif territorial* ». <sup>91</sup>

Ce filtre a été efficace. La plupart des 93 candidats initiaux ont été recalés à cette étape après que le Conseil constitutionnel a statué sur « *les dossiers comportant des fichiers de parrainage inexploitable* », le « *dossier de candidature comportant une fausse liste de parrains députés* », les « *dossiers de candidats n'ayant pas obtenu*

*le minimum requis de parrainage et n'étant pas admis à régulariser* ». <sup>92</sup>

Naturellement, le dispositif même du parrainage n'a pas manqué d'être contesté. L'existence de telles règles pose à son tour de nombreux problèmes, dont celui de l'égalité devant le suffrage, car, évidemment, filtrer les candidatures revient à porter atteinte au droit d'être élu qui représente l'un des versants du droit de suffrage. <sup>93</sup>

C'est par une loi du 4 juillet 2018 que le législateur sénégalais a procédé à une révision importante du code électoral, adopté en 1992, de manière consensuelle. Il convient de rappeler qu'au Sénégal, on dénombre officiellement plus de trois cents partis politiques. <sup>94</sup> Alors que l'instauration d'un filtre semble s'imposer, les acteurs politiques n'ont cessé de le contester. Si le recours introduit devant le Conseil constitutionnel, à cet effet, lors de la présidentielle de 2024, a été jugé irrecevable, il demeure que la Cour de justice de la CEDEAO avait déjà tranché le litige en défaveur de l'Etat du Sénégal considérant que « *l'application de la loi attaquée conduit à priver plusieurs partis politiques sénégalais de leur droit de participer librement aux élections* ». <sup>95</sup>

La Cour rappelle les instruments juridiques internationaux qui imposent le respect du droit de libre participation aux élections et les énumère (Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (art. 2 al. 1<sup>er</sup> et 21), Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 26), Charte africaine des droits de l'Homme et des

<sup>91</sup> V. I. BALDE, *Le contrôle des élections par le Conseil constitutionnel sénégalais*, op.cit., p. 48-49.

<sup>92</sup> DC du 12 janvier 2024.

<sup>93</sup> F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Devenir candidat : quels filtres ? », in *Pouvoirs*, n°138, La candidature à la présidentielle, p.20.

<sup>94</sup> M.M. AIDARA, « Election présidentielle et parrainage au Sénégal » in O. NAREY (dir.), *L'élection présidentielle*, op. cit., p. 153 et s.

<sup>95</sup> Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/10/21, Parag. 105 de l'Arrêt.

Peuples (art. 2 et 13), Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance<sup>96</sup>, Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté en 2001 par la CEDEAO (art. 1<sup>er</sup>).

La Cour décide que : « *cette loi comporte des dispositions qui constituent de véritables entraves au droit de participer librement aux élections* ». Et elle va encore plus loin, dans son souci de protéger la liberté de l'électeur, relevant que « *la loi viole le secret du vote en obligeant les électeurs à déclarer à l'avance, à quel candidat ils ont l'intention d'accorder leur suffrage [...]. Elle comporte d'énormes risques pour les électeurs [...]* ». Dès lors, la Cour décide que le code électoral sénégalais modifié viole le droit de libre participation aux élections. Elle « *ordonne à l'Etat du Sénégal [...] la suppression du système de parrainage électoral ; lui imparti un délai de six (6) mois à compter de la notification [...]* ». <sup>97</sup>

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une requête tendant à faire déclarer notamment que la loi constitutionnelle instaurant le parrainage est contraire aux engagements internationaux du Sénégal, a jugé irrecevable la demande car émanant d'un requérant n'ayant pas la qualité de candidat à l'élection.<sup>98</sup> Il évite ainsi de se prononcer au fond, sur la conventionnalité de loi sur le parrainage.

<sup>96</sup> Il convient de relever que contrairement à ce qu'affirme la Cour, au paragraphe 103, de sa décision, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (2007), même si elle est entrée en vigueur depuis 2012 n'a toujours pas été ratifiée par l'Etat du Sénégal.

<sup>97</sup> Parag. 104 et 105 de l'arrêt ; et sur le secret du vote, Voir O. IHL, « Vote public et vote privé », in

## **B- Le Conseil constitutionnel, juge administratif ?**

Une telle question se pose puisque le Conseil constitutionnel a annulé le décret<sup>99</sup> du Président de la République (1) en considérant qu'il avait une « *plénitude de juridiction* » en matière d'élection présidentielle (2).

### **1. L'annulation du décret présidentiel par le Conseil constitutionnel**

La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 15 février 2024 n'a pas fini de faire couler de l'encre. Si, en certains domaines, les textes limitent son action à un cadre étroit, il n'en va pas de même en matière d'élection présidentielle, où ses attributions paraissent, à première vue, très étendues. Il juge de la régularité des élections nationales et des consultations référendaires et en proclame les résultats.<sup>100</sup> On pourrait donc penser que, dès lors qu'il est saisi régulièrement, sa compétence est entière et s'étend à l'ensemble de l'opération électorale.

La question de savoir s'il devait se considérer comme un juge de droit commun en matière d'élection présidentielle s'est posée. Etait-il compétent pour connaître du décret présidentiel ? Et le Conseil a considéré que : « *s'il est vrai que la Cour suprême est juge de l'excès de pouvoir des autorités exécutives, le Conseil constitutionnel, juge de la régularité des élections nationales, dispose d'une plénitude de juridiction en matière*

P. PERRINEAU et D. REYNIE (dir.), *Dictionnaire du vote*, op. cit., p. 964.

<sup>98</sup> DC du 08 février 2024..

<sup>99</sup> Le décret n°2024-106 du 03 février 2024 portant abrogation du décret convoquant le corps électoral pour l'élection présidentielle du 25 février 2024.

<sup>100</sup> Art. 92, al.3 de la Constitution.

*électorale, sur le fondement de l'article 92 de la Constitution ; que cette plénitude de juridiction lui confère compétence pour connaître de la contestation des actes administratifs participant directement à la régularité d'une élection nationale, lorsque ces actes sont propres à ce scrutin ».*<sup>101</sup>

Le juge constitutionnel, peut-il connaître des actes administratifs ?

Une voix autorisée a pu écrire : « [...] Les crispations, les divergences, les suspicions réciproques entre juge administratif et juge constitutionnel- si tant est qu'elles aient jamais existées et/ou n'aient pas été discrètement exacerbées par quelques âmes charitables-, appartiennent désormais largement au domaine du passé : le juge administratif a compris l'émergence [...] d'un authentique et approfondi contrôle de constitutionnalité ne compromettrait pas-tout au contraire- son existence, sa légitimité et ses compétences, inversement, dans le cadre de son contrôle au fond (celui qui fait sa notoriété), le juge constitutionnel s'est toujours inspiré- aujourd'hui comme hier, implicitement ou explicitement- de la jurisprudence administrative (plus, même, que celle d'autres hautes juridictions) dont aucune raison dirimante ne justifiait d'ailleurs qu'il ne s'en séparât ».<sup>102</sup>

En Afrique francophone, les juridictions constitutionnelles entretiennent pour la plupart des relations harmonieuses avec les juridictions administratives.<sup>103</sup>

L'explication peut être trouvée dans

l'histoire. Traditionnellement, les juridictions constitutionnelles étaient intégrées dans les Cours Suprêmes et faisaient l'objet d'une Section ou d'une Chambre constitutionnelle.<sup>104</sup>

En réalité, le Conseil constitutionnel qui est juge de la compétence des différents organes constitutionnels, est également juge de sa propre compétence. En effet, en tant que juridiction suprême, dont les décisions s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, il n'est soumis à aucune autre autorité. C'est donc lui seul qui, par une interprétation plus ou moins large ou plus ou moins étroite des textes qui le régissent, détermine l'étendue exacte de ses attributions.<sup>105</sup>

Pourtant les germes d'un dialogue des juges fructueux étaient présents puisque la juridiction administrative suprême, la Cour suprême, a été concomitamment saisie de la question. La Cour suprême allait-elle accepter de se voir supplanter par le Conseil constitutionnel dans le traitement d'un contentieux qui est d'abord le sien ? A supposer qu'elle s'y résolve, comment concilier cette compétence exceptionnelle du Conseil constitutionnel avec le caractère naturel de la compétence de la Cour suprême comme juge de la légalité des actes administratifs ?<sup>106</sup>

Ni « dialogue des juges » encore moins une « dispute » : la Cour suprême a décliné sa compétence se rangeant derrière la position du Conseil constitutionnel.

<sup>101</sup> DC du 15 février 2024, considérant 7.

<sup>102</sup> P. TERNEYRE, « Le juge administratif et le juge constitutionnel », *Sous la direction de Guy GARDAVAUD et Henri Oberdorff, Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, pp.424.

<sup>103</sup> C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », *RFDC* 2008 n°75, p. 551.

<sup>104</sup> E.O. DIOP, « Le juge constitutionnel et le juge administratif », *Annales africaines*, n°10, avril 2019, p. 214.

<sup>105</sup> P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 17<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 5.

<sup>106</sup> Ibid., p.11.

En France, par exemple, confrontés aux mêmes questions, une dispute et un dialogue de plusieurs décennies entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont permis d'élaborer ensemble la grille de répartition suivante :

- La compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la légalité des actes préparatoires en matière électorale reste l'exception, celle du Conseil d'Etat demeure le principe ;
- Cette compétence exceptionnelle est soumise à trois conditions rappelées dans chaque décision relative à cette question : la remise en cause de l'efficacité du contrôle des opérations électorales, le risque de vicier le déroulement général du vote ou l'atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ;
- Ces conditions très strictes excluent donc les actes préparatoires à portée permanente, les actes à portée secondaire et ceux relatifs à des élections parlementaires partielles ;
- Le décret de convocation des électeurs paraît répondre à ces critères, il apparaît aujourd'hui le seul, en France, susceptible d'être contrôlé par le Conseil constitutionnel.<sup>107</sup>

## **2. La discutabilité « plénitude de juridiction » du Conseil constitutionnel**

Les modalités politiques des élections nationales comme l'élection présidentielle

sont largement déterminées par la Constitution complétée par des lois organiques.

Puis viennent de nombreuses lois insérées dans le code électoral. Et on relève ensuite les dispositions réglementaires. Il existe ainsi un service public de l'élection<sup>108</sup>, et donc un droit administratif de l'élection ou un droit administratif électoral. Et de façon symptomatique, c'est dans les pays africains que l'accent est mis sur la complexité des opérations électorales et la nécessité de doter les pays d'une administration capable d'en assumer la mise en œuvre.<sup>109</sup> Il existe de nombreuses structures administratives dont chacune apporte sa contribution à une opération complexe, au sens administratif du terme, avec nombre d'actes administratifs et d'actes subséquents.

Si le Conseil constitutionnel apparaît comme le pivot de l'organisation de l'élection présidentielle, en réalité, une multitude d'acteurs interviennent.<sup>110</sup> Ils ont un rôle de mise en œuvre et de contrôle des opérations électorales.

Le régime de contrôle des actes préparatoires des élections diffère d'un pays à un autre. Si certains systèmes n'admettent pas le contrôle de tels actes, pour d'autres, il revient naturellement au juge administratif de connaître des actes réglementaires des élections. Il existe même un troisième régime habilitant la juridiction constitutionnelle à connaître du contentieux des actes précités en vertu des pouvoirs qu'il détient de sa qualité de juge électoral.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Ibid., p.13.

<sup>108</sup> J-P. MARKUS, « Le droit administratif de l'élection présidentielle », in O. NAREY (dir.), *L'élection présidentielle*, op.cit., 51 et s.

<sup>109</sup> J.L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit électoral congolais*, thèse, Harmattan, 2015, p.124.

<sup>110</sup> F. CAFARELLI, « Les autorités administratives et le juge administratif face à l'élection présidentielle », in J. ARLETTAZ et S. NICOT, *Le cadre juridique de la campagne présidentielle*, Harmattan, 2012, p.108.

<sup>111</sup> E.O.DIOP, « Le juge constitutionnel africain, juge du recours pour excès de pouvoir », in

Les actes de l'exécutif ne font pas l'objet de contrôle de constitutionnalité dans tous les pays africains. Si le Sénégal, le Mali, l'Algérie, le Togo, le Burkina Faso, le Maroc, le Cameroun n'ont pas instauré le contrôle de constitutionnalité des actes de l'exécutif, en revanche dans les pays comme le Bénin, le Burundi, le Cap-Vert, l'Égypte, le Gabon, le Niger, la République démocratique du Congo, le contrôle des actes règlementaires est institutionnalisé.<sup>112</sup>

Au Sénégal, aucun texte ne donne expressément compétence au Conseil constitutionnel pour connaître du décret portant convocation du corps électoral. Toutefois, le juge administratif, juge de l'excès de pouvoir des autorités administratives renvoie la question des actes préliminaires non détachables des opérations électorales au Conseil constitutionnel<sup>113</sup>. Cette jurisprudence est confortée par l'ordonnance rendue le 15 mars 2024 par le juge des référés administratifs déclarant irrecevables les requêtes aux fins de suspension contre les deux décrets du 06 mars 2024 dont l'un fixant la date du scrutin présidentiel et l'autre fixant la date de la campagne électorale.<sup>114</sup>

Le juge de l'administration a donc pris acte de la position réitérée du Conseil constitutionnel considérant que : « *s'il est vrai que la Cour suprême est juge de l'excès de pouvoir des autorités exécutives, le Conseil constitutionnel, juge de la régularité des élections nationales, dispose*

*d'une plénitude de juridiction en matière électorale, sur le fondement de l'article 92 de la Constitution ; que cette plénitude de juridiction lui confère compétence pour connaître de la contestation des actes administratifs participant directement à la régularité d'une élection nationale, lorsque ces actes sont propres à ce scrutin* ». <sup>115</sup>

Ainsi que le fait remarquer le Professeur Alain Bockel : « *Aujourd'hui, avec le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un corps solide de règles et de principes s'est constitué : c'est désormais là que se trouvent le fondement et la source du droit administratif. Celui-ci ne peut plus être véritablement compris que dans une approche constitutionnaliste, voire même de plus en plus européenne avec l'épanouissement de l'activité des juridictions continentales* ». <sup>116</sup>

#### **Conclusion :**

On peut admettre que : « *les décisions du Conseil constitutionnel sénégalais ne sont pas aussi mauvaises qu'on le dit au plan juridique mais ne sont peut-être pas aussi bonnes qu'on le souhaite au plan politique. L'explication de la prudence qu'on semble reprocher aux « Sages de Soumbédioune » se trouve peut-être dans leur volonté farouche d'éviter un des plus grands dangers qui guettent le juriste : faire du droit en ayant des arrières pensées politiques* ». <sup>117</sup>

Toutefois, « *le recours au juge devient plus ambigu et les orientations de jurisprudence constitutionnelle expriment aussi des choix*

---

*Mélanges en l'honneur de Demba SY*, Tome 1, Université de Toulouse 1, 2020, p. 378 et s.

<sup>112</sup> E.O. DIOP, « Le juge constitutionnel et le juge administratif », op. cit., p. 220-221.

<sup>113</sup> CE, 28 juillet 1999.

<sup>114</sup> I. BALDE, *Le contrôle des élections par le Conseil constitutionnel sénégalais*, op.cit., p. 100 et s.

<sup>115</sup> DC du 15 février 2024, considérant 7.

<sup>116</sup> A. BOCKEL, « Propos introductifs », in *Cinquante ans de droit administratif en Afrique*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 22-23.

<sup>117</sup> B. KANTE, « Préface », in *Avis et décisions du Conseil constitutionnel du Sénégal*, I. M. FALL (dir.), CREDILA, Dakar, 2018, p. 17.

*politiques. Le droit n'est pas seulement « instrumentalisé par les acteurs politiques » mais les acteurs juridictionnels se font aussi acteurs politiques. Dans la logique de la dialectique du maître et de l'esclave de Hegel, le serviteur se fait aussi maître et la justice s'érige ostensiblement en pouvoir. La régulation juridique fondée sur le « contrôle terme à terme » se mue en régulation politique où les enjeux sont exclusivement politiques. Ce qui pose le problème de la légitimité du « juge constitutionnel, qui ne peut se prévaloir d'aucune investiture démocratique, sinon très indirecte »<sup>118</sup>.*

Louable a été la fonction de régulation assurée par le Conseil constitutionnel lors de l'élection présidentielle de mars 2024 au Sénégal. Mais, il conviendrait de mettre en harmonie cette nouvelle pratique avec le texte constitutionnel qui fait expressément du Président de la République « *le gardien de la Constitution* ». Ce qui, en effet, fait de lui juge et partie.

Le rôle des sept sages a été largement salué. Il n'empêche, du point de vue de l'orthodoxie juridique, il y avait mieux à faire que de produire un communiqué de presse pour finalement s'aligner sur la date de l'élection constitutionnellement acceptable enfin proposée par le Président de la République.

Si l'innovation peut être une bonne chose, se donner la compétence d'annuler un décret alors même que la juridiction suprême en est concomitamment saisie ne laisse d'interpeller sur cette fonction du juge constitutionnel se faisant juge administratif sous le prétexte d'une « *plénitude de juridiction* ».

---

<sup>118</sup> N. MEDE, op.cit., p. 55.

## LA PERMÉABILITE DU CONTRAT

Par

**Dr Luc Kokou SOSSA,**

Assistant à la FADESP – UAC (Bénin)

### Résumé

Contracter, c'est exprimer sa volonté pour s'engager avec une autre personne. Si l'expression de cette volonté est libre, il faut noter, toutefois, que cette liberté est contrainte de respecter les exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Contracter, c'est prendre réciproquement des engagements entre contractants. Il en résulte une présomption d'égalité des contractants. Cependant, le contrat lie souvent une partie faible qui est soumise à celle forte.

Contracter, c'est respecter les règles impératives prévues par le législateur. Face à la violation de ces règles qui constitue une entrave de l'équilibre contractuel, le juge intervient pour assurer aux contractants la justice contractuelle.

La perméabilité du contrat se traduit par une double intervention. D'abord, le législateur joue un rôle prépondérant dans l'encadrement de la volonté contractuelle. Ensuite, le juge intervient pour réguler tout contrat empreint de déséquilibre.

**Mots clés** : contrat, volonté, législateur, juge et perméabilité.

### Abstract

To contract is to express one's intention to commit to another person. Though this expression of intention is free, it is however subject to the requirements of public order and morality.

To contract is to make mutual commitments. This creates a presumption of equality between the contractual parties. However, contracts often bind a weaker party to a stronger one, under its mercy.

Contracting means respecting the mandatory rules laid down by the legislator. In cases where these rules are violated, disrupting the contractual balance, the judge intervenes to ensure contractual justice for the parties involved.

The permeability of the contract results in a double intervention. First, the legislature plays a key role in framing the will of the contracting parties. Then, the judge intervenes to regulate any contract imbued with imbalance.

**Keywords** : contract, will, legislator, judge and permeability.

## Introduction

Tocqueville disait déjà que « *si [l'homme] n'a pas la foi, il faut qu'il serve, et s'il est libre, qu'il croie* »<sup>1</sup>. De même, le professeur Supiot affirme qu'« *au cœur du calcul rationnel autorisé par le contrat, se trouve une croyance dont seul l'objet a changé. ... La liberté contractuelle n'est pas concevable sans (qu') une foi (soit) partagée dans un tiers (qui se porte) garant des conventions... Il n'y a pas, et il ne peut y avoir, de contrat sans une loi qui, à tout le moins, fonde la personnalité de ceux qui contractent et donnent force à leur parole* »<sup>2</sup>. Une fois que le contrat est conclu, le droit permet au juge d'en réviser le contenu, pour autant qu'il opère en-deçà des limites portées au Code civil<sup>3</sup>. Dans la même veine et plus précisément pour les contrats dans les sociétés commerciales, le professeur Kenmogne Simo, précise que « *l'intervention du juge au sein de la société est de plus en plus grande mais généralement en cas de crise* »<sup>4</sup>.

Dans son Discours préliminaire de 1801 sur le premier projet du Code civil, Portalis avait réparti les fonctions entre le législateur et le juge. Il avait attribué au législateur l'office des lois et au juge celui du discernement de l'esprit des lois ainsi que de leur application « *c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application [...] Les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, toutes les fois qu'ils manquaient de loi ou que la loi existante leur paraissait obscure* »<sup>5</sup>. Ce faisant, il interdisait au juge l'interprétation

par voie d'autorité et de son gré qui « *consiste à résoudre les questions de doute par voie de règlements ou de dispositions générales* »<sup>6</sup>. La seule interprétation qu'il est permis au juge de faire, poursuit Portalis, c'est « *l'interprétation par voie doctrinale qui consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés* »<sup>7</sup>. Il en résulte le pouvoir du juge d'interpréter la loi lorsqu'elle est obscure, de la compléter lorsqu'elle est insuffisante et de créer de nouvelles normes s'il y a vide juridique. Face au silence législatif, le juge a l'obligation de juger sous peine de déni de justice ; ce principe a été dégagé de l'article 4 du Code civil. Il dispose que « *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence de la loi sera poursuivi comme coupable de déni de justice* ». En l'absence de l'intervention du juge, il importe de se demander si le législateur et les parties au contrat peuvent, à eux seuls, résoudre les problèmes du contrat dans le contexte des évolutions de la société. En outre, il convient également de savoir si l'intervention du juge, aux côtés du législateur et des parties qui sont au contrat, constitue une garantie d'efficacité du contrat. Répondre à ces diverses préoccupations justifie l'importance de la présente étude sur « **La perméabilité du contrat** ».

Le droit romain fait une nette distinction entre le contrat "*contractus*"<sup>8</sup> comme un accord formel engageant juridiquement les parties et la convention "*conventio, pactum*" (accord informel reposant sur la bonne foi)<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, tome 3. djvu/48, p.39, in A. Supiot, « *La contractualisation de la société* », *Courrier de l'environnement de l'INRA* n°43, mai 2001, Nantes, p.54.

<sup>2</sup> A. Supiot, « *La contractualisation de la société* », *Op. cit.*, p.54.

<sup>3</sup> P. Legrand, « *Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise* », *Revue générale de droit*, 23(2), 235-278, Québec, 1992, 235, <https://doi.org/10.7202/1057471ar>, Consulté le 18/04/23 à 02h 43mn.

<sup>4</sup> A. Kenmogne Simo, « *La désolidarisation entre participation au capital social et source du pouvoir*

en droit OHADA », *BDE* (2017) 1, p.8.

<sup>5</sup> J. E. M. Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801.

<sup>6</sup> O. Dutheillet De Lamothé, « *Le juge face au silence de la loi* », *Revue du droit public*, n° 4, p.1055.

<sup>7</sup> J. E. M. Portalis, *Op. cit.*

<sup>8</sup> Par *contrahere*, on désignait l'action à travers laquelle un lien juridique se crée.

<sup>9</sup> P. Girard, *Manuel de droit romain*, Paris, Rousseau, 5<sup>e</sup> éd., 1911, p.432 ; A. Supiot, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, *Dr. Soc.* 2003, p.59 ; J. Mestre et A. Laude, « *L'interprétation active du contrat par le juge* » in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p.9. ; D. Philippe, « *La bonne foi dans la*

Admettre qu'il faut exécuter le contrat avec bonne foi, c'est tout simplement respecter son engagement<sup>10</sup> et, par conséquent, sa parole. La perméabilité vient, étymologiquement, du latin *permeabilis* qui donne *de per* qui signifie *à travers* et *meare* pour *passer*. Donc *permeabilis* signifie *passer à travers* quelque chose. Elle exprime la propriété ou la capacité de toute chose perméable, changeable ou modifiable ou interpénétrable. Elle traduit la propriété d'une roche, d'un terrain, d'un corps qui favorisent la pénétration de l'eau en eux. C'est le caractère soit de quelque chose, soit de quelqu'un qui peut être atteint ou se laisser pénétrer ; en témoigne la perméabilité d'un jeune à toutes sortes d'influences. Être perméable, c'est se laisser pénétrer ou traverser notamment par les liquides. Son synonyme est poreux<sup>11</sup>. Sur le plan des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), plusieurs études ont montré que l'usage croissant des TIC, dans la vie professionnelle et personnelle, a largement contribué au brouillage des frontières entre ces deux sphères. La perméabilité traduit le degré d'engagement ou d'immersion psychologique et/ou comportemental de l'individu mais aussi physiquement que temporellement présent dans un autre<sup>12</sup>. Les frontières sont importantes en ce qu'elles protègent les domaines des influences extérieures. Toutefois, elles varient dans leur degré de perméabilité. En effet, la perméabilité se produit lorsque les éléments

d'un domaine traversent les frontières séparant les deux domaines pour se retrouver dans l'autre domaine, c'est-à-dire que ces éléments passent d'un domaine à un autre. Avec l'usage des TIC, les interpénétrations, d'un domaine à un autre, sont devenues plus fréquentes et beaucoup plus faciles ; ce qui traduit une perméabilité élevée. Cette porosité concerne également tous les salariés dans l'entreprise. Comme on l'a expliqué précédemment, grâce à l'*Internet* et aux technologies dont les portables et ordinateurs portatifs, les individus sont connectés et joignables partout et à tout moment. Travail et vie personnelle sont désormais mélangés. Les frontières s'estompent, les tâches professionnelles peuvent être exécutées à la maison de même que les tâches personnelles peuvent l'être au travail. *Comment font les individus pour gérer ces interpénétrations d'un domaine vers un autre ?*<sup>13</sup> *Comment gèrent-ils les diverses relations à travers la variété des domaines ?*

Sur le marché de l'emploi, la perméabilité renvoie à l'idée qu'il est possible pour les membres d'un groupe défavorisé d'accéder à un autre groupe plus avantageux. *Comment passer d'un statut professionnel à un autre ?* Dans le domaine très spécifique de l'étude sur le chômage, la perméabilité entre les frontières se définit comme l'appréhension des chômeurs selon sur l'accessibilité de l'emploi<sup>14</sup>. S'agissant de l'imperméabilité des frontières, elle

---

formation du contrat » in *La bonne foi, Rapport belge, Travaux de l'Association Capitant*, Journées Louisianaises, T. XLIII, Paris, Litec, 1992, p.61 ; Cass. 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p.282 et note J.L. Fagnart. et P.Wéry, *Les obligations*, n. 484 ; R. Desgorces, *La bonne foi dans le droit des contrats, Rôle actuel et perspectives*, Thèse de doctorat en droit, Paris II, 1992, p.6 : « *la bonne foi est partie d'un ensemble, l'article 1134, dont l'objet général est la force obligatoire* ».

<sup>10</sup> T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne » in *Éthique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p.207.

<sup>11</sup> Dictionnaire français, [https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/per](https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/permeable/)

[meable/](#), Consulté le 30/11/23 à 17h 13mn.

<sup>12</sup> El W. Wafa, *Perméabilité des frontières vies « personnelle et professionnelle » et usage des TIC : modèles d'articulation*, Thèse réalisée de Doctorat en Ergonomie et en Sciences de Gestion, 2015, p.11.

<sup>13</sup> El W. Wafa, Op. cit., p.13.

<sup>14</sup> G. Herman et Van D. Ypersele, « L'identité sociale des chômeurs », *Les Cahiers du Cerisis*, 60(6), 895-910, cités par G. Boudrenghien, Fr. Nils, D. Jourdan et D. Bourguignon, « Perception de la perméabilité du marché du travail chez les jeunes en fin de secondaire », *L'orientation scolaire et professionnelle*,

<http://journals.openedition.org/osp/1819> ; DOI : 10.4000/osp.1819, p.3, Consulté le 15/04/23 à 18h 35mn.

caractérise la perception d'un chômeur selon laquelle il est très difficile de trouver l'emploi<sup>15</sup>. De cette perception sur la perméabilité dépendront d'abord, le niveau d'identification de l'individu au groupe et ensuite, le choix sur les stratégies à développer par les membres qui constituent les groupes ayant un bas statut pour l'amélioration de leur position sociale.<sup>16</sup> Sous le couvert de la perméabilité interdisciplinaire, chaque discipline scientifique a pu donner une prise aux usages métaphoriques ; en témoigne l'usage philosophique du célèbre théorème de Gödel ainsi que le concept d'incertitude d'Heisenberg<sup>17</sup>.

La théorie classique de l'autonomie volontaire<sup>18</sup> est le fondement du contrat. Selon le Code civil primitif de 1804<sup>19</sup>, la genèse du contrat est essentiellement basée sur l'accord de la volonté<sup>20</sup> des parties, lequel est érigé en source de création des obligations pour les parties. Celles-ci sont libres de conclure ou non le contrat, libres de choisir leur contractant, libres de déterminer le contenu de leur contrat. Toutefois, ce principe a connu un déclin au cours de la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup>. A son retour, une telle liberté a potentiellement placé les parties dans une situation d'injustice où la partie forte dirige le contrat et souvent au détriment de la partie faible. D'où la nécessité de contrôler

cette liberté car « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »<sup>22</sup>. Ces changements inhérents à la liberté contractuelle s'expliquent par divers bouleversements, inhérents notamment à la révolution industrielle ; mais aussi à la multiplication et à la diversification des types de contrat, à la standardisation des concepts contractuels, à la prolifération du contenu obligatoire dans les clauses contractuelles et au déclin de la règle classique ou primaire de l'autonomie volontaire des contractants<sup>23</sup>.

A la faveur de la révolution de 1789, les idées libérales se manifestent sur deux plans : le plan philosophique et celui économique. Sur le premier plan, il importe de citer Jean Jacques Rousseau qui a affirmé que « *l'homme est naturellement bon, et c'est la société qui le déprave* »<sup>24</sup>. Quant à Charles-Louis de Secondat dit Montesquieu, il renchérit que « *la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent* »<sup>25</sup>. Il poursuit en déclarant que **la liberté n'est pas une liberté indépendance**. Ce faisant, il faut laisser tout libre l'homme pour faire les choses. S'agissant du second plan, il semble avoir la présence d'une "main invisible" qui guide le marché pour le bien de tous et la satisfaction de l'intérêt général. Chaque individu est

<sup>15</sup> G. Boudrenghien, Fr. Nils, et all., Op. cit., p.3, Consulté le 16/04/23 à 11h 26mn.

<sup>16</sup> G. Boudrenghien, Fr. Nils, et all., Op. cit., p.3, Consulté le 16/04/23 à 11h 27mn.

<sup>17</sup> J. Benoist, Frontières et perméabilité des disciplines, Les classiques des sciences sociales, Chicoutimi, Québec, <http://classiques.uqac.ca/>, 2016, pp. 17-18.

<sup>18</sup> L. Cadiet, « Interrogation sur le droit contemporain des contrats » in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, spé. note 1, p.25 ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, Paris, 1956, n° 12, p.10.

<sup>19</sup> Le Code civil primitif, également appelé, à partir de 807 le Code Napoléon. Il a été promulgué par Napoléon Bonaparte en 1804 et est un ensemble de lois écrites et organisées qui déterminent le statut des personnes et de leurs relations tout comme celui des

biens.

<sup>20</sup> Aux termes de l'article 1101 CC, « *le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » ; L. Feriel, « *La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif* », JCP E, mai 2021, n°s 19-20, étu. 1246, p.26, n° 2.

<sup>21</sup> Le déclin du postulat de l'autonomie volontaire contractuelle des parties de contracter.

<sup>22</sup> H. Lacordaire, « Sermon à la chaire de Notre-Dame », 1848 in Conférences de Notre-Dame de Paris, 1835-1851, 1855, p.6 – n° 12.

<sup>23</sup> E. L. Josserand, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal*, Dalloz, Recueil Hebdomadaire, 1940, n° 2, p.5.

<sup>24</sup> J. J. Rousseau, *Du contrat social - Discours sur les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755.

<sup>25</sup> Ch.- L. de Secondat "Montesquieu", *De l'esprit des lois : Liberté et pouvoir*, 1748.

donc libre pour prendre ses initiatives. Cependant, la liberté n'interdit pas que le contrat soit assujéti aux obligations surtout lorsque cet assujéttissement découle de la volonté du contractant. Traditionnellement, la liberté accorde aux parties le privilège de conclure ou non le contrat, de choisir leur cocontractant, d'apprécier l'opportunité de contracter et de retenir les termes ainsi que les conditions de leur convention<sup>26</sup>. Puisque la liberté contractuelle<sup>27</sup> peut être entendue comme la liberté du contractant de se lier, elle est la conséquence de l'autonomie volontaire. Cette liberté constitue l'un des principaux éléments sur lesquels repose le droit contractuel. À travers l'autonomie d'expression de la volonté qui est un principe central du droit de contrat, il faut souligner que seule la volonté est créatrice de droits et d'obligations pour l'être humain. De ce principe, il résulte également que l'homme est et demeure un être libre. Par conséquent, nul ne peut le contraindre à des obligations en dehors de celles qui ressortent de sa volonté et de son consentement. Avec la convention-loi<sup>28</sup>, la liberté contractuelle formait l'une des caractéristiques essentielles du Code Napoléon de 1804 qui constitue encore aujourd'hui la source principale du droit contractuel. Au risque de priver ce principe de sa substance et de porter gravement atteinte à la sécurité juridique, il n'est, en effet, ni souhaitable, ni acceptable que les prétoires s'érigent en arbitre de l'équité des

relations économiques. Un degré suffisant de sécurité juridique est, à cet égard, nécessaire à tous et permet d'éviter de nombreux conflits<sup>29</sup>. Le principe relatif à la convention-loi constitue l'un des trois éléments ayant supporté la construction du Code civil primitif. Cela conforte la position du professeur René Savatier ayant affirmé que le principe fondamental de la liberté des contractants traduit « *la plénitude de la liberté des contrats* »<sup>30</sup>. La conception originelle du contrat exige un respect mutuel et ne rend donc pas l'un responsable de l'autre, ni l'autre de l'un<sup>31</sup>. Au cours du 19<sup>e</sup> siècle, la théorie de l'économie libérale incitait à laisser aux parties le privilège de préciser les termes de leurs engagements. Selon cette théorie, la grande liberté de "*laissez-faire*", qui doit être accordée aux parties, a eu son écho favorable. Le marché est la meilleure méthode de répartition des richesses<sup>32</sup>. A cet effet, le rôle de l'Etat devrait être seulement d'assurer l'effectivité des engagements des parties et de laisser la loi du marché fixer la valeur de leurs prestations réciproques. Le marché étant roi, l'État ne devait pas venir le perturber<sup>33</sup>. En dépit de son rôle central, le principe consacré à la liberté contractuelle a été fortement menacé. Ce faisant, il lui a été opposé la conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public<sup>34</sup>. A propos des bonnes mœurs, Frédéric Charlin affirme que l'art de définir contraint parfois les juristes à accepter que "certaines

<sup>26</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1988, p.28.

<sup>27</sup> F. Terré, *Droit Civil : les obligations*, 5<sup>e</sup> édition, précis Dalloz, 1993, p.23 ; J. Flour, et J-L. Aubert, *Les obligations, l'acte juridique*, 8<sup>e</sup> édition, Armand Colin, 1998, p.65 ; J. Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, Tome 4, 21<sup>e</sup> édition, PUF, 1998, p.50 ; D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *Les petites affiches* (2004), n° 92, p.47.

<sup>28</sup> H. de Page, *Traité de droit civil belge*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., 1964, no 462 ; A. de Bersaques, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion » in *Mélanges Jean Dabin*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 487 et s., spéc. pp. 491 et 492, cité par J.-F. Romain, « *Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau*

*paradigme contractuel* » in P.- A. Foiriers (éd.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p.54.

<sup>29</sup> A. Rigolet, Op. cit., p.329.

<sup>30</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3<sup>e</sup> série, Dalloz, Paris, 1959, p.21.

<sup>31</sup> T. Revet, Op. cit., p.212.

<sup>32</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., pp.22-23.

<sup>33</sup> A. Rigolet, *La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste*, Éditions Larcier – Strada Lex, 2020, p.312.

<sup>34</sup> Cl.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, nouvelle éd., Paris, Vve Brunet, 1769,2 vol., T. 1, p.367.

matières soient rebelles à la définition", même si une simple délimitation s'accommode de filiations pertinentes. Les bonnes mœurs n'ont pas été définies de façon précise par le droit civil. Très liées à l'ordre public, les bonnes mœurs se rapportent souvent à la vie privée<sup>35</sup>. Les articles 6 et 1133 du Code civil<sup>36</sup> en font un instrument moralisateur du contrat à peine de d'absolue nullité, comme dans d'autres droits européens<sup>37</sup>. En outre, il renchérit en affirmant que « *les bonnes mœurs traduisent dans la règle de droit une certaine moralité*<sup>38</sup>, la "normalité" durkheimienne<sup>39</sup> écartant les comportements très minoritaires »<sup>40</sup>. De même, Edith Géraud-Llorca illustre que « *des auteurs très représentatifs du droit écrit, tel le provençal Julien et le toulousain Boutaric enseignent, le premier que selon les "préceptes généraux du droit", on doit "ne rien faire que d'honnête, rien qui blesse les lois et les mœurs"*<sup>41</sup>, le second que l'"on regarde toutes les conventions comme irrévocables pourvu qu'elles paraissent

*avoir été faites sérieusement et avec réflexion, qu'elles ne soient contre ni les lois ni les bonnes mœurs et qu'il n'y ait ni dol ni surprise*<sup>42</sup> »<sup>43</sup>. Le principe a connu des tempéraments qui illustrent et renforcent sa perméabilité. Il devrait également protéger les parties supposées faibles au contrat contre les abus des forts auxquels la liberté contractuelle "*brute et originelle*" peut conduire. Parmi ces personnes dites faibles comptaient les travailleurs salariés et les consommateurs confrontés aux vicissitudes de la société industrielle émergente. Ce faisant, ces exigences du principe constituaient une limitation très remarquable de la capacité des parties contractantes à déterminer librement les modalités de leurs conventions. En dehors de « *l'infléchissement du consensualisme* »<sup>44</sup> provoqué par « *la résurgence du formalisme* »<sup>45</sup> et de « *la remise en cause du principe de la liberté contractuelle avec l'apparition des contrats d'adhésion* »<sup>46</sup>, la force obligatoire du contrat, également, a connu une atténuation.

<sup>35</sup> B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005, p.8.

<sup>36</sup> Certaines dispositions du Code civil se valent sur ce plan. Ce sont entre autres les articles 900, 1131 et suivants, 1172 et 1387.

<sup>37</sup> Le cas de la Suisse intéresse ; il fit l'objet d'une thèse avec une dimension comparatiste sur les bonnes mœurs dans les droits français, allemand et italien.

<sup>38</sup> Les « bonnes mœurs » se seconderont dans l'exercice de la justice, le juge lui-même ne représentant plus dans la communauté l'homme vertueux.

<sup>39</sup> É. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 16<sup>e</sup> éd., 1967, *Les classiques des sciences sociales*, Chicoutimi, Québec, <http://classiques.uqac.ca/>, p.69, Consulté le 04/12/23 à 21h 36mn.

<sup>40</sup> B. Lavaud-Legendre, Op. cit., p.9.

<sup>41</sup> J.-J. Julien, *Éléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume*, Aix, Antoine David, 1785, 1 vol., p.295.

<sup>42</sup> Fr. de Boutaric, *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, 1757, 1 vol., p.436.

<sup>43</sup> É Géraud-Llorca, L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil, <https://www.bing.com/search?q=les+bonnes+moeu+rs+en+droit+du+contrat+pdf&q=n&form=QBRE>

&sp=-

[1&ghc=1&lq=0&pq=les+bonnes+moeurs+en+droit+du+contrat+pdf&sc=11-](#)

[41&sk=&cvid=9C1BD585FBEA4ACEA645A09E58A9D58D&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=&ntref=1,](#)

p.64, Consulté le 04/12/23 à 13h 40mn.

<sup>44</sup> H-L Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçon de Droit Civil*, Tome III, 8<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 1991, p.50 ; X. L. de Bellefonds, « La LCEN et le consensualisme », *RDC*, n° 2, 2005, p.592.

<sup>45</sup> Ph. Malaurie, Regards sur le formalisme en droit privé, *Deffrénois*, n° 6, 2005, p.481 ; M. S. Zaki : « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *R.I.D.C.*, 1986, n° 4, p.1096 ; X. Lagarde, « *Observations critiques sur la renaissance du formalisme* », *JCP. G.*, 1999, I 170, pp. 1767-1775 ; D. Gobert et E. Montero, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne » in É. Montero (dir.), *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse de la mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.199.

<sup>46</sup> M. Coipel, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485, 500 ; M. Lemieux, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 *C. de D.* 841, 845 ; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 2001, n°

En effet, chaque partie contractante dispose désormais de la possibilité de se retirer unilatéralement du contrat soit pour la conduite déloyale, soit pour la mauvaise foi de son cocontractant. Ainsi, toute partie qui n'exécute pas ses obligations ne peut se prévaloir de l'obligatorité du contrat. On notera également l'ampleur de l'effet relatif envers les tiers<sup>47</sup>. Autrefois, selon ce principe, le contrat doit produire des effets uniquement entre les parties ayant donné leur accord et non vis-à-vis des tiers. Cependant, ce principe a connu une atténuation de sorte que le contrat signé entre les parties peut causer des effets envers des tiers en raison de sa nature même. Quoique n'ayant pas signé le contrat, certaines personnes peuvent en être intéressées. Ce sont notamment les ayants cause, tiers bénéficiaires qui ont des intérêts liés aux effets du contrat<sup>48</sup>.

En outre, les nouvelles productions législatives se consacrent à d'autres aspects juridiques dont l'imposition de l'ordre public et des bonnes mœurs, la protection de la partie faible au contrat et la prolifération des contrats d'adhésion. Les bonnes mœurs et le droit contractuel ont traversé la période révolutionnaire<sup>49</sup>. En dépit de cette œuvre législative, il est parfois noté soit des imprécisions soit le silence du législateur à qui l'encadrement de certains domaines a échappé. Cela peut conduire « à une forme d'imprévisibilité et in fine à une forme d'insécurité juridique »<sup>50</sup>. Pour y pallier, le

recours prétorien s'impose afin d'assurer le rôle régulateur des contrats par le juge. Bien que l'intervention prétorienne dans les liens contractuels semble controversée, celle-ci est néanmoins consacrée par le législateur et admise par la doctrine quasi majoritaire. Le renforcement du phénomène des clauses contractuelles obligatoires par le juge est devenu une importante réalité jurisprudentielle quoiqu'elle constitue une entorse à la force obligatoire liée au contrat. Il en résulte des forçages d'ordre aussi bien législatif que prétorien. Tenant compte de ces forçages, d'une part, et de l'analyse combinée de la définition de la perméabilité et de la place originaire centrale de la volonté accordées aux parties, d'autre part, il convient de s'interroger sur la portée ou la place de la volonté reconnue aux parties dans le contrat.

*Le contrat, voulu à l'origine comme instrument de la volonté des parties demeure-t-il ainsi ou se laisse-t-il pénétrer par d'autres volontés ? Quelle est la place de la volonté des parties dans le contrat à l'heure actuelle ?*

Cette problématique illustre l'opportunité de cette recherche. Elle révèle également les multiples enjeux de l'étude.

Au plan théorique, la perméabilité du contrat justifie la dualité des interventions du législateur et du juge qui favorisent l'équilibre contractuel<sup>51</sup> et la justice contractuelle<sup>52</sup>. Cela rétablit et renforce l'autonomie volontaire en vue d'équilibrer le contrat<sup>53</sup>. Il en découle le raffermissement du volontarisme et du solidarisme contractuels<sup>54</sup>. Le législateur assure la

26, p.70 ; Roy c. Walker, J.E. 2000-1120 (C.A.) ; Fr. X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », J.C.P. 1993.I.3673, n° 6.

<sup>47</sup> M. N. Diatta, *Le juge et le contrat : étude comparative des droits français et sénégalais*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Perpignan Via Domitia, 2022, n° 17, p.8.

<sup>48</sup> M. N. Diatta, *Op. cit.*, n° 17, p.8.

<sup>49</sup> É Géraud-Llorca, *Op. cit.*, p.62.

<sup>50</sup> A. Kenmogne Simo, « La divergence entre les législateurs CEMAC et camerounais en matière de répression de l'émission de chèque (ou une difficulté de l'intégration juridique dans la CEMAC) » in *Justice & intégration, Mélanges en l'honneur du professeur Ndiaw DIOUF*, Tome 1, Justice, les éditions du CREDIJ, décembre 2020, p.299.

<sup>51</sup> J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan,

*Traité de droit civil, Introduction générale*, 4<sup>e</sup> ed., LGDJ, 1994, n° 252.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> M. Mekki, « Libéralisme et solidarisme : quelle philosophie du contrat pour sortir de la crise ? », *RDC* 2010, n° 1, p.383.

<sup>54</sup> S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse Paris 2, 2012, p.339 ; Ch. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique » in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Économica, 2004, p.159 ; Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme » in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), p.3 ; Ch. Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56, *R.I.E.J.*, p.5 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006, p.4 ; R.

sécurité du contrat à travers les exigences liées non seulement à l'ordre public mais également aux bonnes mœurs, de l'obligation d'information liée au contrat et des aménagements contractuels pour la sauvegarde du contrat. Lorsque le juge supplée au silence du législateur et à la défaillance des parties, il exerce son pouvoir régulateur afin de préserver la sécurité juridique du contrat. Cela se manifeste par l'interprétation du message du juge et la sanction judiciaire des violations du contrat par les parties malveillantes.

Au plan pratique, il convient de montrer que les pouvoirs du législateur et du juge sont complémentaires. A travers ses pouvoirs, le législateur crée des normes afin de répondre, d'une part, à l'impératif dynamique lié aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs, et d'autre part, à la nécessité de protéger les parties faibles au contrat. Sous le bénéfice du pouvoir prétorien, le juge interprète les imprécisions du législateur et régule son silence. Il contribue à la consolidation de la justice contractuelle et à la correction soit du déséquilibre créé par les contractants lors de la formation du contrat<sup>55</sup>, soit de celui survenu lors de l'exécution du contrat par des circonstances imprévisibles<sup>56</sup>. En ce sens, si les parties contractantes ne respectent pas l'impératif de l'équilibre du contrat<sup>57</sup>, celui-ci mute vers un statut<sup>58</sup> qui oblige le juge à intervenir pour sa sécurité juridique. En conséquence, le juge intervient pour stabiliser la relation contractuelle<sup>59</sup>.

En réponse à la problématique de cette

recherche, il convient de remarquer que le législateur rend dynamique le cadre juridique sur le contrat en créant de nouvelles normes à travers lesquelles il est parfois implicite. A cet égard, le juge s'émancipe parfois des habilitations du législateur pour rechercher l'équilibre du contrat<sup>60</sup>. Son intervention active dans le contrat, manifeste pour certains auteurs l'arbitraire<sup>61</sup> qui secoue la sécurité juridique créée par la volonté contractuelle. Cependant, ses interventions précisent l'encadrement législatif dynamique du contrat et contribuent au renforcement de son exécution.

La perméabilité du contrat s'exprime par les diverses interventions du législateur qui ont bouleversé la liberté contractuelle. Dans la de la sécurité contractuelle, la jurisprudence a également marqué ses empreintes sur les modifications concernant la liberté contractuelle. La perméabilité du contrat s'illustre à travers, d'une part, son encadrement (I) et, d'autre part, son imposition (II).

### **I- La perméabilité encadrée du contrat**

La perméabilité encadrée du contrat illustre une avancée de l'hétéronomie et un recul de l'autonomie volontaire. C'est un forçage ou un cloisonnement du contrat dans l'observance des règles préétablies qui gouvernent le contrat non seulement à travers sa formation mais également pendant son exécution. L'encadrement de la perméabilité inhérente au contrat est un mécanisme qui assure l'équilibre

Cabrillac, *Droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 451, p.302. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004. M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », *Archives de philosophie du droit* 2000.44.129.

<sup>55</sup> C. Thibierge-Guelfucci, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », *RTD civ.* 1997, p.379.

<sup>56</sup> C. civ., art. 1195 ; Th. Revet, « *Le juge et la révision du contrat* », *RDC* 2016, p.373 ; M. Mekki, « *De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ?* », *AJC* 2020, p.165.

<sup>57</sup> H. Batiffol, *La crise du contrat*, *Archives de*

*philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p.13.

<sup>58</sup> K. Stoyanovitch, « *La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis* », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p.89.

<sup>59</sup> A. Benabent, « *L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée* », *LPA* n° 53, 6 mai 1998, p.14.

<sup>60</sup> D. Mazeaud, « *Le principe de proportionnalité et le droit des contrats* », *LPA* 30 sept. 1998, pp. 61-62.

<sup>61</sup> L. Cadet, « *Une justice contractuelle, l'autre ?* » in Mélanges Jacques Ghestin, 2001, p.177 ; M. Mignot, « *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ?* », *RRJ* 2004, n° 4, p.2153.

contractuel et garantit l'efficacité contractuelle. Aussi met-il en évidence, d'une part, l'expansion de l'hétéronomie contractuelle (A) et, d'autre part, la récession de l'équilibre contractuel (B).

### **A- L'expansion de l'hétéronomie contractuelle**

L'expansion de l'hétéronomie contractuelle est le reflet de l'absence de la volonté contractuelle et par conséquent du recours à certains aménagements en matière contractuelle. Comme l'affirme le professeur Alain Supiot, « réguler la société consiste à rechercher les mécanismes d'ajustement mutuel qui permettent aux hommes de survivre, et à formaliser ensuite ces conventions »<sup>62</sup>. L'expansion de l'hétéronomie contractuelle se traduit par l'émergence du dirigisme contractuel (1) et l'infléchissement de l'autonomie contractuelle (2).

#### **1- Le dirigisme contractuel**

Le dirigisme contractuel a émergé courant les années 1930. Cela s'est traduit par la première génération de mutations dans les contrats. Sous le bénéfice des contrats dirigés, le but visé n'est pas uniquement d'arranger les intérêts spécifiques et individuels de chaque partie contractante, mais également de réaliser l'intérêt collectif. La conception pyramidale de l'économie dirigée justifiait le fondement des contrats dirigés. Elle prétendait imposer aux contractants l'observance de l'ordre public à travers les règles d'intérêt général

définies par l'État.

En parlant du « forçage du contenu contractuel »<sup>63</sup>, Josserand<sup>64</sup> renvoie de façon sous-jacente à une conception volontariste et individualiste du contrat. De manière croissante, *les pouvoirs publics interviennent dans la naissance, dans la vie et dans la mort du contrat. En revanche, le rôle que joue la volonté contractuelle s'efface progressivement, devenant secondaire.*<sup>65</sup>. Cela a fait dire à un autre auteur que « la prolifération des obligations ou devoirs contractuels a donc été à l'origine d'une mutation conceptuelle. Plus exactement, c'est d'une révolution, d'un retour aux sources qu'il s'agit »<sup>66</sup>. En outre, il énonce que « les produits les plus récents de la technologie contractuelle délèguent, au contraire, à ces contrats dirigés, non seulement le soin de mettre en œuvre, mais de participer à la définition des impératifs d'intérêt collectif. Et cette technique des contrats dirigés n'est plus le monopole de l'État ; elle s'est étendue à la sphère privée sous la forme d'accords-cadres qui définissent des règles d'intérêt collectif auxquelles devront se plier les contrats entrant dans leur champ d'application. Les contrats de plan, les conventions médicales, les conventions légiférantes introduites en droit social communautaire, sont autant de manifestations de ce dirigisme contractuel d'un nouveau genre, qui associe un grand nombre de personnes, publiques ou privées, à l'exercice du pouvoir »<sup>67</sup>. La perception classique du contrat qui résulte de l'œuvre de Napoléon a connu beaucoup de bouleversements, mais certes de grandes

<sup>62</sup> A. Supiot, « La contractualisation de la société », p.52.

<sup>63</sup> E. L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel » in Recueil d'études en l'honneur de François Gény, 1934, T.II, p.340.

<sup>64</sup> Parlant du dirigisme contractuel, le professeur Louis Josserand s'est attaché à la description du déclin de l'autonomie volontaire contractuelle, du fait de l'apparition du contrat dirigé, du contrat légal, du contrat forcé, du retour du formalisme, etc. ; cf. notamment « *Le contrat dirigé* », D.H. 1933. Chr. 89 ; « *La publicisation du contrat* », *Etudes Lambert*, 1938, T. 3, p.143 s. ; « *Les dernières étapes du*

*dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal* », op. cit.

<sup>65</sup> E. L. Josserand, « *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal* », op. cit. Josserand ne manque pas de nuancer sa pensée. Il parle de « *forçage du contenu contractuel* »

<sup>66</sup> J. P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », Colloque "La nouvelle crise du contrat", Mai 2001, Lille, France, hal-01053544, p.2.

<sup>67</sup> J. P. Chazal, Op. cit., p.5.

évolutions. Ces divers bouleversements sont « *inhérents notamment à la révolution industrielle, mais aussi à la multiplication et la diversification des contrats, la standardisation des concepts contractuels, le développement du contenu obligatoire du contrat et le déclin de la règle traditionnelle de l'autonomie de la volonté des contractants* »<sup>68</sup>. A la faveur de l'essor des technologies applicables à l'information ainsi qu'à la communication (TIC), vecteurs potentiels de l'échange de consentements à distance, le contrat a également connu divers usages qui marquent nettement la rupture avec les techniques traditionnelles caractérisées par la rencontre physique des parties contractantes.

Les effets découlant du contrat sont liés à son contenu tel qu'il est retenu et décidé par les parties contractantes. De ce fait, toute modification voire augmentation ou retranchement du contenu d'un contrat conclu traduit un « *forçage du contrat* »<sup>69</sup> vu que les conséquences engendrées par le contrat n'expriment plus forcément la volonté intangible des parties. Dans la perspective volontariste des contractants, le juge est investi du pouvoir de modifier voire compléter ou réduire le contenu contractuel, tout en gardant à l'esprit la règle générale et abstraite commune à l'ensemble des contrats de ce type<sup>70</sup>. Le pouvoir du juge est fondé sur une légitimité légale<sup>71</sup> qui répond parfaitement à la formule de Durkheim selon laquelle « *tout n'est pas contractuel*

*(c'est-à-dire volontaire) dans le contrat* »<sup>72</sup>. Même si cette conception libérale de l'amplification de la substance du contrat permet une meilleure protection de la partie contractuelle faible<sup>73</sup>, cela constitue une décontractualisation de l'obligation de sécurité qui contrevient certains auteurs<sup>74</sup>. L'une des formes très marquées du dirigisme contractuel est traduite par « *l'obligation légale de contracter* »<sup>75</sup>. En témoignent certains contrats forcés à travers les obligations de souscrire aux contrats notamment d'ouverture de compte bancaire pour le virement des salaires, d'assurance automobile ou d'assurance responsabilité professionnelle. L'assujettissement à une telle obligation s'arrime avec le principe fondamental de la libre contractualisation et par conséquent du libre-échange de consentements. Soit, par respect à l'obligation légale, certains intéressés acceptent de conclure le contrat. Il en découle que le fondement du rapport juridique de ce contrat se trouve dans la manifestation de cette volonté privée du cocontractant qui se veut assuré. Soit, en violation de l'obligation légale, certains intéressés refusent de souscrire à cette obligation. Ce faisant, ils font obstacle à la création du rapport juridique légalement prévu, et peuvent être exposés, par ricochet, aux conséquences de l'inobservation de l'obligation légale. Il s'ensuit l'inexistence du contrat<sup>76</sup>. Cela illustre l'importance de la liberté et de la volonté reconnues aux parties

<sup>68</sup> E. L. Josserand, « *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal* », Dalloz, *Recueil Hebdomadaire*, op. cit.

<sup>69</sup> E. L. Josserand, « *L'essor moderne du concept contractuel* » in Recueil d'études en l'honneur de François Gény, t. 2, *Sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p.335, et « *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat force et le contrat légal* », *DH* 1940, chron. p.5 ; L. Leveneur, « *Le forçage du contrat* » in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Dr. et patr.*, 1998, p.69.

<sup>70</sup> P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, Paris, Dalloz, 2018, p.199.

<sup>71</sup> S. Ondze, « *Le juge et l'équilibre du contrat* », *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, Volume

21, Numéro spécial, Année 2021, [www.annalesumng.org](http://www.annalesumng.org), p.111.

<sup>72</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, p.189.

<sup>73</sup> J.-P. Chazal, « *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain* » in W. Dross (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Ed., Mare et Martin, 2014, p.227.

<sup>74</sup> G. Viney, « *Rapport de synthèse* » [l'obligation de sécurité], *Gaz. Pal.* 1993, doct., p.1215 ; C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p.57.

<sup>75</sup> P. Durand, « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », *Rev. trim. dr. civ.* 73, n° 5, p.76.

<sup>76</sup> P. Durand, *Op. cit.*, n° 16, p.86.

qui « *restent, en général, maîtresses de former le rapport contractuel* »<sup>77</sup>. De même, Savatier fait remarquer qu'en effet, les contrats dont il vient d'être parlé portent sur des prestations dont les usagers ne peuvent se passer. Ils sont donc pratiquement obligés de contracter. L'ouvrier est tenu de chercher du travail. Quasiment tout le monde est obligé de voyager et d'expédier des colis, de sorte que le pouvoir économique va, en réalité, imposer moralement le contrat façonné par lui, à des gens pour qui le contrat est une nécessité ; mais l'obligation de contracter n'y est encore que morale<sup>78</sup>.

Peu importe les bouleversements subis par le contrat, en référence à sa conception classique du Code civil primitif, les changements intervenus se révèlent insuffisants et parfois inappropriés. Pendant très longtemps, ces changements ont montré leurs limites et n'ont pas pu combler les attentes des cocontractants. Le temps s'égrenant, diverses évolutions, tant économiques que sociales, ont considérablement impacté la définition classique du contrat ainsi que les principes essentiels qui le gouvernent. Durant deux siècles et plus, beaucoup de règles inhérentes au contrat sont restées inchangées par le législateur, en dépit de leurs lacunes et des limites des changements. Face à ce long et inquiétant silence du législateur, certaines approches de solutions justifient l'immixtion du juge dans le contrat. Il s'ensuit un déclin de l'autonomie volontaire et par conséquent une transition de la libre contractualisation vers un dirigisme contractuel.

En effet, la jurisprudence a énormément influencé le droit classique de contrat à travers l'évocation des concepts de loyauté, solidarité et fraternité en matière

contractuelle. Au cours de la réforme inhérente au Code civil de 2016, le législateur français s'était vu contraint de s'inspirer des avancées jurisprudentielles, consacrant ainsi une importante place au juge dans la recodification du régime du contrat. Comme l'affirme un auteur, « *les progrès du contrat sont généralement perçus comme les deux faces indissociables d'un même mouvement de retour* »<sup>79</sup>.

Par ailleurs, les expériences des contrats privés ont fortement contribué non seulement à l'émergence de la contractualisation de l'action publique, mais également à sa consolidation. Cette contractualisation illustre de façon éclatante l'affermage du pouvoir public et par conséquent l'infléchissement de l'autonomie contractuelle<sup>80</sup>.

## **2- L'infléchissement de l'autonomie contractuelle**

A la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, la libre contractualisation, en dépit de son rôle central, était aux prises d'importants changements pour répondre aux exigences de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En outre, la protection des parties faibles au contrat que constituent les victimes de certains abus de la libre contractualisation était un impératif. Parmi ces victimes figurent notamment les consommateurs et les travailleurs. Ceux-ci étaient confrontés au mépris des employeurs dans la société industrielle en plein essor. Il en résulte des répercussions sur l'autonomie contractuelle causant ainsi son infléchissement<sup>81</sup>.

L'époque de l'émergence du Code civil primitif en France était celle des sociétés occidentales essentiellement agraires. C'est ce qui justifie l'inadéquation de plusieurs

<sup>77</sup> Ibid., n° 13, p.84.

<sup>78</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Première série : Panorama des mutations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1964, n° 76, p.89.

<sup>79</sup> A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? » in *Droit Social* 2003, p.59.

<sup>80</sup> A. Supiot, « La contractualisation de la société », op. cit., p.58.

<sup>81</sup> Cass. Soc. 25 novembre 2015 D. 2015. 2507 ; P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; A. Gardin, « La redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur », *RJS* 2016. 99.

règles de ce code pendant l'essor industriel et le développement du capitalisme. Les conséquences dramatiques, d'une part, de la crise de 1929 et, d'autre part, des deux guerres mondiales successives de 1918 et de 1945 ont montré les limites du rôle central et nécessaire de l'État dans la vie économique. Cela a fait penser, à l'aube des années 1960, à certains auteurs à « *la faillite de la liberté contractuelle* »<sup>82</sup> voire au « *déclin de la liberté contractuelle* »<sup>83</sup>.

A travers l'infléchissement de l'autonomie contractuelle, il faut aussi évoquer la liberté d'aménagement des clauses contractuelles. Selon la doctrine, l'admission de la liberté d'aménagement répond au besoin d'infléchissement ; en témoigne le cas de l'organisation de la société commerciale. A ce propos, « *ce sont par conséquent les statuts des sociétés à responsabilité limitée et le plus souvent encore ceux des sociétés anonymes qui stipulent des infléchissements* »<sup>84</sup>. Ainsi, « *on admettra sans difficulté que leur prévision n'est pas contraire à l'ordre public sociétaire* »<sup>85</sup> notamment parce que ces « *limitations de pouvoir sont explicitement autorisées par les dispositions du droit des sociétés* »<sup>86</sup>. En

droit OHADA et particulièrement dans la société anonyme, le législateur communautaire autorise que puissent être mentionnées au le contrat de société commerciale, les limitations des pouvoirs du conseil d'administration<sup>87</sup>, du président-directeur général<sup>88</sup>, du directeur général adjoint<sup>89</sup>, du directeur général<sup>90</sup>, de l'administrateur général<sup>91</sup> ou encore de son adjoint<sup>92</sup>. Acquiesçant, un auteur a affirmé qu'il lui « *paraît justifiable sous certaines conditions*<sup>93</sup>, *de telles restrictions conventionnelles de pouvoir peuvent même figurer dans une convention extrastatutaire*<sup>94</sup>. *Mais, qu'elles soient statutaires ou non, les limitations conventionnelles de pouvoir ne doivent pas dépouiller totalement un organe social de ses pouvoirs propres*<sup>95</sup> »<sup>96</sup>.

La force majeure temporaire est un événement de nature provisoire. Cependant, celui qui l'invoque est tenu de démontrer son caractère extérieur, imprévisible et irrésistible<sup>97</sup>. A ce propos, la jurisprudence avait « *pourtant paru étendre le domaine de la suspension, soit en abandonnant toute référence à l'extériorité, soit en réduisant les éléments constitutifs de cette dernière au*

<sup>82</sup> R. Savatier, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>83</sup> A. Bénabent, *Droit civil*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p.19

<sup>84</sup> F. K. Deckon, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p.467 et s., n° 18.

<sup>85</sup> D. Gallois-Cochet, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux » in *Mélanges offerts au Professeur Michel Germain*, *op.cit.*, p.327, n° 3.

<sup>86</sup> D. Gallois-Cochet, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », *Ibid.*/

<sup>87</sup> Art. 498 AUDSCGIE / OHADA.

<sup>88</sup> Art. 488 AUDSCGIE / OHADA.

<sup>89</sup> Art. 472 AUDSCGIE / OHADA.

<sup>90</sup> Art. 465 AUDSCGIE / OHADA.

<sup>91</sup> Art. 435 AUDSCGIE / OHADA.

<sup>92</sup> Art. 512 AUDSCGIE / OHADA.

<sup>93</sup> Une telle convention extrastatutaire est envisageable et peut être signée par tout ou partie des actionnaires de la société. Toutefois, la société doit, en tant que personne morale, y être partie afin d'obliger et d'engager valablement ses organes.

<sup>94</sup> Cass. Soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212, *BJS* 2009, p.786, note A. Constantin ; *RTD com.* 2009, p.576,

note P. Le Cannu et B. Dondero. A travers cette jurisprudence, la Haute juridiction reconnut à une convention extrastatutaire limitant les pouvoirs d'un organe social, des effets de droit. Ce faisant, elle entérine la validité de telles mesures en dehors des statuts. *Adde* D. Gallois-Cochet, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux » in *Mélanges offerts au professeur Michel Germain*, *op.cit.*, p.326, n° 2 : « *Si les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sont usuelles dans les statuts, elles ont également investi le champ des conventions extrastatutaires, au gré de l'expansion des pactes d'actionnaires ou d'associés* ».

<sup>95</sup> Cass. Com., 11 juin 1965, n° 63-10.240, *Bull. Civ.* 1965, III, n° 361 ; *RTD com.* 1965, p.861, obs. R. Houin.

<sup>96</sup> A. Suppiot, « La contractualisation de la société », *Op. cit.*, p.58.

<sup>97</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, *préface B. Teyssié* n°77, p.58, n° 370 proposant de substituer à cette trilogie celle d'inévitabilité, d'irrésistibilité et d'impossibilité.

*seul critère de l'irrésistibilité* »<sup>98</sup>. S'agissant de l'abandon, l'infléchissement prétorien s'illustre essentiellement dans certaines hypothèses liées à l'empêchement du débiteur empêché pour cause de maladie<sup>99</sup>. Cependant, la motivation de certaines décisions de justice illustre que « *la prise en compte de l'incidence d'une défaillance de santé sur la capacité à exécuter le contrat n'avait rien de systématique et variait selon les circonstances* »<sup>100</sup>. Quant à la réduction, la jurisprudence s'était, pendant longtemps, accrochée au caractère de l'irrésistibilité de l'événement pour apprécier la force majeure<sup>101</sup>. De même, le droit social avait largement contribué à l'assouplissement voire à l'affaiblissement des critères déterminants de la force majeure. A cet effet, le droit social avait laissé le caractère de l'imprévisibilité du fait générateur et se contentait seulement des critères de l'extériorité et de l'irrésistibilité<sup>102</sup>.

En marge de l'avancée de l'hétéronomie contractuelle, il convient de noter également une récession de l'équilibre contractuel.

### ***B- La récession de l'équilibre contractuel***

L'équilibre contractuel est un concept qui remet en cause l'autonomie d'expression de la volonté. Pendant très longtemps, ce concept a alimenté le débat sur la notion de contrat et requiert d'examiner sa prise en compte par toutes les règles qui gouvernent

le droit du contrat. Il en découle que ce concept a changé et élargi fondamentalement le débat sur le contrat. Certaines règles attachées artificiellement au principe de l'autonomie volontaire et contractuelle sont en réalité étrangères à l'équilibre contractuel ; en témoignent les cas de lésion et de révision pour imprévision. Sous le bénéfice de ce concept d'équilibre contractuel, le débat demeure encore bien recentré sur l'impératif d'un côté, de la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs (1) et, de l'autre, de la justice contractuelle (2).

#### **1- La conformité du contrat aux exigences de l'ordre public et de bonnes mœurs**

Pour le doyen Carbonnier, « *la doctrine civiliste, nourrie d'une philosophie libérale, individualiste, spiritualiste avait placé le centre de gravité des contrats dans le consentement. A notre époque, une réaction vigoureuse s'est dessinée contre cette conception. Mais elle s'est faite en se fondant sur l'ordre public. Pour rétablir l'équilibre rompu par l'exagération de l'autonomie d'expression de la volonté, on n'a aperçu d'autres remèdes qu'une intervention accrue de l'État dans les conventions. Or, liberté contractuelle ou ordre public, la thèse et l'antithèse procèdent d'un même droit savant, d'un même droit de juriste* »<sup>103</sup>. La liberté des conventions accordée aux parties constitue un principe cardinal. Cependant, cette liberté n'est pas absolue<sup>104</sup>. C'est

<sup>98</sup> L. Bento de Carvalho, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 10 septembre 2015, p.397, n° 613.

<sup>99</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 53 ; *D.* 1998, p.539.

<sup>100</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 2001, *CCC* 2002, n°24.

<sup>101</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6 novembre 2002, *Bull. civ. I*, n°258, *JCP* 2003, I, 152, obs. G. Viney ; *RDC* 2003, p.59, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n°240, *D.* 1998, somm. 199, obs. Ph. Délebecque.

<sup>102</sup> Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-43065, visant « *la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du*

*contrat de travail* » ; Cass. soc., 7 décembre 2005, n°04-42907, *RJS* 2/06, n°201 ; sur la « *place de l'imprévisibilité dans l'établissement de la force majeure* », voir, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 janvier 2003, *D.* 2003, note Depadt-Sebag, p.2465, estimant à propos de l'imprévisibilité « *si son statut de condition de la force majeure ne résiste pas à une analyse affinée de la notion, joue un rôle lorsque la prévision de l'événement dommageable eut permis d'en éviter la réalisation ou les conséquences* ».

<sup>103</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, Tome 4, 21<sup>e</sup> édition, Op. cit., p.307.

<sup>104</sup> R. Scabro, *Les conventions relatives à la preuve*, Thèse de doctorat en droit privé, l'Université Toulouse I Capitole (UT1 Capitole), 6 décembre

vraisemblablement pour cette raison que le Code civil prévoit en son article 1102 que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La liberté contractuelle se révèle limitée par une exception consacrée, dans le Code civil en son article 6<sup>105</sup>, celle de ne pas enfreindre à l'ordre public ainsi qu'aux bonnes mœurs. De même, l'article 42 du COCC du Sénégal<sup>106</sup> dispose que « *libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Il en découle que l'autonomie d'exprimer la volonté ne peut modifier la loi qu'à condition de ne pas enfreindre à l'ordre public ni aux bonnes mœurs<sup>107</sup>. En présence d'une disposition relative aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs, « *tout contrôle par le juge ne serait donc pas exclu* »<sup>108</sup>.

Parlant de la règle d'ordre public, elle traduit l'ensemble des règles juridiques organisant la vie en société. Elle s'avère si indispensable pour les parties contractantes que le législateur leur interdit d'y déroger. Elle est une notion à géométrie variable, très évolutive<sup>109</sup> et à controverse doctrinale. Selon la doctrine, la règle d'ordre public est une notion incomplète<sup>110</sup> que le législateur utilise pour régler les conflits de normes<sup>111</sup>.

Souvent, le législateur érige certaines règles au rang d'ordre public lorsqu'il veut assurer une protection de sorte que les contractants ne puissent y déroger à travers des conventions particulières. En témoignent les cas du droit de rétractation et du droit de repentir qui sont caractérisés d'ordre public. Il y a également le cas spécifique de la protection des parties faibles au contrat dont les travailleurs salariés. Concernant les bonnes mœurs, elles traduisent un concept polysémique et encore plus difficile à cerner. Ce concept vise le bon comportement dans la société. Il repose sur des valeurs morales dynamiques susceptibles d'évoluer avec le temps et selon l'espace. A cet effet, tout contrat dont la cause porte sur le trafic de drogues ou d'ossements humains sera considéré comme un contrat en violation des bonnes mœurs.

Toute clause contractuelle par laquelle un consommateur décide de renoncer, par anticipation, au droit de rétractation est nulle et de nul effet. Sous peine de nullité, aucune clause contractuelle ne peut sacrifier le droit de rétractation du consommateur. Aussi, certains codes de la consommation ont consacré comme une infraction, à travers certaines de leurs dispositions, le non-respect du délai de rétractation<sup>112</sup>. S'agissant du législateur béninois, non seulement il interdit pour le consommateur la renonciation au droit de rétractation mais

2013, p.37, n° 57.

<sup>105</sup> L'article 6 CC dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

<sup>106</sup> Article 42 de la Loi n° 98-30 du 14 Avril 1998 portant Code des obligations civiles et commerciales en République du Sénégal.

<sup>107</sup> Rapport, note, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Lexisnexus, 13<sup>e</sup> éd., 2014, n° 270, p.208 ; Ph. Malaurie, *Rapport particulier sur la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, Neuvième séance d'étude in Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 7, 1952, p.750, l'auteur précise justement que « *les bonnes mœurs ne jouent qu'un rôle accessoire à l'ordre public, elles ont pour but, selon l'expression d'un rédacteur du Code civil, de lui apporter "un supplément de clarté", de montrer aux*

*tribunaux qu'ils ne doivent pas concevoir l'ordre public comme une opportunité politique et sociale, mais qu'il est aussi constitué par un certain nombre de principes moraux* ».

<sup>108</sup> Al. Rigolet, « *La liberté contractuelle – les réformes passent, le principe reste* », op. cit, p.324.

<sup>109</sup> CE, 10 janvier 2014, n° 374528, *AJCT*, 2014, p.157.

<sup>110</sup> F. Favennec-Henry, « L'ordre public légal », *JCP S.*, 2017, p.1126.

<sup>111</sup> P. Deumier et Th. Revêt, « Ordre public » in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.1120.

<sup>112</sup> CA Amiens, 7 févr. 1986, *JurisData*, n° 1989-047220. – CA Paris, ch. 9 B, 8 juill. 1987, *JurisData* n° 1987-026320. – CA Grenoble, 20 janvier 1988, *JurisData* n° 1988-051119.

également, il prévoit un large délai y afférent qui ne doit excéder 30 jours<sup>113</sup>. Quant au législateur camerounais, on note encore beaucoup plus de fermeté et de précision dans la loi-cadre portant protection du consommateur<sup>114</sup> dont l'article 5 prévoit la nullité de toutes les clauses contractuelles qui présentent au consommateur des conséquences relatives à la perte ou à la limitation de l'exercice de ses droits et libertés. Parlant du législateur ivoirien, l'article 45<sup>115</sup> consacre le délai de rétractation et fixe le délai à 10 jours et l'article 87<sup>116</sup> réprime la violation du droit de rétractation du consommateur. Cette nullité peut même être soulevée d'office par le juge. Par droit de rétractation, entendons un droit protecteur qui est accordé aux consommateurs à travers certaines dispositions tant législatives que réglementaires en vigueur. Son principal objectif consiste à garantir aux acheteurs une protection bien efficace de leurs intérêts contre les éventuels pressions et abus des professionnels. A cet égard, la CJUE a assuré la protection du consommateur en considérant que la loi relative aux clauses abusives touche assurément l'ordre public<sup>117</sup>.

Le droit de rétractation découle des obligations d'information et de transparence incombant aux vendeurs ou professionnels lors de la formation de

contrat inhérent à la vente à distance et au démarchage à domicile. De même, ni de façon expresse ni de manière tacite, les parties contractantes ne peuvent déroger au droit de repentir<sup>118</sup>. Ainsi, le consommateur ne peut, à travers aucune clause contractuelle, renoncer à son droit de repentir<sup>119</sup>. Il en résulte qu'au cours de la formation d'un contrat mixte<sup>120</sup>, mettant en relation soit un commerçant, soit un professionnel avec un non commerçant ou un consommateur, tout professionnel ou commerçant encourt des sanctions pénales lorsqu'il admet, au moyen de certaines clauses générales de vente, la renonciation du consommateur à son droit de repentir. Par ailleurs, il est souvent évoqué aussi le concept d'ordre public social qui recouvre divers sens, y compris celui de la doctrine travailliste. Certains auteurs civilistes emploient le même terme pour désigner l'ordre public dit de protection. A ce propos, Dirk BAUGARD affirme que « *c'est le cas dans le manuel de droit des obligations de Flour, Aubert et Éric Savaux : l'ordre public social serait une formule aussi indiquée que l'ordre public de protection pour désigner la catégorie des règles destinées à compenser les inégalités naturelles qui existent en matière contractuelle*<sup>121</sup> »<sup>122</sup>. Face au développement de la dérogation conventionnelle en matière sociale, l'ordre

<sup>113</sup> L'article 5 alinéa *in fine* de la loi n° 2007-21 du 16 octobre 2007 portant protection du consommateur en République du Bénin ; Cour suprême du Bénin, 18 décembre 2020, N° 48/CJ-CM du répertoire ; N° 2018-029/CJ-CM du greffe ; Arrêt du 18 Décembre 2020 ; Af Y Z Me Alfred BOCOVO Contre C CFAO MOTORS - GROUPE CFAO - CFAO France Me François Amorin, Me Bernard Paraiso et Me Guy-Lambert Yèkpè.

<sup>114</sup> Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

<sup>115</sup> Art. 45 de la Loi n°2016-412 du 15 juin 2016 relative à la consommation en République de la Côte d'Ivoire.

<sup>116</sup> Art. 87 de la Loi n°2016-412 du 15 juin 2016.

<sup>117</sup> C. Delforge, « Pas de trêve en matière de clauses abusives ! », *Les pages*, 2016, n° 11, p.1 et CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15 et C-168/15. 30 avril 2014, C-26/13.

<sup>118</sup> G. Raymond, « Démarchage », *Fasc. 922 LexisNexis*. [En ligne] [www-lexis360-fr](http://www-lexis360-fr), Consulté le 29/11/24 à 17h 19mn.

<sup>119</sup> Cass. civ. 1e, 16 mars 1994, n° 90-21348.

<sup>120</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 2023, n° 21-25.670 B ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mai 2023, n° 21-25670, M. O. N. c/ M. Z. J. et Sté Arezes, J., K., E. (rejet pourvoi c/ CA Paris, 16 févr. 2021), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés., M. Bruyère, rapp. ; SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SARL Boré, Salve de Bruneton et Mégret, av. ; J.-D. Pellier, *Droit de la consommation*, 3<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz, p.179, n° 136.

<sup>121</sup> J. Flour, J. – L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil : Les obligations*, tome 1 – *L'acte juridique*, Sirey, 16<sup>e</sup> éd, 2014, n° 297, p.305. Gérard Farjat usait, déjà, dans sa thèse, ee l'expression *ordre public*.

<sup>122</sup> D. Baugard, « L'ordre public social », *Arch. phil. droit* 58, 2015, p.130.

public social a connu un important recul. Au plan civil, la validité d'une convention dépend du « *respect de l'ordre public et des bonnes mœurs* »<sup>123</sup> comme mesure protectrice non seulement des mineurs mais également de la liberté d'expression du consentement. Il s'ensuit que le contrat formé doit être conforme aux lois impératives. Celles-ci visent généralement la protection de la partie contractuelle la plus faible. Elles concourent, beaucoup plus, à la préservation des intérêts privés. En l'espèce, on peut évoquer, en matière commerciale, l'option du législateur de protéger le preneur d'un fonds de commerce. A cet effet, le législateur lui garantit une durée d'utilisation ainsi que des possibilités d'aménagement ou de transformation. Si violer des dispositions d'ordre public ou de bonnes mœurs entraîne une nullité absolue du contrat et peut faire l'objet de saisine inconditionnelle par le juge, il en va autrement pour l'inobservation de simples dispositions impératives. De cette inobservation découle une nullité relative et le juge ne peut la soulever d'office.

Peu importe la situation, les règles impératives s'imposent à tous. Nonobstant l'autonomie d'expression de la volonté, l'observance des règles impératives intervient en amont de la conclusion du contrat parce que ces règles sont censées s'imposer aux parties contractuelles dès la genèse du contrat. Ainsi, « *cette entorse au principe d'autonomie de la volonté qui, pourtant constitue un principe cardinal du droit des obligations, se justifie par la nécessité de faire primer l'intérêt collectif sur les intérêts particuliers* »<sup>124</sup>. A la faveur des lois impératives, les parties contractuelles s'obligent de tenir compte, à la formation de leur contrat, des obligations

édictees par le législateur. Ces obligations sont liées soit à l'ordre public, soit aux bonnes mœurs selon l'intérêt qu'elles défendent. L'essentiel est que l'intérêt défendu dépasse celui sacrifié et que l'on tienne compte de la primauté de l'intérêt général sur celui particulier. C'est le cas des obligations visant la santé ou la sécurité de l'employé qui incombent à l'employeur à travers les lois relatives à l'ordre public. Cela justifie l'obligation pour l'employeur de prendre des mesures nécessaires afin de protéger la santé des travailleurs et d'assurer leur sécurité sociale ainsi que leur intégrité physique<sup>125</sup> au travail. L'inobservance d'une obligation prévue par une loi impérative annule tous les effets induits par le contrat signé au moment où cette loi fait partie du droit positif. En revanche, les règles supplétives sont prévues pour des cas où les parties n'ont rien prévu ou restent silencieuses sur certaines clauses contractuelles.

Pour tout contrat, la nullité absolue constitue une sanction beaucoup plus lourde et sévère que la nullité relative. Si la nullité absolue du contrat sanctionne la violation de l'intérêt général, la nullité relative, quant à elle, sanctionne un intérêt particulier et par conséquent un intérêt moindre que celui général. Aussi la titularisation de l'action en annulation est-elle ouverte à tout intéressé pouvant agir en justice. Selon le Code civil en son article 1180, « *la nullité absolue peut-être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public* ». L'ordre public dit de direction protège l'intérêt général de l'État. Ainsi ouverte au public, toute personne qui a un "*intérêt à agir en justice*" peut ester pour demander la nullité absolue. C'est le cas du ministère public qui agit en vue d'assurer la défense des intérêts de l'État.

<sup>123</sup> Voir articles 6, 1108, 1128, 1131 et 1133 CC.

<sup>124</sup> A. Bamde, Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives: juge, associations de consommateurs, commission des clauses abusives, pouvoir réglementaire, <http://aurelienbamde.com/2017/05/25/les-acteurs-de-la-lutte-contre-les-clauses-abusives-pouvoir-reglementaire-juge-associations-de-consommateur->

commission-des-clauses-abusives/, Consulté le 13/01/25 à 05h 58mn.

<sup>125</sup> M. Thomson et N. D'Amour, « L'ordre public et les stipulations contractuelles », 2012, sur <https://www.millertomson.com/fr/perspectives-juridiques/bulletin-droit-de-la-construction-et-fr/lordre-public-et-les-stipulations/>, Consulté le 14/01/25 à 08h 22mn.

Par l'intérêt à agir en justice, il faut entendre une exigence qui relève des questions de la recevabilité d'une action en justice. Cette exigence s'illustre par l'adage « *pas d'intérêt, pas d'action* ». En effet, celui qui soumet l'action en justice, soit commerciale, soit civile, soit pénale<sup>126</sup>, doit justifier de l'existence d'un intérêt légitime<sup>127</sup> et plus précisément d'un intérêt d'agir en justice. Cette exigence concerne surtout les conditions subjectives<sup>128</sup> de recevabilité. Cela a fait dire un auteur que « *le défaut d'intérêt légitime entraîne l'absence de l'intérêt à agir en justice. Son appréciation se fait à l'ouverture de la demande ; c'est-à-dire la date d'introduction de l'instance*<sup>129</sup> »<sup>130</sup>.

S'il est impossible de déroger par des arrangements particuliers aux dispositions législatives relatives aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs, la nullité s'impose de plein droit et nul ne peut revenir sur l'acte qui a dérogé à l'ordre public. En présence d'une violation à l'ordre public dit de direction, la nullité demeure absolue<sup>131</sup>.

Face aux prémices de la théorie classique du contrat ayant montré leur inadaptation à la configuration contemporaine de notre société, et ce depuis longtemps, l'enjeu de protéger la partie faible au contrat justifie le renouvellement progressif de la théorie originelle du contrat. Il en résulte l'émergence d'une nouvelle théorie du contrat axée sur la promotion de la justice contractuelle.

## 2- La justice contractuelle

Comme le souligne Brigitte Lefebvre, le Code civil québécois promeut une perception contractuelle nouvelle, celle de la justice contractuelle. Elle vise notamment la protection de la partie contractuelle faible. Cette nouvelle approche traduit un rejet de la théorie de l'autonomie volontaire. Dans le présent texte, l'auteure souligne, dans un premier temps, les motifs pour ce rejet puis expose les nouvelles avenues suggérées. La bonne foi fait partie du point central du débat. Dans un deuxième temps, après un regard sur la notion, elle aborde l'efficacité concrète des dispositions sur les clauses abusives<sup>132</sup>. La justice contractuelle vise la célébration de la dignité humaine de chaque contractant et sa protection à travers un rétablissement ou un redressement de la justice en référence à l'idéal que devrait être le contrat. A l'instar de certaines chartes, elle vise également la promotion des droits fondamentaux des contractants en leur assurant un traitement égal dans le contrat. La justice contractuelle constitue une philosophie qui permet d'assurer l'équilibre contractuel. Cependant, elle « *heurte de plein fouet le principe "sacro-saint" de l'autonomie de la volonté* »<sup>133</sup>.

En effet, l'"autonomie", c'est un dérivé d'"autonome", lequel vient du grec *autonomos* : du préfixe *auto* et du substantif *nomos* qui correspondent en latin à *Lex* et en français à la "loi". Autonomie traduit alors le droit et le privilège de s'auto-régir<sup>134</sup>. La volonté désigne, le plus souvent, la faculté d'exercer un libre choix fondé sur la raison. Autrement dit, elle exprime la faculté qu'a la raison de définir une action d'après des principes ou des normes. Cependant,

<sup>126</sup> R. Perrot, « Fin de non-recevoir-En tout état de cause », *Procédures* n°1, Janvier 2014.

<sup>127</sup> Cass. com., 22 février 2005, n° 02-11.519 et Cass. Ire civ., 7 octobre 1992, n° 89-19.425.

<sup>128</sup> C. Pelletier, « Invocabilité en tout état de cause de la fin de non-recevoir tirée du non-respect de la clause de conciliation », *Revue des contrats*, 15/06/2015, n°02, page 311.

<sup>129</sup> S. Guinchard et Alii, *Droit et pratique de la procédure civile 2017/2018*, Dalloz action, 2016, p.16.

<sup>130</sup> I. Aclombessi, Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir, Thèse de doctorat en droit privé, 12 juin 2019, Paris 1, p.458, n° 825.

<sup>131</sup> Cass. civ. 3, 22 mars 2018, n° 17-15830.

<sup>132</sup> Br. Lefebvre, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit*, 37(1), mars 1996, <https://doi.org/10.7202/043375ar>, p.30, Consulté le 18/11/24 à 06h 51mn.

<sup>133</sup> Br. Lefebvre, Op. cit., p.19, Consulté le 18/11/24 à 07h 13mn.

<sup>134</sup> F. Terré, *Droit Civil : les obligations*, 5<sup>ème</sup> édition, précis Dalloz, 1993 ; p.23.

l'autonomie volontaire ne peut plus s'analyser comme « [...] une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre »<sup>135</sup>. Certaines qualités injustifiées seraient reconnues à la volonté. C'est ce qui explique les controverses autour de l'égalité contractuelle puis de la liberté contractuelle<sup>136</sup>.

L'autonomie d'expression de la volonté contractuelle est guidée par le respect de la liberté individuelle. Or, celle-ci trouve sa source première dans le droit naturel<sup>137</sup>. Notons que cette théorie des droits naturels de l'homme, dégagée par la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle, comportait déjà en elle-même un ordre juridique individualiste. L'autonomie volontaire repose sur la conviction en la liberté naturelle de l'homme. C'est en raison de cette liberté que celui-ci ne peut être assujéti aux obligations auxquelles il n'a pas consenti<sup>138</sup>. Il doit respecter les obligations qu'il a librement consenties. En revanche, toutes les obligations qu'il a voulues peuvent s'imposer à lui. Dès lors, la volonté constitue la source du droit et par conséquent des obligations contractuelles. Dans cette veine, le doyen Carbonnier, partisan de l'équité<sup>139</sup> et un appui à la justice contractuelle<sup>140</sup>, affirme que « *le contrat est le principe de la vie juridique, la volonté individuelle est le principe du contrat* »<sup>141</sup>. Selon la conception originelle du contrat, le fondement de l'autonomie volontaire est la

présomption de l'égalité entre les contractants. Or, cette présomption d'égalité n'est nullement une réalité tangible à la genèse du contrat. L'idéal pour chaque contractant, c'est l'intérêt individuel et personnel qu'il tire du contrat. Chacun veille seulement sur ses intérêts personnels ou certains d'entre ceux-ci. Cela contraste déjà avec l'enjeu de la justice contractuelle. Pour pallier au déséquilibre contractuel, l'intervention du législateur ou du juge est indispensable tant pour la formation que pour l'exécution du contrat.

Dans la conception primitive du contrat, une importance est reconnue à la force de chaque contractant. A cet effet, le législateur a veillé à la consolidation de la justice contractuelle à travers la consécration de plusieurs mécanismes notamment les vices de consentement et le régime des incapacités. Cependant, il faut mentionner l'avènement des mutations majeures du rôle du consentement au fil des ans. Aussi, chaque contractant est-il souvent réduit à contracter ou à ne pas contracter. Il manque concrètement d'influence sur le contenu des clauses du contrat.

La justice contractuelle constitue une soupape qui joue le rôle de régulateur de la libre contractualisation. En effet, peu importe l'expression du consentement de chaque contractant, certains contrats qui s'imposent aux contractants. Dès lors, l'autonomie volontaire devient un leurre. Il en résulte l'opportunité de l'intervention du

<sup>135</sup> Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in G. Goubeaux et J. Ghestin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p.447.

<sup>136</sup> Br. Lefebvre, « *Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement* » in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p.53.

<sup>137</sup> Défini comme l'ensemble de principes intangibles et universels, issus de la « *nature humaine* », que le droit positif et la morale sont tenus de respecter, il est conçu comme l'idéal auquel aspire la société civile ou comme la source dont provient toute régulation juridique et morale.

<sup>138</sup> J. Flour et J. - L. Aubert, *Les obligations, 1 acte juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 1998, p.65

<sup>139</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, 1997, p.40, où il évoque le phénomène Magnaud : il « méritait peut-être mieux que l'accueil un peu sarcastique des juristes ». Cf. sa faveur au pouvoir modérateur du juge : consécration législative en droit du divorce notamment ; suggestion d'introduire un tel pouvoir en matière de responsabilité civile de l'aliéné pour tempérer ce que l'obligation de réparer pouvait avoir d'injuste.

<sup>140</sup> Sanction de l'absence de cause (J. Carbonnier, *Théories des obligations*, Paris, PUF, 1963, p.132), de la lésion (*Ibid.*, p.163 sq.) et de l'admission de la révision pour imprévision (*Ibid.*, p.260).

<sup>141</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil*, Tome 4, Op. cit., p.50.

législateur afin de réglementer, de manière impérative, le contenu de certains contrats parmi lesquels on peut noter le contrat d'assurance, le bail, le contrat de travail, le contrat de téléphonie mobile, etc. De même, il a interdit "*certaines dispositions jugées abusives*" parce qu'elles entraînent un "*déséquilibre significatif*" entre les prérogatives et obligations contractuelles respectives. En réalité et très souvent, la partie économiquement forte dicte ses conditions ou celles qui confortent ses intérêts. Ce faisant, la partie économiquement faible opte soit pour l'adhésion soit pour la renonciation de former le contrat. Souvent, la partie faible se trouve contrainte de contracter<sup>142</sup>. Parlant de certains contrats, les modalités et les clauses sont fixées impérativement par la loi. Dans la perspective d'éviter un abus de la partie économiquement forte à l'égard de celle plus faible, il n'est pas loisible aux parties de déterminer à leur convenance ni le contenu de contrat, ni les conditions. Faute d'une telle réglementation impérative, la partie faible économiquement serait, dans beaucoup de cas, exploitée par la partie forte à travers des conditions draconiennes comme clauses contractuelles.

Au cours de la phase de formation du contrat, seule la liberté économique du contractant permet d'assurer la justice contractuelle et de préserver l'intérêt aussi bien individuel que collectif. L'égalité des hommes face au droit n'est qu'une présomption. L'article 6 du code civil dispose qu'« *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »<sup>143</sup>. Subséquemment, le contrat peut être très librement établi par les parties à condition que les dispositions contractuelles ne portent point atteinte ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. En revanche, « *lorsqu'elles ne sont pas d'ordre*

*public, les dispositions légales qui règlementent le contenu et les effets du contrat peuvent être écartées ou modifiées par les contractants* »<sup>144</sup>. Il en résulte une obligation faite aux contractants de se conformer aux règles d'ordre public sous peine de trouver leur contrat modifié voire annulé par le juge. L'ordre public poursuit l'objectif de rétablir un certain équilibre entre les parties en présence afin d'assurer la "*justice contractuelle*"<sup>145</sup>. Tenant compte de leur faiblesse économique, les plus faibles n'ont pas souvent la possibilité de débattre des clauses contractuelles et de leurs engagements respectifs. En effet, certains contractants sont ignorants des réalités de certaines clauses contractuelles et ne sollicitent pas non plus une aide pour leur accompagnement lors de la formation du contrat. Parfois, c'est après ou pendant l'exécution qu'ils se rendent compte de leurs erreurs.

Tenant compte de la contrainte inhérente au contrat, découlant de la loi, et en dépit des limites humaines de l'autonomie volontaire, Ghestin a évoqué une théorie qui vise la conciliation entre la justice contractuelle et la liberté contractuelle. Puisque l'obligatorité de la force du contrat a une origine légale, il est aisé de comprendre l'assujettissement du contrat à certaines restrictions légales. Pour parvenir à cette conciliation, Ghestin relève deux conditions à remplir par le contrat qui doit être utile et juste. Dans une chronique, il souligne que l'activité économique repose sur la confiance accordée par le créancier. La force obligatoire reconnue au contrat correspond au respect d'une règle morale de base, : le respect de la parole donnée. En revanche, le contrat exprimant un accord des volontés, il est équitable par nature. Les notions d'utile et de juste se révèlent des principes fondamentaux à la théorie contractuelle générale. Toutefois, l'accord volontaire des contractants reste un critère

<sup>142</sup> P. Malinvaud, Les mécanismes juridiques des relations économiques, Paris 1970, p.103.

<sup>143</sup> Article 6 CC.

<sup>144</sup> G. Viney, Traité de Droit Civil : les obligations, LGDJ, 1982, p.585.

<sup>145</sup> D. Azais-Vely, Gestion juridique 1 contrat : Droit des affaires, Foucher 1998, p.92.

déterminant du contrat<sup>146</sup>. Pour sa part, la professeure Louise Rolland admet que le contrat oblige aussi au juge. Elle affirme également que « *le contrat est-il injuste, lésionnaire ? Une présomption de justice est intériorisée dans chaque contrat* <sup>147</sup> comme si l'adage « *Qui dit contractuel, dit juste* » (Fouillée) en faisait partie intégrante. Le juge n'est ni un justicier <sup>148</sup>, ni le ministre de l'équité <sup>149</sup> : à tous égards, il faut craindre l'arbitraire du juge <sup>150</sup>. Il vaut mieux s'en remettre à la volonté exprimée par les parties, car « *faire prévaloir la volonté, c'est évidemment faire prévaloir la stabilité* <sup>151</sup> »<sup>152</sup>.

Selon le juge, certaines clauses contractuelles seront considérées comme non écrites pour l'absence de cause surtout lorsqu'elles sont susceptibles de faire disparaître la contrepartie de l'obligation de l'une des parties contractantes et par conséquent de causer la rupture de l'équilibre existant entre les prestations. Le législateur a aussi condamné certaines dispositions "jugées abusives" puisqu'elles entraînent un "déséquilibre significatif" entre les prérogatives et les obligations contractuelles des parties<sup>153</sup>. En s'appuyant la cause contractuelle, le juge s'évertue à contrôler la justice contractuelle et à protéger la cohérence interne du contrat déjà formé. Ce faisant, il peut s'écarter de ce qui est établi et décidé par les parties lors de la formation du contrat. En témoigne, par exemple, la clause par laquelle le locataire affranchit le bailleur de tout engagement<sup>154</sup> en renonçant à former une quelconque action contre celui-ci pendant la durée du

bail. Une telle clause est manifestement en opposition avec les principales règles du contrat de location voire avec les bases principales de tout contrat. En témoigne également la "clause couperet" ou "clause réclamation de la victime" dans certains contrats d'assurance. Une telle clause limite la responsabilité de l'assureur et subordonne sa garantie à la réclamation par la victime avant toute résiliation du contrat. En effet, cette clause empêche l'assuré de bénéficier de ses droits d'assurance et donne de façon substantielle un « *avantage illicite comme dépourvu de cause au profit de l'assureur qui aurait perçu des primes sans contrepartie* »<sup>155</sup>. Selon le juge, cette clause est contraire à l'esprit du contrat d'assurance qui doit garantir les dommages liés à tout fait survenu pendant cette période. Il en découle que le versement des primes d'assurance doit être la "contrepartie nécessaire" à la garantie des dommages pendant la période qui s'écoule entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration. En annulant certaines clauses contractuelles que le juge estime excessives ou abusives, il procède à une réfaction du contrat. Ce faisant, certains auteurs estiment que le juge effectue un "contrôle de proportionnalité des obligations contractuelles". Cela a fait dire au professeur Denis Mazeaud que la cause est devenue « *l'instrument qui permet de garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels chaque contractant s'est engagé*

<sup>146</sup> J. Ghestin, Chronique ayant mis en parallèle l'article 1101 du CC qui 26 ans plus tard donne une définition précise du contrat : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* », Dalloz Sirey, 1990, p.147.

<sup>147</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, Op. cit., p.137.

<sup>148</sup> J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éd. Thémis, 2001, p.32.

<sup>149</sup> Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p.311.

<sup>150</sup> J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, Op. cit., note 5, p.211.

<sup>151</sup> Ch. Larroumet, *Droit civil*, T. 3 – *Les obligations. Le contrat*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1998, p.388.

<sup>152</sup> L. Rolland, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *Les Cahiers de droit*, 47(1), 2006, 13–32. <https://doi.org/10.7202/043879ar>, p.18, Consulté ce 10/12/24 à 03h 11mn.

<sup>153</sup> G. Viney, *Traité de Droit Civil : les obligations*, LGDJ, 1982, p.357

<sup>154</sup> Req. 18 janv 1863, DP 63.1.248.

<sup>155</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 1990, bull. Civ. I, n°303

»<sup>156</sup>.

Quoique la perméabilité du contrat s'analyse comme une déconstruction qui ne protège pas les intérêts des parties, elle est l'œuvre commune et complémentaire accomplie par le législateur et le juge. Au lieu de déconstruire, ceux-ci jouent un important rôle dans la régulation de la libre contractualisation. Cela justifie la limite de l'encadrement consacré à la perméabilité du contrat qui mérite également comme compléments que certains aménagements lui soient imposés.

## **II- La perméabilité imposée du contrat**

Comme l'énonce le professeur Denis Mazeaud, l'intervention du juge dans le contrat en droit constitue une véritable œuvre de salut contractuel public puisqu'en dépit des profonds changements affectant l'environnement politique et socio-économique, les principes phares du droit contractuel et les préceptes contractuels sont des constructions jurisprudentielles<sup>157</sup>. La perméabilité imposée du contrat est essentiellement une œuvre prétorienne. Cela traduit d'abord, une mise en doute du contrat et ensuite, sa soumission à de rudes épreuves. A la faveur d'un Colloque sur « *L'efficacité du contrat* », Frédéric Rouvière avait examiné « *la remise en cause du contrat par le juge* »<sup>158</sup>. Ainsi avait-il affirmé qu'autrefois, c'était le législateur qui était censé remettre en cause le concept de contrat<sup>159</sup> et que de nos jours, il est revenu au juge de le relayer pour appuyer de funestes prédictions de ruine<sup>160</sup>. Pourtant, le sort des Cassandre du contrat a été à l'inverse de la protagoniste grecque : ils ont

été écoutés mais leurs prédictions n'ont point été réalisées. La menace législative qui était censée peser sur le contrat s'est faite oublier et la guerre livrée à la libre contractualisation n'a pas eu lieu. En revanche, l'inverse s'est produit : l'aval législatif a diminué l'intervention du juge dans la rencontre de la volonté exprimée par les parties. Cependant, cette intervention prétorienne s'épanouit plus pendant son exécution<sup>161</sup>. Le rôle du juge est double : mission de régulateur du contrat et fonction du restaurateur de l'équilibre contractuel afin de rectifier les déséquilibres les plus flagrants<sup>162</sup>. Le juge tient, en cela, son soutien du législateur. Il s'agit notamment de la diminution des clauses pénales et de l'annulation ou l'interdiction des clauses abusives qui font partie des exemples bien remarquables de la mise en doute du contrat. Tout en admettant la réformation et l'interprétation du contrat (A), il convient également de souligner l'importance de l'affirmation de la régulation du contrat (B).

### **A- L'admission de la réformation et de l'interprétation du contrat**

« *Liberté, égalité, responsabilité* »<sup>163</sup>, tels pourraient se résumer les prérogatives et obligations attachées aux parties d'un contrat selon Denis Mazeaud. Tenant compte de la liberté accordée aux parties pour conclure ou non, il y a une forte présomption pour celles-ci de discuter entre elles, d'égal à égal, sur les conditions de leur contrat et son contenu, sous réserve d'observer les exigences relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Peu importe que les parties aient conclu leur contrat sur une présomption d'égalité ou non, elles

<sup>156</sup> D. Mazeaud, *Degrénois* 1997, p.333 *Recueil Dalloz*, 1997, p.175.

<sup>157</sup> D. Mazeaud, *Degrénois* 1997, op. cit.

<sup>158</sup> Fr. Rouvière, « *La remise en cause du contrat par le juge* », Colloque « *L'efficacité du contrat* », Aix-en-Provence, vendredi 11 juin 2010, p.1.

<sup>159</sup> Ph. Rémy, « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* » in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, n°4, pp. 271-272.

<sup>160</sup> D. Mazeaud, « *Le juge et le contrat. Variations sur un couple "illégitime"* », Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p.235.

<sup>161</sup> D. Mazeaud, « *Le nouvel ordre contractuel* », *RDC* 2003, n°22 et s., p.307.

<sup>162</sup> Fr. Rouvière, Op. cit., p.1.

<sup>163</sup> D. Mazeaud, « *Le juge et le contrat. Variations sur un couple "illégitime"* », Op. cit., p.235.

constituent les meilleurs juges de leurs propres intérêts sans que, par principe, le juge n'intervienne afin d'assurer une sécurité contractuelle. Toutefois, le rôle dévolu au juge s'est accru pour garantir l'équilibre des liens contractuels.

L'activisme judiciaire fortement remarquable dans le domaine contractuel peut être à l'origine de la mise en doute de la sécurité du contrat. Toutefois, en référence aux pratiques contractuelles, ce n'est pas très surprenant de noter que le principal rôle du juge consiste à assurer la sécurité du contrat. Il n'est pas aussi illusoire de penser que l'interventionnisme prétorien dans le contrat a un impact certain sur celui-ci. Face à l'impératif du droit positif de protéger les intérêts des cocontractants, l'intervention du juge est devenue davantage indispensable et croissante. Il en résulte l'importance d'élucider cet interventionnisme du juge (1) afin d'assurer aux parties la sécurité judiciaire du contrat (2).

### **1- L'interventionnisme judiciaire dans le contrat**

Comme l'a si bien dit Montesquieu dans sa métaphore, « *le juge est la bouche de la loi* ». L'expression « *Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi* », tout comme sa formulation abrégée « *Le juge, bouche de la loi* », constituent l'une des allégories les mieux connues, citées et commentées de

Montesquieu au sujet de la justice et des juges<sup>164</sup>. Cette anecdote justifie bien l'œuvre du juge dans son rôle d'interprète de la loi.

Aussi longtemps que la jurisprudence a innervé le contenu contractuel, la doctrine s'est évertuée à dénombrer et à classer ces "nouveaux"<sup>165</sup> devoirs contractuels de source prétorienne. Parmi ceux-ci, il faut mentionner les obligations de sécurité, d'information, de collaboration, de conseil, d'adaptation, de reclassement, les devoirs de loyauté, de bonne foi, de coopération et de renégociation, etc. A ce propos, le législateur a été très actif, même s'il a manqué de faire preuve d'originalité relativement aux types d'obligations et de devoirs imposés aux parties contractantes. A la faveur des travaux du professeur Josserand sur « *le contrat dirigé* »<sup>166</sup>, il importe de souligner la persistance du dirigisme et de l'interventionnisme de l'Etat dans le contrat. Ce faisant, la maîtrise du contrat a un peu échappé aux parties contractantes. Pour certains, il en découle l'existence du déclin de la théorie contractuelle ou d'une "crise du contrat"<sup>167</sup>. Parler de la "crise du contrat", c'est prendre comme référence la conception primitive du contrat dont la formation est basée sur le consentement. Comme le souligne Planiol, « *le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat* »<sup>168</sup>. Dès lors, toute obligation, dont la source est contraire à la volonté commune exprimée par les contractants, constitue « *un procédé de forçage qui est la négation même de la règle*

<sup>164</sup> S. Dauchy. Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu. Nagoya University Journal of Law and Politics, 2014, 256, pp.325-343. hal-02959170, p.3, Consulté ce 10/12/24 à 04h 12mn. Selon cet auteur, on l'aperçoit dans le livre XI de L'esprit des lois, titré Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution, dans le chapitre VI intitulé De la constitution d'Angleterre. « *Cette allégorie a fourni de la matière à la réflexion sur la montée en puissance du judiciaire, sur le rôle des plus hautes juridictions ou encore sur la motivation des décisions de justice* ».

<sup>165</sup> Ces devoirs ne sont probablement pas si nouveaux que cela. R. Morel, Le contrat imposé, in Le droit privé français au milieu du 20<sup>ème</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert, tome II : LGDJ, 1950, p.116 ; A. Supiot, La force obligatoire de la parole : pacta sunt servanda, in Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit : Points, coll. « Points Essais », 2009, p.157.

<sup>166</sup> R. Morel, *op. cit.*, p.116.

<sup>167</sup> H. Batiffol, *La crise du contrat*, APD. 1968, p.13.

<sup>168</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, T.2, n°983.

*de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* »<sup>169</sup>. Peu importe la source du forçage, qu'elle soit légale ou prétorienne, le procédé de forçage dénature assurément l'essence du contrat. A cet égard, mentionnons que « *la découverte prétorienne d'une obligation de sécurité à la charge du transporteur a suscité un débat relatif à l'interprétation de la volonté des contractants* »<sup>170</sup>.

L'innervation du contenu des obligations conventionnelles constitue un phénomène pathologique du contrat dont l'accentuation amène la doctrine à parler d'une « *interprétation divinatoire* »<sup>171</sup> de la volonté exprimée par les contractants. Sans nul doute, cela traduit une critique quasi excessive de la doctrine à l'égard des créations prétoriennes, de l'interventionnisme étatique et du dirigisme contractuel<sup>172</sup>. Or, l'interventionnisme prétorien trouve son fondement dans le Code civil en son article 1135<sup>173</sup>. Il s'ensuit que l'interventionnisme du juge trouve sa légitimité à travers sa consécration législative.

Si généralement, certains "nouveaux" devoirs des parties contractantes constituent

une anomalie, ce n'est, par contre, pas le cas pour d'autres. Contrairement à ceux de la pensée volontariste du contrat qui sont mal accueillis, ceux de la conception du solidarisme contractuel s'accroissent très parfaitement de "*l'obligation d'information*"<sup>174</sup> et "*du devoir de loyauté*"<sup>175</sup> ainsi que de tous les devoirs qui traduisent souvent "*l'existence de relations contractuelles inégalitaires*"<sup>176</sup>. Le concept de contrat ne souffre point d'une crise évolutionnelle, comme l'estimait Josserand<sup>177</sup>. Il s'agit surtout d'une évolution cyclique et d'une révolution. Il faut noter que les concepteurs du Code primitif de 1804 n'ont pas envisagé les conventions comme un instrument d'individualisme exacerbé. Contrairement à l'affirmation de la doctrine<sup>178</sup>, l'article 1134 al. ne comporte en rien le dogme du principe de l'autonomie volontaire. C'est plutôt l'œuvre de Domat qui a inspiré la formulation des articles 1134 et 1135 du Code civil. Ainsi que le souligne Picod, « *la règle générale qu'on peut faire toutes sortes de conventions est bornée par la règle qui défend celles qui blessent l'équité et les bonnes mœurs* »<sup>179</sup>. Aussi, Portalis pense

<sup>169</sup> E. L. Josserand, *Le contrat dirigé*, DH. 1933, 89 et spéc. p.91.

<sup>170</sup> J. P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », Colloque "*La nouvelle crise du contrat*", May 2001, Lille, France. p.99, p.5, hal-01053544.

<sup>171</sup> Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Paris. 1989, n°11.

<sup>172</sup> L. Rolland, Op. cit., p.9.

<sup>173</sup> Ch. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* in Études offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ. 2001, p.443 ; Du même auteur, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, pp.159-160.

<sup>174</sup> On retrouve l'expression dans les œuvres de Josserand ; *Le contrat dirigé*, DH. Paris. 1933, p.90.

<sup>175</sup> A. Colin, 9<sup>ème</sup> éd. 2000, n°399 ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz 7<sup>ème</sup> éd. 1999, n°429 ; J. Heinich, « Devoir de loyauté du dirigeant envers la société : pas de responsabilité en cas d'autorisation unanime des associés », *revue des contrats*, n°4, 10/12/2020, p.56 ; N. Jullian « L'adage *Volenti non fit injuria* et le devoir de loyauté

du dirigeant », *La semaine juridique – entreprise et affaires* – n°45, 05/11/2020 ; Th. Favario, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *Recueil Dalloz*, 2013 p.288 ; A. Fauchon et P. Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 24<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2020, p.625.

<sup>176</sup> De Juglart, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD.civ. 1945, 1.

<sup>177</sup> L'essor moderne ..., art. préc., p.346.

<sup>178</sup> H. Mazeaud, J. Mazeaud et L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T.II, Vol. 1<sup>er</sup>, Obligations, 9<sup>ème</sup> éd. par F. Chabas, 1998, n°721 : « *La règle de l'article 1134 C. civ. est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur, ni le juge ne sauraient délier les contractants* ».

<sup>179</sup> Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Op. cit., n° 12 ; J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Liv ; préL., I, I, §VII ; J. P. Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al.1<sup>er</sup> du Code civil*, RTD. civ. 2001, 265 ; De même, Portalis assimile la liberté contractuelle à la justice, in *Disc. Prél.*, Loqué, T.I, p.302

qu'« *il est des règles de justice qui sont antérieures aux contrats même, et desquelles les contrats tirent leur principale force* ». Selon lui, les perceptions du juste et de l'injuste ne résultent pas uniquement des conventions humaines ; elles les ont précédés et elles doivent assurer leur direction. De là, les juristes romains, et après eux toutes les nations policées, ont fondé la législation civile des contrats sur les règles immuables de l'équité naturelle<sup>180</sup>. Subséquemment, il ressort que « *cette équité naturelle, que l'on retrouve à l'article 1135 c.civ., est donc un fondement pertinent pour justifier l'enrichissement du contenu obligatoire des contrats* »<sup>181</sup>. Cela augure de l'importance du rôle salvateur du juge pour assurer la sécurité judiciaire au contrat.

## **2- La sécurité judiciaire du contrat**

« *Le contrôle judiciaire de la morale contractuelle doit demeurer mesuré à peine de ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un "truc" pour gagner les procès* »<sup>182</sup> avait affirmé Philippe Malaurie. De même, Roubier qualifie la sécurité juridique à l'image de « *la valeur la plus essentielle pour l'harmonie des rapports humains* »<sup>183</sup>. A ce propos, certains auteurs pensent que, « *là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister* »<sup>184</sup>. L'intervention prétorienne au contrat et sa sanction des comportements

malhonnêtes des parties contractantes présentent certains inconvénients. Au risque de déjouer et de trahir les attentes des parties, l'idéal serait d'interdire au juge de ne point se mêler à la structure du contrat à travers sa révision sauf en cas de déséquilibre manifeste. Cette intervention du juge, qui s'effectue par une espèce d'effraction, laisse craindre le risque de l'arbitraire contre la sécurité des contractants. L'intervention prétorienne dans le contrat est très controversée par la doctrine. La non-ingérence du juge est prônée par une doctrine majoritaire<sup>185</sup> appuyant une conception libéraliste du contrat. Toutefois, certains auteurs ont une position certes nuancée. Parmi ceux-ci figure Pascal Ancel qui soutient que « *l'intangibilité n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social, s'il n'apparaît plus adapté au but poursuivi, la portée de ce principe, qui procède du législateur, peut et doit être modifiée* »<sup>186</sup>.

L'admission de la libre contractualisation affermit la puissance reconnue à la volonté des contractants de pouvoir créer un engagement. L'importance de cette liberté s'illustre surtout à la phase de la finalisation du contrat. Cependant, elle reste très limitée pendant la phase exécutoire du contrat. Autrement dit, « *elle n'existe que pour entrer dans le contrat et non pour en sortir* »<sup>187</sup>. Du respect scrupuleux de cette liberté découlent l'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat formé par les parties. Subséquemment, cette liberté protège la sécurité juridique du contrat.

<sup>180</sup> Locré, T.14, 164.

<sup>181</sup> J. P. Chazal, « *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?* », op. cit., p.5.

<sup>182</sup> Note sous Cass. Com., 27 février 1996, n°94-11241, Dalloz 1996, p.520.

<sup>183</sup> P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, note 7, p.269.

<sup>184</sup> P. Roubier, Op. cit., p.334. Sur les liens entre sécurité juridique, justice et progrès social, voir également B. Tabbah, « *La trilogie : sécurité, justice, et progrès social* » in *Mélanges Paul Roubier*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p.460.

<sup>185</sup> J. – L. Aubert, *le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, p.116.

<sup>186</sup> P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p.773 ; A. Supiot, *La force obligatoire de la parole*, op. cit., p.162.

<sup>187</sup> E. Montéro et M. Demoulin, « *La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée* » in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, Bruxelles, 2004, p.65 ; C. Thibierge-Guelfucci, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD.Civ., 1997, n° 24, p.375.

L'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat conclu par les parties garantissent la protection de l'équilibre contractuel. A l'égard des contractants, et s'appuyant sur leur de volonté, le contrat doit être perçu comme étant juste. Il importe de souligner que « *personne ne peut vouloir pour elle-même un rapport d'obligations qui ne protège pas ses intérêts* »<sup>188</sup>. Il en résulte, qu'à l'instar du "*contrat social*", le contrat traduit un accord mutuel de volontés qui est librement et également voulu et décidé par les parties. Ce faisant, aucune partie au contrat ne doit exprimer des craintes qui révèlent, sur un contrat par elle en toute conscience, un déficit, un manque ou une perte de l'intérêt contractuel. Pour protéger les contractants et assurer la sécurité juridique de leurs transactions ainsi que la prévisibilité contractuelle, force doit être donnée au contrat qui est leur loi. Dès lors, il doit être respecté scrupuleusement. Si tout contrat conclu par les parties produit des effets, il est évident qu'il doit, préalablement, être légalement formé. L'autonomie volontaire impose, dans la formation du contrat, le consentement, censé libre et éclairé, des parties tant sur l'idée d'un intérêt à contracter que sur les rapports sociaux supposés équilibrés. Néanmoins, cette théorie ne permet pas l'intégration de certaines réalités tant économiques que sociales. Cela exprime son déclin. Il s'avère indispensable d'envisager la réadaptation de ce régime contractuel aux divers changements économiques et sociaux.

Le corollaire de l'autonomie d'expression de la volonté par les contractants est l'obligatorité de la force du contrat, un principe selon lequel « *seules les parties ayant exprimé leur volonté de s'engager, s'obligent* »<sup>189</sup>. Dès lors, ce principe prescrit à « *toute tierce personne au contrat de ne*

*pas s'y immiscer, y compris le juge* »<sup>190</sup>. Toutefois, notons que, parfois, le respect des « *devoirs contractuels nécessite l'immixtion du juge* »<sup>191</sup>. Même si le juge n'intervient pas dans la genèse du contrat, il joue un grand rôle dans l'exécution du contrat signé à son insu. Aussi le juge est-il habilité à s'afficher dans le contrat, non pas pour en modifier forcément l'esprit ou le contenu mais pour soit renforcer les parties soit les secourir surtout lorsque certaines de leurs stipulations contractuelles ne favorisent pas l'exécution adéquate du contrat en vue de l'accomplissement de leurs attentes. Soulignons que le contrat formé par les parties peut souffrir de bonne exécution parce que soit l'une des parties a manqué de bonne foi, soit certaines clauses contractuelles soulèvent des difficultés majeures, soit qu'elles sont en contradiction avec le droit positif. Dans l'un ou l'autre cas, le recours au juge s'avère indispensable. L'intervention prétorienne dans le contrat peut s'avérer complexe ou sensible. En outre, cette intervention peut, parfois, s'analyser comme un bouleversement de la stabilité juridique du contrat. *De facto*, le juge, régulateur et garant de l'exécution adéquate du contrat, demeure à la lisière de l'option de jouer un double rôle, soit passif, soit actif. Passif, le juge doit garder sa neutralité et s'abstenir de tout comportement susceptible de nuire à la volonté contractuelle. Actif, le juge doit veiller à la conformité de la loi par la volonté des parties<sup>192</sup>. L'intervention du juge doit jouer un double rôle : faire respecter l'esprit du contrat et assurer l'équilibre contractuel.

S'agissant du respect de l'esprit du contrat, il incombe au juge, sans imposer sa volonté aux parties, de veiller au respect du contenu voulu et décidé par les parties. Au cas où le juge est dans l'obligation d'imposer sa

<sup>188</sup> M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p.56 ; Br. Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.35 ; R. Démogue, *Traité des obligations en général*, t.1, Paris, Rousseau, 1923, n°10, p.19.

<sup>189</sup> M. N. Diatta, Op. cit., n° 65, p.24.

<sup>190</sup> M. N. Diatta, Op. cit., p.24.

<sup>191</sup> J. P. Chazal, Op. cit., p.20.

<sup>192</sup> M. N. Diatta, Op. cit., p.24.

volonté aux parties, il doit œuvrer pour leur adhésion à sa volonté de sorte que celles-ci ne nient pas la nouvelle volonté instaurée au contrat et qui leur crée des obligations contractuelles qui leur paraissent inacceptables. En témoigne un cas d'absence de certaines clauses contractuelles de prévoyance par les parties à la formation du contrat qui justifie des lacunes dirimantes au contrat en rendant ainsi son exécution très aléatoire ou fortement litigieuse. En l'espèce, le silence du juge ne serait pas toléré pour avoir manqué de jouer son rôle de régulateur du contrat. Même sans l'accord des parties, il doit réguler le contrat en faisant régner la volonté correspondante aux besoins du contrat.

Quant à l'équilibre contractuel voulu et décidé par les parties ayant conclu le contrat, l'intervention du juge peut produire la révision du contrat en cas d'imprévision afin de le rééquilibrer. Il ne lui revient pas d'imposer aux parties sa volonté ou d'instaurer un équilibre selon l'esprit du contrat tel qu'il le souhaite ou désire qu'il aurait dû être. Autrement dit, son pouvoir de restaurateur de l'équilibre contractuel pour imprévision s'illustre à travers les nouvelles réalités et circonstances sans faire prévaloir son bon vouloir. Il en découle que l'autonomie volontaire et la force obligatoire laissent place au juge lorsque l'équité, la loyauté, l'usage, la loi et la bonne foi le contraignent non seulement à imposer aux parties des devoirs qui lui paraissent nécessaires à la convention litigieuse mais également lui permettent de modifier les clauses conventionnelles lorsque celle-ci rencontre des difficultés d'exécution dues au changement des circonstances imprévisibles<sup>193</sup>.

Consacré, sous le bénéfice de l'Arrêt Crapone, le principe sacrosaint de l'intangibilité des conventions est le corollaire de la force obligatoire reconnue au contrat. A cet effet, le contrat s'imposera aux parties et dénierait l'immixtion de tout

tiers dont le juge, sauf disposition contraire de la loi. Aussi le juge doit-il faire respecter le contrat à toute personne, lui-même y compris.

Notion ambiguë, la sécurité juridique peut être sclérosante pour le contrat. Ainsi, la justice contractuelle, qui confère au juge un rôle allant au-delà de la simple interprétation de la volonté reconnue aux parties, heurte la sécurité-intangibilité. Le juge n'est ni ce serviteur du contrat, ni cet esclave de la volonté des contractants auquel on a trop voulu croire. Du coup, l'insécurité, qui découle du décalage pouvant exister entre la décision prétorienne et les attentes des parties, s'accroît à mesure que ses pouvoirs s'étendent<sup>194</sup>. En effet, il n'est ni souhaitable, ni acceptable que le juge s'érige en arbitre de l'équité des relations contractuelles ou dispose de la légitimité pour apprécier l'équivalence des prestations des parties. Seules, ces dernières sont en mesure d'évaluer les intérêts qu'elles peuvent espérer avoir du contrat à sa formation ou qu'elles tirent du contrat lors de son exécution.

La garantie de la sécurité juridique est indispensable à tous les contractants. Cela permet d'éviter de nombreux conflits liés au contrat. Pour ce faire, le juge doit éviter de s'octroyer le droit d'apprécier l'opportunité d'une convention sans aucun risque d'arbitraire. Si, une fois le contrat formé, il faut obliger les parties à revenir sur leurs engagements soit pour les annuler, soit pour les modifier, parce qu'il leur serait, éventuellement, défavorable, cela témoigne d'une légèreté des parties et d'un engorgement superfétatoire des offices prétoriens. C'est le corollaire de l'inconvénient classique d'une surprotection au nom duquel la partie protégée, se croit toujours victime et croit pouvoir s'autoriser une certaine nonchalance.

Le déséquilibre contractuel peut engendrer la violation des droits de l'Homme<sup>195</sup>. Pour

<sup>193</sup> M. N. Diatta, *Op. cit.*, n° 68, p.25.

<sup>194</sup> J. P. Chazal, *Op. cit.*, p.22.

<sup>195</sup> Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Op. cit.*, p.470 et s.

y pallier, la régulation du contrat incombe au juge.

### ***B- L'affirmation de la régulation du contrat***

Le rôle régulateur du contrat qu'exerce le juge processualise le contrat<sup>196</sup>. Si le contrat se révèle injuste et déséquilibré, le juge n'est plus contraint de respecter la loi contractuelle injuste<sup>197</sup>. Il est autorisé soit de remodeler le contrat (1) afin d'assurer l'équilibre contractuel et la justice contractuelle<sup>198</sup>, soit de l'annuler (2).

#### ***1-La modification prétorienne de la liberté des contractants***

Partant de la quasi ineffectivité de l'autonomie d'expression de la volonté reconnue aux contractants, la cohabitation entre « *la dignité de législateurs* »<sup>199</sup> et la justice contractuelle<sup>200</sup> s'avère indispensable. Cela permettrait de mieux protéger la partie vulnérable au contrat. Un meilleur encadrement<sup>201</sup> des inégalités contractuelles<sup>202</sup> présente d'énormes atouts liés au respect des valeurs supérieures de justice et d'utilité sociale du contrat<sup>203</sup>. En raison des multiples et évidentes inégalités

humaines<sup>204</sup>, il faut reconnaître que la justice contractuelle ne peut pas toujours émaner de la volonté contractuelle. Cependant, le contrat doit s'affranchir de *la main, certes, invisible*<sup>205</sup> qui assure loyalement la garantie des intérêts de chaque partie contractante<sup>206</sup>. Face au défaut d'égalité et d'équilibre du contrat<sup>207</sup>, le juge doit rééquilibrer le contrat ou l'annuler pour libérer la partie faible vulnérable au contrat qui se révèle déjà injuste<sup>208</sup>. Ce serait inconcevable que le juge abandonne le faible dans un contrat déséquilibré pendant longtemps voire indéfiniment.

Conçu en 1804 comme la chose des contractants, le contrat se confond, traditionnellement, avec la personne des contractants qui lui ont donné naissance. Cependant, il faut noter une négation traditionnelle d'un intérêt contractuel vu que le contrat voit son avenir dessiné par la communauté volontaire des parties. De nombreux contrats à l'instar de celui de société sont porteurs d'un intérêt propre dont la sauvegarde mérite d'être assurée. A cet effet, le juge s'est progressivement façonné un « *nouveau profil* »<sup>209</sup> en passant du statut de simple interprète de la volonté

<sup>196</sup> L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du proces » in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, ed. Frison-Roche, 1999, p.23.

<sup>197</sup> Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et Patr.*, mars 1998, p.46 ; L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, mars 1998, p.72.

<sup>198</sup> Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, Thèse Aix-Marseille, 1999, p.243.

<sup>199</sup> H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p.359.

<sup>200</sup> I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale » in *Actes du colloque sur les cinquante ans du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C)*, I. Y. Ndiaye, J.-L. Correa et A. A. Diouf (dir.), vol. 1, *L'Harmattan-Sénégal*, 2017, p.16.

<sup>201</sup> R. Njeufack Tamgwa, « Les contrats partiellement réglementés en droit OHADA », *LPA* 25 sept. 2015, n° 192, p.14.

<sup>202</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F, 2013, p.162.

<sup>203</sup> F. Chenede, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Op. cit.*, p.155 et s.

<sup>204</sup> L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre... », *Op. cit.*, p.178.

<sup>205</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, *Op. cit.*, n° 78.

<sup>206</sup> A. Benabent, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 11<sup>e</sup> Edition, Dalloz, 2013, p.41.

<sup>207</sup> Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance » in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, 1997.

<sup>208</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, 1998, n° 78 et s, op. cit.

<sup>209</sup> S. Rozès, « Un profil nouveau pour les juges » in *Mélanges René Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Dalloz, 1996, p.435, spéc. p.441 : « *Que ce soit par l'intermédiaire de la spécialisation de ses fonctions ou par un effet de l'évolution normale de la société dont il est à la fois un reflet et un censeur, le juge du troisième millénaire sera très différent de ses aînés. Il occupe déjà dans cette société une place qui ne peut que l'inciter à intervenir davantage,*

contractuelle à celui de réalisateur de la pérennité contractuelle<sup>210</sup>. Cela illustre une émancipation du contrat.

Beaucoup d'auteurs alimentent aujourd'hui la controverse doctrinale de la conception purement volontariste du contrat ; « *en s'inscrivant dans la durée, le contrat acquiert ainsi, à l'instar de la personne morale ou du couple, une existence propre par rapport à l'échange des volontés qui en signale la naissance* »<sup>211</sup>. Même si les parties ont la liberté d'abandonner leurs pourparlers, ils perdent une partie de leur emprise dès qu'ils ont décidé de donner vie au contrat. Quoique les contractants puissent orienter la destinée du contrat, ils ne sont ni en mesure ni autorisés à se l'approprier. En effet, le contrat se personnifie et s'identifie à « *une construction, un objet juridique à part entière* »<sup>212</sup>. Subséquemment, le contrat devient une entité très indépendante afin d'échapper aux parties. Dès lors, il se profile une nouvelle compréhension du contrat parce qu'il est doté d'un intérêt autonome et distinct de celui des parties au point d'être suffisamment digne de protection.

Face aux divers recours, les pouvoirs reconnus au juge varient sensiblement selon la nature du requérant et le moment où il doit exercer le contrôle. En raison des moyens dont dispose le juge pour exercer son contrôle, une place plus ou moins importante est accordée à la liberté contractuelle et au pouvoir discrétionnaire. De façon disproportionnelle, les moyens

diffèrent selon que le contrôle prétorien est exercé lors de la formation ou de l'exécution du contrat qui constitue la loi s'imposant aux parties. A ce propos, de larges moyens sont accordés au juge dans la phase de formation du contrat. Il en va autrement lors de l'exécution de la loi établie par les parties contractantes. Au nom du respect tant de l'ordre public que des bonnes mœurs, d'une part, puis des obligations de publicité et pour la mise en concurrence, d'autre part, le contrôle prétorien, durant la conclusion du contrat, est très étendu et peut affecter sensiblement la liberté reconnue aux parties. Pour préserver la libre contractualisation et respecter la loi des seules parties, le contrôle prétorien, pendant la phase exécutoire du contrat, est plus souple. Il en découle que le contrôle du juge requiert beaucoup plus de moyens à la formation du contrat qu'à son exécution.

La modification prétorienne peut se manifester par la modification d'une des clauses contractuelles et leur exécution forcée. En droit commun, l'exécution en nature du contrat est fondamentale. Face à toute ambiguïté rédactionnelle, le juge peut choisir de consacrer la deuxième lecture afin d'interpréter l'article 1142 du Code civil à l'aune de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil. Cette règle est fortement soutenue par la doctrine majoritaire. Ainsi, la jurisprudence a privilégié l'exécution forcée en nature<sup>213</sup> en condamnant progressivement<sup>214</sup>. Le juge ne saurait prononcer aucune exécution forcée lorsque

---

*certes pour dire le droit, mais aussi pour régler concrètement des situations conflictuelles dont les enjeux sont graves et aigus* ».

<sup>210</sup> A. - S. Laveffe Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 271, p.162 : « *la pérennité contractuelle se réalise grâce à une pluralité d'acteurs, ce qui semble contredire le principe de la force obligatoire envisagé par la théorie classique du contrat* ».

<sup>211</sup> B. Fages, « Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la chose des parties ? » in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p.153, spéc. pp.159-160 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du droit des*

*contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p.41, spéc. p.55.

<sup>212</sup> B. Fages, op. cit., p.153.

<sup>213</sup> J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, « *Le droit français est présenté comme l'un de ceux qui favorisent le plus cette sanction au monde* », op. cit. ; V. Lonis-Apokourastos, n° 1, op. cit., p.17 ; Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Bull. civ. I*, n° 19, *JCP G* 2007, IV, 1360.

<sup>214</sup> S. Le Gac-Pech, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p.7, spéc. p.17 ; G. Viney, « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » in *Les sanctions de l'inexécution des*

celle-ci se révèle impossible sur le plan moral, matériel ou juridique<sup>215</sup>. Toutefois, il faut retenir que le débiteur encourt des sanctions d'ordre juridique. En admettant le contraire, cela porterait un coup très dur et fatal au caractère obligatoire du contrat. Ce faisant, si l'exécution forcée en nature est impossible, la partie fautive sera condamnée judiciairement à verser au créancier des dommages et intérêts. Il en résulte une exécution forcée ou une sanction par équivalent. Outre l'examen de la bonne foi, appréhendée supra, à tous les stades du contrat, son exécution comprise<sup>216</sup>, l'Ordonnance française a également introduit, en 2016, dans le Code civil, des notions nouvelles qui confèrent au juge des pouvoirs étendus dont celui d'annulation des clauses abusives contractuelles.

## **2-L'annulation judiciaire des clauses abusives contractuelles**

La clause abusive traduit un concept qui s'inspire, d'une part, du concept de "significant imbalance" en droit anglais et, d'autre part, de la bonne foi à l'instar du droit allemand<sup>217</sup>. A travers une clause abusive, on note un déséquilibre significatif

comme le cas du consommateur lésé dans ses droits et obligations face au professionnel<sup>218</sup>. Il s'agit d'un déséquilibre si évident<sup>219</sup> qu'il retient l'attention du juge<sup>220</sup>. Une clause peut se révéler abusive par sa limitation d'une responsabilité d'un des contractants, généralement le fort, au détriment de l'autre qui est souvent le faible. Pendant son contrôle, le juge apprécie le caractère abusif de ladite clause et décide subséquemment<sup>221</sup>.

A travers les lois françaises de 1971 et de 1978, certaines mesures protectrices tant préventives que curatives<sup>222</sup> avaient été envisagées. Leur point commun était de proposer des mécanismes de protection juridique susceptibles d'encadrer « *les relations contractuelles entre, d'une part, un particulier qui se porte acquéreur d'un bien ou d'un service pour des fins de consommation personnelle et, d'autre part, une entreprise commerciale, qu'il s'agisse d'un fabricant, d'un détaillant, d'un pourvoyeur de services ou d'un professionnel* »<sup>223</sup>. Selon un auteur, ces mesures ont fortement contribué à « *garantir l'authenticité du consentement des consommateurs en s'assurant que ce dernier, à défaut d'être totalement libre, est*

---

*obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p.167, spéc. p.183 ; D. Mazeaud (note sous l'arrêt, *RDC* 2007, n° 3, p.719 ; en ce sens, v. Cass. civ. 3e, 11 mai 2005, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RTD civ.* 2005, p.596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, comm. n° 187, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006, p.323, obs. D. Mazeaud ; V. C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 526 et s., p.427 et s.

<sup>215</sup> D. Tallon, « Les remèdes », « Le droit français » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p.271, spéc. p.287 ; Cass. civ. 3e, 17 janvier 1984, Abou, inédit, *RTD civ.* 1984, p.711, obs. J. Mestre., p.724.

<sup>216</sup> 45 v. supra la partie sur la bonne foi

<sup>217</sup> H-W. Micklitz et N. Reich, « The Court and sleeping beauty : the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) », *Common Market Law Review*, n° 51, 2014, p.773.

<sup>218</sup> A-P. André-Dumont, *Les clauses abusives - Le crédit hypothécaire au consommateur*, Larcier, 2017, p.255, n° 10.

<sup>219</sup> C. Delforge et C. Biquet-Mathieu, *Op. cit.*, p.275 ; D. Philippe, G. Sorreaux, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019/3, 131, p.27 ; E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 138-149.

<sup>220</sup> A-P. André-Dumont, *Op. cit.*, p.256, n° 11.

<sup>221</sup> C. Delforge et C. Biquet-Mathieu, « La théorie des clauses abusives » in « *Clauses abusives et pratiques réglementées* », *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, CUP, Larcier, 2016, vol.170, p.247.

<sup>222</sup> C. Masse, « L'information et l'exploitation des consommateurs », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p.110.

<sup>223</sup> C. Masse, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation » in *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d'équité*, P.-C. Lafond (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p.46.

*toutefois éclairé ; à améliorer l'information transmise aux consommateurs et à en faciliter l'accès ; à encadrer la publicité ; à rétablir le formalisme et à corriger toute situation abusive résultant de l'exploitation du consommateur. Il s'agit, par exemple, d'octroyer une faculté de résiliation à la discrétion du consommateur une fois le contrat conclu (cette faculté ne s'exerce que dans certains cas particuliers tel le contrat électronique ou le contrat conclu avec un commerçant itinérant<sup>224</sup>, par exemple), ou encore de sanctionner la stipulation de certaines clauses considérées comme abusives telles les clauses de modification unilatérale du contrat<sup>225</sup> et les clauses limitatives de responsabilité<sup>226</sup> »<sup>227</sup>. Cela a permis au juge de réviser le contrat pour lésion surtout que la loi sur la protection du consommateur comportait un « *embryon de régime général contre les clauses abusives* »<sup>228</sup>.*

A la faveur du projet du gouvernement de loi de 2009, l'insertion d'une règle pour lutter contre les clauses jugées abusives a été une effectivité. A cet effet, l'article 79 alinéa 1<sup>er</sup> dispose qu' « *une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Peu importe les errements et tergiversations, il convient de louer cette initiative qui a envisagé l'élargissement des mesures protectrices des parties faibles au contrat. Autrement dit, ce sont ces parties plus

vulnérables qui ne sont souvent pas éligibles au bénéfice « *des dispositions du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence* »<sup>229</sup>. Il apparaît que « *l'introduction d'une règle permettant de sanctionner les clauses abusives insérées généralement dans les contrats déséquilibrés est indéniablement une réelle avancée dans la confection du futur droit des contrats. Néanmoins, la disposition telle que présentée par la Chancellerie ne manque pas de nous décevoir en ce qu'elle fait le choix de limiter le domaine d'application de la disposition à la clause non négociée et non au contrat d'adhésion* »<sup>230</sup>.

En dépit de son adoption depuis plus de 20 ans, la directive de l'Union européenne réglementant les clauses abusives incluses dans les contrats formés avec les consommateurs est encore d'actualité. Depuis longtemps, les Etats font toujours recours à la CJUE afin de la questionner encore sur les conséquences à tirer du caractère non contraignant des clauses abusives. En témoigne la réponse du 29 avril 2021 de la CJUE à une énième question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 6 paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE qui prévoit "*le caractère non contraignant des clauses abusives*"<sup>231</sup>. De très nombreux professionnels violent allègrement et au quotidien cette réglementation. Nonobstant les condamnations des sociétés Twitter, Facebook et Google en 2018 et 2019<sup>232</sup>, la société Apple avait été condamnée, en juin

<sup>224</sup> Art. 59 L.P.C. : « Le contrat conclu entre un commerçant itinérant et un consommateur peut être résolu à la discrétion de ce dernier dans les dix jours qui suivent celui où chacune des parties est en possession d'un double du contrat ».

<sup>225</sup> Art. 11.2 L.P.C. : Sauf stipulation contraire en respect dudit article, « est interdite la stipulation prévoyant que le commerçant peut unilatéralement modifier le contrat [...] ».

<sup>226</sup> Art. 10 L.P.C. : « *Est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant* ».

<sup>227</sup> H. Villain, Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise.

Droit, Université de Lille, 28 mars 2022, France, p.204, n° 184.

<sup>228</sup> D. Jacoby, « Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs », *R. du B.*, mars-avr. 1986, t. 46, n° 2, p.192.

<sup>229</sup> J. Ghestin, « Droit des contrats », *JCP G*, avr. 2009, n°s 16-17, I, 138, p.19, n° 3.

<sup>230</sup> H. Villain, Op. cit., p.204, n° 185.

<sup>231</sup> CJUE, 29 avril 2021, aff. C-19/20, Bank BPH.

<sup>232</sup> Communiqué de Presse, UFC-Que Choisir, 12 juin 2020, <https://www.quechoisir.org/actualite-clauses-abusives-1-ufc-que-choisir-fait-condamner-apple-n80119/>, Consulté le 14/01/25 à 07h 17mn.

2020, pour avoir inséré plusieurs clauses abusives à travers les conditions générales et la politique de confidentialité de son service juridique. Cependant, l'association de défense des consommateurs UFC-Que Choisir avait saisi, à Paris, le tribunal judiciaire contre la société UBER pour avoir inséré 24 clauses abusives dans ses contrats avec les consommateurs. Aussi le tribunal avait-il jugé ces 24 clauses abusives et réputées inexistantes et avait-il condamné cette société le 27 octobre 2020<sup>233</sup>. Il ressort que « *les clauses abusives ne cessent d'être utilisées par les professionnels à l'encontre des consommateurs* »<sup>234</sup>. Cela témoigne de l'inefficacité de la lutte menée contre les clauses abusives et justifie la position du juge de les annuler afin de mieux protéger les parties faibles au contrat.

En vertu de larges pouvoirs qui sont conférés au juge à travers le code civil, celui-ci peut désormais apprécier les clauses abusives contractuelles tels le caractère abusif d'un prix fixé par une partie en exécution d'un contrat cadre<sup>235</sup> ou d'un contrat de prestation de services<sup>236</sup>. A ce propos, le législateur précise qu'« *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts* ». Celui-ci peut également être amené à caractériser l'existence d'une clause abusive résultant d'un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »<sup>237</sup> à un contrat d'adhésion. En outre, il pourra décider de l'annulation du contrat pour cause de violence résultant d'un abus de dépendance, notamment économique, qui permet à une partie d'obtenir de son cocontractant « *un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* »<sup>238</sup>.

Souvent, les plaideurs évoquent des clauses abusives et sollicitent l'intervention judiciaire dans le contrat. De l'examen des décisions, il ressort des difficultés pour définir avec précision la notion de clause abusive. Possiblement, la clause sera considérée comme abusive en l'absence d'une véritable explication. Très fréquemment, les tribunaux justifient leur intervention en établissant une comparaison entre la clause présumée abusive et ce qu'ils pensent tant juste que raisonnable. Une clause pénale présumée abusive peut découler d'un contrat d'adhésion ou non. A l'exception des contrats d'adhésion ou de consommation, l'annulation de la clause pénale qui découle d'autres contrats est impossible. Dans ces cas, le juge ne pourra décider que de leur réduction. Le comble est qu'il arrive que certains tribunaux ignorent les critères d'appréciation du contrat d'adhésion et pensent que les contrats sont formés en toute liberté parce que les négociations seraient faites d'égal à égal. En témoigne la jurisprudence liée au contentieux à travers lequel l'appelant demande de déclarer abusives et non écrites diverses clauses figurant dans un contrat de fourniture de gaz et de pétrole liquéfié conclu avec les représentants de la société le 21 octobre 2005<sup>239</sup>. C'est également le cas du dossier *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.* où la défenderesse a demandé au juge l'annulation et, à défaut, la diminution de la clause pénale<sup>240</sup>. S'agissant des taux d'intérêts usuraires, l'emprunteur est souvent un consommateur, adhérent et bénéficiaire d'une protection spéciale contre la lésion entre les majeurs. Il en découle une similitude qui se fait habituellement en constatant que la lésion est une notion voisine de la clause abusive.

<sup>233</sup> Tribunal de Paris, 27 octobre 2020, n° RG 16/07290.

<sup>234</sup> Rapport final du 23.5.2017, SWD (2017) 208 final.

<sup>235</sup> Art 1164 C. civ.

<sup>236</sup> Art 1165 C. civ.

<sup>237</sup> Art. 1171 C. civ.

<sup>238</sup> Art. 1142 et 1143 C. civ.

<sup>239</sup> Cour d'appel de Nîmes, Chambre Civile, 1<sup>ère</sup> Chambre A, Arrêt N° R.G : 11/02646 OT/DO du 04 avril 2013.

<sup>240</sup> Cette distinction est faite dans la cause *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, J.E. 96-1384 (C.Q.) et *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.) à la p.6.

Le déséquilibre contractuel peut être soit juridique soit économique. La doctrine milite beaucoup plus pour le déséquilibre juridique<sup>241</sup>. Cela nécessite une comparaison des positions contractuelles des parties en vérifiant si les prérogatives et les obligations réciproques du consommateur et du professionnel sont en équilibre suite à l'insertion de la clause litigieuse<sup>242</sup>. Quant à l'évaluation du déséquilibre significatif à l'égard du consommateur, la CJUE recommande une analyse comparative entre la clause litigieuse et la règle nationale applicable en l'absence d'un accord entre les contractants. Cela permet d'examiner si la situation juridique du consommateur est moins favorable dans le contrat relativement aux dispositions du droit positif en vigueur dans son État<sup>243</sup>. De même, il a été admis comme caractère abusif le non-respect des exigences de transparence. Dans cette veine, la CJUE a souligné que la transparence d'une clause « *ne se réduit pas au seul caractère compréhensible de celle-ci sur les plans formel et grammatical mais implique également que le consommateur puisse prévoir les conséquences économiques qui découlent pour (lui) d'une clause contractuelle* »<sup>244</sup>. De la sorte, la CJUE a déclaré abusive une clause à travers laquelle un consommateur avait été induit en erreur par le professionnel sur la détermination de la loi applicable au contrat conclu par voie électronique. Sans informer le consommateur qu'il pouvait bénéficier également des dispositions protectrices du droit positif de son État<sup>245</sup>, le professionnel avait donné l'impression à son contractant que la seule loi applicable était la sienne. La

CJUE a établi le fondement du critère de l'induction en erreur, elle a conclu pour son caractère abusif. S'agissant des clauses relatives à l'objet et au prix et qui correspondent au champ d'application défini par la directive, il existe un traitement spécifique qui leur est réservé. Lorsque ces clauses sont rédigées de façon très claire et compréhensible, elles sont exclues du champ d'appréciation du caractère abusif<sup>246</sup>. Il en découle que « *le régime des clauses abusives a vocation à s'appliquer aux clauses accessoires du contrat* »<sup>247</sup>.

Dans l'examen du caractère abusif lié aux clauses du contrat, la question de déséquilibre économique et factuel entre les parties contractantes semble moins pertinente. Cet aspect se révèle le même pour la directive 93/13 dont l'article 4(2) dispose que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part* »<sup>248</sup>, il est recommandé que ces clauses soient bien rédigées avec clarté et précision. Il en résulte deux sortes de clauses contractuelles communément appelées "*clauses essentielles*"<sup>249</sup>. En effet, celles-ci ne peuvent être examinées au cours du contrôle de caractère abusif de clauses contractuelles si elles n'entament l'exigence de transparence ou lorsque leur rédaction est en termes obscurs et ambigus. De même, la lésion est exclue du champ de contrôle prétorien sur le caractère abusif

<sup>241</sup> E. Dirix, « *Bezwarende bedingen* », *D.A./O.R.*, 1992, liv. 22, p.36, n° 13.

<sup>242</sup> S. Stijns, « *De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998* », *R.D.C.*, 2000, p.156, n° 22.

<sup>243</sup> CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, Aziz, pt 68.

<sup>244</sup> CJUE, 20 septembre 2017 aff. C-186/16, Andriuc e.a., pts 44 et 45.

<sup>245</sup> CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-272/18, Verein für Konsumentinformation, pt 58.

<sup>246</sup> Dir. Article 4, paragraphe 2.

<sup>247</sup> Sur la compréhensibilité de ces clauses, voir CJUE, 30 avril 2014, aff. Kásler et Káslerné Rábai, pt 75.

<sup>248</sup> Article 4(2) de la directive 93/13/CEE. Cette disposition a également été transposée en droit belge à l'article VI.82 du Code de droit économique.

<sup>249</sup> P. Wéry, « *Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002* », *J.T.*, 2003, liv. 6116, p.801, n° 10.

inhérent aux clauses contractuelles<sup>250</sup>. A contrario, l'examen du caractère abusif porte sur les clauses périphériques du contrat, notamment celles exonératoires de la partie forte au contrat à l'instar du professionnel.

### **Conclusion**

Pour former un contrat et y apposer sa signature, chacun est libre de choisir son cocontractant, l'objet et le type du contrat. Cependant, cette liberté n'est pas absolue. Elle est non seulement encadrée par le législateur mais également imposée par le juge.

Certains contrats sont définis par la puissance publique et s'imposent aux contractants sans qu'aucune marge de manœuvre ne leur soit accordée. C'est le cas par exemple des contrats d'assurance de véhicules qui sont des contrats d'adhésion et traduisent le dirigisme contractuel<sup>251</sup> ou l'unilatéralisme<sup>252</sup> dans les liens contractuels. Aucun conducteur de véhicule n'a de choix. Celui qui refuse de se faire assurer a violé la loi et s'expose à la répression. Il existe également des types de contrat d'adhésion, souvent, imposés par la partie forte à celle faible ; en témoignent notamment les cas de téléphonie mobile, d'abonnement à l'électricité, d'achat de billet d'avion et de paiement de scolarité. Cela illustre l'infléchissement de l'autonomie et par conséquent de la liberté reconnue aux contractants.

S'agissant de la régulation des contrats par la puissance publique, la loi instaure des prohibitions. Ce sont notamment les cas de la vente de drogue et de corps humains.

Quiconque le fait enfreint à la loi et risque des sanctions.

En dépit de l'autonomie volontaire exprimée par les contractants et leurs attentes inhérentes à leur accord, il est impératif que leur convention réponde aux exigences légales relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>253</sup>. Il ne leur est pas permis d'y déroger au travers de règles conventionnelles au risque de l'annulation leur contrat.

Par ailleurs, l'on pourrait également penser à travers le libre choix du contractant que le contrat est conclu d'égal à égal. Ce n'est qu'une présomption d'égalité. Dans beaucoup de cas, le contrat oppose une partie faible à celle forte. Il en résulte une asymétrie entre les parties. Or, le contrat doit rechercher non seulement un équilibre contractuel<sup>254</sup> mais également une justice contractuelle<sup>255</sup>.

La loi s'impose aux parties contractantes. Par principe, l'encadrement légal et préalable du contrat illustre les capacités du législateur à bouleverser, à modifier ou à changer voire imposer aux contractants un cadrage de leur volonté et par conséquent de leur liberté contractuelle.

Lorsque certains contractants sont lésés par un contrat, ils peuvent saisir le juge. Celui-ci peut annuler ou modifier des contrats en supprimant certaines clauses du contrat ou en ajoutant d'autres pour donner des précisions, gage de la bonne exécution du contrat. Afin de mieux élucider l'intervention prétorienne dans le contrat, il s'avère indispensable de tenir compte de l'évolution de la notion de contrat<sup>256</sup>. Il faut partir de son origine, de son historique et de

<sup>250</sup> G. Fievet, « Erreur, dol et lésion qualifiée » in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.66.

<sup>251</sup> D.H. 1933, Chron. 89.

<sup>252</sup> M. Cojpell, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R. C.J.B.*, 1980, p.65 et s.

<sup>253</sup> S. David Constant, *Des vivants et des morts dans le droit des obligations*, *J.T.*, 1977, p.651 ; La bonne foi : une mer sans rivages, in *La bonne foi*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p.6 ; M. Masson, *Les fourberies silencieuses*, jurisprudence belge, 1979, p.525.

<sup>254</sup> Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p.8 ; G. Tabi Tabi, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2011, p.179.

<sup>255</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p.44.

<sup>256</sup> J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », *Rapport aux Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des contrats*,

sa définition par la théorie classique de l'autonomie volontaire. Il importe également d'intégrer dans les agrégats de l'analyse les diverses évolutions socioéconomiques qui ont engendré les bouleversements de ce concept et des grands principes, qui le gouvernent<sup>257</sup>.

Face au déséquilibre contractuel et à la quête de la sécurité contractuelle, le juge doit jouer le rôle de régulateur et de restaurateur du contrat. Aussi s'octroie-t-il le pouvoir de modifier les conventions en imposant aux contractants des prérogatives et obligations auxquelles ils n'avaient pas même songé pendant la conclusion du contrat tout en veillant à leur adhésion aux nouvelles obligations contractuelles. En refusant d'être l'esclave des stipulations contractuelles qui entravent l'équilibre contractuel, le juge joue un important rôle pour faire régner entre contractants la justice contractuelle<sup>258</sup>. Si le contrat est la loi des parties, il faut retenir que cette loi est susceptible de modification surtout lorsqu'elle ne protège pas efficacement les intérêts des contractants voire des tiers.

Aussi convient-il de se demander si l'émergence de nouveaux devoirs contractuels, notamment la loyauté, la conformité à l'ordre public, la bonne foi, la renégociation, la collaboration, la coopération, le volontarisme, le solidarisme et la fraternité<sup>259</sup> n'a pas fragilisé la trilogie de la volonté, de l'intangibilité et de la sécurité contractuelle<sup>260</sup>.

La perméabilité du contrat s'illustre à travers la double intervention distincte et complémentaire assurée par le législateur et le juge. D'abord, le législateur intervient en amont par l'encadrement du contexte d'expression du consentement et par conséquent de la libre contractualisation. La loi dispose pour les hommes. Certains, peu diligents dans l'observance des règles légales, s'exposent à l'intervention prétorienne en aval. Cela permet de discipliner tous ceux qui n'auraient pas respecté le cadrage du législateur. En outre, l'intervention du juge, face au silence du législateur, permet d'éviter le vide juridique qui pourrait nuire à la sécurité du contrat.

---

1986, p.42 et s.

<sup>257</sup> M. Diatta, *Op. cit.*, p.3.

<sup>258</sup> J.-P. Chazal, « *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?* », *Op. cit.*, p.6.

<sup>259</sup> D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la

nouvelle devise contractuelle ? in *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz. PUF. Juris-Class., 1999, p.603.

<sup>260</sup> J.-P. Chazal, « *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?* », *Op. cit.*, p.6.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé .....	445
<i>Mots clés</i> .....	445
Abstract .....	445
<i>Keywords</i> .....	445
Introduction .....	446
<b>I- La perméabilité encadrée du contrat</b> .....	452
<b>A- L'expansion de l'hétéronomie contractuelle</b> .....	453
1- Le dirigisme contractuel .....	453
2- L'infléchissement de l'autonomie contractuelle .....	455
<b>B- La récession de l'équilibre contractuel</b> .....	457
1- La conformité du contrat aux exigences de l'ordre public et de bonnes mœurs .	457
2- La justice contractuelle .....	461
<b>II- La perméabilité imposée du contrat</b> .....	465
<b>A- L'admission de la réformation et de l'interprétation du contrat</b> .....	465
1- <i>L'interventionnisme judiciaire dans le contrat</i> .....	466
2- La sécurité judiciaire du contrat.....	468
<b>B- L'affirmation de la régulation du contrat</b> .....	471
1- La modification prétorienne de la liberté contractuelle .....	471
2- L'annulation judiciaire des clauses abusives contractuelles .....	473
Conclusion.....	477

# RÉFLEXIONS SUR L'EXTENSION DE L'UNITÉ MONÉTAIRE EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE

**Par**

**MBILONGO Alain Martial,**

Chargé de cours,

Université de Yaoundé II-Soa,

Faculté des sciences juridiques et politiques,

Département de droit des affaires et de l'entreprise.

[Martialmbilongo195@gmail.com](mailto:Martialmbilongo195@gmail.com)

## **RÉSUMÉ**

Toute règle de droit est le plus souvent l'expression d'une culture, d'une civilisation ou d'un rapport de force idéologique. Le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone ne déroge pas à cette règle. Fondé sur le paradigme de la matérialité et du contrôle de l'activité monétaire par les Banques centrales, le droit monétaire de *lege lata* semble subir les secousses de la société numérique caractérisée par l'avènement des monnaies numériques.

L'essor des monnaies numériques soulève des nouveaux questionnements en droit : la question liée à leur catégorie juridique et celle afférente à leur admission dans l'écosystème monétaire légal. La présente étude a exploré ces questions. Il en découle qu'en l'état actuel des normes en vigueur en Afrique noire subsaharienne francophone, on ne peut étendre la structure de l'unité monétaire aux monnaies numériques. Cependant, le droit n'étant pas un phénomène statique, mais dynamique, elles peuvent être réceptionnées dans l'écosystème monétaire à des conditions.

**Mots clés :** Unité monétaire- Afrique subsaharienne francophone- Monnaie numérique- FCFA

## **ABSTRACT**

Every rule of law is most often the expression of a culture, a civilisation or an ideological contest. The monetary law in force in Francophone Sub-Saharan Africa is no exception to this rule. Based on the paradigm of materiality and control of monetary activity by Central Banks, the *de lege lata* monetary law seems to be shaken by the digital society driven by the advent of digital currencies.

The rise of digital currencies poses new legal questions: the question of their legal category and that of their admission into the legal monetary ecosystem. This study has explored these questions. It follows from the current state of the standards applicable in Francophone Sub-Saharan Africa, that the structure of the monetary unit cannot be extended to digital currencies. However, since law is not static but a dynamic, they can be admitted within to the monetary ecosystem under certain conditions.

**Keywords:** Monetary unit, Francophone Sub-Saharan Africa, Digital currency CFA franc

### INTRODUCTION

« *Le droit est davantage une question d'évolution que de révolution*<sup>1</sup> » affirme le Professeur Henry MODI KOKO BEBEY. Cette citation met en évidence la question de l'évolution de la règle de droit face aux nouvelles situations factuelles.

L'apparition des nouvelles situations factuelles impacte la vie du droit. La règle de droit ne saurait donc en principe rester statique. Elle n'est pas un soleil qui ne couche jamais<sup>2</sup>. Il existerait par conséquent une variation saisonnière du droit<sup>3</sup>. Cela est particulièrement vrai dans une société caractérisée par la montée en puissance de l'industrie informatique et du numérique. Cette numérisation couvre tous les domaines d'activité : L'éducation, la médecine, le travail, des marchés publics<sup>4</sup> et celui de la monnaie. La question de la qualité monétaire des monnaies numériques et par voie de

conséquence celle de leur admission dans l'écosystème légal à l'ère du numérique est devenue urgente et lancinante<sup>5</sup>.

Cette urgence n'est pas synonyme de négation de l'existence d'un droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone. De toute évidence, ce droit existe, et est véhiculé par une kyrielle de textes<sup>6</sup>. Cependant, à l'ère du numérique, la question se poserait plus sous l'angle de la variabilité du droit monétaire. Cette variabilité induit le passage d'un droit monétaire sous l'emprise exclusive de la matérialité à un droit monétaire post moderne intégrant le numérique<sup>7</sup>. C'est un appel voilé à l'avènement d'un modèle pluri-monétaire. Néanmoins, faut-il le souligner, le droit monétaire en Afrique subsaharienne francophone consacre une règle fondamentale du droit monétaire. Il s'agit de la règle de l'unité monétaire. Cette règle commande l'existence d'une seule monnaie ayant cours

<sup>1</sup> Henry MODI KOKO BEBEY, « Les accords de coopération monétaire de la Zone Franc créent-ils des engagements perpétuels ? », *In campus infos en vedette* 23 mars 2017, PP1-5. [www.univ-dschang.org](http://www.univ-dschang.org) en ligne consulté le 22 mai 2024 à 16heures.

<sup>2</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10<sup>ème</sup> Edi, 2001 p. 61.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Sur la question lire Pascal ELOUNDOU, *L'immatériel en droit OHADA*, Mémoire de Master recherche, Université de Yaoundé II-2021, P.3 et S Lire aussi Emmanuel LATENDRESSE NGAMBEKET & Gédéon POUTOUGNIGNI, « Blochchain-crypto monnaie et marchés publics » *RADP*, vol 11 X1, n°25 Janvier Juin 2022, pp. 327-365.

<sup>5</sup> Omniprésente dans les rapports juridiques, économiques et sociaux, la question du droit monétaire est relativement prise en compte dans la pensée juridique. Toutefois, nous notons un regain d'intérêt sur la question notamment au plan régional et en droit comparé. Lire sur ce point Pétronille MAFHO BOUDJEKA, « de la nécessaire réglementation de la Crypto-monnaie dans la zone CEMAC », in *Revue Africaine du droit des affaires*, Avril 2020, pp. 1-9. Lire aussi Alice BARBET-MASSIN, Alexandre LOURIMI, William O'RORKE, Claire PION, *Droit des cryptos actifs et de la Blockchain* Lexis Nexis, Paris, 2020.

<sup>6</sup> En Afrique centrale on peut citer : du traité instituant la communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale ; de la convention du 16

octobre 1990 portant création d'une commission bancaire de l'Afrique Centrale, son annexe et ses textes subséquent ; de ma convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États d'Afrique Centrale et ses textes subséquents : du règlement N°03/16 CEMAC/CM du 11 Avril 2016 portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme et de la prolifération en Afrique Centrale ; du règlement N°01/17/CEMAC/UMAC/CM du 17 septembre 2017 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de micro finance dans la zone CEMAC ; du règlement N°04/18/CEMC/UMAC/COBC du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale ; du règlement N°02/13/CEMAC/UMAC/COBAC du 21 décembre 2018 portant réglementation des changes de la CEMAC. En Afrique de l'ouest on peut citer entre et autres : le traité de l'union monétaire ouest Africaine du 20 janvier 2007 ; les statuts de la banque centrent ouest Africaine du 20 janvier 2007 ; la convention régissant la commission bancaire de l'union monétaire ouest Africain du 29 décembre 2017 et la loi uniforme du 16 juin 2023 portant réglementation bancaire en Afrique de l'ouest.

<sup>7</sup> Sur ce point lire Jacques chevalier, « vers un droit post- moderne ? les transformations de la régulation juridique », *revue droit public et de science politique*, 1998 n-01, P. 1. Voir également Stéphane FOURNIER (Dir), *L'immatériel et le droit perspectives et limites*, 2017, 136 pages.

légal<sup>8</sup> dans une communauté économique ou dans un État. La règle de l'unité monétaire n'est pas expressément énoncée par les droits nationaux des États d'Afrique subsaharienne francophone. En effet, les constitutions se contentent de déterminer la compétence en matière d'émission de la monnaie. En Afrique centrale à titre illustratif, la compétence en matière d'émission de la monnaie a effectivement des fondements constitutionnels au sein des États d'Afrique subsaharienne Francophone. Toutefois les constituants ont dévolu l'exercice de cette compétence aux législateurs. Une preuve de cette affirmation est tirée de l'article 25(d) alinéa 1 de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisé en 2008 dispose que : « *sont du domaine de la loi (...) le régime d'émission de la monnaie* ». Sans plus de détails, la loi constitutionnelle du 04 mai 2018 révisée le 18 décembre 2023 portant constitution de la république du Tchad fixe en son article 132 que : « *la loi fixe les règles concernant (...) le régime d'émission de la monnaie* ». La constitution de la république Centrafricaine promulguée le 30 août 2023 quant à elle, semble à première vue également se contenter à déterminer de la compétence en matière d'émission monétaire. L'article 80 de cette constitution énonce que : « *sont du domaine de la loi (...) les règles relatives au régime d'émission de la monnaie* ».

Pour prendre un autre exemple, en Afrique de l'ouest, en Côte d'Ivoire, la loi n-2016-886 portant constitution de la république de Côte d'Ivoire prévoit en son

article 71 alinéa 1 que : « *la loi fixe les règles concernant (...) le régime d'émission de la monnaie* ». Au Togo l'article 84 de la loi n-2024-005 portant révision de la constitution togolaise énonce que : « *la loi fixe les règles concernant (...) le régime d'émission de la monnaie* ». La loi n-02019-40 du 07 novembre 2019 portant révision de la loi n-090-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la république du Bénin dans la même dynamique dispose que : « *sont du domaine de la loi les règles concernant le régime d'émission de la monnaie* »<sup>9</sup>. À la lecture de ces dispositions constitutionnelles, on peut valablement affirmer qu'il existe une constitutionnalisation molle, du droit monétaire en Afrique subsaharienne francophone.

Cet état de chose est tributaire des transformations qui ont affectées les politiques monétaires. Ces dernières ont impulsé une délégalisation<sup>10</sup> du droit monétaire. C'est ainsi que l'essentiel du droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone va se trouver transférer entre les mains des instituts d'émission et des législateurs communautaires<sup>11</sup>. C'est assurément pour cette raison que le droit monétaire en vigueur dans cet espace semble trouver un terrain d'expression en Droit communautaire<sup>12</sup>.

Le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone vise assurément des objectifs sociaux et économiques précis. En effet, toute règle de droit est censée être élaborée pour résoudre un

<sup>8</sup> La notion de cours légal n'est pas uniforme. Les États dans le monde n'en donnent pas la même appréhension. Toutefois, cette notion désigne simplement le fait que sur un territoire personne ne peut refuser ou en recevoir en règlement une dette libellée dans une unité monétaire donnée, de la monnaie fiduciaire bénéficiant du cours légal. Cependant, ce cours légal semble être atténué par les dispositions obligées un créancier à effectuer au-delà d'un certain montant ses paiements par voie structurale. L'article 3 nouveau du règlement n°3 CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes incidents moyens de paiement du 21 décembre 2016 prévoit en ce sens que : « *tout paiement qui excède la somme de 500 mille ou qui a pour objet le paiement par fraction d'une dette supérieure à ce montant doit être effectué par un moyen de paiement inscrivant le*

*montant réglé au débit d'un compte tenu au nom du payeur chez un établissement assujéti* ».

<sup>9</sup> Art 98 constitution de la République du Bénin.

<sup>10</sup> Elle désigne au sens strict le transfert du pouvoir de légiférer des parlements nationaux en matière monétaire aux institutions communautaires.

<sup>11</sup> L'on note à cet égard une sorte de recul de la souveraineté normative des États au profit des organes communautaires. Les législateurs nationaux se trouvent au second plan en matière de production des normes monétaires. La matière puise l'essentiel de ses règles dans les normes secrétées par les organes communautaires.

<sup>12</sup> Voir notamment la Convention régissant l'Union monétaire de l'Afrique Centrale du 25 juillet 2008. Voir aussi le Traité de l'Union monétaire Ouest Africain du 20 janvier 2007.

questionnement social donné<sup>13</sup>. S'agissant particulièrement du droit monétaire en vigueur dans l'espace objet d'étude, ce dernier vise des objectifs pluriels mais complémentaires<sup>14</sup>. Ces objectifs ne sauraient être statiques non seulement du fait de l'évolution de la société mais aussi, de la mutation des valeurs qui sous-tendent la production de toute règle de droit. Deux hypothèses sont envisageables : soit la règle de droit s'adapte à l'évolution sociale et appréhende les problèmes de son temps ; soit elle reste statique et s'en trouve déconnectée des réalités sociales<sup>15</sup>. Cette réalité impose le plus souvent la révision ou l'extension du domaine d'application des normes. Cette notion mérite d'être précisée.

Le mot « extension » désigne l'action de s'étendre<sup>16</sup>. Une chose extensible quant à elle désigne ce qui est susceptible de s'étendre<sup>17</sup>. L'extension implique donc l'attraction vers un élément extérieur. La

réceptivité de l'élément extérieure par la structure existante.

Au plan juridique, le terme extension peut être défini par opposition à ce qui est restrictif<sup>18</sup>. Serait extensif ce qui s'étend au-delà des limites ordinaires<sup>19</sup>. Ainsi perçu, le terme extension met en relief la propriété de ce qui n'est pas statique. Par voie de conséquence, l'extension désigne ce qui est doté de l'attribut de dynamisme. C'est cette vision du mot extension qui est retenue dans le cadre de ce travail.

Le mot « unité monétaire » quant à lui est omniprésent dans la rhétorique économique<sup>20</sup>. Au sens général, l'unité monétaire est l'unité de compte utilisée pour exprimer la valeur des biens et des services dans une économie<sup>21</sup>.

Au plan juridique, l'expression unité monétaire semble être snobée par la science du droit. C'est à peine qu'on en trouve une définition en droit<sup>22</sup>. Aucun texte de droit

<sup>13</sup> Robert NEMEDEU, « l'inefficacité programmée de la règle de droit, analyse à la lumière du droit camerounais et OHADA », *In l'effectivité du droit, de l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier, Mélanges en l'honneur du professeur François ANOUKAHA*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 57.

<sup>14</sup> Ces objectifs sont similaires dans les deux espaces économiques constitués faisant parties de l'Afrique subsaharienne francophone. Dans la zone Cemac, il vise entre autres la consolidation de la communauté de monnaie et l'indépendance qu'elle entraîne par la mise en cohérence de leurs politiques économiques et de développement harmonisé de leurs économies. Ces objectifs ne sont pas différents en Afrique de l'ouest. Il ressort clairement au terme du préambule du traité de l'union monétaire d'Afrique de l'ouest que ce dernier vise le renforcement de l'efficacité des institutions de l'union monétaire ouest Africaine et d'approfondir l'intégration économique, monétaire et financière sur le plan régional.

<sup>15</sup> Sur la déconnexion du droit aux réalités sociales, il faut noter sur ce point que la fabrication du droit par la société est aujourd'hui plus qu'une hypothèse. Il s'agit d'une certitude, d'une réalité. Cela étant, le droit est conçu pour résoudre les questionnements sociaux de son temps. S'il est en déphasage avec son temps, il serait inefficace. Sur ce point Robert NEMEDEU, « L'inefficacité de la règle de droit », *in l'effectivité du droit de l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier, Mélanges en l'honneur du professeur François ANOUKAHA*, Paris, L'Harmattan, 2021, PP57-68. Lire aussi Adeline André POMADE, « La construction sociale

du droit aujourd'hui : Enjeux et modalités perspectives environnementales et au-delà », *in juris, Rio*, vol.28, 2018, pp.25-47.

<sup>16</sup> Voir, extensibilité *dictionnaire encyclopédie universel*, paris, Précis, 1987, p. 486.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> L'on note que plusieurs études ont été consacrées sur cette notion. Lire Frédéric ALLEMAND « l'unité monétaire : exigence politique et économique », in CVE, coll., dossier thématique 2016, en ligne. [http://www.CVCE.Eu/obj/ l'unité monétaire : exigence politique et économique-Fr.](http://www.CVCE.Eu/obj/l'unité%20monétaire%3A%20exigence%20politique%20et%20économique-Fr) consulté le 20 novembre 2023. Lire également Etienne SCHOOBROODT, « l'union économique et l'unité monétaire dans les lois de réformes institutionnelles », *in Cairn infos, courrier hebdomadaire, n-0 1299*, 1990, PP.1-30. Lire aussi, Adrien FAUDOT, le choix de la facturation du commerce international : état des lieux, déterminants, inertie de la monnaie, Thèse de doctorat Université de Grenoble mai 2016, 295 pages.

<sup>21</sup> Pierre LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, Ed Larousse, Paris, 2020, P.1545.

<sup>22</sup> L'essentiel des définitions ayant un lieu avec la question s'appesantissent sur la nature de la monnaie au plan économique. Pour les classiques, la monnaie est définie par ce qu'elle fait. C'est l'approche instrumental de la monnaie qui fait d'elle une unité de compte, un intermédiaire des échanges et au final une réserve des valeurs. Pour les néo-classiques, la

interne n'en fait écho en Afrique subsaharienne francophone. Dans l'espace objet d'étude, les textes en vigueur<sup>23</sup> se restreignent en des formulations évasives. A titre illustratif, en Afrique centrale, l'article 6 de la convention régissant l'union monétaire d'Afrique centrale dispose que : « *l'unité monétaire légale des États membres de l'union est le Franc de la coopération financière d'Afrique centrale* ». Sans compter qu'en Afrique de l'Ouest, l'article 4 du traité de l'union monétaire Ouest africaine prévoit que « *l'unité monétaire égale des États membres de l'UEMOA est le Franc de la communauté financière Ouest africaine* ». Au vu de cette carence, Il ne faut toutefois pas conclure à une impénétrabilité de cette expression. Sur ce point, la doctrine dans l'exercice de sa mission constructive indirecte du droit a pu esquisser les contours de cette notion<sup>24</sup>.

Pour le professeur Serges LANSKOY, l'unité monétaire est une unité idéale essentiellement désignée par un nom à l'exemple du Franc, de l'Euro et du Dollars<sup>25</sup>. Selon les termes du professeur Remy LIBCHARBER, l'unité monétaire est « *une unité de valeur qui sert à comparer les uns les autres tous les objets disponibles dans les relations sociales et l'unité de paiement moyen d'extinction des dettes de sommes d'argent* »<sup>26</sup>. Il découle de cette conception doctrinale de l'unité monétaire que l'on partage que cette dernière a deux fonctions : une fonction de comparaison et une fonction de règlement des dettes. Cette dernière varie

d'une souveraineté à une autre sauf dans le cadre des communautés économiques et monétaires. L'unité monétaire se distingue dans cette perspective des instruments monétaires. Si un ensemble d'unité monétaire constitue une somme d'argent, l'instrument monétaire est le support matériel auquel s'incorpore l'unité monétaire pour être échangé et stocké.

L'instrument monétaire évolue dans le temps en fonction des besoins de sécurité et de flexibilité en matière de gestion de la masse monétaire. L'unité monétaire quant à elle est relativement statique. Son évolution dépend de la volonté de l'État ou des États. Sa gestion est encadrée par un ensemble de règles qualifiées de droit monétaire.

Quant à l'expression droit monétaire, *prima facie* elle est porteuse d'ambiguïté. Pour un courant doctrinal, elle désigne à *priori* l'ensemble des règles de droit public ou privé, qui ont pour objet la monnaie<sup>27</sup>. Cette définition fait l'objet des objections, qui sont justifiées et qui doivent entraîner sa relativisation.

En premier lieu, les règles de droit monétaire ne répondent pas au schéma de la bilatéralité<sup>28</sup> ou de l'horizontalité et de la verticalité<sup>29</sup>. Le droit monétaire repose sur des rapports triangulaires dans lesquelles l'État est toujours présent<sup>30</sup>. Cette présence est fondée sur la souveraineté monétaire. Si à l'évidence, la privatisation du système monétaire s'est certes développée, il convient de relever qu'elle demeure sur système de liberté surveillée.

monnaie serait une institution et un acteur de la croissance économique

<sup>23</sup> Il s'agit ici de l'article 6 du traité de l'union monétaire d'Afrique centrale et de l'article 4 du traité de l'union monétaire Ouest africaine.

<sup>24</sup> En effet, il existe une interaction perpétuelle entre la loi, la jurisprudence, la doctrine et les usages dans la construction du droit. La doctrine vient au secours de la loi et la jurisprudence dans la construction du droit. Lire Philippe JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre. », in *Revue Générale de droit*, volume 27, numéro 1 mars 2016, p. 1.

<sup>25</sup> Serges LANSKOY, « La nature juridique de la monnaie juridique », in *Bulletin de la banque de France* n° 70-October 1999, p. 47.

<sup>26</sup> Remy LIBCHARBER, *Recherche sur la monnaie en droit privé*, Paris ,LGDJ, 1992, P.2.

<sup>27</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, op.cit., p. 404.

<sup>28</sup> Ce schéma résulte du modèle privé de la régulation reposant sur le contrat. Il suppose une interaction entre les acteurs privés en matière de production des normes de régulation sociale. Il se confond au schéma de l'horizontalité. Sur ce point lire Jacques CHEVALIER, « La contractualisation et la régulation », in *colloque sur la contractualisation de la production normative*, 11,12,13 octobre 2007, PP.3-12

<sup>29</sup> Le schéma de la verticalité du droit résulte de l'imposition des règles par le souverain. Le corps social n'est pas consulté pour la construction des règles de régulation sociale.

<sup>30</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, op.cit., P.405.

Cette première constatation en appelle une seconde. Il faut souligner que le droit monétaire, pour être cerné, ne doit donc pas être défini par son objet mais par son caractère spécifique. Ainsi perçu, pour définir le droit monétaire, il faut se référer à la nature de l'objet du droit monétaire. Pour le Doyen CARBONNIER, il convient d'interroger sur son contenu du droit monétaire puisque « *la monnaie est un bien qui n'est comparable à aucun autre bien, car c'est, en même temps un bien, l'ombre de tous les autres, sa vocation étant de tous les remplacer* »<sup>31</sup>. Il résulte de cette position doctrinale que la monnaie est dotée de l'attribue de fongibilité absolue. La fongibilité absolue fait de la monnaie un bien spécial. Par conséquent, pour définir le droit monétaire, il faut se référer à la nature des règles régissant la monnaie et non à leur origine.

Au regard de cette considération, le droit monétaire est défini selon le Doyen Jean CARBONNIER comme : « *n'étant pas un droit matériel ou un ensemble de règle de fond mais plutôt un droit de mise en œuvre des autres droits* »<sup>32</sup>. Il ressort de cette définition, que le droit monétaire est un droit « *concrétisateur* » des autres disciplines juridiques. Le droit monétaire serait donc au demeurant un ensemble des règles de forme d'origine nationale et internationale concrétisant les autres disciplines juridiques. Il découle de cette appréhension du droit monétaire qu'il procéderait exclusivement des normes positives. Cette vision du droit monétaire ne tient pas lorsqu'on examine attentivement les sources de ce droit. En effet, la question du lieu d'inscription des normes juridiques relative à la monnaie fait l'objet d'une vive controverse doctrinale<sup>33</sup>.

Au-delà des controverses doctrinales, l'expression droit monétaire sera entendue à la fois comme l'ensemble des normes écrites d'ordre processuel et non écrites ainsi que les valeurs promues en matière de régulation

monétaire dans l'espace CEMAC et UEMOA.

Se référant au terme numérique, il faut souligner que son contenu a subi une évolution. Classiquement, il désigne ce qui a trait au nombre<sup>34</sup>. De nos jours, il recèle un contenu différent. Il désigne l'idée de dématérialisation. Le terme numérique doit être distingué du digital et de l'immatériel. Sur ce point la dématérialisation est l'action de rendre immatériel<sup>35</sup>. Ainsi perçu, il implique d'enlever le caractère matériel ou physique à quelque chose. Au plan juridique, la dématérialisation est une opération liée à des nouvelles technologies consistant à remplacer un support matériel tangible qui circule entre les mains des intéressés comme instrument de paiement ou de commerce par un support comptable centralisé, sous des modalités diverses<sup>36</sup>. La digitalisation, quant à elle, désigne la conversion d'un format à un autre. Il s'agit du passage d'un format matériel à un format numérique. La digitalisation serait donc le passage de l'univers matériel à l'univers numérique. Serait donc numérique ce qui dépourvu de marquage physique.

Au terme de ces développements préliminaires, il devient plus aisé de cerner les contours de la présente étude. Derrière ce thème existent deux doctrines monétaires diamétralement opposées.

De toute évidence, le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone repose sur l'économie matérielle et est porteur de la philosophie néolibérale fondée sur le centralisme monétaire. Or de nos jours, la société s'est progressivement numérisée sous l'impulsion de la démocratisation de l'accès aux TIC. Sous l'impulsion des TIC l'on note l'avènement d'un paradigme monétaire fondé sur le contournement du contrôle de la banque centrale ou des autorités de régulation.

Certains États à l'instar la République

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Sur cette controverse doctrinale, voir Jean CARBONNIER, *op.cit.*, P.407. Voir aussi Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op.cit.*, P.15 et s.

<sup>34</sup> Dictionnaire *Encyclopédique universel* précis 1987, voir mot numérique, P. 894.

<sup>35</sup> Voir *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9<sup>ème</sup> éd, en ligne 2024 disponible sur [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr). Consulté le 18 aout 2024 à 16 heures.

<sup>36</sup> Gérard. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, Paris, Quadrige 12<sup>ème</sup> éd. 2018 P. 708.

Centrafricaine et la République de Salvador<sup>37</sup> ont adhéré à ce nouveau paradigme monétaire. La traduction normative de la consécration de la crypto-monnaie en monnaie légale en Centrafrique est la loi n°-02022/004 du 22 avril 2022 relative à la crypto-monnaie en république centrafricaine modifiée et complétée par la loi n°23-010-24 sur la tokenisation des ressources naturelles et foncières. Cette loi n'a pas fait l'unanimité au sein de la communauté économique et monétaire des États d'Afrique centrale. Elle a fait l'objet de nombreuses critiques, qui doivent entraîner son rejet. En premier lieu, cette loi n'est pas conforme aux dispositifs normatifs en vigueur dans l'espace CEMAC. Ni le règlement CEMAC relatif aux moyens de paiements, ni les conventions portant union monétaire dans les deux zones étudiées n'intègrent la crypto-monnaie dans la structure de l'unité monétaire en vigueur.

Cette première constatation entraîne une seconde qui a trait à la réaction des autorités judiciaires nationales. La haute juridiction Camerounaise par exemple a clairement affirmé le caractère illégal des activités liées à la crypto-monnaie<sup>38</sup>.

Fort de ces arguments cette loi a été reprobée par les autorités monétaires<sup>39</sup>. Au

même titre ces mesures d'interdiction ne sont pas propres à la CEMAC et l'UEMOA. Dans le monde, les cas d'interdiction des crypto-monnaies sont légion<sup>40</sup>. Face à la montée en puissance du digital, accompagné de la part du public, d'une plus grande simplicité, d'accessibilité et de rapidité dans la fourniture des services<sup>41</sup> certains auteurs<sup>42</sup> ont interpellé les pouvoirs publics sur la question de la nécessité d'une réglementation des crypto-actifs aussi bien dans le monde que dans l'espace CEMAC et UEMOA sans dérouler les modalités techniques de cette réglementation. Toutefois, il faut reconnaître le mérite d'avoir eu une attitude avant-gardiste sur la question.

Cette étude donne l'occasion de s'interroger sur la question du statisme et de l'évolutionnisme du droit monétaire dans une société numérisée.

En effet, les règles de droit d'essence monétaire issues de la philosophie juridique impulsée par le néolibéralisme ne sauraient rester statiques à l'ère du numérique. Certes, la question de la place du numérique dans la construction du droit n'est pas nouvelle. La réception des concepts informatiques par le droit fait son chemin. Certaines législations admettent explicitement la passation des

<sup>37</sup> En septembre 2021, le président du Salvador Nayib BUKELE a fait adopter à l'assemblée nationale une loi obligeant toute personne physique ou morale à accepter les bitcoins comme moyen de paiement à l'exception de ceux qui ne pourraient pas manipuler la technologie nécessaire. Sur la question lire : Manuel HINDS, « Du surréalisme monétaire : le bitcoin au Salvador », in *étude. Économie*, 12 mai 2022, en ligne. Consulté le 31 janvier 2024 à 10 heures.

<sup>38</sup> Cf. discours du premier président de la cour suprême du Cameroun lors de la rentrée solennelle de la cour suprême en date du 26 février 2023.

<sup>39</sup> Voir décision COBAC D-2022-07 du 06 mai 2022 relative à la détention, l'utilisation, l'échange et la conversion des crypto monnaies ou crypto actifs par les établissements de crédit assujettis à la COBAC. Lire sur la question : Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « Réglementation des cryptomonnaies dans la CEMAC : brèves remarques sur la décision COBAC D-2022-071 du 06 mai 2022 relative à la détention, l'utilisation, l'échange et la conversion des cryptomonnaies ou les cryptos actifs par les établissements assujettis à la COBAC. En ligne, consulté le 31 janvier 2024.

<sup>40</sup> En Afrique du nord comme exemple d'interdiction des cryptos monnaie nous pouvons relever le décret de 2018 qualifiant « d'haram » les transactions commerciales utilisant des crypto monnaies ; la loi de finance algérienne de 2018 qui interdit expressément l'achat, l'utilisation et la possession des monnaies virtuelles. Par ailleurs en Asie les autorités publiques ont formellement interdit l'usage des crypto monnaies. C'est le cas de la banque du NEPAL qui en 2017 a déclaré illégal « toute transactions associées au bitcoin ».

<sup>41</sup> Christian PFISTER, *Paiements, monnaie et finance à l'ère du numérique : état des lieux et perspectives à court terme, fondation pour l'innovation politique*, juillet 2022, P. 7. En ligne consulté le 11 mai 2024 à 12heures.

<sup>42</sup> Il s'agit de Pétronille MAFHO BOUDJEKA, « De la nécessité de réglementer la crypto monnaie dans la zone CEMAC », in *Revue Africaine du droit des affaires*, Avril 2020, PP. 1-9. Lire également Hubert de VAUPLANE, « contrôler et conquérir : qu'est-ce, que le Yuan numérique ? », in *le grand continent, études numériques*, février 2023, PP.1-6. Lire aussi Eugène EZIN, « crypto monnaie en Afrique : opportunité et défis » en ligne. <https://www.researchgate.net/publication/375449737>.

marchés publics via le numérique<sup>43</sup>. Seulement, il faut le relever, les produits de l'ingéniosité informatique ont favorisé l'essor des monnaies numériques. C'est la raison pour laquelle le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone ne saurait ignorer cet état de chose sous peine d'être en déphasage avec les réalités sociales<sup>44</sup>.

Cette étude permet par ailleurs d'aborder la question la nature juridique des monnaies numériques et sur la possibilité d'une accommodation de deux paradigmes monétaires historiquement et techniquement opposés. Ainsi, le problème qui se pose est le suivant : **la structure actuelle de l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone est-elle extensible à l'ère du numérique ?**

La question est riche d'enjeu. Elle laisse entrevoir l'intérêt théorique et pratique de la présente étude. D'un point de vue théorique, cette dernière permettra d'apprécier l'impact du numérique sur les règles de droit monétaire. Elle supprime non seulement la distance mais aussi la matérialité des choses. Ce qui met sur la table la question de la pluralité des monnaies. Cette question s'impose progressivement dans l'univers de la recherche<sup>45</sup>. Elle s'oppose par conséquent à la conception unificatrice qui caractérise la pensée monétaire dominante.

Sous un angle pratique, le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone n'est nullement muet sur la question. Bien au contraire, s'il reposait autrefois exclusivement sur la dimension matérielle de la monnaie d'une part et d'autre part sur la philosophie néolibérale de la centralisation de la création monétaire, de nos jours ce corpus normatif en vigueur dans les deux espaces doit faire sa mue. Il se veut dynamique comme le corps social. En guise d'hypothèse de raisonnement, on relèvera, que l'extension de

la structure de l'unité monétaire n'est pas possible en l'état actuel des textes en vigueur en matière monétaire dans l'espace CEMAC et UEMOA. Ce qui impose des réformes afin d'intégrer les monnaies numériques.

Le recours à une méthode juridique ne contredit pas des détours par la sociologie du droit, l'analyse économique du droit et au droit comparé. Au terme de cette mobilisation méthodologique que les normes en vigueur en matière monétaire en Afrique subsaharienne francophone n'admettent pas les monnaies numériques.

Ce qui conduit à montrer l'extensibilité reprouvée de la structure de l'unité monétaire à l'ère du numérique (I). Cependant, le droit ne saurait rester statique en présence des nouvelles situations factuelles. Il doit s'adapter à l'évolution de la société. Cela est particulièrement vrai s'agissant du droit monétaire CEMAC et de l'UEMOA. Il doit se mouvoir dans un cadre prospectif adapté à l'univers numérique. Pour y parvenir, il doit s'enrichir des atouts des monnaies numériques. D'où l'extension conditionnée de la structure de l'unité monétaire à l'ère du numérique (II).

### **I- L'EXTENSION REPROUVÉE DE LA STRUCTURE DE L'UNITÉ MONÉTAIRE À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE**

L'idée de l'institution d'une unité monétaire n'est pas consubstantielle à l'avènement de l'État moderne<sup>46</sup>. Elle s'est renforcée avec l'impératif de la construction des économies et des échanges économiques. La base théorique du point de vue du droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone est l'ordre monétaire dominant d'essence néolibérale, fondée sur la centralisation de la création

<sup>43</sup> Sur point lire le décret N-0 201/0002/PM du 05 janvier 2018 fixant les conditions et modalités de passage des marchés publics par voie électronique au Cameroun.

<sup>44</sup> François TERRE, *Du juridique et du social*, Paris, mare et martin, 2012, 330P.

<sup>45</sup> Jérôme BLANC « Unicité et pluralité : regards pluridisciplinaires et enjeux de la théorisation », in *UMR*, 1<sup>er</sup> semestre 2016.

<sup>46</sup> La monnaie est née avant l'avènement des États modernes. Ainsi les premières frappes de pièces en métal précieux ont été initiées par quelques rois tyrans vers 650 Av- J-C. Il s'ensuit que le phénomène monétaire précède l'État dans sa forme actuelle. Sur ce point lire André LARANÉ, « *Brèves histoires de la monnaie* » en ligne consulté le 11 mai 2024 à 11H30.

monétaire. Dans le prolongement de ce postulat, les raisons du refus de l'admission des actifs numériques à valeur d'échange dans la structure de l'unité monétaire en vigueur découlent d'une part de la centralisation de l'émission d'une unité monétaire à dominance matérielle (A) et, d'autre part de l'exclusion des monnaies cryptographiques la sphère monétaire (B).

#### **A- La centralisation de l'émission d'une unité monétaire à dominance matérielle**

Le trait caractéristique de l'État est la souveraineté. Cette souveraineté semble diluée pour d'aucun en matière monétaire<sup>47</sup>. Pour d'autres<sup>48</sup> à travers les accords monétaires, les États exercent effectivement leur souveraineté. Ceci est visible s'agissant des États membres de la CEMAC et de l'UEMOA. Le dispositif normatif en vigueur dans ces espaces monétaires respire l'idée de l'immobilisme de la structure de l'unité monétaire actuelle. Cet immobilisme repose sur la matérialité manifeste de l'unité monétaire d'une part (1) et sur la prééminence de la facette matérielle des formes monétaires (2).

<sup>47</sup> La souveraineté en générale et la souveraineté monétaire en particulier est un attribut de l'État. C'est assurément pour cette raison que certains hommes politiques s'opposent à l'entrée de leur pays dans les unions monétaires, en mettant en évidence que l'Acte d'adhésion à une union monétaire équivaldrait à un abandon de la souveraineté monétaire. A travers cette position, ils mettent en avant la dimension psychopolitique de la monnaie, ainsi que son expression d'identité nationale. Sur ce point lire Franck ROBERT, « Introduction, monnaie et relation internationales » *in relations internationales n-0 100*, 1999, P.346. Lire aussi Géneviève BURDEAU, « l'exercice des compétences monétaires par les États » *in RCADI*, 1988-vol 212.P.296. Lire également Ousmane Diallo, *L'arrimage du franc CFA à l'Euro. Conséquences pour l'intégration sous régionale Ouest Africaine*, Europa, Genève, 2002, P. 1.

<sup>48</sup> Pour un autre courant doctrinal, l'adhésion à une union monétaire ne signifie pas abandon de la souveraineté monétaire. Elle est plutôt l'expression de l'exercice de la souveraineté monétaire par les États participant. Non loin d'abandonner leur souveraineté monétaire, les États continuent à rester

#### **1- La matérialité manifeste de l'unité monétaire**

Dans le cadre de la construction de l'intégration monétaire en Afrique subsaharienne francophone, les États membres de la CEMAC<sup>49</sup> et de l'UEMOA<sup>50</sup> se sont constitués en union monétaire. Une union monétaire peut consister soit à l'usage d'une monnaie commune soit au recours à une monnaie unique<sup>51</sup>. Dans le cadre d'une monnaie unique dans un espace monétaire donné, la structure de l'unité monétaire ne saurait s'étendre au-delà du cadre légal existant. Encore que, le cadre légal existant soit fondé sur la matérialité. Il ne fait donc aucun doute que l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone, ne s'accommode pas en son état actuel à l'immatérialité. Une telle position trouve une base légale dans la convention régissant l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale et dans le traité de l'union monétaire d'Afrique de l'Ouest. En Afrique de l'ouest la lettre de cette idée est contenue dans les termes suivants : « *en vertu des dispositions de l'article 26 du traité de l'UEMOA, la banque centrale a le privilège exclusif d'émettre des signes monétaires, billets et pièces ayant cours légal et pouvoir libératoire dans les États membres de l'UEMOA* »<sup>52</sup>.

maitre de cette dernière, non seulement en restant maitre du sort de l'union monétaire, mais aussi en concourant au fonctionnement de l'union monétaire. Sur la question lire Moustapha LÔ DIATTA, *Les unions monétaires en droit international*, Genève, collection international, Graduate institute publications, 2007,380 pages. Lire aussi POTTER, « Introduction of the study of international organization, New York; London; D. Appleton-century company, 1935, P.261.

<sup>49</sup> Au regard du traité de N'Djamena révisé le 30 janvier 2009 instituant la CEMAC, il s'agit du Cameroun, du Gabon, de la Centrafrique, de la Guinée Équatoriale, du Tchad et du Congo Brazzaville.

<sup>50</sup> Font partie du traité de l'union monétaire Ouest Africaine, la République du Benin, la République du Burkina Faso, la République de Côte d'Ivoire, la République de Guinée Bissau, la République du Mali, la République du Niger, la République du Sénégal et la République Togolaise.

<sup>51</sup> OUSMANE DIALLO, *op.cit.*, p. 3.

<sup>52</sup> Art 12 des statuts de la banque des États d'Afrique de l'ouest.

En Afrique centrale, le législateur communautaire prévoit que : « *l'Union monétaire se caractérise par l'adoption d'une même unité monétaire dont l'émission est confiée à un institut d'émission commun, la Banque des États de l'Afrique centrale régie par des statuts propres qui font parties intégrantes de la présente convention* »<sup>53</sup>.

Il ressort de ces deux dispositions textuelles que l'unité monétaire en vigueur en Afrique centrale et en Afrique de l'ouest est émise par des instituts d'émission publique. L'unité monétaire émise a une dimension matérielle. Elle a l'exclusivité du pouvoir libérateur dans l'espace CEMAC et UEMOA<sup>54</sup>. Cette unité monétaire se présente et est émise sur support physique à l'exclusion de tout support numérique en l'état actuel du droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone. Cela étant, les monnaies numériques n'ont pas le soutien de la banque centrale par conséquent, privées de cours légal.

De la sorte, on convient avec un auteur que les monnaies numériques seraient plutôt des monnaies privées<sup>55</sup>. Ce caractère privé résulte nécessairement de la restriction de leurs usages par des créanciers qui acceptent le libellé d'une opération monétaire en monnaie cryptographique. Leur qualité monétaire reposerait donc par conséquent sur la volonté des parties. Dans le prolongement de cette idée, à un auteur<sup>56</sup> a pu constater que

le pouvoir libérateur des monnaies numériques est moins légal que conventionnel. De la sorte, les parties peuvent librement décider de régler une obligation par monnaie cryptographique. Cette position paraît très peu pertinente. Deux arguments peuvent être soulevés pour soutenir cette position.

Le premier argument a trait à l'illégalité des monnaies numériques. En effet, le cours légal prétendu conventionnel des monnaies numériques par une ligne doctrinale minoritaire ne s'impose pas à la loi. Sous ce prétexte la qualité monétaire de la monnaie ne résulte pas de la volonté des parties, mais de celle de la loi. Cela étant, dans les rapports de hiérarchie, la loi prime sur la convention, il s'en déduit que la qualité monétaire ne peut découler de la volonté individuelle. Bien que dans certaines disciplines notamment en droit des régimes matrimoniaux, la loi ait un caractère supplétif<sup>57</sup>, en droit monétaire tel ne semble pas être le cas. Les normes monétaires sont des normes de direction. Elles précèdent la convention et ne semblent pas laisser une sphère d'expression à la liberté contractuelle.

Le deuxième argument non moins important est lié au caractère d'ordre public des dispositions de l'article 3 de la convention régissant l'union monétaire d'Afrique centrale<sup>58</sup> et de celles de l'article 12 du traité de l'union monétaire d'Afrique de l'Ouest<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Art 3 de la convention régissant l'union monétaire de l'Afrique centrale.

<sup>54</sup> Partant de ce postulat, la Banque des États de l'Afrique Centrale, conformément aux dispositions de l'article 1 de ses statuts ne doit émettre que les billets de banque et les monnaies métalliques qui ont cours légal et pouvoir libérateur dans l'union monétaire.

<sup>55</sup> Louis BRULE NAUDET, *La qualité monétaire des devises cryptographiques au miroir du droit positif*, Mémoire de recherche, Université Paris-Dauphine, 2022, P.60.

<sup>56</sup> Lycette CORDION-CONDE, « De la défiance à l'égard des monnaies nationales au miroir du bitcoin », in *revue de droit bancaire et financier*, 13(7) 2014.

<sup>57</sup> L'on note que la règle de droit est par essence obligatoire. Cependant toutes les règles de droit ne sont pas dotées de la même force obligatoire. Certaines règles de droit sont qualifiées de lois supplétives. Elles peuvent être écartées par l'accord

de volonté. Sur la question lire Jacqueline LOHOMES, « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », in *rev. Dr. unif.* 2008. PP.319-338. Lire également Innocent FETZE KAMDEM « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », in *les cahiers du droit*, vol 40 numéro 3, 1999 PP.646-663.

<sup>58</sup> L'article 3 de la convention régissant l'Union monétaire de l'Afrique Centrale précise que : « L'union monétaire se caractérise par l'adoption d'une même unité monétaire dont l'émission est confiée à un institut d'émission commun, la banque des États de l'Afrique Centrale régie par les statuts propres qui font parties intégrantes de la convention ».

<sup>59</sup> L'article 12 du Traité de l'Union économique et monétaire ouest Africaine énonce que : « En vertu des dispositions de l'article 26 du traité de l'UEMOA, la banque centrale a le privilège exclusif d'émettre des signes monétaires, billets et pièces

L'observation des termes de ces dispositions textuelles permet de constater que le FCFA dans sa dimension matérielle est l'unité monétaire légale et exclusive dans les États membres de la CEMAC et de l'UEMOA. Par conséquent, les parties dans un rapport d'obligation ne peuvent déroger par accord de volonté à cette règle impérative. Cette impérativité ne découle pas d'une source textuelle ou conceptuelle<sup>60</sup>. En effet, la terminologie utilisée par les dispositions textuelles susvisées ne permet pas de conclure *à priori* au caractère d'ordre public de cette disposition. Cependant à la réalité, en l'absence d'une règle clairement d'ordre public, il revient au juge de scruter les démarches permettant de conférer le caractère d'ordre public à une norme afin de déterminer s'il s'agit d'une stipulation d'ordre public ou non<sup>61</sup>.

Pour y parvenir, il convient de convoquer les critères de l'ordre public et de les confronter aux dispositions susvisées. La question de la détermination des critères des normes d'ordre public n'a pas fait unanimité au sein de la doctrine. Pour certains auteurs<sup>62</sup>, les dispositions d'ordre public ont une dimension hautement impérative. Elles font échec à l'expression de la volonté individuelle. En conséquence, elles prescrivent une interdiction d'y déroger et rendent nulles ou non écrites toutes dispositions législatives, réglementaires ou contractuelles contraire<sup>63</sup>. Ce critère

d'appréciation de l'ordre public est inopérant dans le cadre de cette étude puisque le texte communautaire ne consacre pas expressément les indices d'appréciation de l'ordre public.

Pour d'autres auteurs<sup>64</sup>, il faut se référer au but et à l'objectif visé par la disposition et déterminer s'il y'a des raisons sérieuses qui justifient la remise en question de la liberté contractuelle et la libre négociation. Confrontés aux dispositions suscitées, il en découle que ces dernières consacrent un ordre public économique de direction virtuelles. Ils imposent l'unité monétaire émise par les instituts d'émission publique comme seule unité monétaire utilisable dans l'espace CEMAC et UEMOA.

Il résulte des arguments précédents que l'unité monétaire en vigueur dans les espaces objet d'étude ne s'accommode pas à son état actuel à l'immatériel. Cependant si autrefois, les échanges économiques étaient exclusivement effectués au sein des États, de nos jours, elles s'effectuent au-delà des frontières de ces derniers. Les monnaies virtuelles peuvent-elles être admises dans ce cadre ? La réponse paraît négative en l'état actuel des textes en vigueur en Afrique subsaharienne francophone. Ceci pour deux raisons :

La première tient à l'existence des régimes de change entre l'unité monétaire en vigueur dans les espaces objet d'étude et les monnaies internationales axés sur la

---

ayant cours légal et pouvoir libératoire dans les États membres de l'UEMOA ».

<sup>60</sup> Dans les textes législatifs, certaines mentions présagent le plus souvent l'ordre public. Il s'agit le plus souvent des mots « Ordre public » ou par ceux de « réputée non écrite ou sans effet ». Sur ce point lire Vincent KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », in *les cahiers de droit*, vol 40 numéro 2, 1999.408.

<sup>61</sup> La détermination du caractère d'ordre public d'une norme procède de deux démarches : d'une part, il existe les règles dont le caractère d'ordre public est déterminé par un texte et d'autre part celles dont le caractère d'ordre public est déterminé par la jurisprudence. Lire sur cet aspect Philibert MBIDA BALLA, « Les dispositions d'ordre public et les actes uniformes de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires »,

in *les cahiers du droit*, vol.63 n-0 4, décembre 2022, P.972.

<sup>62</sup> Pascal NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in *les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'harmattan, 2009, P.181-226. Lire dans le même sens, Valérie SIMONART, « L'ordre public et le droit des sociétés », in *ordre public : concept et application*, collection de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles, vol II, Bruylant Bruxelles, 1995, PP.84-136.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Vincent KARIM, *op.cit.* P.408 et S. Lire également sur ce point Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », in *revue juridique Thémis*, 2007, PP. 7-61. Lire également Louis -LUCAS, « Remarques sur l'ordre public », in *rev.crit.dip.* 1933.393.

dimension matérielle de ces derniers. Dans l'espace CEMAC et UEMOA, le taux de change entre l'unité monétaire légale et les monnaies internationales ne s'accommode pas en l'état actuel des textes à l'immatériel. Il s'ensuit que la qualité monétaire n'est reconnue qu'à l'unité monétaire fondée sur le matériel. Sans compter que le taux de change entre l'unité monétaire en vigueur dans la CEMAC et L'UEMOA et les monnaies internationales est fondé sur un système de parité fixe en ce qui concerne l'Euro et sur la parité fluctuante en ce qui concerne les autres monnaies. La lettre de cette idée en Afrique centrale en ce qui concerne l'Euro se présente selon les termes suivants : « *la monnaie émise et ayant cours légal et pouvoir libérateur dans la CEMAC est le franc de la coopération financière en Afrique Centrale. Le franc CFA est rattaché à l'euro par une parité fixe, au taux de 1 franc CFA égal à 0.001524 Euro* »<sup>65</sup>.

En Afrique de l'ouest, elle s'exprime comme suit : « *le garant apporte son concours à l'UMOA pour garantir la convertibilité de sa monnaie en Euro à un cours fixe, sur la base de la parité en vigueur. Au titre de ce concours, la BCEAO qui met en œuvre la politique de l'UMOA et gère les réserves officielles des États membres de l'Union, dispose en cas d'épuisement des réserves officielles de changes de l'UMOA* »<sup>66</sup>. En ce qui concerne les autres monnaies leurs taux de change avec l'unité monétaire légale est fixé par l'autorité monétaire communautaire<sup>67</sup>.

Il se dégage de la généralité des termes utilisés par ces dispositions textuelles que le

taux de change entre l'unité monétaire légale en Afrique subsaharienne francophone et les monnaies internationales, à l'instar du dollar et l'Euro, est axé sur une unité monétaire ayant une dimension matérielle. Il est le fruit des conventions coopération monétaire instituant la règle de la parité fixe en ce qui concerne l'Euro et fluctuante en ce qui concerne le dollar. Ces conventions de parité ont été rédigées dans le cadre des monnaies émises par les banques centrales sur support matériel. Admettre les monnaies cryptographiques à valeur d'échange dans la structure de l'unité monétaire serait un changement de paradigme. Sauf à entrevoir une renégociation de ces conventions.

La deuxième raison a trait à l'exigence de prévisibilité et de la confiance dans les relations économiques internationales. La question de l'extension de l'unité monétaire ne serait se départir de la notion de confiance. La confiance est une notion centrale en droit privé<sup>68</sup> ainsi que dans les transactions et les relations économiques nationales, sous régionales et internationales. Elle est aussi capitale en droit monétaire<sup>69</sup>. De toute évidence, les transactions économiques transfrontalières s'opèrent par la monnaie. Par conséquent, elle doit procurer la confiance. Il s'ensuit que, la confiance est essentielle lorsqu'on envisage adopter un nouveau moyen de paiement<sup>70</sup>. Cette confiance est vectorisée par la fonction d'unité de compte de la monnaie. Cette fonction est d'autant importante dans le commerce international puisqu'elle permet le dénombrement qui sert à évaluer, puis à exprimer la valeur des marchandises<sup>71</sup>. C'est pour cela qu'elle est

<sup>65</sup> Art 7 du règlement n-02/18/CEMAC/UMAC/CM portant réglementation des changes en Afrique centrale.

<sup>66</sup> Art 2 de l'accord de coopération entre les gouvernements des États membres de l'union monétaire ouest -Africaine et le gouvernement de la république Française.

<sup>67</sup> Voir BCEAO, cours des devises contre les Franc CFA à appliquer aux transferts. En ligne, consulté le 10 mai 2024 à 10 heures. Voir aussi l'article 8 du règlement n-02/18/CEMAC/UMAC/CM portant organisation des changes dans la CEMAC.

<sup>68</sup> Sur la question de la confiance en droit privé, lire Laurent AYNES, « La confiance en droit privé des contrats », *in la confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, P.51. Lire également Muriel

CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », *in la confiance en droit privé des contrats, op.cit.*, PP.35-50.

<sup>69</sup> Dans l'espace CEMAC, la confiance au FCFA s'articule autour de son acceptation par les parties prenantes à la création et la circulation de la monnaie à savoir la BEAC, les banques commerciales, les États et les acteurs économiques.

<sup>70</sup> Laure SANTONI, *La stabilité économique, sociale et politique à l'ère du numérique : exploration des options qui s'offrent aux régulations en matière de régulation des crypto monnaies*, Mémoire de master, Louvain school of management, 2018-2019, P. 7.

<sup>71</sup> Sur ce point lire Adrien FAUDOT, *Le choix de la facturation du commerce international : état des*

indispensable pour la facturation dans les opérations d'import-export. Or, les monnaies cryptographiques n'assurent pas cette fonction. Sous ce prétexte elles ne peuvent être admises dans les échanges internationaux. De même dans les opérations de commerce international, une monnaie doit assurer la fonction d'extinction des dettes. Cette caractéristique de la monnaie fait défaut aux monnaies cryptographiques.

En substance en l'état actuel du droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone, il apparaît que, la monnaie numérique n'est pas admise. L'unité monétaire en vigueur dans sa structure actuelle relève de l'ordre du matériel. Elle a la confiance des acteurs de la chaîne monétaire nationale, internationale. Cette confiance fonde son pouvoir libératoire en zone CEMAC et UMOA. Ceci explique assurément la matérialité des formes de monnaie émises.

## **2- La prééminence de la facette matérielle dans les formes de monnaie émises**

Au-delà des fonctions d'unité de compte, de réserve de valeur, la monnaie est un instrument de paiements. Cette dernière fonction implique l'obligation pour les États de préciser les formes monétaires ayant cours légal et pouvoir libératoire dans leur territoire ou dans une union monétaire.

En Afrique subsaharienne francophone, les monnaies émises ont exclusivement une dimension matérielle. En Afrique centrale, cette position est confortée par l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 du statut de la BEAC qui fixe les formes de monnaie en vigueur en Zone CEMAC. Il dispose que : « *la banque centrale a pour mission d'émettre les billets de banque et les monnaies métalliques qui ont cours légal et pouvoir libératoire dans l'union monétaire* ».

*lieux, déterminants, inertie de la monnaie*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble Alpes, 30 Juin 2017, P.37.

<sup>72</sup> Art 15 des statuts de la banque centrale des États de l'Afrique de l'ouest.

<sup>73</sup> Il s'agit de la technique du sceau appliquée des métaux durs ; de la division du métal sur une échelle de valeur et enfin la création d'une 3<sup>ème</sup> échelle de valeur. Sur ce point lire Yves VIGROUX,

En Afrique de l'ouest les termes de cette solution sont les suivants : « *en vertu des dispositions de l'article 26 du traité de l'UMOA, la banque centrale a le privilège exclusif d'émettre des signes monétaires, billets, et pièces ayant cours légal et pouvoir libératoire dans les États membres de l'UMOA* »<sup>72</sup>.

A s'en tenir à la lettre de ces textes, le droit monétaire en vigueur dans les espaces CEMAC et UEMOA véhicule un légalisme monétaire rigoureux. Les banques centrales jouissent du droit exclusif d'émission de la monnaie dans lesdits espaces. Les formes monétaires autorisées sont les billets de banque et les monnaies métalliques. Ces formes de monnaie ont une dimension exclusivement matérielle.

La conclusion qu'on peut valablement tirer de l'interprétation des textes susvisés est que le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone consacre une vision uni monétaire et non pluri monétaire de la monnaie. Il en découle que les monnaies cryptographiques ne sont pas des instruments de paiements dans l'espace CEMAC et UEMOA.

Le modèle uni monétaire de la monnaie consacrée par les textes au sein des espaces CEMAC et UEMOA, ne saurait dans l'absolu être remis en cause à l'ère du numérique. Toutefois, s'il est un truisme que les innovations techniques ont toujours influencé l'évolution monétaire. Déjà au VII<sup>ème</sup> siècle avant J-C, grâce à trois innovations techniques<sup>73</sup>, les pièces métalliques ont vu le jour. La situation n'est guère différente aujourd'hui. Le numérique expression de l'évolution technologique pourrait non seulement contribuer à l'évolution des formes monétaires, mais aussi au rebours, favoriser le développement de la criminalité monétaire<sup>74</sup>. Il s'apparente à un

« L'apparition de la monnaie », communication colloque sur l'argent P.10 et suivant. Non publié.

<sup>74</sup> L'avènement du numérique a entraîné l'émergence de nouvelles formes de criminalités. Cette criminalité touche des droits subjectifs à l'exemple du droit au respect de la vie privée, et du droit à l'image. Cette criminalité se transpose dans le domaine du monétaire à travers la contrefaçon des outils du numérique, des signes monétaires. On note donc une faiblesse du droit à maîtriser des

« *Janus technologique* », vertueux et vicieux. Partant de ce constat la BEAC et la BCEAO bras séculiers des États membres de la CEMAC et de l'UEMOA en matière monétaire devrait assurer deux missions à l'ère du numérique :

D'une part, les deux instituts d'émission de la monnaie doivent proposer des technologies d'émission des billets les plus sécurisées possible afin d'empêcher la contrefaçon<sup>75</sup>. Ils ont l'obligation de protéger l'émission de la monnaie puisqu'il revient à l'autorité publique de superviser l'émission de la monnaie et sa circulation dans une société humaine. Cela étant, l'ordre monétaire incarné par les souverainetés ne doit pas être galvaudé par la contrefaçon. Notons à cet effet les efforts de la BEAC en faveur de la sécurisation des billets de banques<sup>76</sup>. Cependant ladite sécurisation étant une question dynamique et non statique à l'ère du numérique, le risque de contrefaçon doit être maîtrisé, géré permanemment afin d'être considérablement diminué<sup>77</sup>. Or, dans un contexte social marqué par le développement fulgurant des TIC et des avancées technologiques, les banques centrales ne devraient émettre que des billets de banque qu'elles sont aptes à sécuriser.

D'autre part, à l'ère du numérique en l'état actuel des textes, seule la monnaie électronique exprimée en unité monétaire

légitime peut être émise dans les deux espaces objets d'étude. Cette monnaie électronique est distribuée par les établissements non bancaires à l'exemple des opérateurs de réseau mobile et les prestataires de service de paiements. Dans l'espace CEMAC la monnaie électronique est consacrée et encadrée par le règlement N°01/11-CEMAC/UMAC/CM relatif à l'exercice d'émission de la monnaie électronique<sup>78</sup>. Dans l'espace UEMOA elle est consacrée par l'instruction n-01/2006/SP du 31 juillet 2006 relative à la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique.

Il se dégage de la ligne de raisonnement ci-dessus présentée que l'unité monétaire légitime ne s'accommode pas de l'introduction de la fausse monnaie dans le circuit monétaire. En effet, Un circuit monétaire envahi par la fausse monnaie entraîne la défiance des citoyens vis-à-vis de l'unité monétaire en vigueur. Malgré l'existence d'un arsenal répressif dans la zone UEMOA<sup>79</sup> et dans la zone CEMAC<sup>80</sup> en la matière, la sanction pénale restera lettre morte. Cette impuissance de la loi pénale résulterait du déphasage entre les outils technologiques détenus, manipulés par les faussaires et la technologie d'impression fiduciaire et ceux détenus par les banques centrales.<sup>81</sup> Par conséquent, la sécurisation de la monnaie fiduciaire à l'ère du numérique

---

interactions avec le numérique. Sur la question, lire Jean Baptiste SERTILLANGE, « Droit et technologie : concilier l'inconciliable ? Réflexion épistémologique pour un droit des libertés technologique », in *cairn info, les cahiers du droit*, 2014/2 vol 10, p.17.

<sup>75</sup> L'on note une profusion de la criminalité monétaire caractérisée par la contrefaçon de l'unité monétaire en vigueur. Face à ce phénomène, les législations nationales volent au secours des banques centrales en consacrant l'infraction de contrefaçon de la monnaie. Lire article 211 Code pénal camerounais révisé. En outre, au regard du Droit pénal international, la contrefaçon d'une monnaie communautaire est considérée comme une infraction internationale.

<sup>76</sup> La banque des États de l'Afrique centrale a mis en circulation des nouveaux billets de banque à compter du 15 novembre 2022.

<sup>77</sup> Sur la question de la contrefaçon des billets de banque. Lire BEN FUNG et ENCHIRAN SHAO, « Modélisation de la contrefaçon des billets de

banque : une revue de la littérature », in *Revue de la banque du Canada*, Automne 211, P. 33.

<sup>78</sup> Ce texte en son article 1er (i) définit la monnaie électronique comme une valeur incorporée sous forme électronique contre remise des fonds de valeur égale, qui peut être utilisées pour effectuer des paiements à des personnes autres que l'émetteur, sans faire intervenir de comptes bancaires dans la transaction.

<sup>79</sup> Dans cette zone, plusieurs législateurs nationaux ont incriminé la contrefaçon de la monnaie. C'est le cas de l'article 284 du code pénal de la république du Bénin ; de l'article 11 du code pénal de la république du Togo et de l'article 336 du code pénal de la république de côte d'Ivoire.

<sup>80</sup> L'infraction de contrefaçon de la monnaie est prise en compte dans différents codes pénaux en zone CEMAC. C'est le cas des articles 211 et 212 du code pénal de la République du Cameroun ; de l'article 340 à 343 du code pénal de la République centrafricaine.

<sup>81</sup> Art 212 du code pénal Camerounais.

reposerait sur un savant dosage entre le légal préventif, répressif et la recherche continue en matière de technologies sécurisées d'impression des billets de banque et de la monnaie métallique.

Il en résulte de ce qui précède que les règles du droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone admettent certes la monnaie électronique. Elle constitue une donnée dématérialisée. Toutefois, elle ne constitue pas la monnaie numérique.

Cependant, à l'ère du numérique, la thèse de l'assise des monnaies sur les métaux précieux semble renaître de ses cendres<sup>82</sup>. Cette renaissance résulte de l'assimilation des monnaies cryptographiques à l'or du monde virtuel. Comme on pouvait s'y attendre, une partie de la rhétorique de promotion des crypto actifs à l'exemple du bitcoin ramène aux régimes monétaires métalliques et la référence aux métaux précieux comme critère de la qualité monétaire<sup>83</sup>. Pour eux les monnaies cryptographiques sont assimilées à l'or du virtuel.<sup>84</sup> La structure de l'unité monétaire légale en Afrique subsaharienne francophone peut-elle s'enrichir de ce nouvel or du virtuel ?

### **B- L'exclusion des actifs numériques à valeur d'échange de la sphère monétaire**

Pour ériger une chose en monnaie, la doctrine juridique et celle économique ont structuré des critères d'éligibilité à la qualité de monétaire<sup>85</sup>. Une fois cette évidence relevée, il faut se garder de tout

légicentrisme<sup>86</sup>. Cela dit, la qualité monétaire doit nécessairement être recherchée à la l'interface de l'analyse juridique et de l'analyse économique dans un rapport de complémentarité. Il découle de cet axiome que, contrairement à une certaine ligne doctrinale<sup>87</sup>, une réflexion sur le caractère monétaire des monnaies cryptographiques ne peut se départir des considérations économiques. C'est ainsi qu'on estime que la monnaie doit reposer sur un soubassement économique<sup>88</sup>. De toute évidence, la naissance d'une monnaie virtuelle fondée sur la technologie blockchain ne saurait émaner d'un coup d'orgueil législatif. Elle doit reposer sur un soubassement économique expression du fruit d'un travail matériel ou de l'activité du crédit des banques commerciales.

Fort de ces considérations, les monnaies cryptographiques à valeur d'échange ne peuvent être techniquement intégrées dans la structure de l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone en raison de leur disqualification économique (1) et de leur négation comme monnaie au plan juridique (2).

#### **1- La disqualification économique des monnaies numériques à valeur d'échange comme monnaies**

Pour être qualifié de monnaie au plan économique, la chose ou le bien doit remplir des caractéristiques précises et remplir les fonctions assignées à la monnaie par la doctrine<sup>89</sup>. Dans cette veine, l'attribution de la qualité monétaire ne saurait être un acte

<sup>82</sup> Les partisans de cette thèse instaurent un ajustement naturel entre la quantité de métal et la masse monétaire.

<sup>83</sup> CF Marion CHICH, « La monnaie », *in paiements et infrastructure de marché à l'ère du digital, banque de France, euro système, 2023*, en ligne. Consulté le 07 décembre 2023 à 12 heures.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> La qualité monétaire au plan juridique repose sur un faisceau d'indices. Ce faisceau permet de relever les attributs propres de la monnaie. Sur la question, lire Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les Biens. Les Obligations*, Paris, PUF, Vol 2, 2004 ; lire aussi Louis BRULE NAUDET, *La qualité monétaire des devises cryptographique au miroir du Droit positif*, *op.cit.*, p.17.

<sup>86</sup> Le légicentrisme renvoie au mythe de la souveraineté de la loi ou du législateur. Il postule la vocation du droit à appréhender tous les faits sociaux.

<sup>87</sup> Cette ligne doctrinale est défendue par Remy LIBCHARBER. Il estime que pour mener une réflexion sur la monnaie, il convient de briser les liens avec les conceptions actuelles en prenant de nettes distances avec l'économie. Sur ce point lire Remy LIBCHARBER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris LGDJ, 1992.8.

<sup>88</sup> Ce sous- jacent économique peut être l'économie du territoire ou la dette privée générée par la création monétaire des banques centrales.

<sup>89</sup> Pour la doctrine économique, la monnaie possède une valeur stable, elle est quantifiable et neutre. Sur cet aspect, lire Robert MOSSE, *la monnaie bilan de*

d'autorité. Par conséquent, pour être érigée en monnaie, les monnaies numériques doivent remplir les caractéristiques d'une monnaie. A l'analyse de la théorie économique et de la configuration des monnaies numériques, cela ne semble pas être le cas. Trois arguments peuvent être invoqués pour démontrer leurs infonctionnalités économiques et par conséquent leur négation comme monnaie.

Tout d'abord, il faut dire que la qualité monétaire découle de la connexion entre la monnaie et la sphère économique. Il s'ensuit qu'il existe une sorte de synchronisation entre la monnaie et l'activité économique<sup>90</sup>. L'on constate que les monnaies numériques considérées comme l'or du digital<sup>91</sup>. Ils estiment qu'il faut miner cet or digital jusqu'à épuisement de la ressource<sup>92</sup>. Les défenseurs des monnaies numériques exhument les régimes monétaires métalliques et la référence aux métaux précieux<sup>93</sup>. Ils mettent en avant la rareté programmée du nombre d'unité en circulation des jetons de paiements<sup>94</sup>. Cet argument ne tient pas lorsqu'on examine attentivement les économies d'endettement<sup>95</sup>. En effet, les mécanismes de stabilité économique dans les régimes monétaires métalliques sont en partie du fait que l'évolution du stock d'or et de

l'offre de monnaie dépend des aléas des découvertes des minerais et non de l'activité économique ou du volume de transaction<sup>96</sup>. Or, la question de l'effet de l'offre de monnaie sur l'activité économique bien que naguère sujette à des controverses doctrinales<sup>97</sup>, admet de nos jours un point de consensus au niveau de la doctrine.

Ce consensus doctrinal s'articule sur une évidence : l'offre de monnaie non encadrée génère l'inflation. Cette inflation peut être importée ou générée. Elle est provoquée lorsqu'elle résulte d'une offre excessive de monnaie. Ce type d'inflation dégrade la compétitivité d'un pays<sup>98</sup>. L'inflation est importée lorsqu'elle est générée par la sortie des devises consécutivement à la baisse du taux directeur par la banque centrale<sup>99</sup>. Quoiqu'il en soit l'offre de monnaie est tributaire de l'activité économique<sup>100</sup>. Or, les monnaies numériques ne sont pas connectées à l'activité économique. Cela va sans dire que leurs admissions comme monnaie en Afrique subsaharienne francophone, pourraient générer l'inflation. Pourtant, l'objectif prioritaire du droit monétaire en vigueur dans les zones étudiées est la lutte contre

---

*la connaissance économique*, Paris librairie Marcel et Cie, 1950, Pp. 56-62 ; lire aussi Yaël POSQUET, « La monnaie dans l'ordre du discours : la fonction symbolique de la monnaie », *in revue de philosophie économique*, 2018/1 Vol 10, Pp. 15-48.

<sup>90</sup> Lire Thierry REBOUR, « Monnaie et économie réelle », *in la théorie du Rachat*, Paris, ed Sorbonne, 2000, PP.93-102.

<sup>91</sup> Marion CHICH, « La monnaie », *op.cit.*, P.14.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Sous l'empire de l'étalon d'or, la loi monétaire était influencée par la théorie du rapport de force entre les forces économiques et sociales des propriétaires des mines d'or et d'argent. Or de nos jours l'étalon d'or est mis en résidence surveillée.

<sup>97</sup> Lire sur ce point IRVING FISHER, *The debit - deflation Theory of great depression*, 1933. Et les néoclassiques qui soutiennent la théorie de la neutralité de la monnaie. Lire aussi John MENARD KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* 1936 et Milton FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, édition robert LAFFRONT, 1971.

<sup>98</sup> Lire sur ce point Milton FRIEDMAN ; La circulation de la monnaie et le niveau des prix – Numdam

[http://www.numdam.org/article/JSFS\\_1943\\_84\\_206\\_0.pdf](http://www.numdam.org/article/JSFS_1943_84_206_0.pdf), consulté le 23 octobre 2023 à 20 heures.

Étude critique de la théorie quantitative de la monnaie dans l'histoire ... - CORE <https://core.ac.uk/download/pdf/54828377.pdf>, consulté le 23 octobre 2023 à 11 heures.

Jean-Baptiste Say et la théorie quantitative de la monnaie – HAL-SHS [https://shs.hal.science/halshs-00004863/file/Jean-Baptiste\\_Say\\_et\\_la\\_theorie\\_quantitative\\_de\\_la\\_monnaie.pdf](https://shs.hal.science/halshs-00004863/file/Jean-Baptiste_Say_et_la_theorie_quantitative_de_la_monnaie.pdf), consulté le 23 octobre 2023 à 21 heures.

La théorie quantitative de la monnaie – BSI Economics <http://www.bsi-economics.org/images/Pol%20monetaire%20inflation%20infographie.pdf>, consulté le 23 octobre 2023 à 22 Heures.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> D'après la théorie quantitative de la monnaie, l'offre de la monnaie correspond aux flux de transactions économique, la vitesse de circulation de la monnaie et le nombre de fois qu'elle change de mains.

l'inflation<sup>101</sup>.

Par ailleurs, « plus d'une décennie après introduction des premières monnaies numériques à l'instar des crypto actifs, leur prétention initiale de constituer des monnaies alternatives aux monnaies légales ne s'est pas réalisée »<sup>102</sup>. Ce constat de Marion CHICH en son 2022, à une légitimité particulière en date en Afrique subsaharienne francophone. En effet, aussi bien dans la zone CEMAC que dans la l'espace UEMOA, l'empreinte des monnaies numériques dans l'écosystème des paiements demeure marginale<sup>103</sup>.

En second lieu, les monnaies numériques ne remplissent pas toujours les trois fonctions dévolues à la monnaie. Or ces trois fonctions sont distinctes et organiquement liées<sup>104</sup>. La monnaie constitue une unité de compte. Sur ce point, l'on observe que la monnaie est un valorimètre<sup>105</sup>. La fonction d'unité de compte implique que la richesse nationale ou d'une zone d'émission, se compte en monnaie ayant cours légal<sup>106</sup>. Or, cette conception classique de la fonction l'unité de compte nous semble désuète. Il faut souligner que l'avènement de l'*homo numericus* et de l'Homme citoyen du monde favorise la conservation des valeurs en devises étrangères<sup>107</sup>. Sur ce prisme, on ne saurait parler de monnaie sans idée mathématique de mesure qui nécessite la conscience de l'existence d'une unité de mesure. L'on observe que l'unité de mesure peut être un bien ou un service concrètement défini. Les cas sont infinis. Deux exemples

peuvent être relevés : le coût d'une marque de téléphone à un prix référencié en FCFA. Le prix du litre du carburant à la pompe.

Seulement, la valeur des monnaies numériques est très fluctuante. Cette fluctuation n'est pas favorable au dénombrement qui sert à évaluer, puis à exprimer la valeur des biens. Sous ce prétexte on peut légitimement leur dénier la qualité monétaire<sup>108</sup>. Par ailleurs, les monnaies numériques ne peuvent être localisées dans une zone d'émission précise. Ils ne peuvent pas par conséquent être une unité de compte au sens technique du terme<sup>109</sup>. Sauf à en déduire l'existence d'une unité de compte au-delà des frontières d'un État ou des États.

En troisième lieu, la monnaie est un intermédiaire des échanges. Sur cet angle, la monnaie permet d'établir des équivalences entre les biens à l'intérieur d'un territoire d'émission<sup>110</sup>. Cette dernière fonction est aussi opératoire dans le cadre des échanges transfrontaliers. Pourtant, les monnaies numériques sont des actifs spéculatifs. L'évolution de leur cours reste fortement influencée par quelques leaders d'opinion en dehors de tout contrôle administratif ou financier<sup>111</sup>. Or, en matière d'orthodoxie financière, il demeure constant que pour qu'une monnaie remplisse efficacement cette fonction, son cours ne doit pas être volatile. Il doit être fixé et maîtrisé par la puissance publique via le truchement de la banque centrale. Elle doit être utilisée aisément comme monnaie de paiement à des frais de

<sup>101</sup> La lutte contre l'inflation est organisée par la régulation de la masse monétaire. En Afrique de l'Ouest, cette régulation est confiée à la banque centrale Ouest africaine. Ainsi, elle a pour mission de lutter contre l'inflation. Ce postulat apparaît clairement à la l'article 8 de ce statut qui énonce que : « L'objet principal de la politique monétaire de la banque centrale est d'assurer la stabilité des prix. L'objectif d'inflation est défini par le comité de politique monétaire ». En Afrique centrale, cet objectif est implicitement prévu par l'article 1<sup>er</sup> des statuts de la BEAC qui prévoit in fine que : « la banque centrale a pour mission la promotion de la stabilité financière dans l'union ».

<sup>102</sup><sup>102</sup> Marion CHICH, « La monnaie », *op.cit.*, P.14.

<sup>103</sup> L'on note qu'à date, dans l'espace CEMAC et UEMOA seule la république Centrafricaine a adopté un texte pour réguler les transactions de crypto monnaies. Il s'agit de la loi n°2022.004 du 22 avril

2022 régissant la cryptomonnaie modifiée et complétée par la loi n°23-010-24 de juillet 2023 sur la tokenisation des ressources naturelles et foncières de la république Centrafricaine.

<sup>104</sup> Robert MOSSÉ, *La monnaie*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1950, P.57.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Moïse NZEMEN, *Monnaie dans la culture financière africaine*, BKT, Yaoundé, 2021 P. 58.

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> Cette fluctuation en outrance n'est pas propice au développement des activités économiques.

<sup>109</sup> Au sens technique du terme, l'unicité de compte permet de faire la comptabilité nationale.

<sup>110</sup> Moïse NZEMEN, *op.cit.*, P. 60.

<sup>111</sup> Lire sur ce point Serges LEDERMANN, « Les Crypto actifs entre rage et passion », *Le Temps*, 9 août 2021, p.8.

transactions maîtrisés et bas. Ce qui n'est pas le cas des monnaies numériques<sup>112</sup>.

Au final, une monnaie est une réserve de valeur crédible. Elle permet sous ce prisme de préserver un pouvoir d'achat et de préserver les richesses<sup>113</sup>. Les monnaies cryptographiques à valeur d'échange peuvent-elles préserver le pouvoir d'achat et les richesses ? Que non. En effet, de nos jours, l'instrument monétaire n'a plus de valeur<sup>114</sup>. Il devient évident que la monnaie ne constitue plus véritablement une réserve de valeur<sup>115</sup>. L'érosion de cette fonction découle de l'insécurité monétaire<sup>116</sup>. De la sorte, à date l'on parle plus de désir de mise en réserve. Cela étant, la monnaie peut être épargnée ou faire l'objet des placements. Cela n'est pas possible en ce qui concerne les monnaies numériques. Elles sont soumises à une extrême volatilité. Ces infonctionnalités purement économiques ne donnent pas des armes de raisonnement en faveur de la validation du caractère monétaire de ces monnaies. Si les monnaies cryptographiques sont dénuées du caractère monétaire du point de vue économique, la situation n'est point différente au plan juridique.

## **2- La négation des monnaies numériques comme monnaie au plan juridique**

Au plan juridique, la qualité monétaire repose sur un faisceau d'indices. Il s'avère nécessaire de dégager ce faisceau d'indices. Une fois cette tâche accomplie, il est

important d'émettre des comparaisons avec les devises numériques afin de déterminer leurs qualités monétaires ou non. Les qualités monétaires ne sont pas déterminées par la loi. Elles résultent de la construction de la doctrine. Un auteur<sup>117</sup> relevait à ce propos que « *la monnaie est un moyen de paiement, mais tout moyen de paiement n'est pas une monnaie* ». Si on s'en tient à la lettre de cette position doctrinale, un moyen de paiement n'est pas forcément une monnaie. Il s'ensuit qu'il n'existe pas un lien dépendance absolue entre les moyens de paiement et la qualité monétaire. Il se dégage de cette ligne de raisonnement que, les monnaies numériques peuvent servir *de facto* comme un moyen de paiement entre les acteurs de la chaîne monétaire. Cependant juridiquement, elles n'ont pas pour autant de qualité monétaire.

Partant de ce postulat, tout moyen de paiement dans une souveraineté ne saurait prétendre à la qualification juridique de monnaie<sup>118</sup>. Pour être érigé en monnaie dans une ou plusieurs souverainetés, la doctrine s'accorde sur le fait que la monnaie doit avoir un cours légal<sup>119</sup>. Ce cours légal sert à comparer les uns des autres tous les objets disponibles dans les relations sociales. Il s'en déduit que ce qui donne cours légal à une unité monétaire c'est la volonté de l'État. Ainsi, seul le souverain a le pouvoir de battre monnaie<sup>120</sup>. Tel n'est pas le cas des monnaies cryptographiques à valeur d'échange. Elles ne sont pas en l'état actuel émises par les instituts

<sup>112</sup> Les Crypto actifs ne sont pas dans l'absolu un moyen de paiement car très peu utilisé sur le terrain. Toutefois, nous observons sur le plan factuel dans l'économie informelle le recours aux crypto actifs et leur acceptation comme moyen de paiement dans certains secteurs d'activité à l'exemple du secteur des mines, de l'armement et des débits de boissons.

<sup>113</sup> Moïse NZEMEN, *op.cit.*, P.60.

<sup>114</sup> Robert MOSSÉ, *La monnaie, op.cit.*, P.58.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> En effet, la valeur d'une monnaie n'est pas statique. Certaines monnaies reposent sur le système du flottement et d'autres sur la parité fixe. Même dans ce dernier cas, la monnaie peut faire l'objet d'une dévaluation. En cas de dévaluation la monnaie perd sa valeur au regard de l'enflure des prix. Cette situation a des répercussions sur les contrats en cours. Sur ce dernier point lire Maurice TANCELIN et Jean Robert GARON, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques

contractuels », *in les cahiers du droit* vol 12, numéro 4, 1971, PP.645-658.

<sup>117</sup> Jean. CARBONNIER, *Droit civil ; monnaie, immeubles, meubles, les biens*, PUF, Paris 1992.

<sup>118</sup> Voir Hubert DEVAUPLANE, « Analyse juridique du bitcoin », Rapport moral sur l'argent dans le monde de 2014.

<sup>119</sup> Sur ce point lire Louis BRULE NAUDET, *La qualité monétaire des monnaies cryptographiques au miroir du droit positif*, Mémoire, Université de Paris-Dauphine, 2022, P.34 et s. Lire également Hubert de VAUPLANE, « L'analyse juridique du bitcoin », *in technologie et complexité*, 5 juillet 2014, PP.351-360. Lire au final, Erwan JONCHÈRES, *Encadrement juridique des monnaies numériques : bitcoin et autres cryptomonnaies*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2015, P.50.

<sup>120</sup> *Ibid.*

d'émission de la monnaie en Afrique subsaharienne francophone d'une part, et d'autre part elles ne sont pas une unité de paiements permettant d'éteindre les dettes de sommes d'argent. Elles sont privées du caractère anthropologique universel inhérent à la monnaie. Ce dernier implique son acceptation par tous, et l'assujettissement mécanique de tous les acteurs de la chaîne monétaire<sup>121</sup>.

Par ailleurs, si de nos jours, le paradigme monétaire dominant est l'émission de la monnaie par le souverain, il ne faut pas conclure à la toute-puissance de ce dernier. Il doit émettre la monnaie conformément au droit communautaire en vigueur<sup>122</sup>. Dans l'espace CEMAC, la lettre de cette idée s'exprime selon la formule suivante : « *Sous réserve des dispositions de l'article 43 du présent traité, les actes adoptés par les institutions, les organes et institutions spécialisées de la communauté pour la réalisation des objectifs du présent traité sont appliqués dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure* »<sup>123</sup>. Dans l'espace UEMOA, il découle des écrits en vigueur que : « *les règlements ont une portée générale. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments, et sont directement applicables dans tous les États membres* »<sup>124</sup>.

Il découle de ces textes que les législateurs nationaux, aussi bien dans l'espace CEMAC que dans l'espace UEMOA, ne peuvent mener une activité législative en contradiction avec le droit communautaire régissant la question

monétaire. Cela est dû notamment à la primauté du droit communautaire sur le droit national édicté par le législateur. Partant de cet axiome, le pouvoir du souverain est surveillé et encadré par les normes communautaires. Par conséquent, la qualité monétaire doit tirer son fondement des normes communautaires régissant la question monétaire en Afrique subsaharienne francophone.

La conclusion qu'on peut valablement tirer sur cette question est que les monnaies numériques ne sont pas des monnaies au sein des espaces CEMAC et UEMOA. Si elles sont dépourvues de qualité monétaire, quelle est leur véritable nature juridique ?

La question de la qualification des monnaies numériques fait l'objet d'une divergence d'opinions doctrinales entre les tenants de leur rattachement au droit personnel et ceux défendant leur rattachement aux droits réels<sup>125</sup> et ceux estimant qu'ils sont des biens immatériels<sup>126</sup>.

Analysant tout d'abord, le rattachement de ces dernières au droit personnel, il faut relever au préalable que le droit personnel mobilise trois éléments à savoir : le pouvoir d'une personne, titulaire d'une créance, d'exiger d'une autre personne, une prestation objet du droit pouvant correspondre à une obligation de donner de faire ou de ne pas faire<sup>127</sup>. Ces trois éléments ne semblent pas être remplis par les monnaies cryptographiques à valeur d'échange.

En effet, de l'avis de la doctrine majoritaire qu'on partage, le bitcoin qui constitue une monnaie numérique n'a pas

<sup>121</sup> Sur ce point, lire Patrick MEROT, « Une brève introduction à la phénoménologie du droit », in *revue interdisciplinaire d'étude juridique*, 1999/1 5volume 42° ; pp. 143-159 ; lire aussi Bertrand RUSSELL, « La théorie. Des type logique », in *revue de métaphysique et de morale*, XVIII, 1910, pp. 54-83.

<sup>122</sup> Sur la question voire les recommandations de la COBAC relative à l'obligation de conformité de la loi centrafricaine relative à la crypto monnaie aux normes CEMAC. Voir aussi requête à la cour constitutionnelle de la République de Centrafrique sur la question de l'inconstitutionnalité de la loi centrafricaine sur la crypto-monnaies.

<sup>123</sup> Art 44 du traité CEMAC révisé.

<sup>124</sup> Art 43 al 1 du traité modifié de l'union économique et monétaire ouest Africaine.

<sup>125</sup> Sur cette controverse lire Hubert de VAUPLANE, « L'analyse juridique du bitcoin », *op.cit.*, P.357 et s.

<sup>126</sup> Cette approche de qualification est celle retenue par l'internal revenue service. Les monnaies cryptographiques à l'instar du bitcoin sont considérées comme une chose qui opère comme monnaie traditionnelle, mais qui n'a de cours légal dans aucun pays. Lire aussi le rapport du sénat français au nom de la commission des finances sur les enjeux liés au développement du bitcoin et autres monnaies virtuelles, 23 juillet 2014 en ligne <http://www.Fr.rap>. 11 mars 2015. Consulté le 07 décembre 2023 à 08 heures.

<sup>127</sup> Sur le droit personnel, lire Nadège REBOUL MAUPIN, *Droit des biens*, Dalloz, 7è éd paris. P. 165.

d'émetteur et n'implique pas de droit contre une personne<sup>128</sup>. Or, le droit personnel, dont le prototype est le droit de créance implique un rapport d'obligation. Ce dernier suppose l'existence d'un créancier et d'un débiteur. Ces deux sujets du rapport d'obligation n'existent pas dans le cadre des monnaies cryptographiques.

Sur la question du rattachement des monnaies numérique à un droit réel, la doctrine semble unanime<sup>129</sup>. Ce consensus doctrinal est logique si on s'en tient aux traits caractéristiques du droit réel. Les monnaies numériques seraient un droit patrimonial car susceptibles d'appropriation<sup>130</sup>. Il ne fait aucun doute que l'appropriation est un trait caractéristique des droits réels dont le prototype est la propriété. De surcroît, l'on observe que le droit de propriété s'exerce sur des choses. Le bitcoin par exemple étant une chose, on peut valablement assimiler cette monnaie numérique à un droit réel.

Si les monnaies cryptographiques sont un droit réel, peuvent-elles être érigées en biens consommables et absolument fongibles comme la monnaie ? La réponse à cette question diverge en fonction des options doctrinales : pour une partie de la doctrine la réponse est négative car la monnaie qu'elle soit matérielle ou virtuelle est un bien consommable<sup>131</sup>. Cet attribut de la monnaie est clairement affirmé par la jurisprudence étrangère. La première chambre civile de la cour d'appel de Besançon en date du 3

novembre 2015 définit la monnaie comme : « un bien consommable par nature du fait qu'on ne peut en principe, en faire usage que par l'aliénation »<sup>132</sup>. La consommabilité apparaît de ce fait comme un attribut de la monnaie au sens du droit des biens. Il en découle que les monnaies cryptographiques ne peuvent être qualifiées de monnaie car elles ne sont ni matériellement ni juridiquement consommables<sup>133</sup>. Cette négation de la consommabilité découle de leurs non acceptations par l'intégralité du corps social dans la CEMAC et l'UEMOA. Elles ne peuvent être aliénées ou acceptées dans les transactions. Ainsi, elles ne constituent pas un phénomène anthropologique universel comme c'est le cas des monnaies émises par les instituts d'émission des monnaies en Afrique subsaharienne francophone.

Cette position est battue en brèche par la doctrine judiciaire étrangère qui estime que les monnaies numériques, peuvent être intégrées dans la catégorie juridique des biens consommables<sup>134</sup>. Les tenants de cette ligne doctrinale estiment qu'elles peuvent constituer des moyens de paiement non monétaires. Pour les partisans de cette thèse, la consommabilité n'est pas consubstantielle à la monnaie. Ce faisant, c'est la volonté individuelle qui permet de faire d'un objet non consommable un objet consommable<sup>135</sup>. Il s'ensuit que la monnaie est consommable lorsqu'elle est dépensée et non consommable

<sup>128</sup> Sur ce point lire H. VAUPLANE, « L'analyse juridique du bitcoin », *op.cit.*, p. 357.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> Dans ce sillage, les actifs numériques seraient des nouveaux biens. Création du genre de l'informatique, ces nouveaux seraient émancipés en marge du code civil. Cette émancipation découle des mutations profondes que connaît notre société ; le droit des biens est aujourd'hui sommé d'élargir son domaine à toute chose présentant une quelconque valeur. Sur cette question, Lire Laurent LEVENEUR, Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications ou nouveaux régimes », Paris, Dalloz, 2020. 132 Pages.

<sup>131</sup> Elle est juridiquement un bien consommable car on peut l'utiliser qu'en-là dépensant. Cf. Nadège REBOUL MAUPIN, *op.cit.*, P.127.

<sup>132</sup> Civ, CA, arrêt n-014/00743.

<sup>133</sup> La consommabilité est une caractéristique de la monnaie. Elle peut être juridique ou matérielle.

Retenant la consommabilité juridique, elle suppose l'aliénabilité de la chose. Sur ce point la monnaie est juridiquement consommable car on ne peut l'utiliser qu'en la dépensant. Elle n'est utilisée que par dessaisissement. Sur la question lire Jacques HANSENNE, Les biens, précis, Ed collection scientifique de la faculté de droit de Liège 1996, P.16. Lire aussi, Normand LECLER « l'argent n'a pas d'odeur », in *Thémis*, 2005, 39 RJT P.75 et s.

<sup>134</sup> CE, 26 avril 2018, n-0417809,418030,418031,418032 et 418033, M.G. lire aussi, T.COM. Nanterre, 6 ème ch.,26 février.2020, n-02018 F00466, SDE Bitspread Ltd c/ SAS Paymuin, M Barthelet, prés. [HTTPS://lext.so/QO2gk](https://lext.so/QO2gk). Consulté le 24 novembre 2023.

<sup>135</sup> François TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, pref.R. leballe, Bibl. Dr. II, L.G.D.J.,1957. P.24 et S.

lorsqu'elle est placée dans les établissements de crédits<sup>136</sup>. En suivant cette ligne de raisonnement, le rattachement des monnaies numériques en monnaie n'est pas foncièrement attaché à leur consomptibilité intrinsèque. Comme la monnaie, elles peuvent devenir consomptibles par la volonté individuelle. Cette volonté est exprimée lors des transactions visant à satisfaire les besoins des consommateurs.

Cette position peut faire l'objet de quelques critiques qui sont justifiées et qui doivent entraîner son atténuation. En premier lieu, tout bien qu'il soit corporel ou incorporel, n'est pas forcément une monnaie. Rappelons-le, la monnaie est dotée de deux attributs fondamentaux. A savoir celui de consomptibilité et celui de la fongibilité absolue. A défaut de ses attributs la qualité monétaire est déniée.

Cette première constatation en appelle une seconde : cette analyse inexacte des qualités monétaires intrinsèques de la monnaie découle d'une fausse vision des qualités monétaires. Ces attributs fondamentaux sont liés à la monnaie elle-même, et non à la volonté individuelle. Par conséquent, ils ne dépendent pas de la volonté des détenteurs de l'unité monétaire.

En tout état de cause, le système monétaire dominant repose sur la matérialité. Il impose un modèle uni monétaire et rejette toute prétention monétaire aux nouveaux objets numérique. Cependant aux vues de l'emprise du numérique et des dynamiques politiques<sup>137</sup>, le droit monétaire applicable en Afrique subsaharienne francophone serait dans une « *phase de transition* ». Cette phase de transition est nourrie d'idées et de réflexions portant sur l'avènement d'un droit monétaire post moderne. Ce droit monétaire post moderne pourrait s'accommoder des effets bénéfiques des monnaies numériques. Ainsi conçu, l'émergence d'un modèle pluri monétaire n'est pas dénuée de tout

fondement.

## **II- L'EXTENSION CONDITIONNÉE DE LA STRUCTURE DE L'UNITÉ MONÉTAIRE A L'ÈRE DU NUMÉRIQUE**

Le droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone doit être repensé. Ceci est d'autant plus vrai du fait que la règle de Droit, ne saurait rester statique à l'ère du numérique. Cela passe par une reconfiguration des règles de droit monétaire au sein des espaces étudiés. Cette reconfiguration doit tenir compte des objectifs généraux de la CEMAC et de l'UEMOA, ainsi que des risques cybernétiques, et de ceux liés à la protection des données personnelles<sup>138</sup>. Au final, il doit tenir compte des normes en vigueur. Il en résulte que l'extension de la structure de l'unité monétaire à l'ère du numérique en Afrique subsaharienne francophone passe par la reconfiguration des règles de Droit monétaire (A) et par la précision de l'assiette de l'extension souhaitée (B).

### **A- La reconfiguration des règles de droit monétaire existantes**

La reconfiguration des règles de droit monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone, veut dire que la teneur actuelle des normes régissant le Droit monétaire est inadaptée au numérique. Il convient à titre prospectif, de proposer les aménagements aux règles existantes. Dans cette volonté d'adaptation, il importe d'adopter une monnaie numérique au sein des deux espaces (1) et de se plier à l'impératif de conformité (2).

<sup>136</sup> Lire sur Boris Starck, *Droit civil, introduction*, Litec, 1976, N-285, p.119.

<sup>137</sup> Voir groupe de réflexions sur une monnaie CEMAC, CEDEAO et une monnaie unique Africaine.

<sup>138</sup> La protection des données personnelles est un impératif dans le cadre d'une société numérisée. La

dématérialisation de la monnaie ne va pas sans risque sur les données à caractère personnels. Sur ce point lire Claudia ONANA ENDENGUE, *La protection des données numériques en zone CEMAC ET UEMOA*, Mémoire de master II-recherche, Université de Yaoundé II, 2022-2023.

**1- Plaidoyer pour une monnaie numérique en Afrique subsaharienne francophone**

La digitalisation de l'économie et les innovations technologiques influencent la perception qu'ont les consommateurs des services de paiement. Par ailleurs elles alimentent l'intérêt pour l'émission éventuelle d'une l'unité monétaire numérique<sup>139</sup>. Les autorités publiques des États membres de la CEMAC et de l'UEMOA pourraient emboîter le pas des banques centrales étrangères<sup>140</sup>. Ce faisant, elles peuvent initier des réflexions sur la question de la création d'une monnaie numérique émise et contrôlée par les instituts d'émission de la CEMAC et de l'UEMOA. Seulement ces réflexions doivent tenir compte des spécificités de leurs économies<sup>141</sup>. L'émission d'une monnaie digitale communautaire

semble être une injonction de l'innovation<sup>142</sup>. Cela étant, son admission est justifiée<sup>143</sup> dans la société contemporaine. Cependant, on ne peut pas perdre de vue que son introduction dans un espace donné doit correspondre à des exigences. Au rang de celle-ci, on peut relever le déficit de protection contre les cybers risques. Sur ce point, Il ne fait point de doute qu'avec l'avènement du numérique, la protection des droits fondamentaux est malmenée. C'est assurément du fait de l'ambiguïté des rapports entre le droit et la technologie<sup>144</sup>.

Si l'on peut l'admettre, en ce qui concerne les droits fondamentaux, on doit aussi bien concevoir que l'avènement d'une monnaie numérique peut entraîner des cybers attaques avec des conséquences économiques, financières et personnelles<sup>145</sup>. L'on note que les monnaies numériques ne sont pas dotées de l'attribut d'anonymat

<sup>139</sup> La question des unités monétaire à l'ère du numérique se pose avec acuité, non seulement au sein des grandes puissances occidentales, mais aussi dans certaines unions monétaires en Afrique. L'admission de la monnaie numérique dans la structure de l'unité monétaire en vigueur dans différents pays, apparait par conséquent comme un impératif d'innovation imposé aux banques centrales ? sur la question, lire Christine LAGARDE et Fabio PANETTA, *Rapport sur un Euro numérique*, BCE, octobre 2020, p.5 et s ; lire aussi décision n°144/GR/2023 du gouverneur de la BEAC portant création du groupe de travail chargé d'effectuer le suivi et la mise en place des travaux relatif à la réflexion sur une monnaie numérique de la BEAC ; lire aussi Hubert de VAUPLANE, «le Dollar numérique et la stabilité de la suprématie américaine », *in le grand continent*, 14 mars 2023.

<sup>140</sup> L'on note à ce jour, plusieurs réflexions engagées par les banques centrales étrangères sur la question de l'émission des actifs numériques banque centrale. C'est de cas de la RIS-Bank en suède à travers son projet de E-Krona depuis de la banque de France qui a initié une réflexion pour l'intégration d'une MBDC de gros visant à créer les bases d'un futur E-Euro. Sur cette question lire Alice BARBET MASSIN, Faustine FLEURET, Alexandre LOURIN, William O'ROKE, *Droit des actifs numériques et de la Blockchain*, Paris, lexis nexus, 2020, p. 214.

<sup>141</sup> Le droit n'est pas produit ex nihilo. En Afrique, il n'est pas toujours le fruit des aspirations sociales. L'action législative dans bien des cas résulte des suggestions extérieures. Les législateurs Africains succombent dans bien des cas à la séduction des dernières évolutions du droit dans les pays

occidentaux. Cette voie ne doit pas être empruntée dans le cadre de construction d'un droit monétaire adapté à l'ère du numérique. Sur la question des réformes législatives en Afrique lire Djibril ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *in Penant* n-842, 1998, pp.88-105.

<sup>142</sup> De nos jours, il faut le relever sans risque de se tromper, l'écosystème monétaire traditionnel doit se digitaliser ou mourir. Sur ce point Lire Ricardo ATANGANA AKOA, *Digitalisation et performance financière des banques : Cas de UBA Cameroun*, Mémoire de Licence professionnelle Pigier Cameroun 2022, 85 pages ; Lire aussi François VILLEROY de GALHAU, « Monnaie digitale de banque centrale et paiement innovent », *in Banque de France* 2019, p.4

<sup>143</sup> Cette justification repose sur plusieurs raisons. La première a trait à la facilitation de la digitalisation de l'économie, du secteur financier et par conséquent de l'économie dans son ensemble. Il pourrait également réduire les couts des prestataires des services de paiement en rendant leurs processus commerciaux plus efficaces et de nature à favoriser des nouveaux modèles d'activités. Sur ce point, lire Christine LAGARDE et Fabio PANETTA précité, p.12.

<sup>144</sup> Jean Baptiste Thomas SERTILLANGES, « Droit et technologie concilier l'inconciliable ? Réflexion épistémologique pour un droit des libertés technologiques », *in cairn info, les cahiers du numérique*, 2014/2 vol 10, p. 17

<sup>145</sup> Sur ce point, lire Christine LAGARDE et Fabio PANETTA *op.cit.*, p. 26.

comme c'est le cas des monnaies fiduciaires. Il en découle que les liens techniques et juridiques entre les détenteurs de cette monnaie et son émetteur ne sont pas abolis<sup>146</sup>. Par conséquent, la protection des données personnelles est diluée. Si cette dilution est fondée sur l'exigence de lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment des capitaux, elle doit être conciliée avec les dispositions de la convention africaine sur la protection des données à caractère personnels<sup>147</sup>.

Au-delà de ces considérations, les autorités monétaires de la zone CEMAC et de l'UEMOA se sont déjà certes, penchées sur la question de l'admission de la monnaie numérique banque centrale<sup>148</sup>. Mais, des zones d'ombre demeurent sur la question de l'admission de la monnaie numérique. C'est par exemple le cas de la question du droit pour les banques centrales de créer des monnaies numériques. Si l'on s'en tient aux dispositions du traité de l'union monétaire ouest africaine<sup>149</sup>, et à celle du traité de l'union monétaire d'Afrique centrale<sup>150</sup>, aucun de ces deux textes ne s'oppose à la création d'une telle monnaie. Ce qui résout l'interrogation du droit ou non des banques centrales de créer les monnaies numériques en Afrique subsaharienne francophone. En tout état de cause, si juridiquement, rien ne s'oppose à

l'avènement de cette monnaie numérique, la situation n'est guère différente du point de vue social du fait du processus de démonétisation de l'économie<sup>151</sup>. Au-delà des questions sus évoquées, il se pose aussi un ensemble de questions dont les plus significatives ont trait à l'appréhension juridique de la monnaie numérique banque centrale en Afrique subsaharienne francophone et éventuellement, à l'avenir monétaire souverain à l'ère du numérique.

S'agissant tout d'abord, de l'avènement d'une monnaie numérique banque centrale en Afrique subsaharienne francophone, il se poserait le problème de la qualification juridique de ladite monnaie. Question inconnue en l'état actuel du droit monétaire en vigueur dans l'espace CEMAC et UEMOA elle n'est pas inconnue dans la doctrine étrangère<sup>152</sup>. Pour y parvenir à la qualification juridique de cette monnaie, il faut au préalable traiter la question de sa conceptualisation.

Pour certains auteurs<sup>153</sup>, la monnaie numérique de banque centrale peut être définie comme « *un crypto-actif émis et détruit exclusivement par la banque centrale, s'échangeant au pair avec les billets et réserves disponibles en permanence et dans des transactions de pair à pair et circulant sur les supports numériques au moins en partie*

<sup>146</sup> Lire sur cet aspect, Hubert de VAUPLANE, « Le risque démocratique de l'Euro numérique », *in le grand continent*, perspectives sur l'actualité-Économie, décembre 2022, PP.1-8.

<sup>147</sup> Entrée en vigueur le 08 juin 2023, la convention de l'union Africaine sur la cybercriminalité et la protection des données à caractère personnel allie l'exigence du développement de la société numérique et le respect des droits des citoyens garantis en vertu des textes fondamentaux de droit interne et protégés par les conventions et traités internationaux relatifs aux droits de l'homme particulièrement la charte Africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>148</sup> Document de travail de la division de la prévision du Ministère des Finances sur la crypto-monnaie diffusé en mars 2022. Lire aussi la décision n-O144/GR/2023 du gouverneur de la BEAC portant création du groupe de travail chargé d'effectuer le suivi et la mise en place des travaux relatifs à la réflexion sur une monnaie numérique de la BEAC.

<sup>149</sup> Art 19 du traité de l'UEMOA qui énonce que : « le conseil des ministres décide de la

modification de la dénomination de l'unité monétaire de l'UMOA et fixe celle de ces divisions ».

<sup>150</sup> L'article 34 de la convention portant union monétaire d'Afrique centrale, prévoit implicitement la possibilité d'étendre la structure de l'unité monétaire en vigueur. Il dispose que : « tout État membre peut soumettre à la conférence des chefs d'États, des projets tendant à la révision de la présente convention. Toute modification est adoptée à l'unanimité des États membres ».

<sup>151</sup> Ce processus de démonétisation de l'économie résulte de la diminution progressive du rôle de la monnaie matérielle comme monnaie de paiement.

<sup>152</sup> Sur cette question lire Christian. PFISTER, La monnaie digitale de banque centrale, 8 janvier, 2019. [https://publications.banquefr.fr/sites/default/files/media/2020/01/14/la\\_monnaie\\_digitale\\_de\\_banque\\_centrale.pdf](https://publications.banquefr.fr/sites/default/files/media/2020/01/14/la_monnaie_digitale_de_banque_centrale.pdf). Consulté le 09 février 2023.

<sup>153</sup> Alice BARBET-MASSIN, Faustine FLEURET, Alexandre LOURIN, William O'ROKE, *Droit des actifs numériques et de la blockchain*, op.cit., P.2.

*différents de ceux utilisés de nos jours ».*

Il résulte des termes de cette définition que la monnaie numérique banque centrale serait un crypto-actif. Il ne fait certes point de doute qu'elle entretient des liens très étroits avec les crypto-actifs notamment sa virtualité et sa gestion dans une infrastructure numérique. Cependant, il est clair qu'il s'agirait d'un crypto-actif de type spécifique. Cette spécificité résulterait du monopole de la banque centrale sur son émission et sa destruction. Cette caractéristique de la monnaie numérique banque centrale marque sa différence avec les crypto-actifs d'essence privée. Seulement, cette position doctrinale n'emporte pas notre adhésion. Peut-on réellement assimiler la monnaie numérique banque centrale à un crypto-actif ?

L'on est en droit de répondre par la négative. Pour défendre cette position deux arguments peuvent être invoqués : premièrement, les crypto-monnaies sont générées par les acteurs privés. Ce qui n'est pas le cas des crypto-monnaies étatiques. Elles sont émises par l'État comme une forme centralisée de monnaie numérique. Cette dernière caractéristique manque aux crypto-actifs comme la libra<sup>154</sup>. Deuxièmement, la monnaie numérique banque centrale a un cours légal. Cette caractéristique fait défaut aux monnaies numériques.

S'inscrivant sur la question de la recherche définitoire de la monnaie numérique banque centrale, la banque des règlements internationaux présente la monnaie numérique banque centrale comme étant : *« une monnaie numérique émise par une banque centrale, libellée dans une unité de compte nationale et représentant une dette sur la banque centrale. Si la monnaie numérique est destinée à être un équivalent numérique de l'argent liquide à usage aux destinataires finaux, elle est qualifiée de monnaie banque centrale à usage*

*général »*<sup>155</sup>. L'analyse de cette définition de la monnaie numérique banque centrale révèle deux idées. La première a trait à l'usage restreint et général de cette monnaie. Et la deuxième a trait à son assimilation aux moyens de paiement. Sur ce point, il est évident que la monnaie numérique banque centrale soit distincte de la monnaie matérielle. Car, elle se présente sous forme numérique, au rebours des formes de monnaies matérielles consacrées par les textes en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone. En outre, la monnaie numérique banque centrale se distingue des formes d'instruments de paiements sans numéraire<sup>156</sup>. En effet, à la différence des moyens de paiements dématérialisés, la monnaie numérique banque centrale représente une créance directe sur une banque centrale. Tandis que les moyens de paiements dématérialisés représentent des moyens de transfert des unités de compte d'un portefeuille à un autre.

Au final, le moins qu'on puisse dire est que la monnaie numérique banque centrale serait une forme de monnaie numérique publique ayant cours légal et valeur libératoire. Sa catégorisation s'avère complexe. Elle est tributaire des fonctions assignées à cette dernière. Puisque que la monnaie numérique banque centrale peut être de gros ou de détail.

Sur la question d'un avenir monétaire souverain à l'ère du numérique, ce dernier est souhaité et souhaitable. Il nécessite l'activation de plusieurs leviers parmi lesquels le levier juridique. Relativement à ce levier, nonobstant l'existence des accords de coopération monétaires entre les pays membres de la BCEAO et de la BEAC et la République Française<sup>157</sup>, les nécessités pratiques, et l'évolution de la société peuvent imposer la révision d'un accord, au pire des cas, sa résiliation. Seule l'hypothèse de la

<sup>154</sup> Le but premier des cryptos actifs à l'exemple de la libra était d'établir un standard de paiement en ligne permettant de s'affranchir des contraintes monétaires ainsi que le système de change universel. Ce qui induit la suppression des frais, des taxes et des guichets. Cette situation n'est pas compatible à l'économie moderne puisque qu'elle pourrait annihiler les services de paiement en ligne tels que Paypal, Western Union, Mastercard.

<sup>155</sup> V. document N-011 de la banque de règlement internationale sur la monnaie numérique banque centrale.

<sup>156</sup> C'est le cas du chèque, du virement, des paiements par carte et la monnaie électronique.

<sup>157</sup> Il s'agit de l'accord de coopération monétaire entre la république française et les États membres de la BEAC et de celui entre les États membres de la banque des États de l'Afrique de l'ouest.

révision de l'accord est retenue dans le cadre de cette analyse. Sur ce point, il y a lieu de relever que la révision d'un accord pose le problème de sa renégociation. La question de la renégociation des accords permet de mener une réflexion sur la mutation du cadre de l'exécution des conventions.

En droit commun des contrats, la doctrine semble unanime sur le caractère facultatif de la renégociation des contrats<sup>158</sup>. Or, en droit public la renégociation des conventions semble être confortée. Elle peut résulter de la volonté de la loi ou de la volonté des parties dans le cadre d'un accord international. Pour preuve, l'article 39 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dispose « *Un traité peut être amendé par accord entre les parties. Sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement, les règles énoncées dans la partie II s'appliquent à un tel accord* ».

Il résulte des textes cités qu'un accord n'est pas figé dans le temps, il peut être révisé. Ces règles du droit commun des contrats et du droit international public peuvent être appliquées en droit monétaire. Dans cette perspective, l'avenir monétaire souverain des États d'Afrique subsaharienne francophone est tributaire du droit de révision des accords entre la République française et les États membres de la BEAC et ceux membres de la BCEAO. Plusieurs dispositions textuelles confortent cette idée. Dans l'espace CEMAC L'article 5 de l'accord de coopération entre les pays membres de la BEAC et le gouvernement de la République française prévoit expressément que : « *le comité monétaire mixte veille à l'application des*

*dispositions de la présente convention. Il fait toute recommandation utile tendant à l'adapter à l'évolution économique des États signataires* ». Il se dégage des termes utilisés par cette disposition textuelle que le droit de renégocier procède de la volonté des parties à la convention. Ce droit est explicitement matérialisé du point de vue normatif par L'article 17 de la convention de coopération monétaire entre la République Française et les États membres de la BEAC qui dispose « *tout État signataire peut dénoncer la présente convention. Cette décision prend effet à compter de la date de sa notification à l'État dépositaire. La négociation des arrangements nécessaires sera entreprise immédiatement entre les États signataires à la diligence de l'un quelconque d'entre eux. L'application de la convention de compte d'opération prévue à l'article 9 ci-dessus est suspendue de plein droit à compter de la date de cette notification, en ce qui concerne cet État* ».

L'examen des dispositions des articles 9 et 17 de l'accord de coopération monétaire entre la République française et les États membres de la BEAC permet de dégager deux constats : le premier a trait à la possibilité de l'existence d'un ordre monétaire souverain prospectif en Afrique subsaharienne francophone. Grâce au droit de révision des accords de coopération, les acteurs monétaires d'Afrique subsaharienne francophone pourraient renégocier ces accords dans un contexte de concurrence entre monnaie numérique banque centrale<sup>159</sup>.

Le deuxième a trait au caractère flou de cet accord. Si ce flou conventionnel paraît pressenti et intégré<sup>160</sup>, il va sans dire qu'il est

<sup>158</sup> Il est établi en droit comparé notamment en droit Français que les parties peuvent renégocier le contrat sans porter atteinte à la sécurité juridique. Cela étant, la renégociation du contrat repose sur la recherche d'un équilibre entre le principe *pacta sunt servanda* et la justice contractuelle. Les parties sont donc en droit de renégocier le contrat si un changement de circonstance imprévisible au moment de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties. Lire sur ce point caroline ASFAR CAZENAVE, « Le nouveau droit français des contrats », *Revue juridique Thémis de l'université de Montréal*, -49-3 juin 2016 pp. 717-755.

<sup>159</sup> Les monnaies banque centrale des pays développés ne sont pas neutres. Elles visent la réalisation des objectifs systémiques. Par conséquent, elles ont un rôle international dans le cadre des systèmes de paiement croisé. L'avènement des monnaies numériques à simplifier cette vision stratégique. Il est donc impérieux pour les activités monétaires d'Afrique subsaharienne francophone, de tenir compte de ces enjeux. Sur cette question, lire Christine LAGARDE et Fabio PANETTA, *op.cit.*, P16 et S

<sup>160</sup> Sur cette dimension du flou lire, Hugues FULCHIRON, « La part de flou dans le droit : variation sur la souplesse de la règle de droit », *Revue de droit du civil*. Civ, 2022, P. 333 ; P. 6.

voulu et entretenu. Le droit étant l'expression d'un rapport de force, imposé par le groupe politique dominant ou de la partie dominante dans un rapport conventionnel d'ordre privé ou d'ordre public<sup>161</sup>, l'article 17 de la convention de coopération monétaire entre la République française et les États membres de la BEAC serait un accord léonin.

Au regard des considérations précédentes, plusieurs observations peuvent être soulevées. L'article 17 recèle plusieurs écueils : il ne clarifie ni le canevas de sortie de la convention, ni le scénario de l'inertie des États membres de la BEAC relativement aux arrangements post dénonciation de la convention par un ou plusieurs États, ni le sort des réserves de l'État dénonciateur logés au compte d'opération dans le trésor français. Cet accord monétaire serait par conséquent cadencé et verrouillé. Cette situation est forte regrettable car ne facilitant pas l'essor aisé d'un ordre monétaire souverain en Afrique subsaharienne francophone. Il serait judicieux d'apporter des ressources juridiques supplémentaires à l'article 17 de la convention monétaire sus visée. Ces ressources juridiques supplémentaires permettraient de rendre plus visible le cadre de la renégociation de cette convention.

En Afrique de l'ouest le droit de réviser l'accord de coopération monétaire entre les États membres de la BCEAO et le gouvernement de la République française tire sa source des dispositions de l'article 5 de cet accord. Il dispose : « *les États signataires se consulteront dans toute la mesure du possible, au sujet des modifications qu'ils proposeront d'apporter à la définition de leur monnaie et aux conditions de négociation de celle-ci sur le marché des changes* ». L'article 13 de la même convention, plus explicite dispose que : « *A la demande de tout État signataire du présent accord qui estimerait que l'évolution du régime défini par cet*

*accord compromet ou risque de compromettre substantiellement ses intérêts, les États signataires se concertent sans délai afin de décider des mesures appropriées (...)* ».

Comme on peut le constater, en considération des dispositions textuelles en vigueur en Afrique subsaharienne francophone et des accords de coopération, l'unité monétaire peut s'accommoder au numérique. Cependant, l'admission de l'unité monétaire numérique nécessite le respect du dispositif normatif en vigueur. C'est une référence voilée à l'impératif de conformité.

## **2-L'impératif de la conformité de la monnaie numérique**

L'avènement d'une monnaie numérique émise par les institutions d'émission publique en gestation suscite deux interrogations. La première a trait à l'obligation de conformité aux dispositions juridiques existantes<sup>162</sup>. La deuxième est liée à la détermination du cours légal de la monnaie numérique et au son taux de change. Sur ce point, il convient de soulever qu'en Afrique centrale, la BEAC a le privilège exclusif d'émettre les billets de banque et les monnaies métallique ayant cours légal et pouvoir libératoire au sein des États membre de la CEMAC<sup>163</sup>. A suivre ce postulat, le cours légal *lege lata* n'est reconnu qu'à la monnaie émise sur support physique. Il s'ensuit que *lege lata*, l'émission de la monnaie numérique banque centrale nécessite au préalable la réécriture de l'article 8 des statuts de la BEAC. Les nouveaux statuts pourraient admettre de manière explicite l'émission de la monnaie sous forme numérique.

En admettant cette solution, le droit monétaire en vigueur dans l'espace CEMAC, s'alignerait au corps social dominé par le numérique<sup>164</sup>.

En Afrique de l'Ouest, certaines

<sup>161</sup> Sur ce point lire Georges RIPERT, *les forces créatrices du droit*, op.cit., P. 21.

<sup>162</sup> Puisqu'il s'agit d'une nouvelle forme de monnaie de monnaie et non une nouvelle monnaie. Le préalable à l'introduction de cette nouvelle forme de monnaie dans l'écosystème monétaire est sa soumission aux dispositions normatives en vigueur.

<sup>163</sup> Art 8 du statut de la BEAC.

<sup>164</sup> L'on note que l'évolution scientifique impose l'évolution du droit. Autrefois fondé sur la matérialité, le droit monétaire devrait intégrer l'immatériel comme valeur. On ne devrait plus parler de ce fait du stasisme du droit car ce dernier change aussi vite que change le vêtement et la parure. Sur le stasisme du droit lire George RIPERT, *les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris 1955, pp. 36 et suivant.

dispositions des statuts de la BCEAO doivent être réajustées. C'est le cas de l'article 12 desdits statuts. Cet article dispose : « *en vertu des dispositions de l'article 26 du traité de l'UMOA, la banque a le privilège exclusif d'émettre des signes monétaires, billets et pièces ayant cours légal et pouvoir libératoire dans les États membres de l'UMOA* ». Cette disposition textuelle doit être adaptée dans la société actuelle dominée par le numérique. Il est attendu des autorités monétaires de l'UEMOA qu'elles prévoient la possibilité pour la BCEAO d'émettre la monnaie numérique. L'institution d'une telle monnaie serait salubre dans la perspective de la construction d'un droit monétaire qui tient compte des enjeux de la numérisation de la société.

En outre, l'obligation de conformité de la monnaie numérique émise par les instituts d'émission d'Afrique subsaharienne francophone commande une étude axée sur les modèles de distribution de la monnaie numérique envisageable par les textes en vigueur. Sur ce point, en Afrique centrale, il convient de souligner que tous les acteurs de la chaîne monétaire ne sont pas habilités à avoir un compte dans les livres de la BEAC. La lettre de cette idée est formulée selon les termes suivants : « *La banque centrale peut ouvrir dans ses livres des comptes au trésor et aux comptables publics des États membres, aux établissements de crédit et à tout autre organisme expressément autorisé à cet effet par le conseil d'administration* »<sup>165</sup>. Si on s'en tient à la lettre de ce texte, la monnaie numérique banque centrale ne peut être distribuée directement aux citoyens. La solution compatible à la lettre et à l'esprit de l'article 9 des statuts de la BEAC serait la « *distribution intermédiée* » de la monnaie numérique banque centrale. Cette solution est transposable dans l'espace UEMOA. Dans cet espace le droit d'ouvrir des comptes dans les

livres de la BCEAO est reconnu exclusivement aux établissements de crédits et aux organismes publics. Une preuve de cette affirmation est tirée des termes suivants : « *la banque centrale peut ouvrir dans ses livres des comptes aux établissements de crédits et aux organismes publics. Les comptes visés à l'alinéa précédent ne peuvent présenter un solde débiteur* »<sup>166</sup>.

Il résulte des termes des dispositions textuelles citées que le citoyen n'est pas habilité à ouvrir les comptes dans les livres de la BEAC et de la BCEAO. Ce droit est accordé à des personnes limitativement énumérées<sup>167</sup>. La distribution intermédiée de l'unité monétaire numérique conformément aux statuts des instituts d'émission publique des deux zones milite en faveur de la création d'une monnaie numérique banque centrale de gros et non de détail. En effet, il existe deux types de monnaie numérique banque centrale : La monnaie numérique banque centrale de gros et la monnaie numérique banque centrale de détail<sup>168</sup>. La première citée est destinée à des groupes restreints. Elle est distribuée aux acteurs de la chaîne monétaire qui dispose des réserves auprès de la banque centrale. Elle permet donc de faciliter les opérations de paiement et règlement de gros<sup>169</sup>.

La monnaie numérique banque centrale de détail, quant à elle, est utilisée comme un mode de paiement ou monnaie légale pour les transactions de détail. La politique juridique actuelle de la BEAC et de la BCEAO doit être remaniée. En effet, l'avènement d'une monnaie numérique banque centrale exclusivement de gros est un facteur de déconnexion de la politique monétaire et de la politique économique à l'ère du numérique. De toute évidence, l'un des objectifs primordiaux de la politique économique dans l'espace CEMAC et

<sup>165</sup> Art 9 des statuts de la BEAC.

<sup>166</sup> Art 23 des statuts de la Banque centrale des États de l'Afrique de l'ouest.

<sup>167</sup> Il s'agit des établissements de crédits et des organismes publics.

<sup>168</sup> Lire sur ce point Christian BOISSIEU, « Les monnaies numériques des banques centrales : où en est-on ? où va-t-on ? », in *Policy Brief*, n-19/23-Avril 2023, PP.1-9.

<sup>169</sup> L'on note que la raison d'être de la monnaie digitale banque centrale de gros est de faciliter le transfert de valeur efficacement. Cela passe par la suppression des intermédiaires entre l'expéditeur et le destinataire entre les acteurs de la chaîne monétaire. Sur cet aspect lire Harvard Kennedy school belfer center and atlantic council, qu'est-ce qu'une monnaie digitale banque centrale ? En ligne consulté le 22 janvier 2024 à 23 heures

l'espace UEMOA est la stabilité des prix et par voie de conséquence, la préservation de la valeur de l'unité monétaire en vigueur<sup>170</sup>. Cela étant, pour intensifier la liaison entre la politique monétaire et la sphère économique, il est nécessaire de distribuer efficacement la monnaie. Pour y parvenir les normes en vigueur doivent être remaniées. L'article 9 remanié des statuts de la BEAC et l'article 23 réécrit de la BCEAO doivent pouvoir donner la possibilité à la banque centrale de distribuer la monnaie numérique banque centrale de détail afin de soutenir l'activité économique. Cette ligne de raisonnement que nous partageons est défendue par une ligne doctrinale émergente<sup>171</sup>. C'est ainsi qu'à l'ère du numérique, la société est caractérisée par la démocratisation des portes monnaie électroniques<sup>172</sup>. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que le nombre de compte de paiement est passé de 24,7 millions à la fin de l'année 2019 à 30 millions en Décembre 2020 de la population est détentrice d'un porte-monnaie électronique dans l'espace CEMAC<sup>173</sup>. La situation n'est pas différente dans l'espace UEMOA. L'on note une augmentation des établissements de paiements par monnaie

électronique<sup>174</sup>.

Partant de ce constat, la monnaie numérique banque centrale de détail pourrait être un outil de relance économique plus efficient. Par conséquent elle constitue un complément aux instruments classiques de politique économique<sup>175</sup>.

La deuxième interrogation a trait au du cours légal de la monnaie numérique banque centrale et de son taux de change. Il est évident que les règles existantes en la matière doivent être adaptées aux paradigmes monétaires avens. Pour y parvenir, point n'est besoin de créer des normes spécifiques.

Bien qu'à la réalité la monnaie numérique banque centrale soit différentes de la monnaie fiduciaire, cependant, par l'effet de fiction juridique comme instrument de construction du droit<sup>176</sup>, la monnaie numérique banque centrale pourrait être assimilée à la monnaie fiduciaire et par voie de conséquence soumise à son cours légal.

La conclusion qui doit être tirée est qu'un nouveau paradigme monétaire est en gestation. Les États membres de la BCEAO et la BEAC devraient s'y adapter. Cela étant, la structure de l'unité monétaire actuelle en

<sup>170</sup> Ces objectifs sont clairement affirmés par les dispositions des statuts de la BEAC et ceux des statuts de la BCEAO.

<sup>171</sup> Sur ce point lire Christian PFISTER, *Paiements, Monnaie et finance à l'ère du numérique les questions à long terme*, Paris, Fondation pour l'innovation politique, 2022, 49 Pages. En ligne consulté le 08 octobre 2023 à 20 heures

<sup>172</sup> L'on note que dans les deux espaces étudiés, le nombre de compte de paiement est passé de 24,7 millions à la fin de l'année 2019 à 30 millions en décembre 2020 dans zone BEAC. Dans l'espace UEMOA la démocratisation de comptes de paiement électronique se manifeste par l'augmentation des établissements de monnaies électroniques. Lire BEAC, rapport sur les services de paiement par monnaie électronique dans la zone CEMAC année 2020, en ligne consulté le 12 décembre 2023. Lire aussi BCEAO, rapport sur les établissements de monnaie électronique du 12 septembre 2023, en ligne consulté le 12 décembre 2023 07 heures

<sup>173</sup> Lire sur ce point le Rapport de la BEAC sur les services de paiement par monnaie électronique dans la CEMAC en 2020.

<sup>174</sup> Sur ce point lire BCEAO rapport sur les établissements de monnaie électronique en date du 12 septembre 2023. En ligne, consulté le 12 décembre 2023 à 12 heures.

<sup>175</sup> Ces instruments classiques sont de deux ordres : il s'agit tout d'abord de la politique budgétaire et de la politique monétaire. La première est menée par l'État à travers le levier budgétaire. La deuxième est mise en œuvre par les instituts d'émission de la monnaie. Sur le sujet lire Agnes BERASSY-QUERE, Benoit COEURÉ, Pierre JACQUET, Jean PISANI-FERRY, *Politique économique*, Bruxelles, De Boeck supérieur SA, 3<sup>ème</sup> éd 2014, 769 pages.

<sup>176</sup> L'on note que les fictions juridiques participent à la construction du droit en général et du droit monétaire en particulier. En matière monétaire le droit contrevient à la réalité économique et à la réalité matérielle dans le but de la soumettre aux impératifs propres de l'ordre juridique. L'avènement de la monnaie numérique banque centrale ne saurait être porteur d'incertitude juridique et économique. Par le biais de la fiction, bien que distinct le cours légal de la monnaie matérielle pourrait être transposé à la monnaie numérique. Sur ce point lire J.L BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Paris 2001. P. 74. Lire également Jean Louis BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *in Revue de droit McGill*, Vol.33, 1988, PP.358-386. Lire aussi Guillaume WICKER, « Notion et fonctions des fictions », *in revue juridique Thémis*, 2021, PP.639-650.

vigueur dans les pays membres de l'UMAC et de l'UMOA pourraient parfaitement s'accommoder au numérique sous l'impulsion des autorités monétaires. C'est un appel à une évolution maîtrisée du droit en matière monétaire. Cette dernière implique aussi l'étude de l'assiette de l'extension de l'unité monétaire à l'ère du numérique.

### **B- La précision de l'assiette de l'extension**

Les monnaies cryptographiques recèlent plusieurs réalités parmi lesquelles les actifs numériques<sup>177</sup>, ces derniers doivent être maniés par les entités de métier et de l'art. Dans la perspective de l'avènement d'un droit monétaire post moderne tributaire de la numérisation de la société, des nouveaux acteurs doivent se mouvoir dans l'écosystème monétaire en Afrique subsaharienne francophone. Cet écosystème monétaire est caractérisé par l'avènement d'un nouvel objet juridique « *l'actif numérique* ». Ces acteurs sont nécessaires car de leur habilité leur maîtrise du monde numérique et des produits y subséquents dépendra la viabilité de cet écosystème monétaire. Cette extension impose une sélection des acteurs et des crypto-actifs intégrables dans la sphère monétaire. De ce fait, nous envisageons l'extension mesurée de la structure de l'unité monétaire au plan personnel (1) et cantonnée au plan matériel (2).

#### **1- L'extension personnelle mesurée**

Les mutations technologiques ont généré une industrie monétaire d'essence numérique. Cette industrie très peu structurée et régulée doit être adossée sur les entités aptes à relever les défis de la société numérique. La création monétaire à l'ère du numérique ne saurait s'accommoder du principe de la liberté de commerce et de

l'industrie<sup>178</sup>. Le cadre juridique de l'émission de la monnaie dans l'espace CEMAC et dans l'espace UEMOA, doit être remodelé face à l'exigence de l'avènement de la monnaie numérique. Rappelons-le, la création monétaire est une prérogative originelle de l'État. Cependant, cette prérogative a été déléguée aux instituts d'émission publique. En Zone CEMAC, les statuts de la BEAC ont fait sien cette idée. Ils prévoient que : « *la banque centrale a le privilège exclusif d'émettre les billets de banque et la monnaie métallique qui ont cours légal et pouvoir libératoire dans les États membres de l'union* »<sup>179</sup>. Dans l'espace UEMOA, il faut se référer à l'article 12 des statuts de la BCEAO. Cet article dispose qu' : « *en vertu de l'article 26 du traité de l'UMOA, la banque centrale a le privilège exclusif d'émettre des signes monétaires, billets et pièces ayant cours légal et pouvoir libératoire dans les États membres de l'UMOA* ».

Seulement, la création monétaire peut aussi être le fait des établissements de crédits<sup>180</sup>. Si l'on peut admettre dans le cadre de la monnaie matérielle, on doit tout aussi bien concevoir la création de la monnaie numérique par les banques centrales et par les établissements de crédits. Cela est d'autant plus possible car il existe une monnaie numérique banque centrale de gros et une monnaie numérique banque centrale de détail.

Au regard des considérations qui précèdent l'extension personnelle suggérée réside sur deux points saillants : l'admission explicite des instituts d'émission publique comme organe compétent pour émettre la monnaie numérique banque centrale de gros et la consécration du droit pour les banques secondaires de créer la monnaie numérique de détail.

<sup>177</sup> Puisqu'ils ne sont pas aisément catégorisables. Ils sont une catégorie hybride, voire complexe. Ce qui induit une complexification de leur régime juridique.

<sup>178</sup> En clair, dans notre corps social, les mains inexpertes se sont lancées dans la promotion de la monnaie virtuelle à travers des structures clandestines. Cette clandestinité est un facteur permissif du financement du terrorisme international et des atteintes aux patrimoines. Sur la question, lire le discours du premier président de la cour suprême du Cameroun lors de la rentrée solennelle de la cour

suprême en février 2023. Lire également Georges Bell BITJOKA, Cours sur la cybercriminalité et les crypto-monnaie, Eiforces année académique 2022-2023, inédit.

<sup>179</sup> Art 8 statuts de la BEAC.

<sup>180</sup> En clair, les établissements de crédits dans l'espace UEMOA et CEMAC sont habilités à faire les opérations de banque. Comme opération de banque, se trouve en bonne place les opérations de crédits. Ces opérations contribuent à la création monétaire.

S'agissant tout d'abord de la création de la monnaie numérique banque centrale, l'opérationnalité juridique d'une telle mesure repose sur la modification des statuts de la BEAC et de la BCEAO. En ce qui concerne les acteurs de l'émission de la monnaie numérique de détail, il est impérieux de réajuster le cadre juridique des activités des établissements de crédits en Afrique subsaharienne francophone.

Dans l'espace CEMAC, le cadre juridique des établissements de crédit est institué par la convention de 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire en Afrique centrale. Ce texte permet aux établissements de crédit de faire des opérations de crédit, qui constituent comme nous l'avons soulevé plus haut des actes de création monétaire. La base juridique de cette idée est formulée dans les termes suivants : « *les établissements de crédit sont des organismes qui effectuent à titre habituel des opérations de banque. Celles-ci comprennent la réception des fonds du public, l'octroi du crédit (...), la gestion des moyens de paiements* »<sup>181</sup>.

Dans l'espace UEMOA, il faut se référer à la loi cadre révisée portant réglementation bancaire dans ladite zone. La lettre de cette idée dans cette loi se présente selon la formule suivante : « *constitue des opérations de banque au sens de la présente loi, la réception des fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiements* »<sup>182</sup>.

La progression du cadre juridique des activités des établissements de crédit en Zone CEMAC et en zone UEMOA est suggérée aux autorités monétaires desdites zones. Les cadres juridiques prospectifs doivent promouvoir l'émission de la monnaie

numérique de détail par les banques secondaires. Juridiquement, cela passe par l'extension des opérations de banque dans les deux zones<sup>183</sup>. En clair, il s'agit d'admettre explicitement la possibilité d'octroi du crédit par la monnaie numérique de détail. Après cette suggestion, reste posée la question de la distinction entre virement bancaire opéré dans le cadre d'une convention de crédit et l'octroi du crédit par le truchement de la monnaie numérique de détail. Sur ce point, pour un auteur<sup>184</sup> le virement bancaire constitue un mode de transfert de la monnaie scripturale. Il s'en suit qu'il est un simple mécanisme scriptural de transfert des fonds. L'octroi du crédit par monnaie numérique de détail, bien qu'ayant une apparentée avec le virement de la monnaie scripturale<sup>185</sup>, se démarque de cette dernière sur un point : Il recèle une spécificité. Cette spécificité repose non seulement sur la forme de la monnaie mais aussi le support de transmission de la monnaie. Se référant au tout d'abord à la forme de monnaie, il est évident que l'octroi du crédit par monnaie numérique de détail porte sur la monnaie numérique. A l'inverse, l'octroi du crédit par virement bancaire porte sur la monnaie scripturale. En prenant la variable du support de transfert, le transfert de fond dans le cadre du virement bancaire s'opère de compte en compte. Tandis que l'octroi du crédit par monnaie numérique de détail mobilise la technologie blockchain.

### **1-L'extension matérielle cantonnée**

Les actifs numériques sont constitués en deux sous-ensembles : les jetons qui sont des actifs représentant un ou plusieurs droits sous formes numériques ; et les monnaies virtuelles qui sont des actifs représentant une valeur d'échange sous la forme numérique.

Cette catégorisation des actifs numériques paraît simple à première vue.

<sup>181</sup> Art 4 annexe de la convention de 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États d'Afrique centrale.

<sup>182</sup> Art 2 al 2 de la loi cadre portant réglementation bancaire dans l'union monétaire ouest Africaine.

<sup>183</sup> La zone CEMAC et la zone UEMOA sont caractérisées par un quasi immobilisme en matière de réglementation bancaire et plus particulièrement en matière de finance numérique. Il devient donc impérieux d'adapter les textes de ces deux zones aux enjeux de la finance numérique. Sur ce point Willy

Stéphane ZOGO, « La régulation de la finance numérique en Afrique subsaharienne francophone : entre insuffisance d'anticipation et urgence d'adaptation », in *revue de la recherche juridique et politique*, Mars- Avril 2023, PP.257-271.

<sup>184</sup> Jean-Luc GRACIA, « la nature du virement : la qualification juridique d'un procédé extralégal », in *labase lextenso*, avril 2008, n-079, P.4.

<sup>185</sup> Puisque que les deux monnaies sont dématérialisées.

Seulement à la réalité, les actifs numériques peuvent revêtir plusieurs casquettes<sup>186</sup>. Se fondant sur ce constat, les actifs numériques à valeur d'échange peuvent être qualifiés d'instrument financier et par conséquent rattachés aux règles du marché financier UEMOA ou CEMAC et à l'inverse, rattachés aux règles de droit monétaire CEMAC ou UEMOA. Il découle de cette observation préalable que tous les actifs numériques ne peuvent être intégrés dans l'écosystème monétaire légal.

Il devient par conséquent impérieux de saisir ces phénomènes et par voie de conséquence sélectionner ceux qui sont éligibles dans l'écosystème monétaire légal. Cela nécessite au préalable de traiter la question de la qualification juridique des crypto-actifs à valeur d'échange. Cette opération implique une observation des traits saillants de ces derniers.

La question de la qualification juridique des actifs numériques à valeur d'échange sera exclusivement axée sur les jetons stables à l'instar des stable coins. Ceci parce que leur raison d'être est le souci de concilier deux mondes : Celui de la monnaie légale dont les attributs sont l'ordre hiérarchique, la vocation à l'unicité et la stabilité du pouvoir d'achat et celui des crypto-actifs par la décentralisation, le foisonnement et l'instabilité de leur valeur<sup>187</sup>. Pour certains analystes<sup>188</sup>, ces derniers lèvent durablement la barrière de volatilité qui les empêche d'être qualifiés de monnaie. Cependant, la stabilité des stable coins ne leur confère pas automatiquement la qualité

monétaire. Pour être qualifiée de monnaie, une chose doit être dotée de fongibilité absolue. S'agissant des stable coins la question de leur qualité monétaire n'a pas fait l'unanimité dans la doctrine.

Pour certains régulateurs les stable coins seraient de la monnaie électronique<sup>189</sup>. Par conséquent, ils sont exclus de la réglementation des marchés financiers et inclus dans la réglementation monétaire.

Cette proposition paraît à priori fondée au regard de la virtualité des stable coins. Cependant, elle doit être relativisée. Puisque la monnaie électronique est contrôlée par la banque centrale. Par ailleurs elle est rattachée à une monnaie ayant cours légal et représente numériquement une valeur<sup>190</sup>. Ce qui ne semble pas être le cas des stable coins.

Pour l'organisation internationale de la commission des valeurs, les jetons stables seraient des instruments financiers<sup>191</sup>. Sur ce point il est excessif de rattacher sans nuance tous les stable coins aux instruments financiers. Ceci, en raison d'une part du caractère pluriel des jetons stables et d'autre part du visage pluriel des titres financiers dans l'espace CEMAC et UEMOA<sup>192</sup>. Cela étant, si de nos jours, nombreux projets d'émission de titres financiers représentés par un jeton se développent<sup>193</sup>, de l'avis des experts, avis que l'on partage, les jetons émis dans le cadre des appels publics à l'épargne ne correspondent pas toujours à la catégorie de titres financiers<sup>194</sup>. Les titres financiers sont une catégorie d'instruments financiers en zone

<sup>186</sup> En effet, les concepts juridiques peuvent être rattachés à plus d'une catégorie juridique. C'est généralement le cas en présence des catégories juridiques cumulatives et hybrides. Sur cette question lire Jean Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, pp. 119 et s.

<sup>187</sup> Anastasie MALARCHINOS, Christian PFISTER « Stable coins : Le meilleur des mondes ? », In *revue française d'économie* 2020 (4) Vol XXXV pp. 23-57.

<sup>188</sup> Lire BSI ECONOMICS, Les stable-coins, danger public ou monnaie future, p. 2 et 5 en ligne, consulté le 25 octobre 2023 à 17 heures.

<sup>189</sup> Voir le rapport de la banque centrale européenne et le groupe de travail du G7 sur les stable-coins.

<sup>190</sup> Voir MOISE NZEMEN, op.cit. p. 282.

<sup>191</sup> Déclaration de l'organisation internationale des commissions des valeurs du 4 novembre 2019. [www.iosco.org/newspolf/iosconews5550.polf](http://www.iosco.org/newspolf/iosconews5550.polf). Consulté le 25 octobre 2023.

<sup>192</sup> L'article 6 sur règlement CEMAC portant organisation et fonctionnement du marché financier énumère les différents titres financiers, il s'agit des valeurs mobilières, des effets publics négociables issus de la titrisation de la dette intérieure d'un ou de plusieurs États membres de la CEMAC ; des titres de créances négociables ; les sukuk et les titres assimilés, ainsi que les titres financiers digitaux.

<sup>193</sup> Voir l'émission des titres financiers par la société générale à hauteur de 100 millions d'euros le 19 Avril 2019 cité dans le rapport de l'autorité des marchés financiers en France 2021.

<sup>194</sup> Ibid.

CEMAC et UEMOA<sup>195</sup>. Ces titres financiers comprennent les valeurs mobilières ; les effets publics négociables issus de la titrisation de la dette intérieure ou de plusieurs États membres de de la CEMAC et les titres de créance négociables supervisés par les instituts d'émission publique<sup>196</sup>.

En zone CEMAC, ces instruments financiers peuvent être émis par voie digitale. Pour preuve l'article 7 du règlement CEMAC révisé portant organisation et fonctionnement du marché financier sous régional en Afrique centrale dispose que : « *les titres financiers visés dans le présent règlement sont inscrits soit dans un compte de titres tenu par l'émetteur ou par un intermédiaire dûment agréé soit dans un dispositif électronique partagé ou tout dispositif équivalent permettant d'identifier, directement ou indirectement le propriétaire dudit titre* ». Dans l'espace UEMOA, les textes sont muets sur la question des titres financiers digitaux<sup>197</sup>. Cela est fort regrettable. Cependant, il faut le relever, tous les jetons stables émis par le biais d'un dispositif électronique ne peuvent être assimilés à des titres financiers. En effet, les valeurs mobilières constituent une typologie de titres financiers qui confèrent des droits politiques et financiers à leurs titulaires<sup>198</sup>. Le législateur dans l'espace l'UEMOA s'est contenté de réglementer le marché de la finance islamique<sup>199</sup>. Ce qui n'est pas le cas de tous les jetons stables émis dans le cadre d'un dispositif électronique. Mais, il ne faut pas conclure à une disqualification totale. La

raison est que certains jetons stables émis par le canal d'un dispositif électronique peuvent être qualifiés d'instruments financiers sous le prisme de contrats financiers et par conséquent soumis aux règles du marché financier. À l'inverse ceux qui n'entrent pas dans cette coupole seront soumis aux règles de droit monétaire.

Les contrats financiers ou instruments financiers à terme sont expressément érigés en instruments financiers en dans l'espace CEMAC et dans l'espace UEMOA<sup>200</sup>. La qualification d'instruments financiers est susceptible de s'appliquer aux contrats portant des sous-jacents financiers et non financiers<sup>201</sup>. Pour étayer cette opinion largement admise par la doctrine, il faut relever au préalable que de nouveaux instruments ont pu être identifiés par les organes de régulation des marchés financiers étrangers. C'est le cas « *d'option* », de « *CFD* » voire de « *Rolling spot fore* » ayant pour sous-jacent des cryptos actifs tels que le bitcoin, l'éther ou ripple<sup>202</sup>. Dans cette optique, les produits dérivés ayant pour sous-jacent certains crypto-actifs seraient des instruments financiers car constituant des contrats financiers à terme<sup>203</sup>. S'agissant du sous-jacent, il ne faut point conclure qu'il existe un lien consubstantiel entre la qualification du produit dérivé et son sous-jacent. Il existe par conséquent une déconnexion entre la qualification d'un produit dérivé et la nature de son sous-jacent. Il découle de ce postulat qu'un produit dérivé n'est pas nécessairement un crypto actif, ni

<sup>195</sup> Art 5 du règlement révisé portant organisation et fonctionnement du marché financier sous régional. Voir également article 36 du règlement général de la bourse des valeurs mobilières de l'Afrique de l'ouest.

<sup>196</sup> Art 6 règlement révisé portant organisation et fonctionnement du marché financier sous régional.

<sup>197</sup> Ni le règlement général portant organisation et fonctionnement du marché financier ouest Africain, ni le règlement général de la bourse des valeurs mobilière d'Afrique de l'ouest n'en fait écho.

<sup>198</sup> Art 3 al 1 du décret N-2014/3763/PM du 17 novembre 2014 fixant les conditions d'application de la loi N-2014/007 du 23 avril 2014 fixant les modalités de la dématérialisation des valeurs mobilières.

<sup>199</sup> Voir sur ce point règlement n-10/2022/CM/UEMOA du 30 septembre 2022 relatif

aux titres financiers islamiques, aux sociétés d'émission de sukuk autogérés et aux fonds d'émission de sukuk dans l'espace UEMOA.

<sup>200</sup> Art 5 règlement CEMAC portant organisation et fonctionnement du marché financier sous régional d'Afrique centrale et Art 744 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique. Voir aussi art 2, 5, 8, 137 du règlement CEMAC du 21 juillet 2002 portant organisation et fonctionnement du marché financier sous régional d'Afrique centrale.

<sup>201</sup> Alice BARBET MASSIN, Alexandre LOURIMI, William O'OROKÉ, Claire PION, *Droit des crypto-actifs* lexis Nexis Paris 2021, p.284.

<sup>202</sup> V. AMF, Analyse sur la qualification juridique des produits dérivés sur les crypto actifs, 2021, en ligne consulté le 25 octobre 2023 à 22 heures.

<sup>203</sup> *Ibid.*

une monnaie, voire une marchandise. Cette position qu'on partage est largement admise par la doctrine financière<sup>204</sup>.

La conclusion qui doit être tirée est que les produits dérivés ayant pour sous-jacent des cryptos actifs à l'exemple des stables coins, n'ont pas de qualité monétaire. Juridiquement, ils entrent dans la catégorie des titres financiers. Ils ne sont pas de ces faits rattachés aux règles de droit monétaire, mais, à celles du droit des marchés financiers en vigueur dans l'espace CEMAC et UEMOA.

Les contrats financiers à terme sont pluriels en Afrique subsaharienne francophone. Cependant, d'entrée de jeu, on relève que le législateur OHADA ne s'aventure pas à édicter ne fût-ce qu'une définition. Il laisse sûrement le soin à l'autorité dont parle l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupements d'intérêts économiques<sup>205</sup> de le faire. Ces contrats impliquent une mécanique d'engagement à terme. Ce terme constitue le socle de la définition d'un produit dérivé<sup>206</sup>. Cela étant, il faut bien s'assurer que le produit objet de qualification correspond aux caractéristiques des contrats financiers à terme<sup>207</sup>. Le produit dérivé repose par conséquent sur une mécanique d'engagements à terme consubstantiellement liés aux contrats financiers. Il existe par conséquent un lien consubstantiel entre le produit dérivé et le terme sous-jacent. Ce qui fonde le produit dérivé est son sous-jacent. En effet, les instruments financiers à terme sont des contrats dont la valeur dépend des autres actifs financiers ou ce que l'on appelle sous-

jaçant<sup>208</sup>. C'est particulièrement le cas « d'option », de « CFD » et de « Rolling spoft forex ». Ils ont pour sous-jacents des cryptos actifs tel que le Bitcoin, l'Ether et le Ripple. Leur qualification en contrat numérique les exclue de la réglementation monétaire puisque la nature juridique du sous-jacent ne participe pas à la qualification du produit dérivé.

En conséquence, les jetons stables émis dans le cadre d'un appel public à l'épargne dans un dispositif électronique revêtent l'étiquette juridique de titres financiers, car entrant dans la catégorie des contrats financiers à terme. Ceux qui n'entrent pas dans cette catégorie échappent à la réglementation des marchés financiers et peuvent par conséquent être intégrés dans l'écosystème monétaire. Cependant, pour être qualifié de monnaie, il faut encore que le stable coin exclus de la réglementation des marchés financiers soient adossés à des liaisons<sup>209</sup>. Vu que dans l'écosystème monétaire post moderne, les jetons stables se réfèrent à un ou plusieurs actifs. Ils conservent une valeur stable en se référant à la valeur de plusieurs monnaies fiat qui ont un cours légal<sup>210</sup> ou à une matière première ou à un ou plusieurs crypto -actifs ou à une combinaison de tels actifs. Sous ce prétexte, l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone étant régie par la règle de la parité fixe, la liaison entre cette dernière et les stable coins pourrait *a priori* donner la qualité monétaire à ces derniers. Cependant une analyse minutieuse de la question, laisse entrevoir que les stable coins

<sup>204</sup> Sur ce point, voir F. LACROIX, « les places financières alternatives : propos relatif aux approches régulatrice concernant les plateformes de CROWDFUNDING et d'échange de bitcoin (...), p.66 ; voire aussi F. DRUMMUND, « Bitcoin : du service de paiement au service d'investissement », in *Bull. Joly bourse*, mai 2014, p.249.

<sup>205</sup> Willy ZOGO, « CEMAC/UEMOA les contrats financiers prévu par le droit OHADA et les marchés financiers : par où commencer ? », in *Droit financier*, consulté le 24 octobre 2024 à 17 heures.

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> Willy ZOGO, « CEMAC/UEMOA les contrats financiers prévu par le droit OHADA et les marchés financiers : par où commencer ? », in *Droit financier*, consulté le 24 octobre 2023 à 13 heures.

<sup>209</sup> Ces liaisons peuvent être des actifs de valeur tels que les devises individuelles, un panier de monnaie ou des matières premières. Sur ce point, lire utilement Association Suisse des Banquiers « De nouvelles devises pour la Suisse », in *Document de réflexion de l'ASB*, Juin 2021, P.5.

<sup>210</sup> Cf. Geoffrey BANNISTER, Malin GARDBERG, Jarkko TURUNEN, « Dollarisation and Financial développement », 2018. <https://www.IMF.Org/media/files/Publications/WP/2018/WP18200.ash> consulté le 25 octobre 2023 ; lire aussi Ludovic LARS, « Qu'est-ce qu'une monnaie FIAT ? », in *cryptoas.fr*, en ligne consulté le 25 octobre 2023.

liés à une monnaie fiat à l'exemple du franc CFA n'ont pas de qualité monétaire. Puisque la nature du sous-jacent n'influe pas sur la qualification du produit dérivé.

Cependant, les stable coins adossés sur le franc CFA seraient une monnaie liaison<sup>211</sup> et non une monnaie fiat<sup>212</sup>. Elle est plutôt adressée à cette dernière et ne peut emprunter sa nature. Seulement, au-delà de la question des qualités monétaires des stable coins, il se pose le problème de l'opportunité d'adosser les stable coins sur le Franc Fca au moment où ce dernier est menacé. Le problème vaut son pesant d'or car, il est riche d'enjeu. En effet, depuis un certain temps, le débat sur l'opportunité pour les pays de la zone franc de sortir du Franc CFA refait surface<sup>213</sup>. C'est particulièrement le cas des pays membres de la confédération du Sahel<sup>214</sup>. Les gouvernements des États de cette confédération ont signé le traité constitutif de la confédération le 06 juillet

2024. Cela augure implicitement la sortie de la CEDEAO. De l'avis des spécialistes, face à cette situation, l'adoption prochaine d'une monnaie commune à la confédération devient plausible<sup>215</sup>. Or, dans cette hypothèse, l'efficacité de l'écosystème monétaire est tributaire de la stabilité des monnaies nationales projetées. En effet, les monnaies nationales ou régionales prospectives pourraient constituer des garanties de la valeur des stable coins<sup>216</sup>. Pourtant, l'expérience montre que certaines expériences de monnaies nationales n'ont pas tenues la promesse des fleurs. C'est le cas du Naira<sup>217</sup> et du Cedi du Ghana<sup>218</sup>. Cela étant, l'adossement des stable coins sur les monnaies nationales dans le cadre d'un avenir monétaire souverain est tributaire non seulement de la capacité des États à mettre sur pieds des systèmes monétaires qui garantissent la maîtrise de l'inflation mais aussi, la stabilité des prix. C'est assurément

<sup>211</sup> La monnaie liaison est une monnaie adossée à une unité monétaire légale. A l'ère du numérique, l'on note que plusieurs gouvernements ont initié des projets d'indexation de leur crypto monnaie nationale à leur monnaie fiat ou aux matières premières. S'agissant du premier cas, on peut citer le Royaume uni qui pourrait lancer sa crypto monnaie indexée sur la livre sterling. On peut aussi relever la Russie intéressée par la création d'une cryptorouble indexée sur le rouble russe. Relativement au deuxième cas, le Venezuela par exemple projette indexer sa crypto monnaie sur sa ressource clé notamment le pétrole. Sur ces questions lire Alexandre BERTIN, « Les matières premières, nouveau terrain de jeu pour les crypto-monnaies », in Unitec, Déc. 2017, en ligne, consulté le 11 février 2024.

<sup>212</sup> La monnaie fiat est une monnaie émise par les pouvoirs publics et contrôlé par les instituts d'émission. Elle circule entre les acteurs de la chaîne monétaire à l'exemple de la banque centrale, des banques commerciales et les prestataires de paiement. Sur la définition de la monnaie fiat lire, [WWW.postfinance.ch](http://WWW.postfinance.ch). En ligne consulté le 11 février 2024.

<sup>213</sup> Lire sur ce point, Patrick GUILLAUMONT et Sylviane GUILLAUMONT, « La zone Franc en perspective », in *cairn infos*, 2005, P.6. Lire également Ahmadou Aly MBAYE, Ibrahim Thione DIOP et Fatou GUEYE, « Sortie des pays Africains de la zone Franc : entre mythe et réalité », in *Revue interventions économiques*, hors-série 2017, PP,94-99.

<sup>214</sup> Il s'agit entre autres de la République du Mali, du Burkina Faso et du Niger.

<sup>215</sup> Nikolay NENOVSKY et Gildas BONDY, « Vers une monnaie commune des pays de l'AES basée sur les ressources naturelles : Approches théoriques et aspects pratiques », in *working paper series*, n°2, 2024, 17 pages. En ligne. Consulté le 28 janvier 2025.

<sup>216</sup> Les stable coins pourront être basés sur ces monnaies régionales ou nationales. Cela étant, ils pourront être stabilisés grâce au contrôle actif ou automatisé des monnaies susvisées. Lire utilement Thibaud GUILLEBOM, *Les monnaies virtuelles : essai sur l'intégration d'une nouvelle classe d'actifs dans les concepts fondamentaux de droit privé*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2022, P.108.

<sup>217</sup> Le Naira est une monnaie dont le cours n'est pas stable du fait du taux de change flottant et de la dépendance de l'économie Nigérienne des revenus des exportations du pétrole. Sur ce point lire utilement, Patrick GUILLAUMONT et Sylviane Jeanneney GUILLAUMONT, *op.cit.*, P.7.

<sup>218</sup> La monnaie du Ghana a subi une dépréciation historique dû à une inflation de plus de 50% et de l'effondrement du cours de la monnaie, doublé de l'augmentation du prix du carburant à la pompe. Lire sur ce point, Patrick Market et Kent MENSAH, « Inflation, dépréciation de sa monnaie et endettement : le Ghana s'enfoncé » in *Lorient-le jour*, le 14 décembre 2022, P.

pour cette raison les pays membres de la CEDEAO ont initié un plan d'action d'alignement des monnaies des États membres de la CEDEAO dans le cadre du passage à la monnaie unique de la communauté<sup>219</sup>.

En définitive, il apparaît que l'avènement du numérique influence considérablement l'écosystème monétaire. L'apparition des nouveaux objets numériques à l'instar des actifs numériques à valeur d'échange pose le problème préalable de leur qualification juridique avant de statuer sur celle de leur possible intégration dans la structure de l'unité monétaire en vigueur. Ces derniers peuvent intégrer la structure de l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone aux prix de la configuration de leur forme actuelle. Ils doivent remplir les attributs juridiques et économiques de la monnaie. Cela est possible en ce qui concerne les stables coins exclus du régime du marché financier.

En tout état de cause, le numérique impose une évolution de la structure de l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne Francophone. Cependant, dans une telle circonstance, il n'est pas nécessaire de les figer dans les textes. En effet, dans monde dominé par l'évolution rapide de la technologie, des nouveaux objets technologiques sont susceptibles d'apparaître à l'avenir. Ce qui induira un réajustement perpétuel des règles de droit du moins en matière monétaire. Ce qui pose le problème de la conciliation entre l'inflation législative et la sécurité juridique. Il reste la question de savoir si l'intégration de la monnaie numérique dans la structure de l'unité monétaire en vigueur en Afrique subsaharienne francophone pourrait altérer sa nature de bien à la fongibilité absolue.

---

<sup>219</sup> Gbêmèho Mathieu TRINNOU, *Alignement des monnaies des États membres de la CEDEAO dans le cadre du passage à la monnaie unique de la*

*communauté*, Dakar, Centre ouest Africain de formation et d'études bancaire, 2020, 50 pages.

## L'ENCADREMENT DU LICENCIEMENT EN DROIT CAMEROUNAIS

Par

**TCHATAT NYA Raoul**

Ph.D en Droit des Affaires et Fiscalité

HDR en Droit Privé et Sciences Criminelles

Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de  
Garoua (Cameroun)

Courriel : [raoulchatat@yahoo.fr](mailto:raoulchatat@yahoo.fr)

Tel : (+237) 696 102 833 / 696 968 925

**Résumé :** L'encadrement du licenciement en droit Camerounais intéresse aujourd'hui non seulement les travailleurs et leurs employeurs mais aussi les acteurs de la recherche universitaire et les praticiens du droit social. C'est incontestablement un sujet toujours d'actualité qui a donné l'occasion d'un incessant va et vient du législateur entre le respect de la liberté de gestion du chef d'entreprise et le souci de protection des employés. Compte tenu notamment de l'avènement prochain de l'acte uniforme OHADA sur le droit du travail et en supposant que la réglementation actuelle du licenciement se maintienne, la problématique est alors orientée vers le point de savoir quelle est le véritable encadrement juridique du licenciement au Cameroun ? La réponse en est donnée à travers certes, l'effectivité de cet encadrement, mais qui a une portée relative.

**Mots clés :** licenciement, préavis, employeur, indemnité, motif, travailleur, entreprise.

**Abstract:** Supervision of dismissal Cameroon today not only interested workers and their employers but also the actors of academic research and practitioners of social law. It is undoubtedly a subject still current that gave the opportunity to a constant coming and going of the legislative between respecting the freedom of management of the manager and employee protection reasons. Particularly given the advent of the next uniform OHADA act on labor law and assuming that the current regulation of dismissal is maintained, the problem is then directed to the question what is the actual legal framework for the termination Cameroon? The answer is given through certainly the effectiveness of the framework, but which has a relative range.

**Keywords:** dismissal, notice, employer, compensation, pattern, worker, management.

## INTRODUCTION

Le licenciement<sup>1</sup> consacre la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Le Code du travail camerounais, actuellement en vigueur<sup>2</sup> précise que « *le contrat de travail à durée indéterminée peut toujours être résilié par la volonté de l'une des parties...* »<sup>3</sup>. Cet article pose ainsi le principe d'un droit de résiliation unilatérale du contrat de travail reconnu au travailleur et à l'employeur. Lorsque l'initiative de résiliation émane du travailleur, on parle de démission. Lorsqu'elle émane de l'employeur, il y a licenciement<sup>4</sup>.

La rupture peut être imputable au travailleur soit pour faute grave et faute lourde, soit pour inaptitude professionnelle ou physique<sup>5</sup>.

Le motif de la rupture peut aussi être d'ordre économique. On est en présence d'un licenciement pour motif économique<sup>6</sup>. C'est notamment le cas lorsque l'entreprise fait face aux difficultés économiques. Pour résoudre ces difficultés, le droit des procédures collectives d'apurement du passif prévoit le redressement judiciaire si la situation n'est pas irrémédiablement

compromise ou la liquidation des biens lorsque l'entreprise n'est plus redressable.

Au regard de ce qui précède, peut-on parler d'un véritable encadrement juridique de licenciement au Cameroun ? autrement dit, le dispositif normatif en vigueur protège-t-il efficacement le travailleur en matière de licenciement ?<sup>7</sup>

La possibilité de résilier unilatéralement le contrat de travail est une exception à la règle qui veut que les parties dans une relation contractuelle ne puissent se délier que si elles sont toutes deux consentantes. C'est ce que prévoit le code civil en son article 1134 alinéa 2 lorsqu'il dispose que : « *Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* »<sup>8</sup>. Ceci témoigne à suffisance la place de la liberté dans un contrat de travail. Mais, la possibilité de résiliation unilatérale n'est synonyme d'arbitraire. Dans tous les cas, la loi impose des conditions sans lesquelles cette résiliation n'est pas valable<sup>9</sup>.

Si l'employeur pense que le licenciement est pour lui un droit et le

<sup>1</sup> Jean GATSI, *Nouveau Dictionnaire Juridique*, P.U.L 2010, 2<sup>e</sup> édition, P.114.

<sup>2</sup> Voir la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code de travail. La législation en matière de droit de travail et social a évolué depuis l'indépendance jusqu'à nos jours. Le Cameroun a connu bien avant le Code de travail de 1967 issu de la loi n° 67-LF- 6 du 12 juin 1967 (voir Dieudonné WANDJI, *Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun*, p.5). Avant l'indépendance, le Cameroun appliquait le Code de travail français (Code de travail d'outre-mer) de 1952. Après l'unification du Cameroun intervenu le 20 mai 1972, il était judicieux d'adopter un Code de travail pour l'Etat unitaire. D'où la loi n° 74/14 du 27 novembre 1974 portant Code de travail (voir Jean Marie NYAMA, *Droit et contentieux du travail et de la sécurité sociale au Cameroun*, PUCAC, 2012, p. 39).

<sup>3</sup> Voir l'article 34 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de travail de 1992.

<sup>4</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), *Code du travail Camerounais annoté*, PUA, 1997, p. 59.

<sup>5</sup> Jean Marie NYAMA, *Droit et contentieux du travail et de la sécurité sociale au Cameroun*, PUCAC, 2012, pp. 132 et suivants.

<sup>6</sup> Voir Arrêté n° 021/MTPS/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement pour motif économique.

<sup>7</sup> Voir en ce sens, C.S arrêt n° 18/s du 13 novembre 2003, Affaire SIVA c/ CHOUMELE Daniel ; C.S arrêt n° 131/s du 10 juin 2004, Affaire BESSENE Samuel c/Société SICABO.

<sup>8</sup> Jean GATSI, *Code civil applicable au Cameroun*, 5<sup>e</sup> édition, P.U.L 2013, PP.166-167.

<sup>9</sup> Voir article 34 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de travail qui dispose que : « Cette résiliation est subordonnée à un préavis donné par la partie qui prend l'initiative de la rupture et doit être notifiée par écrit à l'autre partie avec indication du motif de la rupture »

travailleur un abus de droit, l'un ou l'autre n'a entièrement raison ni totalement tort. Il est donc intéressant d'examiner ce sujet afin d'apporter des précisions.

Positivement, le licenciement permet à l'employeur de se séparer d'un employé dont le comportement devient intolérable. Et dans le souci de préserver l'intérêt de l'entreprise et d'attirer l'attention des autres employés, il est fondé de congédier l'employé surtout si les motifs de licenciement lui sont imputables<sup>10</sup>.

Négativement, la résiliation du contrat de travail par l'employeur a des répercussions sur les plans économique et social. Dans le premier cas, l'employé licencié qui n'a plus de revenu a un pouvoir d'achat très faible. Quant au plan social, le licenciement crée des tensions dans les familles qui sont les cellules de base de la société.

Au regard de ce qui précède, nous précisons qu'il y a effectivité de l'encadrement du licenciement en droit camerounais d'une part (I). D'autre part, il faut noter que l'encadrement du licenciement en droit camerounais a une portée relative (II).

## **I- L'EFFECTIVITE DE L'ENCADREMENT DU LICENCIEMENT EN DROIT CAMEROUNAIS.**

Le droit positif camerounais<sup>11</sup> en matière de droit du travail<sup>12</sup> et plus précisément en ce qui concerne le licenciement est assez étoffé.

Pour que le licenciement produise des effets (B), il doit être subordonné au respect des conditions prévues par les textes en vigueur (A).

### **A- LES CONDITIONS DE VALIDITE DU LICENCIEMENT.**

Pour que le licenciement soit légitime et régulier, le texte<sup>13</sup> pose en effet l'exigence d'un motif de rupture (1) et d'un préavis (2)<sup>14</sup>.

#### **1- L'exigence d'un motif légitime du licenciement.**

La partie qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail a l'obligation de notifier à l'autre par écrit sa décision avec indication du motif de la rupture. Dès lors, dans tous les cas de licenciement, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve du caractère légitime du motif qu'il allègue<sup>15</sup>. La plus haute juridiction<sup>16</sup> n'hésite pas à rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt qui confirme la légitimité d'un

<sup>10</sup> Voir C.S arrêt n°25/s du 13 novembre 2003 Affaire MBISSICK René /c Société CTK.

<sup>11</sup> Voir le Code de travail de 1992 en ses articles 34 et suivants, l'Arrêté n° 016/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités d'attribution et de calcul de l'indemnité de licenciement ; l'Arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement pour motif économique,...

<sup>12</sup> Par définition, le droit du travail est l'ensemble des règles qui régissent les relations entre travailleurs et employeurs dans leurs rapports individuels (règles concernant le recrutement du travailleur dans

l'entreprise, les conditions de travail,...) et collectifs (règles concernant l'organisation et la gestion des intérêts collectifs du travail tels que les syndicats, les délégués du personnel, l'administration du travail...).

<sup>13</sup> L'article 34 du Code de travail en son alinéa 1<sup>er</sup> pour le motif de la rupture et l'alinéa 2 pour le préavis.

<sup>14</sup> Voir aussi Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 59.

<sup>15</sup> Article 39 alinéa 3 du Code de travail 1992.

<sup>16</sup> La Cour Suprême établie à Yaoundé dont la compétence est nationale.

licenciement en ces termes : « *la légitimité du licenciement du travailleur, compte tenu des pièces produites au dossier était donc légitime,...* »<sup>17</sup>. De cela, le licenciement ne peut intervenir que pour un motif légitime<sup>18</sup>

Le motif légitime renvoie aux raisons valables, acceptables qui justifient la rupture du contrat de travail<sup>19</sup>. Ce motif peut être personnel ou d'ordre économique.

**a) Licenciement pour motif personnel.**

Le motif personnel est lié, non pas à la vie personnelle du salarié, mais à son activité professionnelle<sup>20</sup>. Le licenciement peut résulter d'un comportement fautif du travailleur ou non et rendant impossible la poursuite des relations de travail.

**- Le licenciement résultant du comportement fautif du salarié.**

Ni le code civil, ni le code du travail ne donnent une définition de la faute. Le mérite revient à la doctrine qui la définit comme l'inobservation de toute prescription ou injonction émanant du chef d'entreprise dont l'opportunité économique ou technique est souverainement appréciée par lui<sup>21</sup>. Mais, la faute susceptible d'entraîner le licenciement n'est déterminée qu'après la classification faite par la jurisprudence. On distingue à cet effet la faute légère, la faute grave et la faute lourde.

La faute légère ou simple est sans incidence sur l'exécution de préavis et

ouvre droit à l'indemnité de licenciement<sup>22</sup>. C'est en fait un dérapage occasionnel ne justifiant pas un licenciement mais passible d'un avertissement, d'un blâme...

La faute grave est celle qui rend intolérable le maintien des relations de travail entre l'employeur et le travailleur, mais sans nécessiter le départ immédiat du travailleur qui conserve son droit de préavis.

La faute lourde est une faute extrêmement grave qui, d'après les usages de travail, rend intolérable le maintien du lien contractuel et justifie le départ immédiat du travailleur dans l'entreprise pour mettre un terme à ses effets néfastes sur le bon fonctionnement de l'entreprise<sup>23</sup>.

La Cour Suprême définit la faute lourde comme « *Une faute excessivement grave qui rend inconcevable le maintien du travailleur qui s'en est rendu coupable au sein de l'entreprise qui a subi les conséquences* »<sup>24</sup>. Cette faute rend intolérable le maintien du lien contractuel car compte tenu de son degré de gravité, elle peut compromettre les intérêts légitimes de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle le licenciement peut intervenir immédiatement sans respect du préavis. La faute lourde n'est pas réduite aux faits tels que la malversation financière, le vol, l'abus des biens sociaux,... Les absences, surtout celles non justifiées<sup>25</sup>, les absences

<sup>17</sup> C.S arrêt n° 131/s du 10 juin 2004 Affaire BESSENE Samuel c/société SICABO.

<sup>18</sup> Article 40 APAUDT

<sup>19</sup> Dieudonné WANDJI, *Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun*, p.56.

<sup>20</sup> Aubain PICHON, « Les licenciements au motif personnel en France : de la sanction individuelle de la main d'œuvre aux dispositifs de gestion de la firme flexible », *Revue Multidisciplinaire sur l'Emploi, le Syndicalisme et le Travail (R.E.M.E.S.T)*, 2007, Vol. 2, n°2, P.115.

<sup>21</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), *Op Cit*, p. 46.

<sup>22</sup> *Mémento Pratique Droit du travail et Sécurité sociale*, éd. Francis LEFEBVRE, 2002, n° 5659.

<sup>23</sup> Venant TCHOKOMAKOUA et Pierre Etienne KENFACK, *Droit du travail camerounais*, PUA, p.86 cité par Jean Marie NYAMA, *Droit et contentieux du travail et de la sécurité sociale au Cameroun*, PUCAC, 2012, p. 135.

<sup>24</sup> Voir C.S arrêt du 25 janvier 1979, inédit

<sup>25</sup> C.A du Centre, arrêt n° 126/soc du 24 janvier 2007, affaire TAG automobile c/ MAKIA BESSEM QUINTA, *Juridis périodique janvier-février-mars 2010*, P.65.

prolongées<sup>26</sup> et les absences pour maladies sans pièces justificatives<sup>27</sup> sont constitutives de fautes lourdes selon la jurisprudence.

Le licenciement peut également avoir lieu en l'absence de toute faute du travailleur.

- **Le licenciement en l'absence de faute du salarié.**

Le licenciement étant toujours une initiative de l'employeur, il est aussi justifié par les absences répétées pour maladie non professionnelle ou l'inaptitude professionnelle du travailleur.

L'article 32 alinéa c du Code de travail dispose que : « pendant la durée de l'absence de travailleur dans le cas de maladie dûment constatée par un médecin agréé par l'employeur ou relevant d'un établissement hospitalier reconnu par l'Etat, durée limitée à six (6) mois ; ce délai est prorogé jusqu'au remplacement effectif du travailleur ». Ce texte retient la maladie non professionnelle comme une cause de suspension du contrat de travail. Cette suspension peut être convertie en rupture de relation de travail si le salarié ne prévient pas l'employeur le plus rapidement possible de son absence ou ne justifie pas de son état en faisant parvenir à l'employeur un certificat médical. Le non-respect par le salarié de ces formalités et obligations est considéré comme un motif légitime de licenciement<sup>28</sup>.

L'inaptitude professionnelle ou l'incompétence du salarié se traduit par une insuffisance de résultats établie par

référence à la non réalisation d'objectifs contractuels ou non, à condition que ceux-ci soient réalistes<sup>29</sup>. L'inaptitude du travailleur peut être physique suite à une maladie ou à un accident qui résulte de son incapacité à exécuter les tâches qui lui sont confiées.

Le licenciement est aussi motivé par le motif économique.

**b) Le licenciement pour motif économique.**

Le Code du travail précise que : « constitue un licenciement pour motif économique tout licenciement effectué par l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur et résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification de contrat de travail, consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à des restructurations internes »<sup>30</sup>. Il ressort de ce texte que le motif économique doit être distingué du motif personnel<sup>31</sup>.

Quelles sont les difficultés économiques qui peuvent justifier un tel licenciement et comment apprécier ces difficultés ?

Les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales du marché et être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe<sup>32</sup>. Le droit positif s'efforce en outre de ne pas confondre le motif économique avec les difficultés économiques : la Cour Suprême a précisé que le motif économique peut exister en l'absence des difficultés

<sup>26</sup> C.A de l'Ouest, arrêt n° 22/soc du 06 mars 2008, Affaire BANTAR Emmanuel c/ société E.C.E.C, Juridis périodique janvier-février-mars 2008, P.66.

<sup>27</sup> C.A du Centre, arrêt n° 187/soc du 05 juin 2007, Affaire Technologies c/ BISSOU BILONG Jonas, Juridis périodique janvier-février-mars 2010, P.64.

<sup>28</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 53.

<sup>29</sup> Jean GATSI, Op.cit, P.74.

<sup>30</sup> Voir article 40 alinéa 2 du Code du travail de 1992.

<sup>31</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 78.

<sup>32</sup> Alain LYON-CAEN, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », droit ouvrier, juillet 1995, P.281

économiques<sup>33</sup> L'article 40 alinéa 2 du Code de travail parlant de ces difficultés, se réfère à la mutation technologique et aux restructurations internes.

Les mutations technologiques renvoient le plus souvent à l'adoption de nouvelles technologies par l'entreprise même en l'absence de difficultés économiques. Ce qui peut justifier une cause économique de suppression ou de transformation d'emplois.

Le contrat de travail peut également être rompu par la réorganisation de l'entreprise à travers les restructurations internes. Elle ne constitue un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Le chef d'entreprise a le pouvoir de réorganiser ses services pour plus d'efficacité. Ces situations peuvent entraîner des suppressions de poste de travail et de transformations de profil de poste.

En ce qui concerne l'appréciation des difficultés économiques, la législation en vigueur prévoit que : « *les motifs de licenciement pour motif économique doivent être appréciés au niveau de l'entreprise ; toutefois, la procédure de licenciement doit s'effectuer dans le cadre de l'établissement* »<sup>34</sup>. Il appartient ainsi à l'employeur de prouver que le licenciement est justifié par un motif économique.

En tout état de cause, l'employeur établi l'ordre des licenciements en tenant compte des aptitudes professionnelles, de l'ancienneté dans l'entreprise, des charges

familiales<sup>35</sup>.

Les conditions de fond du licenciement doivent être complétées par celles de forme.

## **2- Le formalisme imposé au licenciement.**

La procédure de licenciement varie selon qu'il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ou économique.

### **a) La procédure du licenciement pour motif personnel.**

Le licenciement ne produit ses effets que s'il est notifié avec indication du motif<sup>36</sup>.

#### **- La notification du licenciement.**

La notification du licenciement renvoie au respect du préavis<sup>37</sup>. Ainsi, la résiliation du contrat de travail est subordonnée à un préavis donné par la partie qui prend l'initiative de la rupture<sup>38</sup>. La notification permet de se situer par rapport au délai de préavis. Elle doit donc comporter une date, la signature des parties.

Tout licenciement justifié et intervenu sans préavis est qualifié d'irrégulier.

#### **- L'énonciation du motif de licenciement.**

Le motif doit être contenu dans la lettre de licenciement. On conçoit mal que le motif de la rupture soit séparé de la lettre

<sup>33</sup> Jean Marie TCHAKOUA, « Le licenciement pour motif économique en droit camerounais », revue africaine des sciences juridiques, Vol.2, N° 1, 2001, P193.

<sup>34</sup> Voir article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de l'Arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement pour motif économique.

<sup>35</sup> Voir article 2 de l'Arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement pour motif économique.

<sup>36</sup> Voir article 34 alinéa 2 du Code de travail ; voir article 40 alinéa 2 APAUDT.

<sup>37</sup> Article 40 alinéa 4 APAUDT.

<sup>38</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 60.

du licenciement<sup>39</sup>. La jurisprudence est établie sur ce point<sup>40</sup>. Est donc abusif, tout licenciement pour un motif ne figurant pas dans la lettre de licenciement<sup>41</sup>. Seul le motif allégué dans la lettre de licenciement lie le juge ; l'absence de motif ne permet pas à l'auteur d'indiquer ultérieurement le motif.

Le motif doit être exact. Cette exactitude invite à rechercher si le motif allégué ne dissimule pas le véritable motif inavoué du licenciement. Le motif ne doit pas être fallacieux, traduisant la volonté cachée de l'employeur de congédier un employé pour des raisons étrangères à la bonne marche de l'entreprise.

**b) La procédure de licenciement pour motif économique.**

Les délégués du personnel, l'inspecteur du travail et le Ministre du travail interviennent dans la procédure du licenciement économique. L'un des objectifs du droit de travail étant la protection de l'emploi, le licenciement proprement dit n'est justifié que par l'absence des mesures alternatives audit licenciement.

**- Les mesures alternatives au licenciement.**

Le Code de travail prévoit que l'employeur, pour éviter le licenciement pour motif économique, doit réunir les délégués du personnel et l'inspecteur du travail du ressort pour trouver les mesures telles que : la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le travail à temps partiel, le chômage technique, le réaménagement des primes, indemnités et

avantages de toute nature, voire la réduction des salaires<sup>42</sup>.

A l'issue des négociations, les parties peuvent parvenir ou non à un accord. Lorsqu'un accord intervient, un procès-verbal est signé par les parties et l'inspecteur. Ce procès-verbal précise les mesures retenues et la durée de leur validité. Au cas où les parties ne s'entendent pas, l'employeur procède aux licenciements dans le respect des conditions fixées par la loi<sup>43</sup>.

**- Le licenciement stricto sensu.**

Il intervient lorsque les négociations n'ont pas pu aboutir à un accord ou si malgré les mesures arrêtées, certains licenciements s'avèrent nécessaires. Ainsi, la procédure suit son cours à travers plusieurs étapes :

Tout d'abord, l'employeur établit l'ordre des licenciements en dressant une liste des salariés à licencier dans le respect des critères définis par la loi. Ladite liste est ainsi communiquée par écrit aux délégués du personnel avec les critères de choix retenus.

Ensuite, la liste des salariés à licencier est soumise aux délégués s'il en existe pour avis. Ils se prononcent ainsi sur la réalité du motif et vérifient si les prescriptions légales sur l'ordre des licenciements sont respectées. Les vérifications doivent être faites sous huitaine. Leur avis est consultatif et leur silence vaut approbation<sup>44</sup>.

Enfin, le Ministre du travail procède

<sup>39</sup> Jean SAVATIER, « l'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », droit social, n°2, février 1990, P.99.

<sup>40</sup> CS arrêt n° 32/S du 24 décembre 1984, in Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 60.

<sup>41</sup> Jean GATSI, Op.cit, P.123.

<sup>42</sup> Article 40 alinéa 3 du Code de travail 1992.

<sup>43</sup> Article 40 alinéa 6 du Code de travail 1992; article 2 de l'Arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement pour motif économique.

<sup>44</sup> Article 3 alinéa 2 de l'Arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993.

à l'arbitrage de la communication de l'employeur et la réponse des délégués du personnel. Il fait des propositions à l'employeur au vue du dossier, mais sa solution ne saurait s'imposer à l'employeur. Toutefois, s'il passe outre un avis pertinent du ministre, il pourra toujours être condamné par le juge<sup>45</sup>.

Dans tous les cas, lorsque la procédure est respectée, le licenciement peut être ordonné. Qu'il soit légitime ou illégitime, le licenciement produit certaines conséquences.

## **B- LES EFFETS DU LICENCIEMENT.**

Quel que soit le motif du licenciement, il produit des effets. Ces derniers varient selon que le licenciement est licite ou illicite.

### **1- Les effets d'un licenciement licite.**

Le législateur camerounais précise qu' « *en cas de rupture du contrat à durée indéterminée du fait de l'employeur, hormis le cas de faute lourde, le travailleur ayant accompli dans l'entreprise une durée de service continue au moins égale à deux ans, a droit à une indemnité de licenciement distincte de celle de préavis dont la détermination tient compte de l'ancienneté [...] le travailleur licencié bénéficie, à égalité d'aptitude professionnelle, d'une priorité d'embauche pendant deux ans dans la même entreprise* »<sup>46</sup>. Il ressort de ces textes que le salarié congédié a droit à l'indemnité de licenciement et une possibilité d'embauche dans la même entreprise.

#### **a) L'indemnité du licenciement.**

Le licenciement est une situation très difficile pour le travailleur. L'indemnité apparaît comme une garantie financière et morale pour le travailleur qui se trouve ainsi éliminé par le chef d'entreprise après l'avoir utilisé de son rendement<sup>47</sup>. Cette indemnité n'est pas due en cas de faute lourde. Il faut rappeler qu'avant le Code du travail de 1992, l'indemnité de licenciement n'était qu'une éventualité des contrats individuels et des conventions collectives. Elle compte aujourd'hui parmi les innovations du Code de 1992 qui le rend obligatoire en cas de rupture du fait de l'employeur d'un contrat de travail à durée indéterminée<sup>48</sup>. Dans tous les cas, l'octroi de cette indemnité est lié au respect de certaines conditions et modalités.

Pour ce qui est des conditions, l'article 37 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de travail fait allusion à l'ancienneté dans l'entreprise et à l'absence de faute lourde. L'indemnité du licenciement est calculée d'après le nombre d'années passées au service de l'entreprise. Plus le travailleur est ancien, plus le prix du renvoi est élevé. Elle n'est accordée qu'aux travailleurs qui ont fait au moins deux ans dans l'entreprise. Par conséquent, tout travailleur ayant fait moins de deux ans dans l'entreprise ne peut prétendre à l'indemnité de licenciement. L'ancienneté s'apprécie dans l'entreprise et non dans l'établissement. Ce qui est une mesure de protection pour le travailleur.

L'indemnité du licenciement n'est pas due en cas de faute lourde. Cette dernière est un manquement grave imputable au salarié. D'ailleurs, en cas de

<sup>45</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 80.

<sup>46</sup> Article 37 alinéa 1<sup>er</sup> et 40 alinéa 9 du Code de travail 1992; voir dans le même sens l'article 1<sup>er</sup> alinéa a de l'arrêté n° 016/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités d'attribution et de calcul

de l'indemnité de licenciement; Article 56 APAUDT.

<sup>47</sup> Paul Gérard (POUGOUE dir), Op Cit, p. 66.

<sup>48</sup> Zakari ANAZETPOUO, « Le droit camerounais du travail en chiffres », Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, p.116.

faute lourde, l'employeur peut tenter des poursuites judiciaires contre le travailleur. C'est notamment le cas lorsque le salarié est coupable d'abus des biens sociaux, de vol ou d'escroquerie.

Les modalités d'attribution et de calcul de l'indemnité de licenciement sont prévues par l'article 2 de l'arrêté du 26 mai 1993<sup>49</sup>. Selon ce texte, sauf dispositions plus favorable des conventions collectives, des contrats individuels de travail ou des textes particuliers, l'indemnité de licenciement est égale pour chaque année de présence dans l'entreprise à un pourcentage de salaire mensuel moyen des 12 derniers mois précédent le licenciement.

Il faut, au préalable, se référer aux conventions collectives, aux contrats individuels, aux textes particuliers pour déterminer le montant de l'indemnité. Ce n'est que dans le cas contraire qu'il faut se référer à l'arrêté précité. Car, la hiérarchie des textes en droit du travail déroge de la hiérarchie des textes telle que systématisé par le positiviste allemand *HANS KELSEN*.

S'il faut donc se référer à l'arrêté, les taux de calcul varient selon l'ancienneté et les pourcentages. Ainsi, de la 2<sup>ème</sup> à la 5<sup>ème</sup> année, on a 20% de salaire ; de la 6<sup>ème</sup> à la 10<sup>ème</sup> année, 25% ; de la 11<sup>ème</sup> à la 15<sup>ème</sup> année, 30% ; de la 16<sup>ème</sup> à la 20<sup>ème</sup> année, 35% et à partir de la 21<sup>ème</sup> année, 40%. Dans le décompte effectué, il est tenu compte des fractions d'année dans la limite du mois échu<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Arrêté n° 016/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités d'attribution et de calcul de l'indemnité de licenciement ; Voir article 48 APUDT.

<sup>50</sup> Voir article 2 de l'Arrêté n° 016/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités d'attribution et de calcul de l'indemnité de licenciement.

<sup>51</sup> Voir article 4 de l'Arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement

Le législateur a aménagé la situation du travailleur licencié en consacrant la possibilité d'être réembauché dans la même entreprise pendant deux ans. Surtout si le motif de licenciement est économique. Il en va autrement du licenciement pour faute lourde.

#### **b) La priorité de réembauche du travailleur congédié.**

L'article 40 alinéa 9 du Code du travail prévoit que « le travailleur licencié bénéficie, à égalité d'aptitude professionnelle, d'une priorité d'embauche pendant deux ans dans la même entreprise ». Pour bénéficier de cette priorité d'embauche, ce texte pose comme condition l'égalité d'aptitude professionnelle entre le concurrent du travailleur licencié et lui. Il n'est pas nécessaire que le travailleur sollicite un emploi dans la même catégorie que celle qu'il occupait avant son licenciement.

Pour que le réembauchage soit possible, le travailleur est tenu de communiquer à son employeur tout changement d'adresse survenu après son départ. Le travailleur qui refuse un emploi proposé par son employeur perd la priorité d'embauche<sup>51</sup>.

Les effets d'un licenciement illicite sont plus rigoureux que celui d'un licenciement licite.

#### **2- Les conséquences d'un licenciement illicite.**

Les effets d'un licenciement illicite précèdent les cas d'un tel licenciement.

pour motif économique. Ce texte est extrêmement rigoureux dans la mesure où il porte atteinte à la protection des salariés. Car dans l'ancien Arrêté du 23 mai 1978 qui est aujourd'hui abrogé, le travailleur ne perdait le droit à la priorité d'embauche que s'il refusait trois fois un emploi dans la même catégorie. De nos jours, un seul refus suffit.

**a) Les cas de licenciement illicite.**

Le licenciement résultant du non respect des conditions de fond est qualifié d'abusif alors que celui résultant du non respect des conditions de forme est qualifié d'irrégulier.

La loi et la jurisprudence ont déterminé les hypothèses de licenciement abusif. Tout d'abord, le Code du travail en son article 39 alinéa 1<sup>er</sup> dispose que « *sont notamment considérés comme effectués abusivement, les licenciements motivés par les opinions du travailleur, son appartenance ou sa non appartenance à un syndicat* ». En général, il y a rupture abusive dès que l'employeur ne peut prouver l'existence et la légitimité du motif du licenciement. La Cour Suprême a eu à se prononcer sur cette question dans une espèce<sup>52</sup>. Tout licenciement motivé par l'opinion du travailleur c'est-à-dire sa liberté d'expression, de réunion et de manifestation est abusif.

L'appartenance ou non à un syndicat ne doit pas justifier un licenciement. Ainsi, le licenciement des salariés, qui grèvent légitimement est abusif. Il en va de même du licenciement intervenu sans notification écrite avec indication du motif.

La jurisprudence quant à elle, considère que le licenciement est abusif lorsqu'il ne repose pas sur des faits concrets, objectifs. Ainsi, le licenciement d'un agent qui travaillait avec compétence et diligence, mais, dans des conditions matérielles défavorables et qui, de ce fait,

n'a pu obtenir un rendement satisfaisant est abusif. Le licenciement est aussi abusif si l'employeur a agi avec une légèreté blâmable et une intention de nuire au travailleur<sup>53</sup>.

Le licenciement irrégulier quant à lui, est légitime, mais, l'employeur n'a pas respecté les formalités prescrites par l'article 39 alinéa 5 du Code du travail<sup>54</sup>. A ce propos, on peut évoquer le licenciement pour motif économique sans respect de la procédure prescrite à l'article 40 du Code du travail ou le licenciement d'un délégué du personnel sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail, tel que prévu par l'article 130 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, même si c'est une question qui a fait l'objet de nombreuses études à raison notamment du rôle joué par les représentants élus du personnel au sein des entreprises<sup>55</sup>

Dans l'affaire « CEBBC c/KOUOKAM Abraham », le sieur Kouokam, alors délégué du personnel, était victime d'un licenciement irrégulier. Les juges de fond ayant retenu la qualification de licenciement abusif, il revenait à la Cour Suprême de rejeter l'arrêt de la cour d'appel du littoral pour défaut de base légale, car, il était question d'un licenciement irrégulier et abusif<sup>56</sup>.

Tout licenciement illicite fait l'objet de réparations.

**b) La réparation du licenciement illicite.**

La réparation varie selon que le licenciement est abusif ou irrégulier. Dans

<sup>52</sup> Voir CS arrêt n° 95/S du 25 juin 1986 et n° 126/S du 12 août 1988, in Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 72.

<sup>53</sup> CS 20 novembre 1980.

<sup>54</sup> Dieudonné WANDJI, *Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun*, p.68.

<sup>55</sup> Paul Gérard POUGOUE, « Réflexions sur la protection des délégués du personnel contre le

licenciement en droit du travail camerounais », R.C.D, n° 27, 1984, PP.1-4

<sup>56</sup> Voir arrêt n° 198/S du 19 juin 2003, affaire CEBBC c/KOUOKAM Abraham, in Revue de Droit et de Science Politique, N° 61, Janvier-Février-Mars 2005, p. 34.

tous les cas, le salarié doit être réintégré dans ses fonctions.

Dans le cas du licenciement abusif, le salarié a droit à l'indemnité de licenciement, de préavis, de frais de transport, à un certificat de travail et aux dommages et intérêts. Nous insisterons sur ces derniers droits. Tout licenciement abusif du travailleur donne lieu à des dommages et intérêts<sup>57</sup>

Les dommages et intérêts sont aussi prévus par l'article 39 du Code du travail. Ce texte prévoit que toute rupture abusive du contrat peut donner lieu à des dommages et intérêts. Le montant de ces dommages et intérêts sans excéder un mois de salaire par année d'ancienneté dans l'entreprise, ne peut être inférieur à trois mois<sup>58</sup>. Le juge fixe donc ce montant selon le plancher définie par la loi.

Le salarié irrégulièrement licencié a tous les droits dont bénéficie un salarié abusivement licencié sauf les dommages et intérêts.

Tout salarié abusivement ou irrégulièrement licencié devrait pouvoir être réintégré. La doctrine s'insurge d'ailleurs contre cette situation. C'est ainsi que, dans une espèce, les juges se sont prononcés sur la condamnation à l'indemnité de licenciement et aux dommages et intérêts au lieu de se prononcer sur l'irrégularité du licenciement et ordonner de ce fait la réintégration du salarié<sup>59</sup>.

## II- LA PORTEE RELATIVE DE L'ENCADREMENT DU LICENCIEMENT EN DROIT CAMEROUNAIS.

Si la protection du travailleur est l'un des objectifs du droit du travail, il n'en demeure pas moins que l'entreprise mérite également protection et ce à travers les prérogatives reconnues à l'employeur. Ce dernier a le droit de rompre le contrat de travail du travailleur à condition que cette rupture soit légitime.

Légitime ou pas, le licenciement n'est-il pas une entorse à la protection de l'emploi en particulier celle du salarié ? Peut-on envisager une protection effective du salarié ? Il est certes vrai que l'encadrement du licenciement souffre de quelques limites (A) qui méritent d'être corrigées (B).

### A- LES LIMITES DE L'ENCADREMENT DU LICENCIEMENT AU CAMEROUN.

Malgré les efforts consentis par le législateur et les partenaires sociaux, beaucoup de choses restent à faire pour améliorer la situation des travailleurs licenciés. Ainsi, parler de l'encadrement du licenciement fait ressortir les limites tant sur le plan normatif que sur le plan du contrôle de l'application de ces normes.

#### 1- Les limites normatives de l'encadrement du licenciement.

Depuis l'entrée en vigueur du Code du travail de 1992, on se rend compte qu'il s'avère de plus en plus inadapté au contexte actuel. Bien plus, le licenciement est réduit à sa plus simple expression à travers

<sup>57</sup> Article 47 alinéa 1<sup>er</sup> APAUDT.

<sup>58</sup> Article 39 alinéa 4 b du Code de travail 1992 ; Voir article 47 alinéa 6 APAUDT.

<sup>59</sup> Jacqueline KOM, notes sous CS arrêt n° 198/S du 19 juin 2003, affaire CEBBC c/KOUOKAM Abraham.

certaines droits modiques accordés aux salariés congédiés.

**a) *L'inadaptation du Code du travail au contexte actuel.***

L'une des caractéristiques de Common Law c'est la croissance continue (continuous growth). Cela signifie que le Common Law évolue avec le temps. Le droit de travail ne fait pas exception à cette règle. C'est ce qui justifie les différents textes adoptés en droit du travail camerounais jusqu'à nos jours<sup>60</sup>. L'inadaptation du Code du travail remonte au contexte de la réforme de 1992 d'une part, et au contexte actuel des relations de travail d'autre part.

En ce qui concerne le contexte de la réforme de 1992, il faut rappeler que dans les années 1980-1990, comme un écho à la crise qui secoue les pays du Nord depuis le milieu des années 1970, de nouvelles contraintes vont se faire ressentir. Les partenaires au développement de l'Afrique vont peu à peu émettre de fermes conseils et surtout conditionner leur soutien à la mise en place de programmes de restructuration et de plans d'ajustement structurel. Ces derniers ont été à l'origine de nombreuses modifications et singulièrement des législations nationales.

Ainsi, des adaptations du droit du travail vont alors intervenir. A l'instigation des pays occidentaux, les Etats africains doivent évoluer vers le libéralisme économique et la reconnaissance des libertés citoyennes. C'est ainsi que de

nouveaux slogans sont devenus rapidement porteurs « restructuration », « privatisation », « nouvelle politique industrielle »<sup>61</sup>. Le Code de 1992 constitue l'aboutissement d'une telle évolution. Ce code a pour objet d'adapter le droit aux réalités économiques et sociales du pays, d'en faire un vecteur dynamique de croissance ; il a pour ambition de moderniser les relations sociales, de poser les jalons de l'épanouissement de l'entreprise sans déprotéger les travailleurs<sup>62</sup>.

Le législateur de 1992 s'est aussi soucié de la protection de l'entreprise d'où le concept d'intérêt de l'entreprise présent dans ce texte. De ce fait, on note une diversification significative en matière de forme d'emploi, comme d'assouplissement des modes de ruptures du contrat. Le Code de 1992 est-il adapté à la situation actuelle ?

Pour ce qui est du contexte actuel des relations de travail, il faut partir des débordements dont le Code de 1992 fait l'objet. La volonté de donner une nouvelle impulsion au droit du travail s'oriente vers une non protection des salariés. L'on se demande si le code de travail élaboré dans un tel contexte n'a pas fait de la protection de l'employeur un objectif. C'est dans ce sens qu'un auteur affirme que depuis 1992, « *la situation des salariés ne cesse de se dégrader non plus pour cause de crise économique, mais du fait de l'aisance avec laquelle les employeurs modifient les conditions du travail ou procèdent à la*

<sup>60</sup> La législation en matière de droit de travail et social a évolué depuis l'indépendance jusqu'à nos jours. Le Cameroun a connu bien avant le code de travail de 1967 issu de la loi n° 67-LF- 6 du 12 juin 1967 (voir Dieudonné WANDJI, *Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun*, p.5). Avant l'indépendance, le Cameroun appliquait le Code de travail français (Code de travail d'outre-mer) de 1952. Après l'unification du Cameroun intervenu le 20 mai 1972, il était judicieux d'adopter un Code de

travail pour l'Etat unitaire. D'où la loi n° 74/14 du 27 novembre 1974 portant code de travail (voir Jean Marie NYAMA, *Droit et contentieux du travail et de la sécurité sociale au Cameroun*, PUCAC, 2012, p. 39). Le texte applicable aujourd'hui est la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code de travail.

<sup>61</sup> Jean GATSI, *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Coll. Droit uniforme, 1<sup>ère</sup> édition, P.U.A, 2006, P.44.

<sup>62</sup> Jean GATSI, op cit, p.45.

*rupture du contrat* »<sup>63</sup>.

Si la situation économique en 1992 était dramatique, il n'en est rien aujourd'hui. Pour preuve, l'économie nationale connaît une certaine stabilité et se trouve même florissante<sup>64</sup>. Malgré cela, le patronat continue de jouir de la souplesse qui lui avait été concédé en temps de crise<sup>65</sup>. C'est dans ce sens qu'un auteur dénonce que « [...] les codes ne reflètent pas l'évolution de la situation économique et sociale [...], l'histoire aussi bien que les récentes évolutions dans des pays africains dans le domaine économique et social interrogent les législateurs qui ne font pas prendre en compte par les codes du travail la culture africaine et même les nouvelles réalités du monde du travail »<sup>66</sup>.

De ce qui précède, on se rend compte que le texte de 1992 a plutôt réduit les droits des travailleurs et accru les pouvoirs de l'employeur. En tout état de cause, nous continuerons à appliquer ce

Code de 1992 en entendant que le législateur OHADA<sup>67</sup> améliore la situation du travailleur par l'adoption de l'avant projet d'Acte Uniforme relatif au droit du travail<sup>68</sup>.

Le Code du travail de 1992 ne répond par aux réalités actuelles. Bien plus, il a réduit le licenciement à sa plus simple expression.

**b) La banalisation du licenciement par le Code du travail.**

Le législateur de 1992 n'a véritablement pas protégé les salariés congédiés. L'examen de certains articles de ce texte nous a permis de constater que le montant des indemnités de licenciement est limité et le montant des dommages et intérêts plafonné.

La limitation du montant des indemnités de licenciement ne dissuade pas les employeurs à rompre les contrats de travail à leur gré. Le montant de ces

<sup>63</sup> Pierre Etienne KENFACK., « Un enjeu inattendu dans le Code du travail camerounais : la protection de l'employeur », Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Université Montesquieu Bordeaux 4, 2005, p.5.

<sup>64</sup> Le Cameroun est engagé dans des grands projets structurants tels que le projet du port en eau profonde de Kribi d'un coût total estimé à 282 milliards de FCFA. <http://www.kribiport.cm/fr/>; le projet du barrage hydro électrique de Lom Pangar estimé à 45 millions de FCFA <http://www.camereco.com/article.php?aid=222>; le projet de la centrale thermique de Limbé estimé à 45 milliards de FCFA <http://www.cameroun-info.net/stories/o.13179.@aes-sonel-enfin-la-centrale-thermique-a-fuel-lourd.html>; le projet de l'hôpital gynéco obstétrique de Douala d'une valeur de 137 millions de yuan [http://www.french.china.org.cn/photos/2011-08/22/content\\_23260177.htm](http://www.french.china.org.cn/photos/2011-08/22/content_23260177.htm). Il faut d'ailleurs rappeler que cet hôpital de référence pour la région du littoral est déjà opérationnel. La nomination des responsables dans cette institution l'atteste à suffisance; les 25000 emplois lancés en 2011 et les 350000 en cours dans le grand-Nord montrent qu'il y a assez d'opportunités aujourd'hui qu'hier.

<sup>65</sup> Il s'agit ici de la crise économique des années 1980-1990 qui a été à l'origine de la modification du code du travail de 1974 pour adopter celui de 1992. Mais à nos jours, le Cameroun fait face à la crise de l'intégrité territoriale due aux attaques perpétrées par les radicaux islamistes appelés Boko Haram. Cette situation a un impact considérable sur l'économie du pays. Plusieurs villages et plantations sont vandalisés dans le grand-Nord y compris les écoles qui ont été abandonnées par fuite de ces terroristes. Mais cela ne remet pas totalement en cause l'économie camerounaise.

<sup>66</sup> Olivier SIBIDE, « Réalités africaines et enjeux pour le droit africain », Janvier 2000, <http://afilex.u-bordeaux4.fr/resalites-africaines-et-enjeux-pour.html>.

<sup>67</sup> L'OHADA est défini comme l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette organisation regroupe aujourd'hui en son sein 17 pays membres et a pour but d'uniformiser le droit des affaires dans tous les Etats parties au traité instituant cette organisation.

<sup>68</sup> Projet d'acte uniforme tel que conçu et résultant les travaux de Douala du 18 au 24 septembre 2006

indemnités n'est pas une compensation adéquate du travailleur congédié.

A titre d'illustration, un travailleur est abusivement licencié après 12 ans de service dans l'entreprise et classé à la 10<sup>ème</sup> catégorie. Il a un salaire de 350000 FCFA composé ainsi qu'il suit :

- Salaire de base net : 240.000 FCFA ;
- Prime d'ancienneté : 30.000 FCFA;
- Prime de transport : 45.000 FCFA ;
- Prime de responsabilité : 35.000 FCFA.

**Question : Comment évaluer l'indemnité de licenciement ?**

Détermination de la base de calcul :  
350.000 FCFA - 45.000 FCFA = 305.000 FCFA.

Les 45.000 FCFA de prime de transport sont exclus<sup>69</sup>.

Le montant de l'indemnité de licenciement est le suivant :

- $305.000 \text{ F} \times 20 \times 5 : 100 = 305.000 \text{ FCFA}$
  - $305.000 \text{ F} \times 25 \times 5 : 100 = 361.250 \text{ FCFA}$
  - $305.000 \text{ F} \times 30 \times 2 : 100 = 183.000 \text{ FCFA}$
- Total :  $305.000 + 361.250 + 183.000$   
= **849.250 FCFA**

Pour un travailleur qui a passé 12 années de service dans une entreprise, la somme de **849.250 FCFA** représentant l'indemnité de licenciement est modique.

Bien plus, le plafonnement des dommages et intérêts s'analyse comme un mépris pour le travailleur. Ainsi, le plancher

des dommages et intérêts est fixé à trois mois de salaire et le plafond est fixé à un mois de salaire d'ancienneté<sup>70</sup>. Le cantonnement des indemnités apparaît injuste surtout, lorsque le salarié n'a en réalité commis aucune faute. Le plafond du montant de l'indemnité constitue une atteinte à la règle qui préconise la réparation intégrale du préjudice subi dans la mesure où la totalité du préjudice ne sera pas réparé.

Le plafonnement des dommages et intérêts n'est pas de nature à dissuader l'employeur à rompre illégalement les contrats étant donné qu'il ne versera qu'un montant dérisoire. Il se pose ainsi la question de la violation des droits et libertés fondamentaux des salariés<sup>71</sup>. Dans le même ordre d'idée, le Professeur Jean-Marie TCHAKOUA affirme que : « *Quelle que soit l'opinion que l'on a de la fonction du droit du travail, on devrait sans nul doute admettre qu'une recherche sur les droits fondamentaux des salariés se situe au cœur de cette matière* »<sup>72</sup>.

A titre d'exemple, M. BELLA a dans l'entreprise une ancienneté de 5 ans et un salaire de 100.000 FCFA. La plus petite somme qu'il percevra à titre des dommages et intérêts est de **300.000 FCFA** (le montant des DI ne peut être inférieur à trois mois) et la plus grande somme est de **500.000 FCFA** (le plafond est fixé à un mois de salaire d'ancienneté soit  $100.000 \text{ FCFA} \times 5$  ans d'ancienneté)<sup>73</sup>.

Les limites juridiques qui émaillent

juridiques de l'Université de Yaoundé 2, vol. 5 N°1, 2008, p.181. cet auteur précise d'ailleurs que : « *l'enjeu est d'importance car les atteintes aux droits et libertés fondamentaux du salarié se traduisent par le licenciement du salarié* ».

<sup>72</sup> Jean-Marie TCHAKOUA, *Dignité et droit fondamentaux des salariés, réflexion à partir des droits camerounais et français*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Yaoundé 2, p.1.

<sup>73</sup> Jean GATSI, *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Coll. Droit Uniforme, P.U.A, 2006, P.89.

<sup>69</sup> Voir l'article 3 de l'arrêté n° 016/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités d'attribution et calcul de l'indemnité de licenciement précise que : « sont exclus des éléments de rémunération servant de base de calcul de l'indemnité de licenciement, les indemnités représentatives des frais ou d'avantage en nature ».

<sup>70</sup> Voir article 39 alinéa 4 b du Code du travail 1992.

<sup>71</sup> Victorine NGASSAM, « Pouvoir de direction de l'employeur et droit fondamentaux des travailleurs au Cameroun », Revue africaine des sciences

le licenciement sont accentuées par le problème de contrôle de l'application des normes.

## 2- Le problème du contrôle de l'application des normes.

Les règles qui gouvernent le licenciement ne sont pas toujours respectées. En pratique, l'ineffectivité du contrôle s'analyse selon que ce contrôle est entrepris par l'inspection du travail ou par le juge.

### a) *L'ineffectivité du contrôle des normes par l'inspection du travail*

L'ineffectivité du contrôle est justifiée par plusieurs raisons et dont les manifestations sont nombreuses.

En ce qui concerne les raisons de l'ineffectivité de contrôle, il faut d'abord affirmer que les inspecteurs du travail sont assez outillés sur le plan juridique mais que le contrôle technique pose problème lorsque leurs qualifications ne cadrent pas avec la nature du contrôle à effectuer. Pour des contrôles relatifs à l'hygiène et à la sécurité, l'inspecteur est assez limité. Il ne peut faire appel qu'aux experts dans ces domaines afin de s'assurer de la nature du produit utilisé. Il peut aussi prélever et emporter aux fins d'analyse toute matière ou substance manipulée dans l'entreprise<sup>74</sup>.

Le nombre d'inspecteur devant assurer le contrôle est insignifiant. Selon les textes en vigueur<sup>75</sup>, le Cameroun a en moyenne 42 inspecteurs régionaux à raison de 9 pour la région du littoral, 9 pour le centre et 4 pour chacune des régions restant auxquels on ajoute 2 pour chaque

département. Cet effectif ne peut pas permettre un contrôle efficace compte tenu des entreprises et travailleurs dont le taux va de façon croissante.

L'ineffectivité du contrôle se manifeste à travers l'action des inspecteurs sur le terrain. Ces inspecteurs, chefs d'une circonscription, ont l'initiative de leurs tournées et de leurs enquêtes dans le cadre de la législation et de la réglementation du travail<sup>76</sup>. De ce qui précède, les inspecteurs ont l'initiative de descendre en entreprise pour procéder aux contrôles. Ils n'attendent pas les instructions d'autres autorités. Mais, ils n'ont pas assez de moyens surtout financiers pour faire des sorties inopinées en entreprise.

Si l'inspecteur ne contrôle pas de façon efficace l'application des normes en matière de travail, il n'en demeure pas moins que les tribunaux ont leurs parts de responsabilité.

### b) *L'ineffectivité du contrôle des normes par le juge.*

L'ineffectivité du contrôle par le juge se manifeste à travers certaines décisions et son refus de s'ingérer dans la gestion de l'entreprise.

En pratique, on se rend compte que les juges ne sanctionnent pas effectivement le respect des normes<sup>77</sup>. Dans une affaire, les juges au lieu de dénoncer l'irrégularité du licenciement et prononcer la nullité du licenciement irrégulier et la réintégration du salarié, se sont prononcés sur la condamnation au paiement des indemnités de licenciement et des dommages et

<sup>74</sup> Paul Gérard POUGOUE (dir), Op Cit, p. 157.

<sup>75</sup> Décret n° 95/039 du 07 mars 1995 portant organisation du ministère du travail et de la prévoyance sociale ; Décret n° 98/150 du 24 juillet 1998 portant organisation du ministère de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale ; Décret n°

2005/085 du 29 mars 2005 portant organisation du ministère du travail et de la sécurité sociale.

<sup>76</sup> Article 107 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail 1992.

<sup>77</sup> Paul WAQUET, « le contrôle par le juge du licenciement économique », J.C.P, Cahier de droit de l'entreprise, n°6, année 2003, P.10.

intérêts.<sup>78</sup> Les juges avaient qualifié le licenciement irrégulier d'abusif. L'intervention du juge prévu pour faire échec à l'illicéité et rétablir le salarié dans ses droits n'a pas l'évidence et la force que l'on pourrait attendre. Alors que le texte en vigueur prévoit que « la juridiction compétente peut constater l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture du contrat »<sup>79</sup>. L'enquête dont il est question a pour but d'inciter les juges à vérifier que le motif allégué pour rompre le contrat est réel et suffisamment grave.

Le juge, dans l'exercice de ses fonctions qui sont celles de statuer, doit se limiter à l'objet du litige et aux conclusions des parties<sup>80</sup>. Mais, souvent, il peut commettre des erreurs d'appréciation en rendant sa décision fondée sur sa conviction<sup>81</sup>.

Si les critiques en matière de licenciement fusent de toutes parts, quelles sont les solutions envisageables ?

## **B- LES ORIENTATIONS POUR UNE REFORME DU LICENCIEMENT AU CAMEROUN.**

Pour un droit du travail efficace au Cameroun, la réforme du licenciement<sup>82</sup> sera axée sur l'amélioration de la situation des salariés congédiés et la responsabilisation financière des entreprises.

### **1- La nécessaire amélioration de la situation des travailleurs licenciés.**

Cette amélioration passe par la consécration de la rupture amiable et la création d'une structure de prise en charge des salariés licenciés.

#### **a) La consécration de la rupture amiable du contrat du travail.**

La rupture amiable s'analyse en un départ volontaire pouvant être étendu à un licenciement pour motif personnel.

Le départ volontaire est la rupture conventionnelle du contrat de travail. C'est un mode de rupture original du contrat de travail qui survient par résiliation amiable quel qu'en soit le motif<sup>83</sup>. A travers cet accord (rupture amiable), les parties organisent la rupture de leur relation de travail. Les conditions de l'article 1108 du Code civil doivent être respectées. Le consentement des parties doit être exempt de tout vice. Dans ce sens, le Code civil en son article 1109 et suivants dispose qu'« il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou par dol »<sup>84</sup>.

Le départ volontaire implique que les indemnités de rupture soient versées au travailleur. Ces indemnités devront correspondre au minimum aux sommes auxquelles le travailleur aurait eu droit s'il avait été licencié<sup>85</sup>.

<sup>78</sup> Voir CS arrêt n° 198/S du 19 juin 2003, affaire CEBBC c/KOUOKAM Abraham.

<sup>79</sup> Article 39 alinéa 2 du Code du travail 1992.

<sup>80</sup> Bernard LAPLANE et Quantin URBAN, « Variations sur le thème du juge et du licenciement pour motif économique », J.C.P, Cahier du droit de l'entreprise, n° 6, Année 2003, P.1

<sup>81</sup> Paul Henri ANTONNATTEI, « Le motif économique de licenciement, Les limites du contrôle judiciaire », RJS 2/2001, P.95.

<sup>82</sup> André Damien TJOUE, « Plaidoyer pour une réforme législative du licenciement irrégulier des salariés en droit du travail camerounais », Revue Internationale du Droit Comparé, 1993, Vol.45, n°4, PP.857-873

<sup>83</sup> Jean GATSI, *Nouveau Dictionnaire Juridique*, P.U.L 2010, 2<sup>e</sup> édition, P.231.

<sup>84</sup> Jean GATSI, *Code civil applicable au Cameroun*, Op.cit, PP.164-165.

<sup>85</sup> Lettre circulaire n° 05/MTPS du 1<sup>er</sup> août 1995 relative aux départs volontaires.

Le principe de départ volontaire peut être étendu à la rupture individuelle du contrat de travail. Les employeurs pourraient ainsi rompre des contrats de travail sans procéder à des licenciements. Bref, la résiliation amiable est une technique d'assouplissement des règles du licenciement<sup>86</sup>.

**b) La création d'une structure de prise en charge des personnes licenciées.**

Le législateur camerounais devrait créer une structure de réinsertion des travailleurs licenciés au sein du Fonds National de l'Emploi (FNE) et un programme de soutien aux personnes licenciées.

L'exécutif<sup>87</sup> camerounais assigne au Fonds National de l'Emploi entre autres missions la réinsertion des travailleurs licenciés pour motif économique. Le texte portant création, organisation et fonctionnement du Fonds National de l'Emploi devrait subir des modifications dans le but de renforcer la réinsertion des salariés congédiés.

A côté de la réinsertion en entreprise, le droit camerounais devrait se pencher sur l'assurance-emploi et la création de structures d'aide à l'auto-emploi.

L'assurance-emploi peut être définie comme une convention par laquelle le travailleur souscrit auprès de l'assureur (une structure d'assurance-emploi) une

police d'assurance dont le risque couvert est la perte d'emploi<sup>88</sup>. L'assuré (le travailleur licencié) verse une cotisation ou paie sa prime et dès qu'il perd son emploi, l'assureur lui verse une indemnité. Au Canada, l'employeur veille à l'assurance-emploi au moment de l'embauche et les cotisations sont prélevées automatiquement<sup>89</sup>. En France, on parle d'assurance chômage et tout salarié involontairement privé d'emploi, remplissant les conditions, en bénéficie.

L'Etat camerounais devrait aussi créer les structures d'aide à l'auto-emploi pour les personnes licenciées. Ce faisant, les indemnités (de licenciement, de préavis, dommages et intérêts,...) versées aux salariés congédiés devraient constituer un fonds à cet effet.

Non seulement la situation du salarié licencié devrait être améliorée, mais aussi les entreprises ont leur part de responsabilité.

**2- Une responsabilisation financière des entreprises.**

L'examen des indemnités<sup>90</sup> allouées au travailleur licencié révèle un caractère modique. Ce qui n'est pas de nature à dissuader les employeurs à recourir aux licenciements même abusifs. Raison pour laquelle la responsabilisation des employeurs est envisageable à travers une révision des sanctions et indemnités et la taxation du licenciement<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Jean SAVATIER, « La résiliation amiable du contrat de travail », Dr. Soc. 2000, p. 50.

<sup>87</sup> Décret n° 90/805 du 27 avril 1990 portant création, organisation et fonctionnement du Fonds National de l'Emploi (FNE).

<sup>88</sup> Jean GATSI, Op.cit, P.4.

<sup>89</sup> Pierre FORTIN, *L'impact des lois de l'assurance-emploi de 1990, 1994 et 1996 sur l'aide sociale du Québec*, Idéas.respec.org

<sup>90</sup> Indemnité de préavis, de licenciement, les dommages et intérêts et les autres frais.

<sup>91</sup> Marie Laure MORIN et Collins VICENS, « Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs : les enseignements d'une comparaison européenne », *Revue Internationale du Travail*, Vol.40, 2001, n°1, P.56.

a) *La révision des sanctions et des indemnités.*

Cette révision passe par le renforcement des sanctions existantes et la création de nouvelles.

- **Le renforcement des sanctions existantes.**

Le législateur camerounais gagnerait mieux en consacrant la nullité des licenciements non fondés et l'annulation du plafonnement des dommages et intérêts. Dans le premier cas, il faut rappeler que le licenciement illégitime ou irrégulier est sanctionné comme un licenciement abusif et la sanction de l'abus a gagné par contagion les cas dans lesquels la juste conséquence de l'illicéité ou irrégularité aurait dû être la nullité de l'acte. La haute juridiction n'échappe pas à la confusion entre licenciement irrégulier et abusif<sup>92</sup>.

En effet, les licenciements illégitimes sont analysés comme des licenciements abusifs et la sanction de l'abus s'est étendue à des cas où l'illicéité aurait dû entraîner la nullité du licenciement.

Pour ce qui est des dommages et intérêts, le législateur de 1992 à travers l'article 39 alinéas 4 et 5 du Code du travail prévoit un plancher et un plafond des dommages et intérêts. Ce texte peut s'analyser comme une atteinte au principe de la réparation intégrale<sup>93</sup> du préjudice subi

par le travailleur licencié. Le plafonnement remet en cause le pouvoir du juge d'apprécier l'étendue du préjudice.

- **La création de nouvelles sanctions.**

Il s'agirait en l'occurrence de l'interdiction de rémunérer les actionnaires et de verser les bonus aux dirigeants des entreprises qui licencient pour motif économique. Quel que soit le motif allégué pour procéder au licenciement pour motif économique, les associés ou actionnaires perçoivent toujours leurs bénéfices. Or, les employés ne sont que des exécutants des décisions de gestion implémentées par l'assemblée générale des actionnaires.

De ce qui précède, lorsque l'entreprise fait face aux difficultés économiques, les premiers responsables sont les associés et les dirigeants sociaux. Mais, c'est les salariés qui en pâtissent à travers les licenciements alors que les associés continuent à percevoir leurs dividendes. La situation des salariés n'est améliorée que lorsque les difficultés conduisent au redressement ou à la liquidation des biens de l'entreprise<sup>94</sup>.

b) *La taxation des indemnités versées au licenciement.*

Le législateur camerounais, pour décourager le licenciement, devrait instituer la taxe sur les indemnités versées au licenciement à travers l'incitation des employeurs à supporter le coût social du

<sup>92</sup> Voir CS arrêt n° 198/S du 19 juin 2003, affaire CEBBC c/KOUOKAM Abraham. Dans cette affaire, les juges au lieu de dénoncer l'irrégularité du licenciement et prononcer la nullité du licenciement irrégulier et la réintégration du salarié, se prononcent toujours sur la condamnation au paiement des indemnités de licenciement et des dommages et intérêts. Les juges ont qualifié le licenciement irrégulier d'abusif.

<sup>93</sup> Michèle FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », revue des contrats, Avril 2004, P.579.

<sup>94</sup> Le sort des salariés est amélioré par les arts. 166 et 167 de l'Acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif. Ces textes (art. 166 et 167) prévoient respectivement qu'après les créanciers des frais de justice, les créanciers des salaires super privilégiés priment tous les autres créanciers pour les deniers provenant de la réalisation des immeubles ; ils occupent la 3<sup>ème</sup> place après les frais de justice et les frais engagés pour la conservation des biens du débiteur pour les deniers provenant de la réalisation des meubles.

licenciement et le découragement des licenciements excessifs, d'une part, et l'usage de cette taxe, d'autre part.

Du moment où le licenciement crée des dépenses à l'Etat qui voit augmenter le taux du chômage et les besoins en réinsertion professionnelle, les entreprises responsables devraient contribuer à une certaine hauteur, à alléger la charge financière qui en découle.

Dans le même ordre d'idée, la question suivante mérite d'être posée : « *l'entreprise socialement responsable est-elle celle qui ne licencie pas ou bien celle qui préserve l'employabilité de ses salariés et leur permet ainsi de retrouver le travail en cas de licenciement ?*<sup>95</sup> ». Il faut noter que la cotation des entreprises américaines en bourse est liée à leur propension à licencier. Au Cameroun par contre, les entreprises étant peu représentées à la bourse locale<sup>96</sup>, la taxe sur les indemnités versées au licenciement aurait pu produire un effet dissuasif.

En ce qui concerne l'usage de la taxe sur les indemnités versées au licenciement, cela devrait permettre le financement des institutions de réinsertion professionnelle à l'instar du FNE. Concrètement, la création au sein de cette institution d'une cellule destinée aux travailleurs licenciés sera d'une nécessité incommensurable.

Dans le même sillage, cette taxe devait aussi permettre le financement des caisses d'allocation chômage. Il faut donc instaurer au Cameroun une caisse à laquelle les travailleurs licenciés s'inscriraient afin de bénéficier d'une prise en charge après

avoir perdu leur emploi.

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, l'enseignement que l'on peut retenir en substance est que, si le préambule de la Constitution camerounaise de 1996 précise que le travail est un droit fondamental et que l'Etat doit tout mettre en œuvre pour garantir le travail aux citoyens, cela montre l'importance du travail pour ces citoyens. D'ailleurs, le Code du travail précise que le droit au travail est reconnu à chaque citoyen comme un droit fondamental. L'Etat doit tout mettre en œuvre pour l'aider à trouver un emploi et à le conserver lorsqu'il l'a obtenu<sup>97</sup>. Vue l'importance accordée au travail par la Constitution et la loi, le licenciement apparaît comme une exception. C'est la raison pour laquelle le législateur a pris la peine de préciser les contours afin d'éviter les licenciements abusifs ou irréguliers.

Ainsi, le droit du travail prévoit que la rupture du contrat de travail ne soit possible que lorsqu'elle est motivée par un motif légitime et sérieux. Tout licenciement entrepris en marge de la réglementation en vigueur est passible des sanctions. Dès lors, il est certain que la législation camerounaise protège le travailleur sans pour autant méconnaître les droits de l'employeur. Entre autres droits, il peut rompre le contrat de travail dont les effets varient selon que la rupture est licite ou illicite.

Lorsque le licenciement est licite, l'employeur est exempt de tout reproche. C'est le cas notamment du licenciement pour motif économique à condition que les textes en vigueur<sup>98</sup> soient respectés ;

<sup>95</sup> Jean Pierre GOND et Jonas IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2008, P.126 ; Aline Christine MARTINET, *Idem*, Revue Française de Gestion, 2008, Cairn.info.

<sup>96</sup> Il s'agit de Douala Stock-Exchange.

<sup>97</sup> Article 2 alinéa 1<sup>er</sup> du code du travail.

<sup>98</sup> Voir article 40 du Code du travail ; l'arrêté n° 021/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant les modalités de licenciement pour motif économique.

licenciement du fait du salarié soit pour faute grave (dans ce cas, il bénéficie de tous les droits même les dommages et intérêts) ou pour faute lourde (dans ce cas, l'employé est dispensé du paiement des droits sociaux).

Quel que soit le motif du licenciement<sup>99</sup>, cela a un impact social considérable au point où on se demande aujourd'hui si l'arsenal juridique et technique y consacré ne mérite pas d'être réformé. Pour pallier aux imperfections des législations nationales, le législateur OHADA y a pensé en élaborant un Avant-projet d'Acte Uniforme relatif au droit du travail<sup>100</sup>.

En tout état de cause, les textes qui encadrent le licenciement au Cameroun ont besoin d'un toilettage pour répondre aux besoins de l'heure. Cela passe évidemment par l'adoption prochaine de l'Avant projet d'Acte Uniforme relatif au droit du travail.

---

<sup>99</sup> Alain LYON-CAEN, « Les évidences du droit de licenciement pour motif économique », J.C.P, Cahier du droit de l'entreprise, N°6, Année 2003, P.2.

<sup>100</sup> Contrairement à la législation camerounaise (article 37 du Code du travail) qui précise que ne peut bénéficier de l'indemnité de licenciement que celui qui a une ancienneté d'au moins deux ans dans l'entreprise, l'article 46 de l'Avant-projet d'Acte Uniforme relatif au droit du travail accorde ce bénéfice à tout travailleur ayant accompli au moins

douze mois dans l'entreprise. On peut parler dans ce cas d'une révolution législative. Mais on peut déplorer le fait que le législateur OHADA à travers l'article 46 alinéa 6 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit du travail ne se démarque pas par rapport à la législation camerounaise lorsqu'il précise que le montant des dommages et intérêts sans excéder un mois de salaire par année d'ancienneté dans l'entreprise ne peut être inférieur à trois mois de salaires. Lire aussi l'article 39 alinéa 4 du Code du travail camerounais.

## LA REQUALIFICATION DU CONTRAT

Par

**KODJO GNINTEDEM Marie Duvale**

Dr/Ph.D en droit privé, Université de Yaoundé 2 - Cameroun  
Maitre-Assistante Cames.

### Résumé

La requalification du contrat, définie comme la restitution de son exacte qualification, recèle une véritable complexité qui trouve son origine dans la nécessaire conciliation du respect de la volonté des parties dont l'ingéniosité ne cesse d'élargir les frontières du contrat avec les règles impératives de plus en plus nombreuses. Le constat est qu'elle peut aussi bien être refusée en présence d'une erreur de qualification qu'imposée en l'absence d'erreur. Bien plus, autant elle permet au contrat de produire des effets sans que les parties n'aient à passer un nouvel accord, autant elle pourrait entraîner l'anéantissement de celui-ci. D'un autre côté, le juge, auteur de l'opération, se trouve partagé parfois entre le devoir et la faculté de requalifier et parfois entre l'obligation d'appliquer strictement la loi et de tenir compte d'un intérêt juridiquement protégé. Il devient dès lors important de déterminer, en conformité avec les grands principes contractuels et processuels, les fondements de cette opération et de rechercher pourquoi l'envisager. L'exploitation de la doctrine, de la jurisprudence et des textes permet d'avancer que la requalification repose sur l'ordre de la loi ou sur le contenu du contrat. Elle est, sans aucun doute, une technique de modification du contrat.

Mots-clés : Contrat – Juge – Ordre public – Qualification – Requalification

## Introduction

Quoi que considéré comme un instrument incontournable de la vie quotidienne de tout individu ou groupement<sup>1</sup>, le contrat ne fait pas l'objet d'une définition homogène commune à tous les systèmes juridiques<sup>2</sup>. Il est d'ailleurs dit qu'« il n'existe pas de notion "pure" de contrat... Il n'existe qu'une succession de constructions théoriques de l'idée de contrat »<sup>3</sup>. Dans le système Romano-germanique, le « Code civil Napoléon », qui a inspiré de nombreux États<sup>4</sup>, n'a pas cherché à « trop [le] discipliner », « pour ne pas limiter l'autonomie des parties »<sup>5</sup>. Il a regroupé sous cette notion plusieurs figures allant des plus simples aux plus complexes<sup>6</sup>, mais dont les frontières se sont considérablement dilatées sous le poids des nouveaux liens tissés dans la pratique<sup>7</sup>. Néanmoins, la définition proposée et qui continue de prévaloir dans certains États à l'instar du Cameroun, comporte l'avantage de fournir les éléments caractéristiques du contrat relatifs à la source<sup>8</sup> et à la finalité<sup>9</sup>

de l'acte envisagé. Aussi, éludant les débats sur cette définition, l'on peut se contenter de l'article 1101 du Code civil de 1804 qui fait du contrat « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes, s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose ».

Le contrat ainsi identifié repose sur de grands principes étroitement liés tirés de la théorie de l'autonomie de la volonté. Il s'agit de la liberté contractuelle, de la force obligatoire et de l'effet relatif, auxquels le Code civil n'a pas entièrement adhéré, puisque, de diverses manières, il a limité l'expression de la volonté des parties<sup>10</sup>. Mais il leur a laissé le moyen de demeurer maître de leur convention légalement formée et d'être tenues par ce qu'elles ont convenues. Elles ont alors la possibilité, dans le respect de la loi et de commun accord, de dénouer ce qu'elles ont noué. Leur action peut porter tant sur le contenu du contrat que sur le cadre, par le procédé de requalification.

La requalification du contrat,

<sup>1</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2022, p. 525; Gr. Lewkowicz et M. Xifaras, « Repenser le contrat. Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles », in *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1 ; G. Tabi Tabi, *Précis de droit camerounais des obligations. Le contrat*, Montréal, La grande école de la francophonie, 1<sup>ère</sup> éd., 2023, p. 22.

<sup>2</sup> A. Guido, « Le contrat individuel et sa définition », *RIDC*, Vol. 40, n°2, Avril-juin 1988, pp. 327 s.

<sup>3</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2022, p. 525. Hervé Magloire Moneboulou Minkada, « La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle », *Juridical Tribune*, Vol. 4, n° 1, Juin 2014 pp. 88 s. Dans le système de la *Common law* par exemple, à la place d'une conception générale et abstraite, est préférée une définition de chaque opération conclue par les parties, compte tenu des circonstances présentes au moment de la conclusion. A. Guido, *op. cit.*, p. 331 ; I. Abdouraoufi, *L'OHADA et la Common law*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 95 s.

<sup>4</sup> C'est d'ailleurs ce Code qui continue d'être appliqué au Cameroun.

<sup>5</sup> A. Guido, *op. cit.*, p. 328.

<sup>6</sup> Aux catégories anciennes prévues par les articles 1102 à 1107 du Code civil, s'ajoutent beaucoup d'autres qui tiennent à l'ingéniosité de la pratique, à la prise en compte de l'inégalité des parties, à la finalité de l'opération ou encore au mode électronique d'extériorisation de la volonté. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, pp. 78 s.

<sup>7</sup> Nombre de ces contrats sur mesure sont devenus des contrats nommés, tel le contrat de crédit-bail. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 61, p. 79. Sur les notions d'innommé, d'hybride et de *sui generis*, E. Dos-Reis, « Réflexion théorique sur la qualification des situations hybrides en droit », *Revue des Mutations du Droit*, janvier 2013, rmd.upmf-grenoble.fr.

<sup>8</sup> L'accord de volonté.

<sup>9</sup> Produire un lien de droit.

<sup>10</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédy, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2018, n° 28 s., p. 35.

pendant naturel de la qualification, pourrait ne susciter aucun intérêt si l'on s'en tient à l'opération ou au résultat qui est celui d'attribuer une étiquette au contrat. D'ailleurs, toutes les analyses parcourues portées sur la qualification ne manquent pas d'évoquer la requalification comme une reprise de l'opération de qualification, une action de refaire comme son sens littéral avec le préfixe « *re* » le suggère. La qualification elle-même, pénétrant le droit tout entier<sup>11</sup>, renvoie à « la détermination de la nature juridique d'une chose ou d'une relation à l'effet de la classer dans les catégories existantes »<sup>12</sup>. C'est l'opération d'intelligence qui consiste à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique déjà existante, dans l'optique de déterminer le régime juridique ou les conséquences juridiques de cette situation<sup>13</sup>. Elle permet, pratiquement, de se placer dans telle situation ou de recourir à

tel acte pour réaliser telle opération déterminée au vu des avantages que présente la solution retenue par rapport à toutes celles envisageables<sup>14</sup>.

La requalification ne serait rien d'autre qu'une répétition de l'opération de qualification, l'attribution d'une qualification nouvelle, « la rectification de nominations en remplacement de nominations adéquates »<sup>15</sup>; le changement de qualification opéré par le juge<sup>16</sup>. Les lexiques juridiques y voient une « opération par laquelle le juge restitue à un acte ou à un fait son exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »<sup>17</sup>. Elle est un signe de l'exercice « d'un contrôle sur les qualifications que les parties retiennent dans la mesure où le juge impose une catégorie juridique au détriment d'une autre qu'il estime erronée »<sup>18</sup>. Elle permet alors d'apporter « un remède nécessaire à l'erreur de qualification »<sup>19</sup> et,

<sup>11</sup> F. Terré, reprenant Batiffol, relève que la qualification, symptôme et mesure du progrès de la science juridique, pénètre le droit tout entier et pose des problèmes si nombreux que leur étude d'ensemble relèverait de l'encyclopédie. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, réédition 2014, p. 1. Elle est considérée comme un élément essentiel d'un système de réalisation méthodique du droit, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé*, Paris, Dalloz, réédition, 2002, n° 22. Elle sert de lien indispensable entre le fait et le droit. D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, 6<sup>ème</sup> tirage 2019, p. 1276.

<sup>12</sup> F. Terré, « Retour sur la qualification », in *Mélanges Jean Buffet, La procédure dans tous ses états*, Paris, LGDJ, 2004, p. 427 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 405.

<sup>13</sup> S. Guinchard et Th. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25<sup>ème</sup> éd., 2018, v° Qualification. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13<sup>ème</sup> éd., coll. Quadrige, 2018, p. 829. En Droit international privé, la qualification suppose des catégories et des règles de rattachement et constitue une « prémisses indispensable » à la sélection de la règle de conflit appropriée, et donc à la

détermination du droit applicable. Ridha Boukhara, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, 2010, <http://id.erudit.org/iderudit/044139ar>, pp. 159 s.

<sup>14</sup> D. Alland et S. Rials (dir.), *op. cit.*, v° « Qualification », p. 1278.

<sup>15</sup> S. Ascencio, *La disqualification en droit privé interne*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, 1999, p. 2

<sup>16</sup> É. Verny, « Les conditions de la requalification », in O. Décima (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, 22 janvier 2013, Cujas, p. 71.

<sup>17</sup> G. Cornu (Dir.), *op. cit.*, p. 900 ; S. Guinchard et Th. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25<sup>ème</sup> éd., 2018, v° Requalification.

<sup>18</sup> S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2000, n° 70, p. 68, cité par D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, Paris, IRJS Éditions, 2011, note 47.

<sup>19</sup> A. Bergeaud-Wetterwald, « Les effets de la requalification », in O. Décima (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, 22 janvier 2013, Cujas, p. 79. C'est d'ailleurs ce seul sens qui prévaut en matière pénale.

à terme, a toujours pour effet de déterminer un régime juridique.

Seulement, en évacuant la dimension de l'effet classique qui ne revêt aucune particularité pour s'intéresser à la fonction de la requalification du contrat, l'on constate qu'elle n'est pas qu'un simple procédé de rectification de qualification, toute chose qui justifie qu'une attention particulière lui soit portée. En effet, en matière sociale, elle a pu être envisagée comme une sanction contractuelle prononcée par le juge<sup>20</sup>. La « requalification – sanction », « construction originale » du droit du travail<sup>21</sup>, s'est particularisée par l'attribution d'une qualification qui ne correspond pas aux caractéristiques intrinsèques du contrat en raison de la violation d'une règle de droit<sup>22</sup>. Il s'agit d'appliquer à un contrat une qualification préalablement prévue par le législateur à titre de sanction, peu importe ce qu'ont voulu les parties. S'étendant à toutes les branches du droit privé, elle renvoie désormais à la sanction de la violation des conditions essentielles du contrat<sup>23</sup>, ou encore la sanction d'une disqualification<sup>24</sup>.

C'est dire que la requalification peut être envisagée pour corriger une erreur de qualification ou pour sanctionner la mauvaise formation du contrat.

La dualité admise ne concerne néanmoins pas toutes les situations de requalification en matière contractuelle. La requalification peut en effet porter sur une clause, un fait ou un acte découlant du contrat (un licenciement requalifié en démission et inversement<sup>25</sup> ; un licenciement en licenciement abusif<sup>26</sup> ; une faute lourde en faute grave<sup>27</sup> ; etc.). Elle n'est envisagée à propos du contrat lui-même que s'il existe effectivement avec une certaine dénomination ou dans une certaine catégorie. Or, une fois le contrat identifié, son rangement dans une catégorie déterminée est pour une certaine doctrine inutile dans la mesure où le juge peut statuer en cas de contentieux sans chercher sa dénomination exacte<sup>28</sup>. Toutefois, les arguments en faveur de la nécessité de la qualification demeurent prépondérants. Ils tiennent à sa pertinence dans diverses branches du droit<sup>29</sup>. En droit pénal, la qualification permet de caractériser un

<sup>20</sup> Cl. Roy-Loustaunau, « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée: requalification-interprétation et requalification-sanction », *RRJ*, 1992, p. 862; D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 3; J.-A. Batouan Bouyom, « La qualification et le renouvellement du contrat de travail », in J.-M. Tchakoua, *Les grandes décisions du droit du travail et de la sécurité sociale*, JusPrint, 2016, p. 55.

<sup>21</sup> A. Martinel et V. Armand, « Contrats précaires : actualité jurisprudentielle sur l'action en requalification en contrat de travail à durée indéterminé », *Bulletin de la Cour de cassation*, n° 70, 2<sup>ème</sup> trimestres 2005, p. 3 ; D. Baugard, *op. cit.*, p. 1.

<sup>22</sup> G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Journées J. Flour, *Défrénois*, 2000, n° 15/16, p. 888; D. Baugard, *op. cit.*, pp. 20 s.

<sup>23</sup> Éd. Umberto Goût et F.-J. Pansier, *Petit lexique juridique. Mots et expressions*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 2016, v° Essence.

<sup>24</sup> S. Ascencio, *op. cit.*, pp. 15 s.

<sup>25</sup> CS, arrêt n° 39/S du 8 déc. 1994, aff. Société Union industrielle pour le Cameroun c/ Nandong Vincent, obs. J. Kom, « La démission du travailleur », in J.-M. Tchakoua, *Les grandes décisions du droit du travail et de la sécurité sociale*, JusPrint, 2016, p. 433 s.

<sup>26</sup> CS, arrêt n° 117/S du 22 septembre 1994, *RJCS*, t. 3, 1980-2000, p. 1095 s.

<sup>27</sup> CS, arrêt n° 66/S du 19 mars 1968, aff. Ekéké Charles C/ Les Comptoirs Réunis, obs. J.-M. Tchakoua, « Le caractère du licenciement », *Les grandes décisions du droit du travail et de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 660.

<sup>28</sup> Notamment lorsque les liens sont sans équivoques, ou si l'appellation est sans pertinence pour la solution du litige. B. Mercadal, *op. cit.*, p. 461.

<sup>29</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, n° 59, p. 81 et n° 66, p. 87.

délict<sup>30</sup>. En droit fiscal, elle joue un rôle dans la perception des taxes. En droit privé interne, elle « répond à un impérieux besoin de sécurité » dans la mesure où il est indispensable de reconnaître aux classifications préétablies une certaine rigidité et limiter l'action déformatrice de la volonté des parties<sup>31</sup>. De plus, c'est dans l'intérêt des parties d'attribuer une étiquette au contrat afin de mieux spécifier la nature de leurs engagements et le régime applicable ou la force du lien d'obligation pour éviter au juge de se tromper sur leur exacte volonté<sup>32</sup>. Or, si l'étiquette est effectivement porteuse de ce que les parties entendent faire, il est permis de se demander pourquoi la changer. Pourquoi requalifier un contrat déjà qualifié par les parties ?

La recherche des raisons qui président au recours à la requalification du contrat revêt plusieurs intérêts. Sur un plan pratique, elle est susceptible d'éclairer le

juge entendu au sens de toute autorité investie de la *jurisdictio*<sup>33</sup> qui, bien que « maître des qualifications » et non lié par la qualification des parties<sup>34</sup>, a parfois été critiqué pour avoir requalifié d'office un contrat<sup>35</sup>. Elle permet également de déterminer en la matière son office, surtout qu'au Cameroun où s'ancre principalement l'étude, il n'a pas été précisé si la requalification, tout comme la qualification, est pour lui un devoir ou une faculté<sup>36</sup>. Et même dans les États où cela a été fait<sup>37</sup>, il n'est pas rare d'y revenir tant il est difficile de circonscrire les pouvoirs du juge<sup>38</sup>.

Sur un plan théorique, au-delà du régime juridique revisité, il faut noter que la multiplication des qualifications impératives, ainsi que d'autres solutions qui favorisent le maintien du contrat, sous la forme d'une nullité partielle, d'une réduction, d'une éradication ou d'une réfaction concourent à interroger la

<sup>30</sup> Art. 318 al. 1(b) du Code pénal relatif à l'abus de confiance.

<sup>31</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 92, p. 114.

<sup>32</sup> F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 212 s., p. 198 s ; P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, 2010, <http://id.erudit.org/iderudit/044138ar>, p. 121 ; B. Mercadal, « La qualification du contrat en droit français », in *L'obligation : Études offertes au Professeur P.-G. Pougué*, Yaoundé, L'Harmattan, 2015, p. 460 ; J. Julien, « Sonder les cœurs et les reins, ou la qualification contractuelle », in M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2015, n° 2.

<sup>33</sup> Avec la diversification des personnes investies du *jurisdictio*, le juge est compris comme toute juridiction, quels que soient son degré dans la hiérarchie, son pouvoir, l'origine de son investiture, sa composition ou même l'ordre auquel elle appartient. G. Cornu (Dir.), *op. cit.*, v° « Juge » ; Denis Alland et Stephan Rials (dir.), *op. cit.*, v° « Juge », p. 867.

<sup>34</sup> O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, vol 0, n° 18, janvier 1993, p. 12.

<sup>35</sup> CCJA, arrêt n° 76/2016 du 28 avril 2016 : encourt cassation l'arrêt de la Cour d'appel qui requalifie en

garantie autonome un cautionnement alors que ni les conditions du cautionnement, ni ceux de la garantie autonome ne sont réunies ; CCJA, arrêt n° 159/2020 du 30 avril 2020 : encourt cassation l'arrêt de la Cour d'appel de Niamey qui retient que le juge doit donner ou restituer aux faits et actes litigieux leur exacte qualification et requalifie un acte intitulé garantie de demande de remboursement de paiement en garantie autonome alors que l'article 41 prescrit cette appellation à peine de nullité ; CCJA, arrêt n° 211/2021 du 25 novembre 2021 : encourt cassation la décision d'appel qui requalifie en garantie *sui generis* des contrats alors que les parties ont entendu constituer des cautionnements.

<sup>36</sup> Il en est de même en Belgique où la doctrine propose que la requalification soit considérée comme un devoir. J.-F. Van Drooghenbroeck, « La requalification judiciaire du contrat et les prétentions qui en découlent », *TBBR/RGDC*, n° 7, 2014, p. 298, n° 13

<sup>37</sup> Dans certains pays, tels la France et le Niger, la requalification a été consacrée dans le procès civil comme un devoir pour le juge, au même titre que la qualification. Articles 12 et 27 respectivement de leur Code de procédure civile.

<sup>38</sup> M. Douchy-Oudot, « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, n° 14, p. 103, et n° 17, pp. 99 s.

pertinence du procédé. Il serait important de dégager sur quels critères le juge pourrait se fonder pour opter pour la requalification et non pour ces autres mécanismes. L'exploration de la doctrine, de la jurisprudence et des textes renseigne de l'existence d'une diversité de motifs de requalification. Certains découlent de la loi qui impose une qualification de substitution et d'autres résultent de l'interprétation du contenu du contrat. Aussi, on peut dire que la requalification du contrat participe de la modification du contrat et peut être envisagé parce que la loi l'impose (I) ou parce que le contenu du contrat le suggère (II).

### **I. La requalification du contrat imposée par la loi**

Que la doctrine soutienne la force de la loi – prise au sens large – ou l'autonomie de la volonté<sup>39</sup>, il reste indéniable que le contrat n'est point affranchi des exigences légales. L'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil précise d'ailleurs, même s'il crée d'autres ambiguïtés<sup>40</sup>, que seules « les conventions légalement formées » tiennent lieu de loi. « L'ordre juridique ne saurait, en effet, prêter la main à l'exécution d'obligations dont il désapprouverait la formation ou la teneur »<sup>41</sup>. Mais il ne se contente pas de sanctionner l'œuvre des parties ou de limiter leur liberté par des prohibitions ; il va jusqu'à prescrire des conditions précises qui accentuent le domaine de l'ordre public en matière contractuelle. C'est sous le prisme de cet enserrement qu'il faut lire l'exigence de

requalification du contrat que l'on retrouve dans certains textes tels le Code de travail. Le législateur ne se limite pas à son rôle classique de création des catégories afin d'organiser leur régime. Il intervient parfois à un second stade en « prédéterminant le rattachement ou l'exclusion d'une donnée à une catégorie »<sup>42</sup>. Il disqualifie et requalifie. Son acte repose sur des fondements partagés bien établis (A) mais a une portée discutable (B).

#### **A. Des fondements établis**

Les fondements de la requalification légale n'ont rien de bien particulier. Il se trouve qu'ils ne sont autres que ceux qui expliquent depuis longtemps une intervention du législateur en matière contractuelle. L'un, matériel, est l'exigence de respect d'une condition essentielle d'existence du contrat (1). Les autres, plus philosophiques, sont relatifs à la protection d'intérêts sociaux et économiques (2).

##### **1. L'exigence de respect d'une condition essentielle d'existence**

La condition essentielle dans le contrat est celle en l'absence de laquelle celui-ci ne peut exister tout court ou dans la catégorie voulue par les parties. En tant que telle, elle se rapproche de l'élément essentiel ou fondamental ou caractéristique du contrat qui détermine le type de contrat et permet à l'accord d'avoir le caractère qu'on veut lui attribuer<sup>43</sup> (le prix dans le contrat de vente). Cet élément peut être objectif ou subjectif<sup>44</sup> et est lui-même parfois assimilé à l'obligation essentielle ou

<sup>39</sup> Sur les différentes positions, lire J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2022, pp. 526 s.

<sup>40</sup> « En assimilant la convention à une ‘loi’, assimile-t-il la volonté à une loi privée ? » J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 530.

<sup>41</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 29, p. 37.

<sup>42</sup> Q. Guiguet-Schiélé, « Les présomptions et fictions (dis)qualificatives », In M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2015, n° 4.

<sup>43</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Essentiel, p. 413.

<sup>44</sup> « Tout contrat, y compris les contrats de gré à gré, est un composé d'éléments subjectifs et d'éléments

prestation caractéristique<sup>45</sup>. Bien que cette dernière ne fasse pas l'objet de définition arrêtée, elle peut être considérée comme celle-là qui participe de l'essence du contrat, sans laquelle la relation contractuelle ne présenterait plus d'intérêt suffisant pour les parties en cause<sup>46</sup>. Sa confusion avec l'élément essentiel pose problème dans la mesure où il est des éléments qui n'ont rien à voir, au sens purement technique, avec l'obligation<sup>47</sup>. Le lien de subordination par exemple permet de qualifier le contrat de travail, mais ne constitue pas en soi une obligation.

La doctrine parle beaucoup plus d'élément essentiel ou d'obligation essentielle que de condition<sup>48</sup>. Ainsi, les cas d'inexistence et de requalification seraient ceux où il manque un élément essentiel à la formation de l'acte, à la différence des cas de nullité qui seraient ceux pour lesquels l'acte contient apparemment tous ses éléments essentiels, mais l'un d'eux manque en fait ou est atteint d'un vice<sup>49</sup>. Le terme condition reflète pourtant mieux le critère caractéristique de la requalification légale, dans la mesure où celle-ci pourrait être un élément extérieur au contrat alors que l'élément essentiel est fondamentalement intrinsèque au contrat. En s'en tenant à la condition, une distinction est établie entre les conditions essentielles et les conditions de validité d'un acte

juridique. « Les conditions essentielles commandent l'existence d'un acte juridique (ex. : sans prix en argent monnayé, il n'y a pas vente, mais échange) tandis que les conditions de validité en commandent la validité (ex. : si le vendeur n'a pas la capacité de vendre, la vente est annulable) »<sup>50</sup>. Mais il ne s'agit au fond que d'une différence de degré.

C'est le droit objectif qui détermine la ou les conditions essentielles et de validité du contrat. En principe, en cas de non-respect de l'une d'elles, celui-ci peut être frappé de nullité, de caducité ou être considéré comme inexistant. Toutefois, par le mécanisme de la requalification, le législateur peut décider de le sauver. Il identifie un modèle de référence au sein de la catégorie qui lui permettra d'accueillir les contrats qui, bien que comportant des éléments essentiels de cette catégorie, présentent un défaut assez grave pour continuer d'y exister en l'état. C'est alors avec des vocables tels que « réputé », « considéré », « vaut » qu'il attribue une valeur présumée à un acte, distincte de celle qui lui aurait été accordée à première vue. À l'article 28 al. 5 du Code du travail par exemple, on peut lire : « la prolongation des services au-delà de l'expiration d'un contrat d'engagement à l'essai, sans intervention d'un nouveau contrat, vaut engagement définitif, prenant effet à compter du début

objectifs », F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, p. 133, n° 111. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, p. 17, n° 15.

<sup>45</sup> Il s'ajoute aux nombreux autres qualificatifs de l'obligation essentielle : C. Deslauriers-Goulet, « L'obligation essentielle dans le contrat », *Les Cahiers de droit*, 55(4), 2014, <https://doi.org/10.7202/1027854ar>, pp. 929 ; N. Cardoso-Roulot, *les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, L'Harmattan, 2008, n° 11, p. 30 qui note présomptions une pléthore d'appellation de l'obligation essentielle mais ne

retient que les adjectifs fondamental et substantiel.

<sup>46</sup> P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 140 ;

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Sirey, 18<sup>e</sup> éd., 2022-2023, n° 1452, p. 494.

<sup>49</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, *ibid.*; N. Cardoso-Roulot, *op. cit.*, n° 532 et n° 560, pp. 399 s.

<sup>50</sup> Éd. Umberto Goût et F.-J. Pansier, *Petit lexique juridique. Mots et expressions*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 2016, v° Condition et Théorie de l'inexistence.

de l'essai »<sup>51</sup>. D'autres fois, il parle clairement de transformation<sup>52</sup>. Quel que soit le terme employé, l'on note que de l'imperfection du premier contrat, naît un second contrat dans la même catégorie. La doctrine parle d'ailleurs de disqualification<sup>53</sup>.

La disqualification est comprise comme la perte de qualification, par exclusion ou rétrogradation, à titre de sanction d'une irrégularité. Elle est définie par le Vocabulaire juridique comme une « espèce de requalification consistant pour le juge pénal, à écarter le rattachement d'un fait délictueux à une catégorie d'infraction pour opérer son rattachement à une catégorie moins grave »<sup>54</sup>. Mais elle ne se limite pas qu'au droit pénal, ni ne consiste en l'attribution d'une nouvelle qualification. La requalification est considérée comme la sanction de la disqualification et permet d'appliquer le régime juridique qui devait être appliqué par déformation des qualifications<sup>55</sup>.

S'agissant du contrat, la déformation est concomitante à la formation de l'acte. Au lieu d'opter pour l'anéantissement avec la conséquence que

l'acte soit considéré comme n'ayant jamais existé par l'effet de la rétroactivité ou de laisser le choix du devenir de l'acte aux parties ou au juge<sup>56</sup>, le législateur favorise la préservation de celui-ci sous une autre étiquette. Ainsi, lorsqu'il y a violation d'une condition de fond ou de forme non régularisée, le contrat de société devient un contrat de société de fait<sup>57</sup>. Le contrat d'hypothèque non enregistré vaut comme promesse synallagmatique entre les parties. En droit du travail, c'est le formalisme attaché au contrat d'engagement à l'essai qui peut occasionner sa transformation en contrat de travail au cas où il y est stipulé que le renouvellement se fera plus d'une fois ou autrement que par un écrit signifié par l'employeur au travailleur avant l'expiration de la période d'essai initiale<sup>58</sup>. S'agissant des conditions de fond, ce sont surtout les violations relatives au choix du type de contrat qui sont retenues<sup>59</sup>. Le contrat de travail à durée déterminée ou le contrat de travail précaire renouvelé en violation des conditions prescrites doit être considéré comme un contrat de travail à durée indéterminée<sup>60</sup>. Par interprétation des dispositions du Code du travail, la

<sup>51</sup> Plus de précisions sont apportées par l'art. 3 (b) de l'Arrêté n° 017/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant la durée maximale et les modalités de l'engagement à l'essai. Cependant, seule la mutation est consacrée, sans que la forme du contrat de travail ne soit précisée ; celui-ci pouvant être, selon les termes de la convention des parties, à durée déterminée ou indéterminée.

<sup>52</sup> Art. 25 al. 3 Code du travail; art. 7(1) du Décret n° 093/577/PM du 15 juillet 1993 fixant les conditions d'emplois des travailleurs temporaires, occasionnels ou saisonniers.

<sup>53</sup> . Ascencio, *La disqualification en droit privé interne*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, 1999 ; Q. Guiguet-Schiélé, « Les présomptions et fictions (dis)qualificatives », In M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2015, pp. 203-224.

<sup>54</sup> Cornu (Dir.), *op. cit.*, v° Disqualification, p. 352.

<sup>55</sup> S. Ascencio, *op. cit.*, pp. 15 s. et p. 52.

<sup>56</sup> Les articles 13, 80 et 160 du Règlement CEMAC n° 03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement prévoit que le billet à ordre, le chèque ou la lettre de change qui ne comportent pas certaines mentions obligatoires, ne valent simplement pas comme tels sauf dans les cas de suppléance prévus. On peut également lire les articles 283 et 288 de l'Acte uniforme OHADA portant sur le droit commercial général (AUDCG) qu'en cas de défaut de conformité, il pourra être procédé au remplacement des marchandises ou à la réfaction du prix.

<sup>57</sup> Articles 115 et 865 AUSCGIE.

<sup>58</sup> Article 3 de l'Arrêté n° 017/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant la durée maximale et les modalités de l'engagement à l'essai.

<sup>59</sup> D. Baugard, *op. cit.*, pp. 39 s.

<sup>60</sup> 25 al. 3 du Code du travail; art. 7(1) du Décret n° 093/577/PM du 15 juillet 1993 fixant les conditions d'emplois des travailleurs temporaires, occasionnels ou saisonniers.

jurisprudence estime que tout contrat comportant une durée dépassant le maximum légal ou qui comporte à la fois un terme et la faculté de résiliation unilatérale est un contrat à durée indéterminée<sup>61</sup>.

Certains auteurs ont avancé que la requalification légale pouvait aussi se fonder sur la violation d'une modalité d'exécution du contrat<sup>62</sup>. Cependant, pour une majeure partie de la doctrine, il faut éviter le piège d'une généralisation, car la qualification dépend de la nature de l'accord des parties qui est appréciée au moment de sa formation, sans avoir égard à l'exécution du contrat par le débiteur<sup>63</sup>. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une manifestation de la force obligatoire qui « protège l'un des contractants contre l'arbitraire de l'autre, indépendamment des responsabilités encourues »<sup>64</sup>. Cela n'empêche pas que le défaut de formation puisse survenir ultérieurement, pendant l'exécution. L'enjeu est de déterminer si celui qui donne lieu à requalification comporte une spécificité.

Certaines hypothèses permettent de faire une distinction entre les conditions communes à tous les contrats dont la violation ne peut être couverte par la requalification et certaines conditions spécifiques en l'absence desquels le contrat porte une autre étiquette. Tel est le cas dans la législation sociale avec le contrat de travail. D'autres par contre sont indifférentes à la distinction entre condition commune et condition spécifique. Le défaut de l'une comme de l'autre n'empêche pas le législateur de requalifier. L'exemple est

donné avec le contrat de société. Mais loin d'en déduire que le choix du législateur est arbitraire, il faut regarder du côté des intérêts économiques et sociaux qu'il entend protéger.

## **2. La protection des intérêts économiques et sociaux**

Malgré la diversité des mouvements contradictoires qui agitent le droit des contrats, il reste certain que le législateur n'intervient plus seulement « pour sanctionner l'œuvre des parties en leur donnant une action et pour les surveiller en établissant des limites à leur liberté, au moyen de prohibitions et de nullités »<sup>65</sup>. Postérieurement au Code civil de 1804, se sont développés des textes par lesquels le législateur « dirige » le contrat en le suspendant, le révisant ou le refaisant. Déjà, le Code lui-même n'a jamais été acquis entièrement au libéralisme économique et aux seules vertus de la liberté contractuelle. Tout a été mis en œuvre pour permettre aux agents de l'ordre juridique de vérifier que le contrat respecte les intérêts des parties, comme ceux des tiers et de la collectivité<sup>66</sup>. Le renforcement du cadre contraignant s'est affiné du fait des excès découlant des inégalités entre les cocontractants. S'il a été constaté un déclin de la souveraineté du législateur du fait de la loi devenue « une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la préparent ou la mettent en œuvre »<sup>67</sup>, il n'en a pour autant pas été déduit un accroissement de la liberté contractuelle. Les parties demeurent libres de vouloir, mais à condition d'asservir leur volonté à des objectifs qui dépassent leur

<sup>61</sup> CS, arrêt n° 80 du 18 septembre 1980 et CS, arrêt n° 156/6 du 21 septembre 1995, obs. J.-A. Batouan Bouyom, *op. cit.*, pp. 43 s.

<sup>62</sup> D. Baugard, *op. cit.*, pp. 287 s.

<sup>63</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 118, p. 143.

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 144.

<sup>65</sup> Planiol, dans son *Traité élémentaire de droit civil*, cité par F. Tiberghien, « La loi et le contrat », *Après-demain*, n° 7, 2008, p. 18.

<sup>66</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 34.

<sup>67</sup> A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit Social*, 2003, p. 60.

intérêt propre. Leur liberté est programmée pour la réalisation de ces objectifs supérieurs à leur intérêt patrimonial relevant du bien commun ou encore de l'ordre public<sup>68</sup>.

Considéré comme la forme la plus visible de l'objectivisme en matière contractuelle<sup>69</sup>, l'ordre public dont il s'agit ici n'est pas l'ordre public classique. À ses côtés, s'est développé un ordre public économique et social qui se décline, malgré quelques contestations<sup>70</sup>, en deux, à savoir l'ordre public économique de protection et l'ordre public économique de direction<sup>71</sup>.

C'est avec les contrats comportant une inégalité structurelle que s'implante l'ordre public de protection. Il se matérialise par une réglementation impérative du contenu du contrat afin de préserver les intérêts de la partie faible et de restaurer l'équilibre rompu. Le législateur (ou le juge dans certaines circonstances) réagit sur le fondement de l'idée que la partie forte peut imposer les termes du contrat et/ou les faire exécuter dans son seul intérêt<sup>72</sup>. Très prégnant en droit du travail, cet ordre public peut expliquer que ce soit là que se retrouvent le plus les hypothèses de requalification<sup>73</sup>. Dans l'optique de préserver la stabilité de l'emploi, le législateur évite la nullité du contrat de

travail qui ne respecte pas certaines conditions et procède à son maintien en tant que contrat de travail à durée indéterminée, « forme normale et générale de la relation de travail »<sup>74</sup>. Il impose ainsi à la partie forte ce qu'elle a voulu éviter.

Très rapidement, l'évocation de la partie forte porte le regard vers les contrats administratifs pour rechercher pareille requalification. Ces derniers, construits par la doctrine et la jurisprudence, sont ceux qui font intervenir au moins une personne publique et par ses clauses ou son objet vise la réalisation d'une mission de service public<sup>75</sup>. Ils sont bâtis non pas sur les intérêts des parties comme dans les contrats de droit privé, mais sur l'inégalité des intérêts qui tient au fait que l'un des cocontractants représente l'intérêt de la collectivité. Ils relèvent d'un régime exorbitant qui en fait des contrats déséquilibrés<sup>76</sup>. On peut alors se demander si le régime des contrats administratifs tente de gommer le déséquilibre entre les pouvoirs de l'administration et la faible posture du cocontractant. En réalité, les règles qui encadrent les contrats administratifs sont surtout des règles jurisprudentielles et les textes existants s'appesantissent essentiellement sur la

<sup>68</sup> *Ibid*, p. 66 s.

<sup>69</sup> S. Nkoulou, *Le contenu du contrat entre subjectivisme et objectivisme*, thèse de doctorat en droit, Université de Yaoundé II, 2011, n° 423.

<sup>70</sup> Bien qu'elle constitue une *summa divisio* en droit québécois, la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction est considérée par certains comme évanescence et difficile à mettre en œuvre. En ce sens M. Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *RJT*, 1, n° 41, 2007, pp. 22 s.

<sup>71</sup> C. Renault-Brahinsky, *Droit des obligations*, Gualino, Lextenso, 2019, p. 42 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 36.

<sup>72</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 541.

<sup>73</sup> Cela n'a rien à voir, comme justement relevé, avec la complexité de la matière ou que les dénominations proposées au juge y sont plus souvent inexactes qu'elles ne le sont ailleurs. D. Baugard, *op. cit.*, n° 3, p. 3.

<sup>74</sup> Selon les termes du législateur français à l'article L. 1221-2 du code du travail.

<sup>75</sup> E. Gnimpieba Tonnang et B.-C. Mballa Emoto, « La qualification des contrats administratifs au Cameroun : leçons d'une évolution jurisprudentielle apparente », <https://www.legavox.fr>, publié le 31 août 2014.

<sup>76</sup> F. Brenet, « Critères du contrat administratif – Nouvelle définition de la "clause exorbitante" », note sous T. confl., 13 oct. 2014, n° 3963, Sté Axa France IARD c/MAIF, *Droit administratif* n° 1, janv 2015, comm 3.

procédure de leur conclusion<sup>77</sup>. Si d'aventure une requalification est prévue dans les textes, ce ne serait assurément pas pour la même raison que pour les contrats déséquilibrés de droit privé. Tout au plus, ce serait dans le sens de la préservation d'un instrument économique utile à l'État à l'image de ce que véhicule l'ordre public de direction.

L'ordre public économique de direction répond à une certaine vision de l'intérêt général. Traditionnel en ce sens, il s'amplifie avec l'inscription du contrat dans la sphère sociale par son érection en instrument d'organisations plus durables entre les parties ou instrument de politiques publiques et par l'influence considérable de celui-ci sur les tiers<sup>78</sup>. Le législateur tente alors plus qu'hier de canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît utile à la collectivité. Il ne s'agit plus de protéger une catégorie de personnes, mais d'imposer une certaine conception de l'utilité sociale<sup>79</sup>. On le voit avec la réglementation des sociétés qui met l'accent sur la survie de l'entité économique plutôt que sur son anéantissement qui entraîne des inconvénients économiques, fiscaux, financiers, sociaux et politiques importants<sup>80</sup>. Il en est de même avec le droit du crédit qui maintient le contrat d'hypothèque malgré l'absence de publicité.

Dans cette logique protectionniste, la requalification apparaît comme un outil parmi tant d'autres pour satisfaire les aspirations du législateur. Le problème est

que son intervention peut être perçue comme un « aveu de faiblesse : la reconnaissance de la trop grande porosité ou au contraire de la trop grande rigidité de la catégorie »<sup>81</sup>. Elle peut alors ne pas avoir la portée escomptée au regard des enjeux qui sont les siens.

## **B. Une portée discutable**

Il ne fait aucun doute que par la requalification, le contrat est maintenu, non plus sous l'ancienne étiquette puisqu'une condition essentielle à cet effet fait défaut, mais sous une nouvelle étiquette. Seulement, ce changement de qualification a des effets plutôt réduits (1) et sa considération comme sanction mitigée (2).

### **1. Des effets réduits**

La requalification légale est considérée comme un véritable « outil de simplification de la pratique du droit » en ce « qu'elle anticipe l'existence d'un conflit catégorique et impose une solution avant même que la question ne se pose en pratique »<sup>82</sup>. La loi n'ayant pas d'intérêt personnel à la qualification, par la requalification, elle contribue à la bonne administration de la justice. Il ne faut pourtant pas exagérer, techniquement, la portée de ce mécanisme, car il ne produit pas certains effets.

La requalification n'emporte pas novation du contrat, bien qu'elle puisse y ressembler. Au sens strict, la novation est la substitution d'une obligation nouvelle à une

<sup>77</sup> A. De Laubadère, *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, t. 1, 1956, p. 19, n° 6.

<sup>78</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, pp. 549 s.

<sup>79</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 36.

<sup>80</sup> I. Ndam, « Régime de nullité des sociétés et protection des intérêts menacés en droit OHADA », *Revue de l'Ersuma*, n° 20, 2024-1, p. 16.

<sup>81</sup> Q. Guiguet-Schiélé, « Les présomptions et fictions (dis)qualificatives », *In M. Nicod (dir.), Les affaires de la qualification juridique*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2015, n° 24.

<sup>82</sup> Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, n° 33.

ancienne qui s'éteint<sup>83</sup>. Elle est considérée comme ambiguë, car « créant pour éteindre et éteignant en créant »<sup>84</sup>. Par la métamorphose qui s'opère, une obligation nouvelle naît, différente mais liée à l'ancienne. Pour sa validité, la loi exige que l'intention de nover ressorte clairement de l'acte et que la nouvelle comme l'ancienne obligation soient valables, à moins qu'elle ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché de vice. Dans une telle hypothèse, la novation ressemble à la confirmation, mais s'en distingue en ce que la confirmation maintient l'obligation ancienne, là où la novation en crée une neuve.

La requalification légale ne crée pas d'obligation nouvelle. Elle donne effet à une obligation ancienne mais sous une autre étiquette. Bien plus, la requalification ne procède pas d'une intention de nover des parties. Elle s'impose à eux indépendamment de leur volonté. Elle exprime un acte de puissance qui démontre que l'autorité dépasse la vérité<sup>85</sup> et intervient dans un domaine où « l'acte de contracter se réduit pour les parties à se placer sous l'empire d'un statut légal impératif »<sup>86</sup>, leurs rapports s'identifient à des « rapports légaux d'origine contractuelle » et « le contrat un acte-condition, c'est-à-dire un acte qui n'a pas

pour but de modeler des droits et des obligations, mais d'appliquer à la personne les droits et les obligations résultant d'un statut réglementaire »<sup>87</sup>.

La requalification légale échappe également au pouvoir du juge et par ricochet à l'opération de qualification des contrats qui est la résultante de nombre de facteurs ayant pour objet de révéler la réalité – la vérité contractuelle – de ce que le juge estime que les parties ont recherché<sup>88</sup>. Avec elle, comme avec toute autre qualification légale, « le juge n'est plus maître de la qualification et se trouve ainsi soulagé de l'embarras du choix et du risque de censure liée à une qualification erronée »<sup>89</sup>. Par contre, le juge peut être appelé à qualifier le contrat initial pour déterminer sa nature juridique. Il pourra d'abord s'interroger sur la valeur de l'acte en tant que contrat<sup>90</sup>. Ensuite, il évoluera vers la recherche de la catégorie générale dudit contrat pour lui appliquer le régime juridique correspondant. La troisième étape qui complètera son raisonnement, s'il y a lieu, consistera à déterminer la catégorie spéciale à laquelle se rattache le contrat<sup>91</sup>. Il se retrouvera en quelque sorte « obligé de le placer dans une catégorie qui lui permet de le comparer avec l'institution d'ordre public qui est menacée »<sup>92</sup>.

À l'occasion de la qualification, le juge peut revenir sur l'intention des parties

<sup>83</sup> Son régime relève des articles 1271 à 1281 du Code civil.

<sup>84</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel Munck, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 1181.

<sup>85</sup> J. Julien, « Sonder les cœurs et les reins, ou la qualification contractuelle », In M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2015, n° 8.

<sup>86</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 37.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> J. Julien, *op. cit.*, n° 7.

<sup>89</sup> Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, n° 8.

<sup>90</sup> Pour certains, il s'agit du contrôle de la validité qui précède la qualification et les deux ne peuvent se rejoindre que si la nullité de l'accord élaboré par les parties s'impose pour une qualification donnée et non pas pour une autre. X. Henry, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Nancy 2, t. 1, 1992, n° 85

<sup>91</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 58, p. 80.

<sup>92</sup> Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Thèse, Paris, 1951, n° 241, p. 168, cité par X. Henry, *op. cit.*, note 3, n° 85, p. 102.

si les termes de l'accord ne sont pas suffisamment clairs. Il procèdera alors à l'interprétation de la convention et prendra en compte aussi bien les éléments objectifs que les éléments subjectifs ; la structure interne que la structure externe du contrat. Cela lui permettra de ne pas voir dans un contrat de collaboration une société de fait alors qu'il manque l'*affectio societatis*<sup>93</sup> ; la qualification primaire de contrat de société n'étant pas retenue, le juge ne peut requalifier en société de fait. De même, ne peut revêtir la qualification de contrat de travail un contrat auquel il manque le lien de subordination<sup>94</sup> ou qui ne correspond pas à un emploi effectif<sup>95</sup>.

La requalification ne vise pas à conférer à l'acte défectueux l'élément qui lui faisait défaut. Il ne s'agit ni d'une confirmation, ni d'une régularisation. La confirmation est l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée<sup>96</sup>. Elle résulte d'une manifestation unilatérale de volonté qui n'a nul besoin d'être acceptée par le partenaire<sup>97</sup>. Elle consolide l'acte nul en l'état, alors que la requalification légale procède d'un changement de qualification qui s'impose à toutes les parties.

La régularisation, quant à elle, consiste à valider un acte initialement nul en lui apportant l'élément qui lui fait défaut, ou encore à purger cet acte d'un vice formel

qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate<sup>98</sup>. Avec la requalification, aucun acte positif n'est accompli pour effacer le vice qui entache l'acte initial. Il n'est pas exclu qu'en dehors de tout contentieux, les parties décident de poursuivre leur relation contractuelle sur la base de l'acte défectueux, ignorant ainsi les prescriptions légales. Mais en cas de difficulté, c'est la qualification prescrite qui sera retenue indépendamment de leur volonté.

L'indifférence à la volonté des parties dans le choix de la qualification de substitution conduit certains à parler de conversion par réduction. Cette dernière est « l'opération qui donne effet en dehors de l'intervention d'une volonté, aux éléments réduits d'un acte ou d'une personne juridique qui n'a pu se former ou qui a disparu, lorsqu'ils correspondent à la définition d'une figure juridique nouvelle »<sup>99</sup>. La figure juridique nouvelle apparaît comme la forme mineure ou qualification mineure qui sert de cadre aux données de fait alors que disparaît la qualification initiale ou majeure<sup>100</sup>. Elle s'impose aux parties qui ne l'ont pas voulue, du moment qu'elle trouve les éléments aptes à lui servir de support<sup>101</sup>. La qualification mineure peut donc être considérée comme celle qui est attribuée à un acte réduit de certains de ses éléments

<sup>93</sup> CCJA, arrêt n° 141/2020 du 30 avril 2020.

<sup>94</sup> CS, arrêt n° 1/S du 10 octobre 1996, obs. E. M. Kamta Fendop, « Les critères du contrat de travail », in *Les grandes décisions du droit du travail et de la sécurité sociale*, op. cit., pp. 15 s.

<sup>95</sup> CCJA, arrêt n° 0003/2015 du 12 février 2015, *Ohadata J-16-03*.

<sup>96</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Confirmation, p. 228.

<sup>97</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, op. cit., n° 545 ; C. Renault-Brahinsky, op. cit., p. 99.

<sup>98</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Régularisation, p. 877

<sup>99</sup> X. Perrin, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Essai d'une théorie en Droit français*, thèse, Dijon, p. 143, cité par F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., note 43, n° 225, p. 209.

<sup>100</sup> F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 225, p. 210.

<sup>101</sup> *Ibid.*

pour le sauver de l'extinction et qui marque ainsi le passage de l'acte « porteur (nul) au diminutif équivalent qu'il recèle »<sup>102</sup>.

Certains procèdent à une distinction entre conversion par réduction et requalification en arguant de ce que la requalification serait limitée au moyen par lequel le juge restitue au contrat son exacte qualification en se référant à la volonté des parties<sup>103</sup>. Seulement, la conversion n'est pas absolument exclusive de l'intention des parties, étant donné que celle-ci est prise en compte dans la recherche du but ou des effets de l'acte mineur<sup>104</sup>. La conversion par réduction ne peut être employée qu'à la double exigence de l'analogie entre les résultats et le respect de l'intention probable des parties<sup>105</sup>. D'autres critiquent l'emploi rare du terme conversion, voilée par la requalification, alors que pour eux, la conversion par réduction serait un mécanisme original et distinct de la requalification, outil du juriste<sup>106</sup>. En réalité, même si la requalification et la conversion par réduction sont parfois indistinctement employées dans le discours juridique<sup>107</sup>, la première reste appropriée du fait de l'absence de présomption de hiérarchie dans les qualifications que semble suggérer la réduction dans la seconde. Mais qu'il s'agisse de l'une comme de l'autre, il leur est attribué une nature sanctionnatrice dont les contours sont encore imprécis ; raison pour laquelle elle reçoit un accueil mitigé.

## **2. Une sanction mitigée**

<sup>102</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Conversion, p. 268.

<sup>103</sup> C. Pouliquen, « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », *Revue Juridique de l'Ouest*, année 2000, vol. 13, n° 4, p. 423.

<sup>104</sup> X. Perrin et J. Piédelièvre, cités par F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, pp. 211-213.

<sup>105</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 575, p. 649.

La requalification peut-elle être considérée comme une sanction contractuelle ?

En droit social, la doctrine l'affirme en partant de la conception restreinte de la sanction<sup>108</sup>. Celle-ci, venant du latin *sanctio*, du verbe *sancire*, traduit aussi bien l'approbation, la consécration ou la ratification que toute mesure, peine, réparation ou récompense, prise dans le but d'assurer le respect d'une obligation<sup>109</sup>. C'est une notion complexe et polysémique, présentée, malgré les critiques, comme le critère caractéristique de la règle de droit. Sa conception la plus large – effet juridique produit par un acte ou un fait – altérant son intérêt voire sa spécificité et sa conception trop restreinte – peine infligée à l'auteur d'une infraction – la cantonnant aux seules sanctions pénales, c'est son sens fonctionnel de conséquence de la violation d'une règle qui recueille le plus d'adhésion. Dès lors, la sanction de requalification est appréhendée comme le « mécanisme consistant dans l'attribution à un acte juridique, à titre de sanction de la violation d'une règle de droit, d'une qualification qui ne correspond pas à ses caractéristiques intrinsèques »<sup>110</sup>.

La requalification-sanction rencontre cependant quelques obstacles dans son expansion en tant que telle. Le premier est relatif à la complexité de son régime. Une fois qu'il est établi que l'acte rentre dans la catégorie réglementée, le juge se rassure que le vice qui affecte l'acte est

<sup>106</sup> H. Bouaziz, *La conversion des actes juridiques*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Lyon, 2017.

<sup>107</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Sirey, 18<sup>e</sup> éd., 2022-2023, n° 1502, p. 508.

<sup>108</sup> D. Baugard, *op. cit.*, p. 10.

<sup>109</sup> D. Alland et S. Rials (dir.), *op. cit.*, *op. cit.*, v° « Sanction », p. 1381.

<sup>110</sup> D. Baugard, *op. cit.*, n° 20, p. 20.

celui donnant lieu à requalification. La question qui se pose est généralement de savoir s'il peut le faire d'office alors même que les parties n'y ont pas fait allusion. Devant le juge français, en ce qui concerne le contrat de travail, une réponse négative a été avancée et la possibilité d'appliquer la qualification de substitution d'office lui a été refusée<sup>111</sup>. Transposant le régime de la nullité relative à cette requalification, une partie de la doctrine française soutient que seul le salarié peut se prévaloir des mesures édictées dans le souci de le protéger<sup>112</sup>. Cependant, si le contrat comporte des stipulations qui le rattachent à la fois à la catégorie des contrats à durée déterminée et celle des contrats à durée indéterminée, ou s'il ne comporte pas réellement un terme, le juge a l'obligation de lui donner son exacte qualification<sup>113</sup>.

Le juge camerounais, quant à lui, semble opter pour une application rigoureuse de la loi et n'hésite pas à requalifier même en l'absence de moyen invoqué en ce sens<sup>114</sup>. Dans une espèce, la haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui approuvait la première juridiction pour dénaturer des termes du contrat et rupture avant terme du contrat, estimant que le contrat était en réalité un contrat à durée indéterminée<sup>115</sup>. Sa position est constante en la matière et elle va jusqu'à l'extension de la requalification-sanction à des hypothèses non légalement prévues<sup>116</sup>. L'inconvénient majeur de cette posture est la possibilité qu'elle nuise aux intérêts de la

partie protégée. Elle pourrait par exemple permettre à l'employeur de rompre légitimement un contrat irrégulier alors que le maintien de la qualification irrégulière l'exposait à une sanction plus lourde. Il serait judicieux, malgré le caractère impérieux de la loi, d'admettre que le juge puisse s'abstenir de requalifier si la mesure est moins avantageuse pour la partie protégée en vertu du principe de faveur découlant de l'ordre public social.

Le deuxième frein à l'implantation de la sanction de requalification est relatif à la précision de son domaine. La requalification, sanction contractuelle en droit du travail, est timidement exportée vers d'autres branches du droit. Timidement parce que la plupart des travaux sur les sanctions contractuelles n'en font pas cas. Néanmoins, il est admis que la notion de sanction contractuelle elle-même est imprécise et ne saurait être enfermée dans une conception unique<sup>117</sup>. Elle peut être définie « comme toute mesure prononcée en réponse à la transgression d'une norme contractuelle »<sup>118</sup>. En ce sens, elle inclut « toutes les mesures *lato sensu* mises en œuvre pour remédier à la transgression, qu'elles soient prononcées par le juge - sur habilitation ou non du législateur -, ou par les parties elles-mêmes - qu'elles en aient ou non conventionnellement prévu la possibilité ; et d'autre part, que peu importe la nature de la norme violée, légale comme purement conventionnelle, impérative comme supplétive, dès lors qu'elle a

<sup>111</sup> Cass. soc., 7 mai 1996, *RJS* 1996, n° 658.

<sup>112</sup> S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2000, n° 77, p. 75, cité par D. Baugard, *op. cit.*, note 1466.

<sup>113</sup> D. Baugard, *op. cit.*, n° 608, p. 419.

<sup>114</sup> CS, arrêt n° 80, 18 septembre 1980, obs. J.-A. Batouan Bouyom, *op. cit.*, pp. 43 s.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> CS, arrêt n° 52, 14 mars 1985, *JSA*, t. 1, 1985, p. 25; CS, arrêt n° 143, 17 septembre 1987, *JSA*, t. 2,

1986-1987, p. 53; CS, arrêt n° 38, 4 mars 1982, *RCJCS*, t. 3, 1980-2000, p. 597.

<sup>117</sup> J.-C. Tahita, « L'efficacité de la sanction contractuelle civile », *Afrilex*, <https://afrilex.u-bordeaux.fr>, mis en ligne en février 2015, p. 4.

<sup>118</sup> B. Receveur, « La société et les sanctions contractuelles », <https://publications.ut-capitole.fr>, mis en ligne en 2019, p. 1.

vocation à s'appliquer au contrat conclu »<sup>119</sup>. La sanction contractuelle regroupe un vaste champ d'investigation que l'on tente d'ordonner autour des sanctions des conditions de validité du contrat et des sanctions de son inexécution<sup>120</sup>. Bien plus, elle connaît un regain actuel avec la multiplication des mécanismes tendant au maintien du contrat, même si on les considère comme des « poids moyens » à côté des « poids lourds » que sont la résolution et la responsabilité<sup>121</sup>.

C'est dans la catégorie des poids moyens que pourrait s'inscrire la requalification, au même titre que des mécanismes tels que la nullité partielle, l'effacement – appellation récente et originale du réputé non écrit – la réfaction ou la réduction<sup>122</sup>. Mais la doctrine appelle à réserver l'invocation de cette sanction à la discrétion de la partie dans l'intérêt de laquelle la règle violée a été érigée<sup>123</sup>. Une telle restriction est peu satisfaisante, sauf à proposer qu'elle s'inscrive dans le régime de ce qu'on pourrait appeler requalifications relatives, à l'image des nullités relatives et des nullités absolues. Le rapprochement ne se limite d'ailleurs pas là. À côté des requalifications légales ou textuelles, on pourrait penser aux requalifications virtuelles qui sont prononcées par le juge sans être prévues par un texte.

Un autre obstacle non négligeable qui bouscule la sanction de requalification porte sur la fonction duale de la requalification elle-même. Si, prévue par le

législateur, la requalification opère comme sanction, en dehors du cadre législatif, elle peut être soit une sanction alternative à la nullité<sup>124</sup>, soit simplement la correction d'une qualification erronée sans aucune idée de sanction, après interprétation du contrat. À la requalification – sanction ou requalification légale comme certains l'appellent, conséquence de l'invalidation des actes ou décisions contraires à l'ordre public et respectée par le juge<sup>125</sup>, il faut ajouter la requalification – interprétation, qui est le fait uniquement du juge qui restaure la véritable qualification d'un acte.

Certes, de nombreux mécanismes pouvant jouer plusieurs rôles existent en droit, tels la garantie, le privilège, la sûreté, etc. Mais l'on peut objecter que leur fonction ne souffre pas de partage puisque tout dépend du domaine dans lequel ils sont employés. De plus, à bien y regarder, ils ont des fonctions principales ou premières auxquelles pourraient se greffer d'autres fonctions ou acceptations. Même en droit du travail, la fonction de sanction reconnue à la requalification est toute autant importante que la fonction de correction d'une qualification sans que l'on ne puisse préciser quel est le sens premier de la notion de requalification. En chaque hypothèse, le juge cherchera à savoir si le législateur a prévu une transformation et auquel cas il l'appliquera, et si le législateur n'a rien prévu, il faudra que l'objet du litige l'invite à revenir sur la qualification, en considération du contenu du contrat. La requalification peut donc, aussi bien être une sanction sans considération du contenu

<sup>119</sup> B. Receveur, *op. cit.*, p. 1.

<sup>120</sup> Ch. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in C. Coulon et F. Collart-Dutilleul (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, Études Juridiques, n° 28, 2007, p. 4.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>122</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 1500 s., pp. 508 s.

<sup>123</sup> D. Baugard, *op. cit.*, n° 911, p. 612.

<sup>124</sup> S. Nkoulou, *op. cit.*, n° 463.

<sup>125</sup> Th. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 52.

du contrat dans une catégorie donnée et prévue par le législateur qu'une sanction ou une rectification indifférente à la catégorie et suggérée par le contenu du contrat.

## **II. La requalification du contrat suggérée par le contenu du contrat**

Le contenu du contrat est une notion assez large qui dépasse les notions de cause et d'objet et réunit ce qui peut permettre aux contractants de parvenir à un résultat économique tout en respectant l'ordre public<sup>126</sup>. Il peut être entendu comme l'ensemble d'obligations liant les parties contractantes ainsi que l'ensemble de clauses qui, bien que ne comportant pas d'obligations, organisent néanmoins l'exécution ou l'inexécution du contrat<sup>127</sup>. Qu'il renvoie aux éléments convenus par les parties ou retenus par le juge<sup>128</sup>, il peut ne pas cadrer avec la qualification du contrat et inviter ainsi le juge à une requalification en application de sa propre loi<sup>129</sup>. Pour la doctrine, il s'agit d'une obligation<sup>130</sup>. La requalification suppose la constatation d'une dichotomie entre le contenu et la qualification du contrat (A) et consiste en l'attribution d'une qualification qui correspond à ce contenu (B).

### **A. La constatation d'une dichotomie entre le contenu du contrat et la qualification**

Lorsqu'il revient au juge de réaliser que le contrat ne peut être attaché à la catégorie choisie par les parties, l'on parle de déqualification<sup>131</sup>, qu'il ne faut pas confondre avec la disqualification, quoique toutes deux à la fois très proches et très peu usitées en droit. Alors que la disqualification suppose que le rattachement à la catégorie initialement choisie est théoriquement envisageable, la déqualification constate l'absence des caractéristiques essentielles d'une catégorie et l'impossibilité de rattachement de l'élément à qualifier à cette catégorie<sup>132</sup>. La disqualification relève de l'autorité du législateur tandis que la déqualification est l'apanage du juge<sup>133</sup>. Ce dernier y procède dans le respect des principes directeurs du procès, en particulier le principe dispositif qui renforce l'intangibilité du contrat (1) si aucune règle d'ordre public n'est en cause (1).

#### **1. Une constatation encadrée par le principe dispositif et l'intangibilité du contrat**

Le principe dispositif, qui participe de la répartition des rôles entre juge et parties au procès, s'entend de « l'ensemble des règles qui répondent à la question : « qui, des parties ou du juge, détermine la matière du litige ? »<sup>134</sup>. À travers la maxime « *da mihi factum, tibi dabo jus* » - donne-moi le fait, je te donnerai le droit -, le

<sup>126</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 1282 s, pp. 437 s.

<sup>127</sup> S. Nkoulou, *Le contenu du contrat entre subjectivisme et objectivisme*, thèse de doctorat en droit, Université de Yaoundé II, 2011, n° 4-2.

<sup>128</sup> Cette dualité découle de la thèse de S. Nkoulou, *op. cit.*

<sup>129</sup> Les qualifications sont en effet déterminées par la loi du for.

<sup>130</sup> J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n° 285 ; Van Drooghenbroeck, « La requalification judiciaire du contrat et les prétentions qui en découlent », *TBBR/RGDC*, n° 7, 2014, p. 307, n° 30.

<sup>131</sup> Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, n° 18.

<sup>132</sup> Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, n° 18.

<sup>133</sup> *Ibid.*, n° 20.

<sup>134</sup> N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2022, n° 579.

juge est invité à se prononcer uniquement sur l'objet du litige déterminé par les parties. Il est tenu par l'immutabilité du litige et ne peut modifier d'office l'objet et la cause de la demande tels qu'ils sont fixés par les conclusions des parties<sup>135</sup>, c'est-à-dire le but poursuivi par les parties et les raisons justifiant la fin recherchée tels que fixés par elles<sup>136</sup>. Il lui est interdit de se prononcer sur des choses non demandées, mais il peut qualifier ou requalifier ces faits et actes<sup>137</sup>. S'ils ne sont pas invoqués ou allégués par les parties et qu'il venait à le faire, il outrepasserait ses pouvoirs. Par contre, dans le principe, il est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit applicables, nonobstant celles alléguées par les parties qui n'ont pour lui que valeur de simple proposition qu'il pourra s'approprier ou qu'il pourra écarter pour se fonder sur une autre règle<sup>138</sup> - *jura novit curia*.

Appelé à connaître d'une question litigieuse contractuelle<sup>139</sup>, le juge reste tenu au respect dispositif qui, dans ses contours, voudrait dire qu'il doit requalifier, au regard du contenu du contrat, si la qualification initiale est remise en cause par les parties, lesquelles, en vertu de l'intangibilité du contrat, peuvent par leur consentement mutuel, défaire ce qui a été fait. Elles seules sont à même d'inviter le juge à attribuer une autre qualification à leur contrat. En pratique, relève-t-on, ce sont les plaideurs

« qui, par l'intermédiaire de leurs avocats, tentent de convaincre le juge – et parfois – leurs adversaires – que l'élément considéré se rattache ou non à une classe prédéfinie »<sup>140</sup>. C'est celui qui a intérêt, en termes de régime juridique, à la requalification qui l'envisagera et la soumettra au contrôle du juge. Le juge déqualifie alors afin de requalifier. En le faisant, il n'empiète pas sur les prérogatives des parties dans le procès.

Il peut arriver par contre que les parties dotent leur convention d'une qualification sur laquelle l'une d'elles adossent une prétention sans que l'autre ne conteste ladite qualification. Par exemple, les parties exposent qu'elles ont conclu un partage dont l'une demande de constater la validité et l'autre la nullité. L'on se demande si le juge peut requalifier d'office s'il estime qu'il y a incompatibilité entre la qualification retenue par les parties et le contenu du contrat, ou s'il commet une faute en s'abstenant de le faire. Quelques fois, la haute juridiction française a eu à interdire aux juges de relever d'office un moyen de pur droit au reproche d'avoir modifié l'objet du litige<sup>141</sup>. De même, la CCJA a sanctionné des juges du fond qui avaient appliqué des règles autres que celles invoquées par les parties et requalifié un contrat<sup>142</sup>. Le problème réside dans le fait que le changement de qualification peut avoir pour conséquence de faire triompher

<sup>135</sup> 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*, 1972, chron. P. 98, n° 33, cité par M. Douchy-Oudot, « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, n° 1, note 2, p. 99.

<sup>136</sup> M. Douchy-Oudot, *op. cit.*, n° 7, p. 101.

<sup>137</sup> J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n° 284.

<sup>138</sup> N. Cayrol, *op. cit.*, n° 606.

<sup>139</sup> La question litigieuse désigne tout point qui a été contradictoirement débattu devant le juge et véritablement tranché par lui. C'est la matière sur laquelle il n'y a pas eu d'acquiescement à une prétention formée par le demandeur, soumise au juge afin qu'il rende une décision. M. Reverchon-Billot, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Paris, Dalloz, 2017, n° 11, p. 15.

<sup>140</sup> Q. Guiguet-Schielé, *op. cit.*, n° 20.

<sup>141</sup> J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n° 286.

<sup>142</sup> CCJA, arrêt n° 211/2021 du 25 novembre 2021.

en définitive une partie qui, autrement, aurait perdu son procès.

La doctrine est partagée entre ceux favorables à une intervention du juge et ceux qui estiment que, réserve faite de l'ordre public, le juge devrait observer une stricte neutralité, que son immixtion dans le choix du fondement juridique pose plus de problèmes qu'elle n'en résout<sup>143</sup>. Mais en général, plusieurs situations sont envisageables.

Le premier cas est celui des parties qui ont mal qualifié leur contrat par erreur ou ignorance et ont alors mal fondé leur prétention. Certes on peut à ce niveau demander comment savoir qu'il s'agit d'une erreur. Il revient au juge d'apprécier les faits à lui présentés. Dans une affaire devant la Cour de cassation belge, la décision d'appel a été cassée parce que le juge n'a pas recherché d'office si la convention litigieuse était susceptible de recevoir une autre qualification prévue par la règle invoquée et qui ouvrait droit aux dommages et intérêts réclamés par le demandeur sur la base d'une qualification insatisfaisante. Le juge s'était contenté de rechercher s'il était en présence du contrat indiqué, notamment le contrat de concession exclusive de vente et, estimant que la preuve de l'exclusivité n'avait pas été rapportée, avait rejeté la demande<sup>144</sup>. L'enseignement à tirer de cette illustration et qui pourrait être étendue ailleurs est que le juge doit déqualifier d'office et

requalifier dès lors qu'il se fonde sur les faits régulièrement soumis à son appréciation, ne modifie ni l'objet, ni la cause de la demande et respecte les droits de la défense<sup>145</sup>.

Le second cas de figure est relatif à l'absence de pertinence pour les juges de la qualification dans la solution au litige. Ainsi, lorsque le litige peut être résolu indépendamment de la qualification donnée ou que cette qualification n'affecte pas les questions litigieuses, le juge peut s'abstenir de déqualifier<sup>146</sup>. Il ne paraît donc pas nécessaire de remédier à l'erreur de qualification quand les volontés individuelles n'y voient aucun intérêt et les volontés judiciaires aucun avantage particulier<sup>147</sup>. Mais si la solution du litige dépend exceptionnellement de la nature de la convention, même si le fondement juridique de la demande n'invite pas directement le juge à requalifier, celui-ci peut le faire en vertu de son pouvoir de qualification. Cela implique concrètement son intervention accrue à la résolution du litige. Pour ne pas porter atteinte au principe dispositif et rester dans la limite de l'objet et de la cause du litige, il est invité à provoquer les observations des parties. Cette dernière éventualité reste peu probable, surtout à cette ère où l'office du juge est « profondément transformé par les impératifs poursuivis d'efficacité de la justice »<sup>148</sup>. En conséquence, bien que le juge ne soit pas tenu de la qualification

<sup>143</sup> Sur les deux positions, lire N. Cayrol, *op. cit.*, n° 611. En faveur de la neutralité, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé*, Paris, Dalloz, réédition, 2002, n° 80, p. 82 : « La procédure civile est dominée par le principe de neutralité du juge (...) Il n'a pas le droit de relever d'office, sauf si l'ordre public le lui commande, les faits que les parties s'accordent à ne pas vouloir invoquer. Il n'a pas davantage, sous la même réserve, celui de considérer comme faux ce que les parties déclarent toutes deux être vrai ».

<sup>144</sup> Cour de cassation, 16 mars 2006, Pas., 2006, n° 155, citée par J.-F. Van Drooghenbroeck, « La requalification judiciaire du contrat et les prétentions qui en découlent », *TBBR/RGDC*, n° 7, 2014, p. 307, n° 27, note 62.

<sup>145</sup> C'est du moins ce que l'on peut tirer de la traduction de l'attendu de l'arrêt suscité. J.-F. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, note 63.

<sup>146</sup> B. Mercadal, *op. cit.*, n° 5, p. 461.

<sup>147</sup> S. Ascencio, *op. cit.*, p. 506.

<sup>148</sup> M. Douchy-Oudot, *op. cit.*, n° 7, p. 100, n° 4.

retenue par les parties, il n'a pas « l'obligation de rechercher la règle de droit applicable lorsque le plaideur a invoqué un fondement juridique, étant rappelé que chaque fois que la représentation sera obligatoire les avocats et avoués auront été tenus d'invoquer ce fondement »<sup>149</sup>.

Dans l'hypothèse où les parties ne soulèvent pas de contestation relative à la qualification du contrat et n'invoquent même pas une règle sur laquelle le juge pourrait se fonder pour requalifier, il faut penser qu'elles entendent le lier par leur qualification. Celui-ci ne peut alors la modifier sans enfreindre le principe dispositif et l'intangibilité du contrat. Dans une affaire, les parties avaient soumis aux juges du fond une question relative au non-respect des formalités de poursuites de la caution. Le premier juge, pour rejeter l'exception d'irrecevabilité de l'action du créancier contre le garant pour défaut de poursuite préalable du débiteur, avait requalifié le contrat de cautionnement en contrat de garantie autonome. Le juge d'appel quant à lui y avait vu une garantie *sui generis*. Pour la CCJA, « attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'espèce les parties ont constitué des cautionnements et, que les sûretés personnelles régies par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés sont le cautionnement et la garantie autonome, la Cour d'appel a violé le texte visé au moyen »<sup>150</sup>. S'il est admirable que la Cour d'appel ait voulu donner effet à des actes qui, pour elle, étaient « constitutifs d'engagement librement consentis », il lui est reproché de l'avoir fait au détriment des principes essentiels de procédure et du droit

substantiel.

Un autre cas de figure peut être relevé, celui où une qualification est retenue par les parties par fraude. Il arrive que les parties agissent sur les qualifications en les dissociant de leur contenu pour atteindre leur objectif<sup>151</sup>. *A priori*, la qualification semble exacte. Mais si à l'examen, le juge se rend compte que celle-ci a été retenue pour contourner une règle impérative, la fraude corrompant tout, il appliquera la norme que les volontés individuelles voulaient éluder<sup>152</sup>. Il ne faut pas oublier que seules les conventions légalement formées tiennent lieu de loi<sup>153</sup>. Le juge devra relever leur intention frauduleuse<sup>154</sup> et, au regard du caractère subsidiaire de la théorie de la fraude, s'assurer qu'aucune autre solution n'était envisageable. Le juge est tenu par les règles d'ordre public qui entourent les qualifications.

## ***2. Une constatation éventuellement imposée par le respect de l'ordre public***

La doctrine estime depuis longtemps que le juge est tenu de corriger toute qualification contraire à l'ordre public<sup>155</sup>. Cela revient à dire que l'ordre public peut justifier une requalification. En fait, dans cette hypothèse, le contenu du contrat ne pose pas de problème et les parties ont juste mal choisi leur qualification ou encore l'ont habilement choisie pour contourner une règle impérative. Toutefois, si la requalification a pour résultat de faire venir à l'existence un contrat contraire à l'ordre public, le juge est logiquement tenu de s'abstenir de requalifier. L'article 6 du Code civil pose formellement une

<sup>149</sup> M. Douchy-Oudot, *op. cit.*, n° 7, p. 107, n° 23.

<sup>150</sup> CCJA, arrêt n° 211/2021 du 25 novembre 2021

<sup>151</sup> F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>152</sup> S. Ascencio, *op. cit.*, p. 52.

<sup>153</sup> Article 1134 al. 1 Code civil.

<sup>154</sup> B. Mercadal, *op. cit.*, n° 10, p. 405.

<sup>155</sup> B. Mercadal, *op. cit.*, n° 12, p. 466; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 194, p. 180.

prohibition en ces termes : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Mais encore, faudrait-il savoir de quel ordre public il s'agit.

La notion d'ordre public est entourée d'une certitude et d'un paradoxe. La certitude est que l'ordre public n'est pas un corps de règles<sup>156</sup>, et la seule impérativité est insuffisante à sa conceptualisation. Il est des lois impératives mais qui ne sont pas d'ordre public. L'ordre public peut d'ailleurs être virtuel et découvert par le juge ou être imposé comme un état à respecter sans contenu précis. Tel est le cas de l'article 25 du Traité de l'OHADA en ce qui concerne l'exequatur de la sentence arbitrale, appuyé par l'Acte uniforme relatif au droit de l'Arbitrage et l'Acte uniforme relatif à la médiation qui imposent le respect des règles d'ordre public dans la mise en œuvre de ces voies de justice privée et le refus d'exécuter des sentences et accords contraires à l'ordre public qualifié d'international<sup>157</sup>.

Le paradoxe tient à l'essor indéniable de l'ordre public. Tandis qu'il gagne en étendue, il perd en intensité<sup>158</sup>. L'ordre public se caractérise alors par des manifestations diverses et une portée qui varient selon les disciplines, l'espace et le temps. On peut bien y voir le signe d'une meilleure prise en compte du réel<sup>159</sup> ; il n'en demeure pas moins que cela rend difficile la détermination précise de son contenu. Il est dès lors proposé de comprendre l'ordre public comme une norme ou une directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences

fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux<sup>160</sup>.

En matière contractuelle, l'ordre public épouse plusieurs formes, tantôt de direction, tantôt de protection, tantôt classique, tantôt moderne. Dans tous les cas, la virulence de la sanction exprime bien la volonté d'ériger une barrière infranchissable par toute atteinte aux intérêts protégés. Celle-ci est généralement l'anéantissement de l'acte. Parfois, il ressort clairement du texte qui pose la prohibition. Tel est le cas de l'article 1131 du Code civil qui rend sans effet une obligation fondée sur une cause illicite, laquelle, précise l'article 1133, est celle « contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Lorsque la sanction est ainsi prévue, le juge se doit de l'appliquer sans ambages. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt rendu par la CCJA en date du 30 avril 2020 dans l'affaire SONIBANK SA contre Bolloré Africa Logistics Niger SA. et Entreprise Wazir SA. En l'espèce, le Groupe Bolloré a conclu avec l'entreprise Wazir un contrat et exigé lors de la signature la souscription d'une garantie autonome à première demande donnée par SONIBANK SA. Estimant que l'entreprise Wazir était dans l'incapacité de poursuivre l'exécution dudit contrat, Bolloré y a mis un terme et assigné la garante en justice, laquelle, refusant de payer, a elle-même demandé la nullité de la garantie et le remboursement des sommes déjà perçues. La Cour d'appel, usant de son

<sup>156</sup> J. Carbonnier, « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 2.

<sup>157</sup> Articles 8 et 16 AUM; articles 25, 26 et 31 AUA.

<sup>158</sup> F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 5.

<sup>159</sup> *Ibid*, p. 8.

<sup>160</sup> G. Cornu (Dir.), *op. cit.*, v<sup>o</sup> « Ordre public », p. 714.

pouvoir de requalification, a rejeté la prétention de la banque et requalifié la garantie intitulée « garantie de demande de remboursement du paiement » en garantie autonome, mention qui apparaissait dans le corps du texte. Saisie par un pourvoi en cassation, la haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif que l'article 41 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés prescrit l'appellation « garantie autonome » à peine de nullité. Les garanties de demande de remboursement n'étant pas des sûretés consacrées par l'Acte uniforme sus-évoquée et le formalisme de la garantie autonome d'ordre public n'ayant pas été respecté, le contrat ne pouvait *a priori* être sauvé.

La position de la CCJA est critiquable, quoiqu'emprunte de sécurité. La sécurité tient à l'application stricte de la loi en évitant les interprétations diverses et des hésitations. Cependant, le caractère d'ordre public du formalisme en l'espèce peut être interrogé, étant donné qu'il ressort de l'acte que les parties ont bel et bien entendu conclure une garantie autonome. Il était effectivement possible de valider un tel contrat comme l'a fait la Cour d'appel en corrigeant la mauvaise dénomination. Mais la haute juridiction n'admet aucune dérogation à ce formalisme imposé à peine de nullité. Elle donne à ce texte la même valeur que celle des textes pour lesquels le législateur rappelle qu'ils sont d'ordre public même s'il ne précise pas la sanction. Il en est ainsi des Actes uniformes OHADA relatifs au droit commercial, aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt

économique et aux sociétés coopératives. Pour une certaine doctrine, cette consécration donne au texte une dimension hautement impérative qui fait échec à l'expression de la volonté individuelle en rendant nulle ou non écrite toute dérogation<sup>161</sup>.

En même temps, d'autres estiment qu'au nom de la sécurité juridique, l'ordre public peut être limité et ne pas entraîner l'anéantissement du contrat<sup>162</sup>. Ainsi, au nom de la stabilité des relations contractuelles, lorsque le juge constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il lui appartient de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble contractuel<sup>163</sup>. À plusieurs égards, il n'aura même pas à fournir d'effort puisque le législateur lui-même et au nom de l'ordre public, aura frappé de nullité partielle ou considéré comme non écrite les stipulations dérangeantes.

Ce détour a pour objectif de mettre l'accent sur le souci de sauvegarde du contrat, que l'ordre public soit en cause ou pas. Cela invite le juge, au cas par cas à apprécier la particulière gravité du vice qui entache l'acte, surtout qu'à défaut de précision par le législateur, il est assez difficile de savoir à l'avance si l'intérêt protégé par telle ou telle règle impérative est de nature à justifier l'annulation d'un contrat<sup>164</sup>. Si le juge estime que le contrat peut être maintenu sous une autre étiquette, il se doit de la trouver.

<sup>161</sup> P. Nguihe Kante, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in A. Akam Akam (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'harmattan, 2009, PP. 181-226.

<sup>162</sup> S. Nkoulou, *op. cit.*, n° 460 s.

<sup>163</sup> M.-C. Vincent-Legoux, « L'ordre public et le contrat. Étude de droit comparé interne », *Archives de philosophie du droit*, 2015/1, t. 58, p. 230.

<sup>164</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 218, p. 220 et p. 224.

## B. L'attribution de la qualification correspondante au contenu du contrat

La requalification intervient en raison du divorce entre le cadre et le contenu et suppose le redressement de la nomination mal effectuée. À cet effet, le juge doit identifier la qualification de substitution (1) et en tirer toutes les conséquences par l'application du régime correspondant (2).

### 1. L'identification de la qualification de substitution

Pour requalifier le contrat, le juge a besoin de trouver la catégorie juridique générale dans laquelle le contrat trouve ses éléments de rattachement<sup>165</sup>. Cette tâche n'est pas aisée, surtout avec le contenu du contrat dont la détermination est rendue difficile par l'extension de ses frontières<sup>166</sup>. Aussi bien le *negotium* que l'*instrumentum* dépassent parfois le contenu visible pour se trouver dans le contexte et le paratexte compliquant ainsi l'identification de la qualification de substitution.

En principe, l'identification de la qualification qui sied le mieux au contrat, qu'il porte une étiquette ou pas, se fait le plus souvent de manière implicite, voire automatique et inconsciente avant d'être extériorisée. Il s'agit de la « préqualification » ou « qualification *a priori* », qui est le « processus par lequel les juristes identifient dans un premier temps la ou les catégories juridiques susceptibles de s'appliquer »<sup>167</sup>. D'autres parlent de syncrétisme juridique,

qui indique au juriste non pas les règles applicables mais les règles qui pourraient s'appliquer ou le cadre dans lequel il faudrait rechercher<sup>168</sup>. Il y a une forte intuition qui oriente le juge vers une qualification donnée qu'il finit par extérioriser. La qualification implicite est alors confirmée par l'application des règles ou par une qualification explicite. En fait, cet aspect psychologique ou cognitif intéresse moins que le moyen par lequel le juge arrive à externaliser la qualification. Ce moyen n'est autre que l'interprétation.

L'interprétation permet au juge de déterminer le sens du contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie. Il peut exceptionnellement arriver que les parties se trompent sur la nature de leur convention et que le juge constate que le contenu, pourtant clair et précis de cette convention, ne correspond pas au cadre retenu peut-être par fantaisie ou dans l'ignorance. Si elles n'ont aucune intention de dissimuler le véritable acte, le juge peut simplement rectifier la qualification. Mais en général, la mauvaise qualification est constatée à partir du contraste entre les stipulations contractuelles et le comportement ultérieur des parties. Elle amène le juge à interpréter le contrat. L'interprétation s'impose parce que les parties se sont exprimées de manière ambiguë, qu'elles aient insuffisamment prévu ou qu'elles aient volontairement dissimulé ce qu'elles ont réellement voulu<sup>169</sup>, ou mieux parce que le juge a un doute sur la qualification retenue<sup>170</sup>. Le juge

<sup>165</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 58, p. 80.

<sup>166</sup> S. Nkoulou, « Les frontières du contrat au XXI<sup>e</sup> », communication au Colloque international *Le contrat au début du 21<sup>e</sup> siècle : regards croisés droit privé – droit public – common law*, 2 et 3 juin 2015, Université de Douala.

<sup>167</sup> M. Cumyn et F. Gosselin, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *McGill Law Journal / Revue de droit de*

*McGill*, 62(2), 2016, <https://doi.org/10.7202/1040050ar>, p. 348.

<sup>168</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé*, Paris, Dalloz, réédition, 2002, n° 54 s.

<sup>169</sup> C. Renault-Brahinsky, *op. cit.*, p. 86.

<sup>170</sup> D'aucuns préfèrent la contestation comme fondement de la requalification à celle d'ambiguïté ou d'absence de clarté, qui semble difficile à cerner. S. Nkoulou, *Thèse op. cit.*, n° 118 s.

ne peut se prononcer sur le litige à lui soumis s'il ne sait pas exactement ce à quoi les parties se sont engagées<sup>171</sup>. L'interprétation se justifie ainsi par la nécessité de clarifier le sens du contrat par rapport aux clauses qui y figurent. Interpréter le contrat c'est alors déterminer le sens et la portée des obligations contenues dans les clauses contractuelles<sup>172</sup>. Cependant, toutes les clauses ne concourent pas à l'interprétation du contrat. Celles qui importent sont celles qui permettent de dégager l'économie du contrat, qui reflètent ce que la doctrine et la jurisprudence appellent l'obligation essentielle ou fondamentale ou la prestation caractéristique<sup>173</sup>.

Malgré les incertitudes et les critiques qui l'entourent<sup>174</sup>, l'obligation essentielle joue un rôle indéniable dans la qualification du contrat. Qu'elle découle de la cause du contrat, de la nature des choses ou de la volonté des parties, unique ou plurielle, elle est généralement entendue comme celle qui est indispensable à l'existence du contrat, qui concourt à sa définition, sa qualification ou sa classification<sup>175</sup>, qui lui donne son identité<sup>176</sup>. Moins difficile à trouver dans les contrats nommés, elle se trouve difficilement dans les contrats innommés et les ensembles contractuels. Il peut même arriver qu'un contrat ne reçoive pas la qualification déduite de l'obligation

essentielle. C'est le cas lorsque plusieurs contrats servent un même but ; la qualification est emportée par l'obligation essentielle d'un seul dès lors qu'ils sont indissociables<sup>177</sup>. Il faut dès lors admettre que l'obligation essentielle est dynamique et son utilité fonction du contrat en cause. C'est une notion fonctionnelle, appliquée de manière ponctuelle, « un peu comme une solution de dernière chance »<sup>178</sup>. Le juge se sert d'elle comme il se sert des principes et méthodes fournis par les articles 1156 et suivants du Code civil. Ces derniers sont aussi bien subjectifs qu'objectifs.

La méthode subjective, directement inspirée de l'autonomie de la volonté, fait du juge le serviteur de la volonté des parties. Il en découle que les contrats s'interprètent d'après la commune intention des parties qui l'emporte sur le sens littéral des termes. La commune intention est comprise comme la rencontre des volontés individuelles qui a conduit à s'accorder sur les éléments essentiels du contrat, le « vouloir contracter ensemble » qui traduit à la fois la conscience de ce que l'on va faire et l'intention de le réaliser, l'aboutissement d'une offre de contracter et l'acceptation de cette offre qui forme le contrat<sup>179</sup>. Elle n'est pas facile à trouver. « Rechercher ce qu'ont voulu, au sens large du mot, les parties, c'est en principe se livrer à une étude

<sup>171</sup> A. Lagadec, *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Toulon, 2017, n° 7.

<sup>172</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 444, p. 463.

<sup>173</sup> Une certaine doctrine opère néanmoins une distinction entre obligation essentielle et prestation caractéristique. Elle considère la dernière comme l'objet spécifique à propos de laquelle l'accord des volontés est intervenu, lequel peut ne pas être essentiel à l'existence du contrat. N. Cardoso-Roulot, *op. cit.*, n° 12, p. 31.

<sup>174</sup> Quelques-unes portent sur la hiérarchie qu'elle suggère entre les obligations, la diversité de sources de celle-ci et sur son rattachement à la cause. C. Deslauriers-Goulet, « L'obligation essentielle dans le contrat », *Les Cahiers de droit*, 55(4), 2014, <https://doi.org/10.7202/1027854ar>, pp. 931 s.

<sup>175</sup> N. Cardoso-Roulot, *op. cit.*, n° 14, p. 34.

<sup>176</sup> B. Mercadal, *op. cit.*, p. 469.

<sup>177</sup> B. Mercadal, *op. cit.*, p. 470 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 1609, p. 541.

<sup>178</sup> N. Cardoso-Roulot, *op. cit.*, n° 1, p. 21.

<sup>179</sup> A. Lagadec, *op. cit.*, n° 10.

psychologique impartiale »<sup>180</sup>. Or la pensée des parties pouvant plus ou moins rester inexprimée, le juge est appelé à s'inspirer des éléments existants pour découvrir ceux qu'il ignore<sup>181</sup>. Le Code civil l'y aide par d'autres consignes qui vont dans le sens de l'effectivité du contrat. Ainsi, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. De plus, les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat et toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

La méthode objective fait la part belle à la protection du débiteur, à la bonne foi, à l'équité contractuelle et aux usages d'affaires. Alors qu'elle pourrait être considérée comme une consigne subjective, la consigne de l'article 1162 du Code civil relève de l'ordre de l'objectif dans la mesure où l'interprétation contre l'un et en faveur de l'autre n'a aucune espèce de rapport avec la recherche d'intention des parties<sup>182</sup>. De même, par la bonne foi, l'équité et les usages, le juge peut suppléer dans le contrat les clauses qui n'y sont pas exprimées. C'est d'ailleurs sous le couvert de ce pouvoir d'interprétation objectif que le juge a très souvent mis à la charge des parties des obligations implicites, telles que les obligations de conseil, d'information ou de sécurité, qui ont conduit à évoquer un

certain « forçage » du contrat<sup>183</sup>. L'interprétation dite à ce niveau créatrice peut intervenir avant ou après la qualification du contrat.

En général, l'interprétation précède la qualification. Toutefois, le lien indéfectible qui les unit conduit souvent à une confusion entre elles. En effet, si en théorie, le juge doit s'employer à la recherche de la commune intention des parties pour qualifier le contrat et appliquer ensuite le régime juridique qui lui correspond, dans la pratique, ces deux opérations constituent un ensemble indissociable dans la détermination du sens du contrat et il est parfois difficile de les distinguer<sup>184</sup>. La qualification peut se glisser et se fondre dans l'interprétation<sup>185</sup>. Il n'en demeure pas moins que cette dernière est d'abord factuelle et utilise certaines normes juridiques en vue de comprendre la portée des dispositions incluses dans le contrat tandis que la qualification se sert des données factuelles en vue d'appliquer certaines règles juridiques<sup>186</sup>. Il faut également noter que l'interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond alors que la qualification est une question de droit susceptible d'être contrôlée par les juridictions suprêmes. Néanmoins, en cas de dénaturation par les juges du fond du contrat, les hautes juridictions pourraient vérifier s'il y avait bien matière à interprétation, c'est-à-dire s'il y avait bien un doute sur la signification du contrat<sup>187</sup>.

Ces quelques éléments de

<sup>180</sup> F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 213, p. 198.

<sup>181</sup> *Idem.*

<sup>182</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 451, p. 502.

<sup>183</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 1293 s. et 1621.

<sup>184</sup> F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 12, p. 10.

<sup>185</sup> *Idem.*

<sup>186</sup> P. Fréchet, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 126.

<sup>187</sup> Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 1628, p. 544. Une certaine doctrine procède à la distinction entre le contrôle de la dénaturation et

distinction ne veulent pas dire que la frontière est étanche entre interprétation et qualification. Il reste difficile de les séparer avec netteté dans la résolution d'un litige, tellement elles s'imbriquent l'une dans l'autre. Que les parties aient donné ou non un nom à leur contrat, le juge procède à une analyse minutieuse des obligations pour délimiter le contrat en cause. La nature de celui-ci est découverte par la comparaison de deux structures d'obligations : la structure concrète, à savoir l'acte en cause, avec la structure abstraite, la catégorie retenue ou qu'il entend retenir<sup>188</sup>. Si les parties ont alors donné un nom à leur contrat, cette comparaison permettra de dévoiler l'erreur ou la fausse qualification et en même temps de la rectifier par l'attribution de la qualification adéquate. Cela suppose que celle-ci existe.

La pléthore de contrats spéciaux ne facilite pas la tâche au juge qui parfois s'en tient aux suggestions des parties ou de leurs conseils. Il semble plus simple de requalifier lorsque le nom est connu et le régime défini. L'interprète tendra d'abord vers les contrats nommés et connus tout en s'assurant de la légalité de la qualification. Ainsi, une qualification illégale parce qu'établie par un texte réglementaire non conforme à la loi ne saurait être retenue<sup>189</sup>. S'il ne trouve pas de contrat nommé qui corresponde aux éléments de qualification retenus, il peut alors s'orienter vers une qualification innomée, qu'elle dérive d'un contrat connu atypique ou d'une création

originale des parties<sup>190</sup>. La requalification n'est donc pas une opération qui consiste à changer la dénomination d'un contrat par une autre dénomination légale, mais bien une opération qui permet de changer la dénomination ou la catégorie contractuelle, qu'elle soit légale ou non, afin d'appliquer le régime juridique correspondant au contenu du contrat.

### *2. L'application du régime adéquat*

La requalification n'a pas pour effet de modifier le contenu de la volonté des parties, mais le support afin de mieux l'adapter au but voulu ou aux effets qui en découlent<sup>191</sup>. Qu'elle intervienne à titre de sanction ou non, elle se conforme aux stipulations contractuelles et permet d'appliquer le régime juridique qui sied. Le contrat peut dès lors normalement produire ses effets. Toutefois, deux précisions doivent être apportées.

La première est qu'en raison des circonstances qui entourent le contrat en cause, la requalification peut ne pas empêcher sa fin contentieuse. Si les parties se retrouvent devant le juge, c'est parce qu'il y a une difficulté qui surgit postérieurement à la conclusion du contrat. Il est logiquement impossible que le juge soit saisi en temps de paix uniquement pour contrôler la qualification du contrat. Quand tout va bien, nul doute que le nom retenu par les parties importe peu dans l'exécution du contrat. Elles peuvent même requalifier de commun accord leur convention. Lorsque tout va mal, l'appellation du contrat peut

---

le contrôle de la nécessité interprétative. V. EGea, « L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil », In B. Mercadal (dir.), Colloque en ligne pour le bicentenaire du Code civil, Paris, IDEF, 2004, *Institut d'Études judiciaires*, Faculté de droit d'Aix-Marseille, <http://www.institut-idef.org/IMG/doc/EGEA.doc>.

<sup>188</sup> P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 131.

<sup>189</sup> B. Mercadal, *op. cit.*, p. 467.

<sup>190</sup> P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects pratiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 2, 2010, p. 375-424, <http://id.erudit.org/iderudit/045635ar>.

<sup>191</sup> P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 151.

changer soit du fait d'une partie contractante, soit du fait d'un tiers, soit du fait du juge<sup>192</sup>. L'attribution d'un nouveau nom au contrat contraint en principe les parties à respecter les engagements qui en découlent. L'exécution n'est plus alors volontaire, mais forcée<sup>193</sup>.

En pratique, il est difficile de concevoir qu'elles restent dans la relation contractuelle notamment en ce qui concerne les contrats à exécution successive. Cela n'est néanmoins pas à exclure. Un contrat d'entreprise requalifié en contrat de travail visera par exemple la réintégration du salarié. De même, une promesse synallagmatique de vente requalifiée en vente peut conduire à l'inscription de celle-ci à la conservation foncière. Ou encore un bail civil requalifié en bail commercial peut impliquer le maintien du locataire dans les locaux. La prolongation du lien contractuel par l'attribution d'un nouveau nom va juste permettre au contractant qui veut sortir, comme il en a le droit, de manifester sa volonté en ce sens en bonne et due forme, c'est-à-dire en conformité avec la loi et le contrat<sup>194</sup>.

La deuxième précision est que la requalification peut avoir un effet fatal sur la convention<sup>195</sup>. Il peut arriver que la nouvelle qualification expose un vice relatif à la formation du contrat qui contraint le juge, après avoir requalifié, à procéder à l'annulation de l'acte. Par exemple, le prêt requalifié en contrat de jeu ou en pari illégal peut être annulé pour objet ou cause

illégal<sup>196</sup>. De même, la requalification peut permettre de constater la violation par l'une des parties de son engagement et donner lieu à résolution du contrat. On peut alors comprendre qu'elle ne soit pas la plupart du temps envisagée parmi les techniques de maintien du lien contractuel.

Finalement, à la question de savoir pourquoi requalifier le contrat, on peut répondre parce que la loi impose une qualification de substitution ou que le juge constate une dichotomie entre le contenu du contrat et le cadre choisi. Ces raisons permettent de comprendre que la requalification n'est pas que la rectification d'une erreur de qualification mais aussi la sanction d'une mauvaise qualification. L'une ou l'autre raison répond à des modalités précises qui illustrent parfaitement l'accroissement du pouvoir d'intervention du juge en matière contractuelle. Ce dernier peut aussi bien modifier la structure interne ou externe que le cadre du contrat voulu par les parties. Alors, aux quelques barrières érigées pour encadrer son pouvoir et préserver ce qu'il reste de la liberté contractuelle, on peut se demander quelles perspectives sont offertes aux parties dans l'aménagement de l'office du juge.

<sup>192</sup> M. N. Diatta, *Le juge et le contrat : étude comparative des droits français et sénégalais*, Thèse de doctorat en droit, Université Perpignan, 2022, n° 70 s.

<sup>193</sup> Assez difficilement il s'agira d'une exécution en nature. À la lecture de l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts. On peut en déduire que l'application du régime adéquat permettra d'apprécier le respect par les parties de leurs engagements et de sanctionner une éventuelle violation par une exécution par équivalent. F. Rouvière, « Le paiement des obligations de faire et de ne pas faire », *Le paiement*, 2014, pp. 47-63, hal-01316751, [https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01316751)

[01316751](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01316751), publié le 17 May 2016. Il est à noter que la possibilité de contraindre l'autre partie à s'exécuter est aujourd'hui étendue quelle que soit la nature de l'obligation, par restriction de l'article 1142. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 775 s.

<sup>194</sup> J. Mestre, « Le juge peut-il imposer une relation contractuelle à titre de réparation ? », Conférence Association droit et commerce, tribunal de commerce de Marseille, 5 avril 2013, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, juillet/août 2013, n° 4, p. 5.

<sup>195</sup> P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 153.

<sup>196</sup> *Idem*.

## LA CLEMENCE EN DROIT PENAL

Aïssata DABO

Maître-assistante en Droit privé,  
Université Thomas Sankara (Burkina Faso).

### Introduction

« Le caractère de la clémence est de n'être point forcée [...] Deux fois bénie, elle est bonne à celui qui donne et à celui qui reçoit »<sup>1</sup>. Ce propos souligne l'essence volontaire de la clémence, en même temps qu'il illustre que son enracinement dans le creuset pénal se nourrit de bonnes raisons, éprouvées dans le temps. Est-il besoin de rappeler la figure du bon juge Magnaud<sup>2</sup> qui, devant juger du cas d'une femme ayant volé du pain pour sauver son enfant en proie aux affres de la faim depuis trois jours, fit montre d'une mansuétude inédite, créant ainsi l'état de nécessité passé à la postérité ? Aussi, l'histoire de la clémence pénale pourrait se résumer en un cheminement de la fonction

rétributive, ayant prévalu aux débuts du droit criminel, à celles préventive et réparatrice, qui prédominent à présent<sup>3</sup>. La conception classique de la sanction<sup>4</sup>, impliquant l'idée de souffrance imposée, sinon de souffrance acceptée, telle que l'exposait Saleilles<sup>5</sup>, tend à être reléguée au second plan. Seulement, la « lecture idéalisante de la clémence s'avère [...] frappée au coin de l'ambiguïté »<sup>6</sup>. Il n'empêche que la clémence est ravivée comme substrat afin de surmonter certains défis de politique criminelle. De même, l'insuffisance des ressources économiques de l'État n'est pas étrangère aux nouveaux défis et il ne faut pas occulter l'évolution contemporaine des idées qui oblige à penser

<sup>1</sup> W. SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise*, 7<sup>e</sup> éd par John Russell BROWN, Londres, Methuen, 1955, acte IV, scène 1.

<sup>2</sup> Paul MAGNAUD, « sévèrement critiqué par sa hiérarchie, a laissé son nom à l'histoire pour avoir été à l'origine d'un célèbre jugement d'équité, aujourd'hui cité dans tous les manuels de droit pénal général » (S. PELLÉ, « Équité et droit pénal : l'impossible justice ? », in P. SERRAND, P. SZWEDO [dir.], *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Cracovie, Université Jagellonne, 2018, p. 191). En principe, seul l'arbitre juge en droit et en équité (J.-M. DOYON, « Droit, Loi et Équité », *Revue générale de droit*, vol. 26, n° 2, juin 1995, p 325-337). Cependant, face à une séparation « artificielle et funeste » d'entre la loi et l'équité (R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, LGDJ, 1904, p. 89), certaines fois, « le juge prendrait le parti, intentionnellement, d'ignorer la norme, en s'enveloppant soit de considérations d'équité, soit dans le simple but d'assurer le triomphe d'intérêts personnels » (A. OUATTARA, « Prolégomènes pour

une épistémologie du droit en Afrique », in *Dire le droit en Afrique francophone, Droit sénégalais*, n° 11, 2013, p. 271-272).

<sup>3</sup> M. Van de KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales* 7 (127), 2005, p. 25 s.

<sup>4</sup> Avec la création de l'infraction, la sanction épuise le champ de l'incrimination. L'incrimination, dite encore criminalisation, imprime « la réaction organisée et délibérée, de la collectivité contre les activités délictueuses, déviantes ou antisociales » (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, coll. « Que sais-je ? », 1981, p. 19).

<sup>5</sup> R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Félix Alcan éditeur, 1898, p. 232 ; S. GABORIAU, « Quand la peine est à la peine : libres propos sur le sens de la peine », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 587.

<sup>6</sup> F. OST, *Shakespeare. La comédie de la loi*, Paris, Michalon, 2012, p. 78.

le droit sans le détacher de ses effets<sup>7</sup>. Plus substantiellement, la clémence est immanente à l'entendement africain de la justice pénale<sup>8</sup>. L'Afrique subsaharienne compose depuis longtemps avec « l'arbre à palabre, autour duquel on cherche des solutions aux conflits »<sup>9</sup>. Les normes pénales modernes ont peu modifié cette habitude<sup>10</sup>. La cause en est la crise de crédibilité qu'elles connaissent<sup>11</sup>, laquelle n'est pas sans lien avec le décalage culturel<sup>12</sup>. L'inexistence de peines de prison dans l'organisation pénale traditionnelle est un autre marqueur de la vision (re)conciliatrice qui l'imprègne<sup>13</sup>. L'on a pu affirmer que « l'empathie, la bienveillance, la générosité – traits caractéristiques de la justice traditionnelle africaine – ont été anéanties par le droit colonial »<sup>14</sup>. À y regarder de près, les

mécanismes de justice négociée, de justice restaurative, en regain d'actualité, fort bien nommés par les droits occidentaux, renvoient à ces habitus africains, mais l'oralité qui caractérise les sociétés d'Afrique subsaharienne ne permet pas de les retracer dans toute leur richesse. Au moins est-il attesté qu'ils tendaient à l'apaisement des conflits bien plus que vers une sanction<sup>15</sup>. Outre ces éléments, l'on assiste aujourd'hui, en Afrique, à des libérations en masse de prisonniers, surtout des prisonniers politiques ou en fin de peine, sous le couvert

---

<sup>7</sup> F. OST, M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2010, p. 329.

<sup>8</sup> Sur l'inadéquation du système pénal hérité de la métropole avec un « logiciel philosophique et idéologique », devenu obsolète, lire J. DJOGBENOU, « Un code, quelques leçons de choses : regard hétérodoxe sur le nouveau Code pénal béninois », in *Droit et investissement : Mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA*, t. II, Cotonou, CREDIJ, 2021, p. 166 ; D. LEKEBE OMOUALI, « Le périmètre de l'imprescriptibilité des infractions dans les législations pénales en Afrique noire francophone », *RSC*, 2024, p. 279.

<sup>9</sup> O. SHAMBA BEMUNA, « Faut-il repenser la justice pénale congolaise ? », *Revue de sciences juridiques*, UNIGOM, n° 6, 2022, p. 158 ; J.-G. BIDIMA, *La Palabre, une juridiction de la parole*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 1997, p. 11-36.

<sup>10</sup> P. NKOUMVONDO, « La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'État », *Droit et société*, 2002, n° 51-52, p. 369 ; B. R. BAGORO, « Médiation pénale et chefferie traditionnelle », *UNESCO World Congress on Justice for Children*, p. 8. ; A. OUEDRAOGO, « La médiation pénale en faveur des enfants en conflit avec la loi : L'intelligente entente entre justice formelle et chefferie traditionnelle », *Lefaso.net*, 12 mai 2021.

<sup>11</sup> A. AKAM AKAM, « Crise(s) de la justice au Cameroun ? Brèves réflexions sur un pouvoir à la croisée des chemins », in J. C. MEBU NCHIMI (dir.), *Le Droit au pluriel. Mélanges en hommage au doyen Stanislas Méloné*, Yaoundé, PUA, 2018, p. 915-934 ; P. NKOUMVONDO, *op. cit.*, p. 369-381.

<sup>12</sup> Les faits de sorcellerie en Afrique en sont très illustratifs (M. ADAMOUM, « Droit pénal et sorcellerie », *AJ Pénal*, déc. 2023, p. 537-539), avec le rapt d'enfants de sexe féminin qui vaut demande en mariage chez certains peuples (P. Van den WIELE, *Les systèmes familiaux et matrimoniaux au sein des sociétés négro-africaines*, Paris, LGDJ, 1963, p. 62), ou les mutilations sexuelles féminines érigées en délits dans certains droits (v° Burkina Faso, loi n° 43/96/ADP du 13 nov. 1996 portant Code pénal [CP burkinabè], modifiée par la loi n° 25-2018/AN du 31 mai 2018 ; Bénin, loi n° 2003-03 du 3 mars 2003 portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines).

<sup>13</sup> J.-G. BIDIMA, « La parole comme modèle politique », in F.-X. FAUVELLE-AYMAR et A. LAFONT (dir.), *L'Afrique et le monde : histoires renouvelées, De la Préhistoire au XXI<sup>e</sup> siècle*, SH/Histoire-monde, 2022, p. 18-19 et 32.

<sup>14</sup> I. Y. NDIAYE, A. A. DIOUF, « L'Afrique du droit et le droit en Afrique », *Revue sénégalaise de droit*, n° 37, août 2023, p. 37.

<sup>15</sup> J.-G. BIDIMA, *La Palabre, une juridiction de la parole*, *op. cit.*, p. 284.

d'amnisties<sup>16</sup> ou de grâces présidentielles<sup>17</sup>. L'amplification du phénomène interroge les motivations réelles de ces actes. Censés procéder de la clémence, ceux-ci semblent dictés, en réalité, par la surpopulation carcérale<sup>18</sup>, quand ce n'est pas par la recherche d'un apaisement sur fond de crise socio-politique<sup>19</sup>. Le principe volontaire de ces mesures s'efface évidemment devant les dérèglements d'ordre politique ou social. En parallèle, l'on remarque que les expédients sont en mal de respecter une véritable impartialité, comme l'exige le droit. Le cas est relevé lorsque la clémence pénale est manipulée à l'effet d'assurer l'impunité pénale à certaines personnes, par calcul politique<sup>20</sup>, ou encore lorsqu'un chef d'État gracie un parent, notamment en ligne directe<sup>21</sup>. Cet état des lieux dénote d'un usage de la clémence ne répondant plus exactement aux raisons ayant présidé à son avènement dans la branche pénale. Bien plus, ces

<sup>16</sup> En témoigne, au Burkina Faso, un récent projet de loi portant conditions d'octroi de la grâce amnistiante relatif au putsch manqué de 2015, adopté par l'Assemblée législative de Transition le 30 déc. 2024 (*Lefaso.net*, « Burkina/Justice : Les députés adoptent le projet de loi portant amnistie et conditions d'octroi de grâce amnistiante », 30 déc. 2024, consulté le 30 déc. 2024 sur <https://lefaso.net/spip.php?article135146>).

<sup>17</sup> V° *Togoactualite.com*, « Togo : Faure Gnassingbé accorde la grâce présidentielle à plus de 1 000 détenus », 27 déc. 2024, consulté le 28 déc. 2024 sur <https://togoactualite.com/togo-faure-gnassingbe-accorde-la-grace-presidentielle-a-plus-de-1-000-detenus/>.

<sup>18</sup> Cf. Burkina Faso, Rapport n° 2024-037/ALT/CAGIDH, oct. 2024, relatif au projet de loi portant administration du travail d'intérêt général, dont l'objectif déclaré est de « remédier à la surpopulation carcérale et [...] favoriser la réinsertion sociale des condamnés » (p. 4).

<sup>19</sup> Les pluralités socio-juridiques « récuse les solutions exclusivement pénales, les préconisations invariablement judiciaires » (A. SALL, *Singularités juridiques africaines. Ce que l'Afrique apporte au droit*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2023, p. 142).

facteurs placent désormais la clémence au centre des attentions. L'institution ancienne s'en trouve renouvelée, dans ses fondements autant que dans ses expressions, ce qui en justifie l'étude en droit burkinabè, le sujet n'ayant pas fait l'objet d'une synthèse récente.

La clémence fait partie de ces notions dont il peut être pensé, à tort, qu'elles sont aisément intelligibles. Mais elle ne bénéficie pas d'une définition légale et, pour ne pas retrancher à la difficulté, elle est souvent confondue à d'autres termes dont il y a lieu de la distinguer. En effet, la clémence n'est pas réductible à la tolérance<sup>22</sup>, considérée comme l'« action de supporter et résultat de cette action »<sup>23</sup>. C'est le cas de supporter un agissement sans droit dont peut découler l'acquisition d'un droit, en droit civil<sup>24</sup>. La tolérance ne confère aucune sécurité juridique<sup>25</sup> et elle ne fait pas disparaître la responsabilité pénale du fait de l'infraction,

<sup>20</sup> V° au Sénégal, *affaire Ezzan* (arrêt du Conseil constitutionnel n° 91/2005-1/C/2005 du 12 févr. 2005 ; lire P. A. TOURÉ, *Droit pénal sénégalais. T. 2. La responsabilité pénale et la sanction pénale*, Dakar, L'Harmattan Sénégal, 2023, n° 520).

<sup>21</sup> Ainsi, le Président sortant des États-Unis, Joe BIDEN, est critiqué pour avoir accordé la grâce présidentielle à son fils (B. BOUCHAUD, « États-Unis : Joe Biden met les démocrates dans l'embarras en gracie son fils Hunter », 2 déc. 2024, consulté le 3 déc. 2024 sur <https://www.lesechos.fr/monde/etats-unis/etats-unis-joe-biden-accorde-la-grace-presidentielle-a-son-fils-hunter-2135083>).

<sup>22</sup> D. NZOUABETH, « La tolérance en matière pénale au Sénégal », *Annales africaines*, vol. 2, déc. 2017, p. 158-160.

<sup>23</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd. mise à jour, Paris, PUF/Humensis, coll. « Quadrige », 2021, v° « Tolérance ».

<sup>24</sup> Comme la prescription acquisitive, sauf exclusion légale (v° art. 210 de la loi n° 034-2012/AN du 2 juil. 2012 portant réorganisation agraire et foncière au Burkina Faso).

<sup>25</sup> C. GROULIER, « Tolérer n'est pas permettre, de la distinction de la tolérance et de la permissivité en droit », in X. BIOY et al. (éd.), *Tolérance & Droit*, Paris,

ce qui est une casualité de la clémence. Par ailleurs, la clémence ne se ramène pas davantage au pardon au sens moral. Sous ce dernier abord, le pardon apparaît sous le voile d'« un processus individuel qui relève de l'intime [...] Pardonner est un acte personnel de volonté »<sup>26</sup>. La clémence, elle, n'émane pas forcément de la victime de l'infraction pénale. Le pardon et la loi entretiennent couramment des rapports conflictuels parce qu'ils s'excluent l'un et l'autre. Ils ne se rejoignent que rarement, comme en matière civile, quand la victime accorde son pardon en contrepartie ou non d'une réparation modique, ou en matière pénale, avec l'amnistie ou la grâce, théorisées comme des ressorts institutionnels du pardon. Pour terminer, la clémence, telle qu'elle est appréhendée en l'occurrence, a une portée plus générale que les excuses légales, qui symbolisent l'indulgence du législateur<sup>27</sup>, et les circonstances atténuantes, qui, elles, traduisent l'indulgence du juge<sup>28</sup>. Ces deux

---

Presses de l'Université Toulouse Capitole/LGDJ, 2013, p. 7.

<sup>26</sup> M. H. VERNERIS, « Justice et pardon, une cohabitation possible derrière les barreaux », *Le sujet dans la cité*, 2016/2, n° 7, p. 221 ; aussi V. JANKÉLÉVITCH, *Le Pardon*, Paris, Champs essais, 2019, 320 p. ; F. OST, « Mémoire et pardon, promesse et remise en question. La déclinaison éthique des temps juridiques », disponible sur <http://www.legaltheory.net/>, consulté le 17 sept. 2024.

<sup>27</sup> Elles sous-tendent l'exemption ou la diminution de peine (J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 2016, n° 732).

<sup>28</sup> *Ibid.*, n° 737.

<sup>29</sup> En droit comparé français, pour accentuer la lutte contre les violences des mineurs en progression, l'excuse de minorité est partie pour être remise en cause dans certaines situations (*Franceinfo*, « Violence des mineurs : quatre questions sur l'excuse de minorité, que le gouvernement souhaite remettre en cause », 19 avr. 2024, consulté le 5 mai 2024 sur [https://www.francetvinfo.fr/societe/justice/violence-des-mineurs-quatre-questions-sur-l-excuse-de-minorite-que-le-gouvernement-souhaite-remettre-en-cause\\_6496064.html](https://www.francetvinfo.fr/societe/justice/violence-des-mineurs-quatre-questions-sur-l-excuse-de-minorite-que-le-gouvernement-souhaite-remettre-en-cause_6496064.html)).

catégories seront abordées incidemment, dans leurs aspects novateurs. L'attention ne portera donc pas spécifiquement sur les causes de non-imputabilité subjectives que sont l'excuse de minorité<sup>29</sup> et le trouble psychique abolissant le discernement.

À la vérité, la clémence a de tout temps et partout contribué à adoucir le glaive de la justice<sup>30</sup>. En droit civil, elle se dissémine dans les procédures permettant de vider les litiges au moyen de la transaction, de l'arbitrage ou de la médiation, quoique la médiation pénale gagne également du terrain<sup>31</sup>. Aussi, elle investit le droit de la concurrence dans l'ordre juridique français, à travers la procédure dite de clémence<sup>32</sup>. Plus transversalement, la clémence s'invite dans les procédures administratives négociées, concernant certaines infractions en matière de fiscalité, de douane, des eaux et forêts, au total semble-t-il, pour ce qui a trait aux démêlés juridiques relatifs aux affaires<sup>33</sup>. Cette tendance, il faut le remarquer, rend plus ténue la frontière

<sup>30</sup> Fr. BRIEGEL, « La clémence du glaive : Plaider pour les criminels au siècle des Lumières à Genève », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol. 4, n° 1, 2000, p. 9-29.

<sup>31</sup> Au Burkina Faso, la loi n° 015-2014/AN du 12 mai 2014 portant protection de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger définit la médiation pénale comme « une mesure extra-judiciaire permettant de parvenir à la conciliation entre l'enfant, auteur d'un délit ou d'une contravention, ses parents, ses représentants légaux ou encore son conseil et la victime » (art. 40). Au Sénégal, le décret n° 2014-16534 du 24 déc. 2014 relatif à la médiation et à la conciliation vise plus largement les différends d'affaires (J.-L. CORRÉA, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais », *Bulletin de droit économique*, 2017 [2], 16 p.).

<sup>32</sup> F. MARCHAL, « L'évolution des procédures de clémence », *Revue française d'économie*, 2013/3, vol. XXVIII, p. 71-117 ; v° Fr. Décret n° 2021-568 du 10 mai 2021 relatif à la procédure d'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires prévue au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

<sup>33</sup> Sans obligatoirement se rallier à la vague de dépenalisation ou de (*dis*)solution, pourrait-on dire, il faut admettre que le recours à la transaction pour les infractions du genre est adapté. La transaction intègre le principe de la nécessité et de l'utilité de la peine

séparant la sanction pénale de la sanction administrative et/ou civile. De toute façon, pour Bentham, la peine « doit être économique, c'est-à-dire n'avoir que le degré nécessaire<sup>34</sup> pour atteindre son but »<sup>35</sup>. Encore faudrait-il déterminer ce but sans faillir.

Dans son acception pénale, la clémence est une notion fonctionnelle, en même temps qu'elle est polysémique. D'abord, la clémence n'est pas conceptualisée en tant que telle alors qu'elle fait sa percée en droit pénal depuis le reflux de « la mystique pénitentiaire »<sup>36</sup>, sous les auspices du courant néo-classique<sup>37</sup>. Pour autant, il reste possible de la déceler chaque fois que la sévérité de la législation pénale se voit infléchie par une règle dérogoire, favorable au prévenu. L'atténuation des rigueurs du droit pénal a lieu soit par imposition légale, soit par simple faculté du pouvoir compétent. Ensuite, l'étiquette de la clémence recouvre, premièrement, l'éventail des institutions dites de clémence pénale, qui comprend habituellement la prescription, l'amnistie et la grâce<sup>38</sup>. Elle désigne, deuxièmement, les

techniques dont le juge fait usage à l'effet d'individualiser la peine. Idéalement, la clémence peut être comprise comme tout ce qui concourt à humaniser le système pénal. Sénèque invite à cette acception, dans son traité *De la clémence*, lorsqu'il met en avant qu'on « corrige mieux en étant sobre de punitions ; car le grand nombre des délinquants crée l'habitude du délit [...] On a honte de faillir quand c'est la clémence qui gouverne »<sup>39</sup>. *Mutatis mutandis*, le postulat de l'intransigeance pénale envers le délinquant est questionné. Il est certain que la clémence se tisse à l'arrière-plan de l'un des principes-piliers du droit pénal<sup>40</sup>, le principe d'humanité<sup>41</sup>, dont les corollaires sont les principes de responsabilité pénale personnelle<sup>42</sup> et d'individualisation des peines<sup>43</sup>. Pour le reste, sa proportion au sein d'une politique pénale rejaillit sur celle de la sanction par incarcération<sup>44</sup>.

En théorie comme en pratique, sévérité et clémence sont souvent mitigées en fonction de l'infraction commise, des circonstances de fait ou de la personnalité du délinquant. À tout le moins, le droit criminel a vu son

---

(X. PIN, *Droit pénal général 2024*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Lefebvre-Dalloz, 2023, n° 11), en permettant de commuer en retombées économiques pour l'État les transgressions les moins graves du corpus pénal.

<sup>34</sup> Étant compris que « la nécessité, c'est désormais l'utilité » (P. Le MONNIER de GOUVILLE, « Le principe de nécessité en droit pénal », *Les Cahiers de la Justice*, n° 3 [3], 2014, p. 501).

<sup>35</sup> J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », in *Œuvres de J. BENTHAM, jurisconsulte anglais*, Bruxelles, L. HAUMAN et Cie, 1829, T. II, p. 11.

<sup>36</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 2001, n° 63.

<sup>37</sup> *Ibid.*, n° 62 s.

<sup>38</sup> H. RUIZ FABRI *et al.*, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, n° 28, p.237-255.

<sup>39</sup> Sénèque, *De la clémence*, L. I, XXII.

<sup>40</sup> J. PRADEL, *Principes de droit criminel. 1. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1999, n° 6

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Elle le reste en théorie, mais un glissement vers une sorte de responsabilité pénale du fait d'autrui est désormais observé, s'agissant des dirigeants sociaux (A. DABO, « L'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant social délégué en droit OHADA au regard du droit français », *Revue burkinabè de Droit*, n° 61, 2020, n° 6) et des parents (P. NEVES, « Aux États-Unis, des parents jugés coupables des crimes commis par leur fils », *Médiapart*, 27 avr. 2024, consulté le 28 avr. 2024

sur [https://www.mediapart.fr/search?search\\_word=Aux+%C3%89tats-](https://www.mediapart.fr/search?search_word=Aux+%C3%89tats-Unis%2C+des+parents+jug%C3%A9s++coupables+de+s+crimes+commis+par+leur++fils)

[Unis%2C+des+parents+jug%C3%A9s++coupables+de+s+crimes+commis+par+leur++fils\)](https://www.mediapart.fr/search?search_word=Aux+%C3%89tats-Unis%2C+des+parents+jug%C3%A9s++coupables+de+s+crimes+commis+par+leur++fils)

<sup>43</sup> R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., 283 p.

<sup>44</sup> D. DASSA-LE DEIST, « L'emprisonnement : peine de référence en droit pénal », *Gaz. Pal.* 2016, n° 16, p. 92.

rigorisme céder du terrain sous la poussée de l'idéologie humaniste<sup>45</sup>. Pour curieuses ou controversées<sup>46</sup> qu'elles puissent être, les touches successives par lesquelles la clémence a conquis le droit criminel sont désormais intégrées dans la pensée pénaliste, sous l'impulsion de l'école de la défense sociale nouvelle<sup>47</sup>. Mieux, la clémence incorporée au droit pénal, enchâssée dans des institutions éprouvées par le système répressif, est plus aisément reçue en raison de sa fonction régulatrice. En revanche, lorsqu'elle est subordonnée à la volonté d'un pouvoir extra-judiciaire, elle alimente les débats. Sous ce rapport, les risques de dévoiement des institutions de clémence externes à l'appareil judiciaire, notamment la grâce et l'amnistie, à des fins inappropriées ne sont pas négligeables et cristallisent la méfiance des citoyens. Malgré tout, la place de la clémence se renforce à telle enseigne que l'inquiétude se reporte sur les risques d'un étiolement du matériau pénal, qui pourrait le vider de sa substance.

Tout bien pesé, la clémence, comme choix de politique criminelle, ne remet pas en cause les fondements du droit pénal, mais recadre la responsabilité et la sanction pénales par des mécanismes institués ou négociés. La clémence ne peut donc être considérée comme obviant la finalité des normes répressives. Elle vient plutôt à leur secours. Néanmoins, une question se pose : la

clémence en droit pénal dépend-elle finalement du degré injonctif des mécanismes dont elle émane ?

Pour y répondre, l'analyse s'appuie sur les manifestations observables de la clémence pénale. Au fond, si la clémence est habituellement optionnelle, elle se fait plus impérative, par l'effet de pressions socio-politiques si fortes qu'elles ne laissent pas d'échappatoire aux dirigeants, sinon par la conjoncture des "prisons pleines et vides de sens", pour reprendre la célèbre formule de Christiane Taubira<sup>48</sup>. Plus récurrents, les défis qui résultent de l'incarcération systématique ne peuvent être ignorés, à cause des ressources étatiques à mobiliser pour construire et entretenir des centres de détention aux normes, mais surtout de l'impératif de respect des droits fondamentaux des détenus. L'aphorisme de Ihering donne un aperçu de l'inéluctable : « l'histoire de la peine est celle d'une abolition constante »<sup>49</sup>. Alors, les alternatives à l'emprisonnement germent à l'ombre de la clémence, œuvrant à leur tour à l'efficacité de la loi pénale. La clémence culmine de la fixation de l'interdit pénal jusqu'à l'extinction de l'action publique. Aussi, dans le cadre de cette recherche, la clémence sera examinée par-delà le droit pénal de fond, afin d'inclure des aspects de droit pénal de forme, y compris de l'exécution des peines. Délaissant l'analyse dogmatique, la réflexion

---

<sup>45</sup> Celui-ci postulait l'utilitarisme et l'humanisme du droit pénal (lire J.-F. CHASSAING, « Une légende : Beccaria fondateur d'un droit humaniste », in *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 29-35).

<sup>46</sup> Étaient dénoncées « une pitié désordonnée pour les coupables et une indifférence froide pour les victimes » (E. F. de LACUISINE, *De l'administration de la justice criminelle en France depuis la réforme de la législation*, Paris/Dijon, Joubert/Lagier, 1841, p. 9).

<sup>47</sup> Marc ANCEL est la figure de proue de ce mouvement en France (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1966, 391 p. ; M. ANCEL,

« Examen de conscience de défense sociale, le problème du traitement délinquant », *RSC* 1978, p. 945 ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, coll. « Que sais-je ? », 1981, 381 p. ; aussi M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, Paris, PUF, 1980, 263 p.).

<sup>48</sup> O. MILLOT, « Les clés de Taubira pour vider les prisons », *Liberation*, 25 sept. 2012, consulté le 17 sept. 2024 sur [http://www.antoniocasella.eu/nume/Millot\\_liberati on\\_25sep12.pdf](http://www.antoniocasella.eu/nume/Millot_liberati on_25sep12.pdf).

<sup>49</sup> D. DASSA-LE DEIST, *op. cit.*, p. 92.

s'efforcera de saisir les principaux mécanismes de clémence traduits par les textes répressifs. La contribution puisera essentiellement dans la législation pénale burkinabè, avec des références ponctuelles en droit comparé, afin d'enrichir la démonstration.

La clémence, en tant que critère de pondération de la règle pénale, révèle une facette double. De première part, la clémence peut être fondée sur des causes d'ordre public, qui prennent moins en considération l'évolution de la personnalité du délinquant que l'intérêt de la société, voire de quelques-uns. Cette clémence peut être imposée par la loi (I). De seconde part, la clémence peut être octroyée au nom de la société, en tenant primordialement compte de la personnalité du délinquant. Sous ces traits, la clémence peut être aménagée par l'autorité compétente (II).

### **I- Une clémence imposée**

La clémence au stade de l'établissement de la responsabilité pénale est inhérente à la norme répressive. Son caractère intrinsèque la rend donc disponible pour toute personne dont l'infraction répond aux conditions prédéfinies. Cette clémence, qui dérive

directement de la loi pénale, permet de proportionner la norme à son but, de l'humaniser. L'interdit pénal étant le « vecteur de la non-nuisibilité »<sup>50</sup> envers la société, il est appelé à varier au rythme des pénalisations et des dépenalisations d'infractions « passées de mode »<sup>51</sup>. Davantage, l'œuvre d'incrimination se teinte souvent de clémence, à l'effet de ne constituer en faute que dans la mesure nécessaire ; sans responsabilité, une sanction ne saurait s'ensuivre, spécialement la prison. À l'observation, la clémence de base participe à éroder la responsabilité pénale, car elle est le support de l'infraction inopérante (A) et de l'action publique entravée (B).

#### ***A) Une clémence support de l'infraction inopérante***

De la justiciabilité<sup>52</sup> à l'injusticiabilité<sup>53</sup>, il peut n'y avoir qu'un pas. De fait, l'infraction inopérante dérive d'une clémence préconçue, mais n'en génère pas moins une injusticiabilité opposable *erga omnes*<sup>54</sup>. Il semble, à la limite, que les lois pénales ne sont pas faites pour être appliquées toujours ni pareillement<sup>55</sup>. Sous l'angle de l'infraction

---

<sup>50</sup> Y. JEANCLOS, *Les 7 principes du droit pénal*, Vanves, Hachette, 2015, p. 18 s. L'art. 5 de la Déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose à ce propos, en ces termes : « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ».

<sup>51</sup> J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019, p. 490, n° 6.

<sup>52</sup> La justiciabilité correspond à la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges (Ch. ATIAS, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, v° « Justiciabilité », p. 798).

<sup>53</sup> Les fenêtres d'« injusticiabilité » désignent les angles morts du droit et de la justice (P. SERRAND, P. SZWEDO [dir.], *op. cit.*, p. 9). Par exemple, la Constitution du Congo du 25 oct. 2015 (modifiée par la loi constitutionnelle n° 2-2022 du 7 janv. 2022)

prévoit qu'« aucune poursuite pour des faits qualifiés crime ou délit ou pour manquement grave à ses devoirs commis à l'occasion de l'exercice de sa fonction ne peut plus être exercée contre le Président de la République après la cessation de ses fonctions » (art. 96).

<sup>54</sup> Il est entendu que le législateur « fixe le périmètre de la justiciabilité pénale. Hors de ce périmètre, il y a peut-être de nombreux cas d'injusticiabilité ; ceux-ci ne sauraient être contestés puisqu'ils ont été voulus par une autorité souveraine » (J. LEROY, « Réflexions sur l'injusticiabilité en matière pénale », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur de Yves Mayaud*, Paris, Dalloz, 2017, p. 115).

<sup>55</sup> M. Van de KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les

neutralisée, la clémence tantôt s'adresse à une catégorie de personnes répondant aux critères fixés, tantôt est autorisée pour toute personne réunissant des conditions déterminées. Dans cet ordre, une amnistie circonstanciée (1) fait face à des faits justificatifs généralisés (2).

### 1) Une amnistie circonstanciée

La clémence pénale peut revêtir une nature amnistiant. L'amnistie est donnée pour être « synonyme de pardon légal »<sup>56</sup> ou « un geste d'oubli et de pardon »<sup>57</sup>. Le pardon<sup>58</sup> se révèle en ce que « lorsqu'un délinquant a été frappé définitivement, le pouvoir répressif de l'État ne s'arrête d'ordinaire qu'avec l'exécution de la peine. Le droit criminel, cependant, serait bien rigoureux s'il exigeait toujours impitoyablement que justice soit faite et que la sanction soit exécutée sans remise possible »<sup>59</sup>. L'amnistie diffuse la clémence pénale à travers l'effacement des condamnations pour l'avenir. En effet, quel bénéfice retire-t-on du fait de continuer la punition quand celle-ci a perdu son intérêt social<sup>60</sup> ? Dans les cas ressortant de l'amnistie, le législateur intègre cet aléa

puisqu'il fait échec à l'effet d'appel de la sanction que produit l'infraction ou à l'exécution complète de la peine. L'amnistie assure le refoulement de la sanction, aussi bien en droit interne qu'en droit international<sup>61</sup>. Le sort des condamnés s'en trouve radicalement amélioré, bien loin de ce qu'il aurait pu être si la spirale répressive poursuivait son cours.

Sur le plan factuel, l'amnistie résulte en principe d'une loi, une loi d'exception. Cela étant, elle comporte des variantes qui permettent de particulariser ses effets : la grâce amnistiant<sup>62</sup> et l'amnistie judiciaire ou amnistie *au quantum*, pour laquelle « la disparition de la qualification dépend de la mansuétude du juge »<sup>63</sup>. Tenant à la loi d'amnistie, sa nature exceptionnelle, tout autant que sa vocation à supprimer rétroactivement le caractère délictueux de certains faits, vient rappeler le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, cher à

---

phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *Journal des tribunaux*, 1985, p. 329-334 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 144.

<sup>56</sup> Cf. S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2023-2024*, 31<sup>e</sup> éd., Paris, Lefebvre Dalloz, coll. « Lexiques », 2023, v<sup>o</sup> « Amnistie » ; M. DIAKHATE, M. S. SANE, « La loi portant amnistie a-t-elle un avenir ? », CERACLE, consulté le 26 sept. 2024 sur <https://ceracle.com/la-loi-portant-amnistie-a-t-elle-un-avenir-par-meissa-diakhate-mamadou-salif-sane/>.

<sup>57</sup> P. A. TOURÉ, *Droit pénal sénégalais, T. 2. La responsabilité pénale et la sanction pénale, op. cit.*, n<sup>o</sup> 520.

<sup>58</sup> Il est à noter toutefois que l'amnistie et le pardon ne se ramènent pas l'un à l'autre (v<sup>o</sup> *supra*, Introduction, pour la définition des termes), d'autant que « l'imprécision des termes, leur mauvais emploi ou encore l'imprécision des phrases, constituent des barrières à la compréhensibilité de la loi »

(A. AKAM AKAM, « Libres propos sur l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" », *RASI*, vol. 4, n<sup>o</sup> 1, 2007, p. 51).

<sup>59</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1997, n<sup>o</sup> 941.

<sup>60</sup> Pour illustrer, la République du Congo, au lendemain de son indépendance (proclamée le 15 août 1960) a adopté l'ord. n<sup>o</sup> 62-30 du 31 oct. 1962 portant amnistie des peines disciplinaires et des condamnations encourues par les militaires des forces armées congolaises durant leur service dans l'armée française. L'art. 2 du texte « interdit de rappeler ou de laisser subsister, sous quelque forme que ce soit, dans tout dossier administratif ou tout autre document concernant les militaires congolais, les condamnations et peines effacées par l'amnistie ».

<sup>61</sup> H. RUIZ FABRI *et al.*, *op. cit.*, p. 239 s.

<sup>62</sup> *Infra*, II.-B. 2<sup>o</sup>.

<sup>63</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n<sup>o</sup> 397 : auquel cas la loi conditionne l'amnistie à la peine effectivement prononcée par le juge.

Portalis<sup>64</sup>. Une loi d'amnistie « se suffit à elle-même et ne peut être interprétée par référence à d'autres textes du même ordre »<sup>65</sup>. En raison du caractère indépendant de chaque loi d'amnistie, même par rapport à une autre loi d'amnistie, il appartient à ses auteurs d'en fixer les conditions et l'étendue, *in rem* ou *in personam*. L'amnistie présente la particularité de ne pas effacer les faits matériels<sup>66</sup> et leurs conséquences civiles<sup>67</sup>. D'aucuns qualifient ses effets de radicaux<sup>68</sup>. En effet, « non seulement les peines prononcées, principales comme complémentaires, cessent de recevoir application, mais encore la condamnation disparaît rétroactivement. Tout se passe donc comme si l'infraction n'avait jamais été commise, comme si la condamnation n'avait jamais été rendue »<sup>69</sup>. En toute logique, l'amnistie entraîne la remise des différentes peines qui ont pu être prononcées<sup>70</sup>.

Au niveau individuel, le prévenu amnistié se voit octroyer un succédané de la réhabilitation. La réhabilitation vise à replacer la personne dans sa situation légale

antérieure à la condamnation définitive, au constat des preuves tangibles de son amendement envers la société. Des délais de rigueur sont à observer, entre l'exécution de la condamnation pour crime ou délit, la prescription de la peine ou encore la grâce obtenue et le moment auquel la demande est présentée en justice. Si la réhabilitation efface la condamnation<sup>71</sup>, à l'instar de l'amnistie, et fait cesser pour l'avenir toutes les incapacités qui en résultent<sup>72</sup>, les deux institutions n'opèrent pas sur le même terrain. Le fonctionnement de la réhabilitation « a été continuellement faussé [...] par la fréquence des lois d'amnistie, et par le domaine particulièrement étendu de celles-ci ; les condamnés sont généralement amnistiés avant de remplir les conditions pour être réhabilités »<sup>73</sup>, tel qu'il est fait remarquer.

D'ailleurs, la loi portant amnistie est entendue au sens large, de manière à envelopper l'acte légal par emprunt, émanant du gouvernement<sup>74</sup>. Ainsi est-il prévu dans la Constitution burkinabè révisée que le Président du Faso propose les lois

<sup>64</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Paris, Confluences, coll. « Voix de la cité », 1999, p. 22.

<sup>65</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale, op. cit.*, n° 943.

<sup>66</sup> Mais elle interdit à toute personne, sous peine de diffamation ou autre, de faire état des faits amnistiés, peu importe le canal de diffusion utilisé (à propos d'un rappel non nécessaire de sanction disciplinaire amnistiée, v° Fr. Cass. crim., 19 juin 2007, n° 06-87.340, *Bull. crim.* 2007, n° 164). Il arrive que cet effet de l'amnistie rencontre un écueil (J. MOULY, « Les effets de l'amnistie neutralisés par la lutte contre les discriminations », *D.* 2014, p. 1677 ; Fr. Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-19.505, *Bull. civ. V*, n° 54, où la Cour de cassation a refusé l'« exception d'amnistie » pour retenir plutôt une « exception au droit de l'amnistie »).

<sup>67</sup> Suivant la règle, les lois d'amnistie ne « préjudicient pas aux droits des tiers » (art. 219-7, al. 2, CP burkinabè), raison pour laquelle les réparations civiles ne sont pas couvertes, à moins d'une disposition expresse.

<sup>68</sup> P. KOLB, L. LETURMY, *Cours de Droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux Gualino, Lextenso 2019, n° 1889.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Même elle rétablit l'auteur et le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure (art. 219-7, al. 1<sup>er</sup>, CP burkinabè). L'effacement du casier judiciaire rejoint les mesures de magnanimité, sous réserve de l'application du régime de la récidive (loi n° 040-2019/AN du 29 mai 2019 portant Code de procédure pénale [CPP burkinabè], art. 624-2).

<sup>71</sup> À côté, la réhabilitation partielle, souvent appelée relèvement, peut n'entraîner que l'extinction des incapacités, déchéances et interdictions issues d'une condamnation (B. BOULOC, *Droit pénal général*, 28<sup>e</sup> éd., Paris, Lefebvre Dalloz, 2023, n° 957).

<sup>72</sup> Cf. art. 219-8, al. 1<sup>er</sup>, CP burkinabè.

<sup>73</sup> B. BOULOC, *op. cit.*, n° 953.

<sup>74</sup> Il est fait remarquer que l'initiative législative en procédure pénale est devenue un privilège réservé au gouvernement (E. VERGÈS, *op. cit.*, p. 91).

d'amnistie<sup>75</sup>. Admettant qu'« il est difficile de séparer le droit de la politique »<sup>76</sup>, il n'est pas exclu de voir dans cette situation un empiétement des pouvoirs exécutif et législatif<sup>77</sup> sur le pouvoir judiciaire<sup>78</sup>. Malgré tout, l'amnistie traverse les époques. Pour comprendre, l'« on a souvent souligné le rôle politique et social d'apaisement et de clémence joué par l'amnistie après des temps troublés, alors qu'il importe de rétablir le calme dans les esprits »<sup>79</sup>. En Afrique aussi, les lois d'amnistie interviennent généralement en contexte de crise politique<sup>80</sup>, dans un but d'apaisement du climat social. L'opinion dominante y voit une estocade portée à la justice, un moyen de laisser impunis certains crimes, d'obtenir « de ne plus rechercher ce qui doit être découvert, et de ne plus poursuivre ce qui est découvert, car personne ne peut répondre à la question "qui est le commanditaire" »<sup>81</sup>. Par suite, l'amnistie, d'insigne outil de bonne administration de la justice au sein d'un État, peut devenir un instrument utilisé à des fins douteuses, sinon contraires, notamment

<sup>75</sup> Constitution burkinabè du 2 juin 1991, révisée par loi constitutionnelle n° 045-2023/ALT du 30 déc. 2023, art. 54.

<sup>76</sup> P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, op. cit., p. 87.

<sup>77</sup> Des exceptions sont signalées. Par ne citer qu'un cas, au Sénégal, suite à l'adoption de la loi d'amnistie des infractions ayant des motivations politiques commises entre le 1<sup>er</sup> janv. 1983 au 31 déc. 2004, la loi n° 01/2005 du 7 janv. 2005, dite *loi Ezzan*, le Conseil constitutionnel a été saisi. Dans son arrêt en date du 12 févr. 2005 (n° 91/2005), le Conseil a décidé que « que ni la Constitution ni aucune norme de valeur constitutionnelle ne limite le pouvoir du législateur d'amnistier des catégories quelconques d'infractions » (cf. B. NIANG, « Le principe de la légalité de la répression au Sénégal », *Afrilex*, janv. 2018, p. 21).

<sup>78</sup> L'indépendance de ce pouvoir est précisée à l'art. 129 de la Constitution burkinabè révisée.

lorsqu'elle est individuelle<sup>82</sup>. Au demeurant, l'irrévocabilité de la loi d'amnistie devant les juridictions nationales n'empêche pas la précarité des faits amnistiés devant les juridictions étrangères et internationales<sup>83</sup>. Spécialement en cas de détournement de l'institution, l'amnistie n'est pas un moyen infaillible préservant de la répression pénale hors des limites de l'État dont émane la loi l'ayant consacrée.

L'amnistie, pour indulgence qu'elle soit, laisse intactes les peines déjà purgées. Par conséquent, la personne régulièrement condamnée ne peut prétendre à réparation du préjudice issu d'une peine privative de liberté, pas plus qu'au remboursement d'une amende qu'elle a honorée. Il faut se convaincre que « l'amnistie est, et demeure, une simple mesure de clémence sans jamais s'apparenter à une mesure de réparation »<sup>84</sup>. Le condamné gagne au moins à n'avoir pas à purger la peine restante, s'il y a lieu, ou à être exempté de l'entièreté.

L'on a pu voir que l'amnistie, une fois actée, défend de rechercher la responsabilité pénale,

<sup>79</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, op. cit., n° 942.

<sup>80</sup> En les faisant précéder de "dialogues inclusifs" (lire R. NGANDO SANDJÈ, « L'utile et le désagréable : Brèves remarques sur les décisions 1/C/2024 et 5/E/2024 du Conseil constitutionnel sénégalais », CERACLE, consulté le 26 sept. 2024 sur <https://ceracle.com/lutile-et-le-desagreable-brevs-remarques-sur-les-decisions-1-c-2024-et-5-e-2024-du-conseil-constitutionnel-senegalais-par-rodrigue-ngando-sandje/>).

<sup>81</sup> M.-L. JOSSELINE, « Loi d'amnistie controversée au Sénégal », *Libération*, 22 janv. 2005, consulté le 26 sept. 2024 sur [https://www.liberation.fr/planete/2005/01/22/loi-d-amnistie-controversee-au-senegal\\_506999/](https://www.liberation.fr/planete/2005/01/22/loi-d-amnistie-controversee-au-senegal_506999/).

<sup>82</sup> V° Congo, loi n° 21-2005 du 21 déc. 2005 portant amnistie des infractions pénales reprochées à M. Bernard KOLELAS et loi n° 12-2007 portant amnistie de certaines infractions pénales reprochées à Jacques Joachim YHOMBY-OPANGO.

<sup>83</sup> M. DIAKHATE, M. S. SANE, op. cit.

<sup>84</sup> P. KOLB, L. LETURMY, op. cit., n° 1893.

en supprimant le caractère punissable des faits relevés. L'amnistie affecte, par ce biais, l'infraction dans ses suites, en faisant obstacle au maintien de la qualification d'infraction, à la différence des faits justificatifs qui sont un obstacle à la qualification même d'infraction.

## 2) Des faits justificatifs généralisés

Le régime des faits justificatifs diffère de celui de l'amnistie par la neutralisation de l'illicéité de l'acte commis. Des faits, par hypothèse réprimés par la loi, vont occasionnellement prendre une coloration licite, compte tenu des circonstances dans lesquelles ils se sont déroulés<sup>85</sup>. La mansuétude du droit pénal réside dans ce qui se rapproche d'un "dénier de justice", étant entendu que le fait justificatif entrave le caractère opératoire de l'infraction. L'existence de l'infraction est examinée en fonction des circonstances de sa commission ou d'une situation de vulnérabilité de l'auteur, pour établir l'irresponsabilité pénale. Ainsi, ne sont pas pénalement responsables les personnes qui peuvent faire état de faits justificatifs, à savoir des causes

extérieures à elles ou plutôt propres à elles, afin d'oblitérer le caractère délictueux de l'acte posé<sup>86</sup>.

Les causes extérieures opèrent *in rem*. La justification repose sur le fait que l'infraction découle de « l'exercice d'un droit ou [de] l'accomplissement d'un devoir »<sup>87</sup>. Dans cet assortiment se trouvent l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime et la légitime défense. La permission de la loi recouvre, en droit burkinabè, l'ordre ou l'autorisation de la loi ou du règlement et le commandement de l'autorité légitime<sup>88</sup>. Des personnes peuvent se trouver, sur prescription légale, dans l'obligation d'agir ou de s'abstenir, peut-être jusqu'à la commission d'une infraction. L'infraction n'est pas constituée en ce que « l'interdit devient permis »<sup>89</sup>. *De facto*, les causes justificatives anéantissent l'une des conditions de la responsabilité pénale, à savoir l'élément légal<sup>90</sup>. Au contraire, la justification ne peut résulter d'une simple autorisation administrative, étant donné que cette faculté relève de la seule compétence du législateur. Si le commandement de l'autorité

---

<sup>85</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 431.

<sup>86</sup> Au même titre, échappent à la responsabilité les personnes pouvant établir des causes tenant à elles-mêmes, ayant vocation à supprimer l'élément moral de l'infraction. Ce sont, cette fois, les causes de non-imputabilité.

<sup>87</sup> B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 206.

<sup>88</sup> Suivant l'art. 132-1, CP burkinabè, « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires » (al. 1<sup>er</sup>) et « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal » (al. 2). En droit français, il est prévu d'autres cas, qui concernent les divulgations de lanceurs d'alerte (art. 122-9 du CP français, issu de la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016). Le droit de correction d'un enfant n'en fait plus partie,

depuis la loi n° 2019-721 du 10 juil. 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires, dite « loi anti-fessée ».

<sup>89</sup> X. PIN, op. cit., n° 256.

<sup>90</sup> Dans cette logique, en droit français, les membres des forces de l'ordre sont admis à faire un "usage absolument nécessaire et strictement proportionné de leur arme" (anc. art. 122-4-1). Cette cause de non-responsabilité a fait son entrée avec la loi n° 2019-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, avant d'être abrogée par la loi n° 2017-258 du 28 févr. 2017. Le souci est de ne pas verser dans un droit pénal de l'ennemi (M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle », *RSC* 2010, p. 5 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010 p. 69 ; J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Revue critique*, n° 3, 2012, p. 149-164 ; C. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649).

légitime, civile ou militaire, peut faire office de cause d'irresponsabilité, il faut néanmoins garder à l'esprit que l'obéissance passive a cédé le pas devant l'obéissance raisonnée, sous l'influence de la théorie des baïonnettes intelligentes. Le subordonné se voit maintenant obligé d'apprécier la légalité de l'ordre reçu et de désobéir, le cas échéant, à l'ordre manifestement illégal<sup>91</sup>. Il se le doit d'autant plus que la justice internationale peut toujours se saisir des crimes commis sous ordre et restés impunis dans son État. La légitime défense est la cause générique de non-responsabilité qui questionne la proportionnalité de la réaction. Évidemment, elle ne peut être plaidée avec succès lorsqu'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace<sup>92</sup>. L'agression à l'origine de la riposte doit également être actuelle ou imminente, sinon réelle ou vraisemblable et injuste<sup>93</sup>. Aux termes de l'article 132-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal du Burkina Faso, « n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une

atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accompli, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense de soi-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte »<sup>94</sup>. Il existe des cas privilégiés de légitime défense, visant des actes commis dans des contextes bien définis<sup>95</sup>. À détailler la légitime défense, il apparaît qu'elle va à l'encontre du principe interdisant de se faire justice à soi-même. Toutefois, l'urgence et l'impossibilité matérielle d'obtenir protection par l'autorité publique, à l'instant fatidique, expliquent que la loi concède aux particuliers d'agir, par substitution<sup>96</sup>. En prenant le parti de discerner, en pareil cas, une coopération du citoyen au maintien de l'ordre public, la jurisprudence "s'évade parfois du cadre des faits justificatifs légaux"<sup>97</sup>, pour en découvrir quelques autres dans des circonstances non prévues par la loi. À cet égard, le critère de ralliement est l'infraction socialement utile ou socialement indifférente<sup>98</sup>. L'entreprise

---

<sup>91</sup> Dans l'affaire dite des « paillotes », il a été jugé que l'ordre donné par un préfet à un colonel de gendarmerie de détruire des biens, de manière clandestine, en utilisant un moyen dangereux, sans assurer la sécurité des personnes, était un ordre manifestement illégal, sur la nature duquel les gendarmes n'ont pu se méprendre, car il leur avait été ordonné en plus de laisser sur les lieux des tracts diffamatoires, destinés à égarer les enquêteurs sur l'identité des auteurs des faits (Fr. Cass. crim., 13 oct. 2004 : RSC 2005, p. 66, obs. É. FORTIS ; *AJ pénal* 2004, p. 451).

<sup>92</sup> V° J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *op. cit.*, n° 13 : est justifié le délit de violation de domicile par l'époux s'étant introduit dans l'appartement de sa femme en instance de divorce parce que « leur fille y était l'objet "d'un spectacle obscène axé sur le plaisir" [Fr. CA Colmar, 6 déc. 1957, 1<sup>re</sup> esp., D. 1958. 357, note P. BOUZAT] ». L'auteur approuve la solution et estime qu'elle peut être étendue au cas dans lequel la valeur sacrifiée et la valeur sauvegardée sont égales, la société y ayant intérêt.

<sup>93</sup> X. PIN, *op. cit.*, n° 265.

<sup>94</sup> Il s'ajoute que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction » (art. 132-2, al. 2, CP burkinabè).

<sup>95</sup> V° art. 512-36 à 512-40, CP burkinabè.

<sup>96</sup> V° B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n° 207.

<sup>97</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, n° 434.

<sup>98</sup> *Ibid.* Les plus remarquables sont la nécessité d'exercice des droits de la défense (l'exercice des droits de la défense dans le litige l'opposant à son employeur [Fr. Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Bull. crim.* n° 113, p. 437, et n° 03-85.521, *Bull. crim.* n° 117, p. 453 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 120] et le débat d'intérêt général [Fr. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2014, *Bull. civ.* I 2014, n° 36 ; Fr. Cass. crim., 9 déc. 2014, n° 13-87.477 ; Fr. Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-85.179]).

répond au souci d'actualiser les situations qui invitent à faire montre de clémence, par la recherche du juste<sup>99</sup>.

Hormis les causes extérieures, les faits justificatifs opèrent également *in personam*, en faisant disparaître l'élément moral et par le fait même le fondement de la culpabilité. Ainsi, l'état de nécessité dérive du principe *nécessité fait loi*, issu du droit canonique<sup>100</sup>. L'article 132-3 du Code pénal burkinabè annihile la responsabilité pénale de « la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien ». La nécessité provient de la menace d'un mal actuel ou imminent et du fait que l'unique moyen pour s'en défendre est la commission d'une infraction. S'il est relevé une proportionnalité entre les moyens employés et la gravité de la menace, la circonstance de nécessité empêche la qualification de l'infraction, mais pour l'auteur seulement. L'acte reste répréhensible à l'égard des complices, qui répondent de leur responsabilité personnelle. Si les traits de l'état de nécessité le rapprochent de la légitime défense, il faut se souvenir que celle-ci « a pour point de départ une agression humaine délibérée, tandis que [le premier] repose sur une situation résultant de

circonstances matérielles accidentelles »<sup>101</sup>. Les cas sont à distinguer donc.

En définitive, les faits justificatifs sont nourris par la préoccupation de tempérer, à titre exceptionnel, les rigueurs du droit pénal. Ils restent assez fluctuants parce qu'ils font appel au principe de proportionnalité<sup>102</sup>, qui suppose une mise en balance de l'intérêt protégé et de l'intérêt atteint<sup>103</sup>. Le principe connaît plus globalement un retentissement en droit de la preuve<sup>104</sup>, mais il y a longtemps qu'il a trouvé ses lettres de créance en droit pénal, par l'intermédiaire des causes de non-responsabilité<sup>105</sup>. C'est un poncif d'affirmer que l'intérêt supérieur de la justice commande la clémence qui s'infère des faits justificatifs. L'individu doit pouvoir se défendre contre l'injuste et l'immédiateté de la réaction peut être cruciale, à défaut d'alternative sans péril pour lui ou autrui. S'il est indiscutable que les faits justificatifs sont des circonstances qui désarment la réaction sociale, il n'est pas relevé à leur propos une théorie générale<sup>106</sup> qui permettrait de sortir de l'application par tâtonnements à laquelle les juges sont assez contraints.

Au bout du compte, la clémence aboutit à supprimer le caractère répréhensible de certaines infractions en les effaçant ou en les légitimant, si bien que leurs auteurs ne peuvent plus être punis par référence aux

<sup>99</sup> Pour ce faire, la jurisprudence convoque parfois les notions d'infraction provoquée ou de circonstance atténuante, qui modifient la matérialité de l'infraction en vue de mitiger la responsabilité du prévenu (art. 217-4, CP burkinabè ; X. PIN, *op. cit.*, n° 552 ; S. GUINCHARD, T. DEBARD, *op. cit.*, v° « Circonstances atténuantes »).

<sup>100</sup> Sa variante y était *nécessité n'a pas de loi* (R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 468).

<sup>101</sup> J.-P. DOUCET, « La nature juridique de l'état de nécessité », in C. PUIGELIER (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose : La diversité du droit*, Bruxelles Bruylant, 2012, p. 413.

<sup>102</sup> Le principe de proportionnalité requiert « l'adéquation du moyen au but poursuivi, la

nécessité et la proportionnalité au sens strict » (J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *op. cit.*, n° 1), ce dont il faut s'assurer par « une pesée des intérêts en présence » (*ibid.*).

<sup>103</sup> En l'absence de critères d'appréciation circonscrits, le concept ne ferme pas la voie à d'éventuels abus.

<sup>104</sup> Fr. Cass., Ass. Pl., 22 déc. 2023, n° 20-20.648.

<sup>105</sup> L'acte constitutif de l'infraction doit être proportionné au but de la permission (Fr. Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, n° 131).

<sup>106</sup> Les lois pénales se contentent d'énumérer des causes de justification de l'infraction qu'elles reconnaissent (R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 432).

mêmes faits. Dans une perspective différente, il est repéré un visage de la clémence qui paralyse l'action publique, pour peu que les particularités entourant les faits infractionnels s'opposent à son déclenchement.

### **B) Une clémence support de l'action publique entravée**

Dans l'absolu, « un comportement peut être moralement injuste sans qu'il le soit légalement »<sup>107</sup>. Il transparaît du propos que le droit, fût-ce la norme pénale, ne peut tout régler<sup>108</sup>. Alors, le législateur épargne parfois celui qui, dans l'entendement commun, devrait répondre pénalement de ses faits infractionnels. Pour autant, la polémique que suscitent les exceptions à la répression de l'infraction dispose le juge à les contenir au possible. Les figures les plus illustratives de la clémence, dans ses linéaments figeant l'action publique, sont au nombre de deux : des immunités familiales occlusives (1) et une prescription obstructive (2).

#### **1) Des immunités familiales occlusives**

L'immunité, en général, rompt « le principe d'égalité des délinquants »<sup>109</sup> devant la loi pénale autant que devant l'action publique. L'immunité permet à l'auteur d'une

infraction d'échapper à la poursuite pénale. Ainsi, les immunités « constituent une sorte de privilège attaché par la loi à certaines situations sociales, familiales ou juridiques, dans le but de protéger ces situations et de leur donner leur pleine efficacité »<sup>110</sup>. Le vecteur de la clémence du législateur transparaît ici : au lieu de punir à tout prix, la priorité va à la protection de situations identifiées, névralgiques pour la société des hommes. Le catalogue des immunités en droit pénal renferme certaines qui sont spéciales et d'autres générales<sup>111</sup>. L'on distingue entre les immunités de forme, empêchant le déclenchement de poursuites<sup>112</sup>, et les immunités de fond, véritables obstacles à la qualification de l'infraction<sup>113</sup>. Les immunités familiales<sup>114</sup> ressortent à la fois des deux sous-ensembles<sup>115</sup>. L'immunité familiale, de nature générale, « est la manifestation des liens étroits de solidarité qui unissent les membres d'une même famille »<sup>116</sup>. En cela, la famille<sup>117</sup>, sans être *per se* une catégorie juridique, n'en demeure pas moins une réalité sociale que le droit protège, le droit pénal, à son tour, à travers des incriminations adaptées ou, au contraire, des marques de clémence topique. Ces dernières sont celles qui nous intéressent.

Les immunités familiales sont habituellement

<sup>107</sup> J. LEROY, *op cit.*, p 115.

<sup>108</sup> Le *panjuridisme* ou l'abus du droit est justement dénoncé (J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 23 s.).

<sup>109</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale, op. cit.*, n° 36.

<sup>110</sup> B. BOULOC, *op. cit.*, n° 726.

<sup>111</sup> Sont spéciales les immunités judiciaires ou de juridiction, qui bénéficient aux chefs d'État et au personnel diplomatique, excepté pour les crimes contre l'humanité ou assimilés. La coutume internationale peut également sécréter des immunités à leur bénéfice, comme en France, celle reconnue aux chefs d'État étrangers en exercice (X. PIN, *op. cit.*, n°s 78 et 158 ; Fr. Cass. crim. 13 mars 2001, D. 2001. 2631, note J. F. ROULOT)).

<sup>112</sup> L'immunité « relève d'un dispositif qui ne s'apparente pas à une loi d'incrimination ou de

pénalité, mais qui renvoie à une exception d'ordre processuel » (Y. MAYAUD, « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 549).

<sup>113</sup> X. PIN, *op. cit.*, n° 313.

<sup>114</sup> P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291.

<sup>115</sup> Une autre classification confronte les immunités parlementaires, les immunités judiciaires et les immunités familiales, pour les plus notables (X. PIN, *op. cit.*, n° 314-316).

<sup>116</sup> B. BOULOC, *op. cit.*, n° 727.

<sup>117</sup> La famille fondée sur le mariage est la cellule de base de la société (*cf.* Code burkinabè des personnes et de la famille, issu de la *Zatu* [loi] an VII 13 du 16 nov. 1989, art. 231).

scindées en immunités d'ordre patrimonial et en immunités d'ordre moral. Les immunités d'ordre patrimonial ont trait aux atteintes aux biens ou à la propriété. À ce propos, l'article 616-1 du Code pénal burkinabè prévoit que « ne sont pas punissables et ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance et le recel commis entre époux ou par des ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants »<sup>118</sup>. Sont également visés « le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance ou le recel commis par des descendants ou entre collatéraux jusqu'au quatrième degré inclusivement ou alliés », sous réserve de plainte de la personne lésée<sup>119</sup>. Il peut être remarqué que les incriminations visées sont des délits. À l'évidence, le législateur ne saurait couvrir des crimes, quels que soient les liens existant entre les protagonistes. Les immunités d'ordre moral sont considérées tantôt comme des causes d'irresponsabilité tantôt comme des règles de fond<sup>120</sup>. Elles s'expliquent par l'assistance que les membres d'une même famille sont

présupposés se donner, y compris face à une infraction. Ces immunités couvrent les infractions dites d'entrave à la saisine ou à l'exercice de la justice, parmi lesquels la non-dénonciation de crime, le recel de criminel<sup>121</sup>, l'omission de témoigner en faveur d'un innocent<sup>122</sup>. Elles sous-tendent aussi la dispense de prêter serment du témoin entendu par une juridiction<sup>123</sup>. Si la logique qui guide les immunités d'ordre moral peut être comprise – celle de préserver les structures familiales en évitant des dilemmes cornéliens pouvant déboucher sur l'incrimination d'une personne à partir des déclarations de son parent ou allié<sup>124</sup> – il faut admettre qu'elles produisent des effets parfois bouleversants, dans l'idée de justice<sup>125</sup>. Sous ce rapport, l'on se défend difficilement de penser qu'elles cultivent l'impunité pénale<sup>126</sup>, encore plus dans des situations où celle-ci ne s'impose pas rationnellement. Il peut être approuvé, ensuite, que la jurisprudence française refuse parfois l'immunité de non-dénonciation en dehors des cas expressément prévus par la loi, par exemple, s'agissant du concubin<sup>127</sup>. Dans

<sup>118</sup> Dans le même sens, art. 365, al. 1<sup>er</sup>, CP du Sénégal (loi n° 2016-29 du 8 nov. 2016 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juillet 1965). Les juges français ont pu étendre les immunités d'ordre patrimonial, outre le vol, à l'extorsion de fonds et au chantage (v° respectivement Fr. CA Poitiers, 27 janv. 1989, *Dr. pén.* 1990, p. 87 ; Fr. CA Chambéry, 16 oct. 1958, *JCP* 1959, II, 10973, note P.-A. PAGEAUD). La loi française n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ne retient pas le vol d'« objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ».

<sup>119</sup> Art. 616-2, CP burkinabè.

<sup>120</sup> A. CERF-HOLLENDER, *op. cit.*, p. 56.

<sup>121</sup> Art 65, al. 2, et 131-4, CP burkinabè.

<sup>122</sup> Art 374-11, CP burkinabè.

<sup>123</sup> M. ADAMO, « Famille et droit pénal au Bénin », in *Autour de la famille et de la terre : perspectives africaines du droit, Mélanges en l'honneur de*

*Professeur Ahonagnon Noël Gbaguidi*, t. 1, Cotonou, CREDIJ, 2023, p. 180-181.

<sup>124</sup> X. PIN, *op. cit.*, n° 316. Un individu n'est pas tenu de dénoncer les infractions commises par ses propres parents (v° B. BOULOC, *op. cit.*, n° 727 ; art. 434-1, CP français).

<sup>125</sup> *Jus est ars boni et aequi* (Ulpian, *Digeste*, I, 1, 1) : le lien entre justice et droit est de nature ontologique (J. DJOBENOU, *Introduction à la théorie générale de la justice et du procès*, Cotonou, CREDIJ, 2022, p. 41).

<sup>126</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale, op. cit.*, n° 47.

<sup>127</sup> Dans une affaire, la mère d'une jeune fille violée par le concubin fut poursuivie devant la Cour d'assises pour délit connexe de non-dénonciation de crime (Fr. Cass. crim., 24 oct. 1994, n° 94-84.072 ; *Dr. pén.* 1992, comm. 77, obs. M. VÉRON ; *RSC* 1994, p. 332, obs. G. LEVASSEUR). En droit français, le domaine des immunités familiales a été sensiblement réduit par l'élagage des conjoints séparés de corps ou autorisés à vivre séparément, des veufs ou des alliés aux mêmes degrés (anc. art. 380 CP). La jurisprudence française excluait, bien avant, les concubins du champ

le même esprit, les immunités ne s'étendent pas au complice d'une infraction.

Comme dispensatrices de clémence, les immunités familiales sont l'incarnation du parti pris du législateur, en amont de la commission de l'infraction, de ne pas punir certaines violations du droit pénal, en présence de circonstances données. Particulièrement, les immunités familiales témoignent de la prise en compte de la solidarité familiale par le droit pénal, celle-ci étant la charnière de la cohésion sociale. Le pardon fonderait ces immunités<sup>128</sup>, une corrélation nettement plus acceptable que celle de permission de la loi<sup>129</sup>. Visiblement, elles obéissent au « souci de ne pas troubler la paix des familles et de n'y pas porter le germe de divisions ou de rancœurs difficiles à apaiser »<sup>130</sup>. Les immunités ne sont donc pas symptomatiques d'un laxisme de l'administration répressive, mais la traduction d'une orientation de politique pénale réfléchie. Sous leur bannière, « le lien de parenté ou d'alliance est parfois pris en compte pour exclure l'application du droit pénal »<sup>131</sup>. La démarche se tient.

Le rapport familial entre la personne de la victime et celle de l'agent constitue la clé de voûte de l'immunité familiale. Au besoin, le juge doit le soulever d'office. Mais dans un autre sens, l'immunité familiale peut être

tenue en échec, en vue de protéger l'individu dans sa famille. À tous égards, les immunités « se sont transformées au cours du temps, afin de concilier l'évolution de la famille, la protection des plus faibles et l'intérêt général »<sup>132</sup>. Malgré les préventions qu'elles peuvent susciter, les immunités familiales paraissent une bonne alternative dans les situations où il y aurait moins à gagner, pour la société autant que pour la victime parente ou alliée, à punir le coupable plutôt qu'à contrecarrer la sanction en principe encourue. Lorsque l'infraction est constituée, mais ne peut être poursuivie par le jeu d'une immunité familiale, elle se présente à peu près comme devant un cas relevant de la prescription.

## 2) Une prescription obstructive

En tant que cause d'extinction de l'action publique, la prescription est « un obstacle qui, de façon permanente, interdit au demandeur de saisir le tribunal compétent ou qui, une fois le tribunal saisi, empêche toute continuation des poursuites »<sup>133</sup>. Lorsqu'il y a prescription de l'action publique, les faits conservent leur caractère délictueux, mais le droit de mettre en mouvement l'action publique s'éteint. La clémence siège ici dans le passage du temps, qui prescrit l'infraction et se dresse ensuite contre toute poursuite. Normalement, une infraction à la loi

---

des bénéficiaires (Fr. Cass. crim., 22 janv. 1948, S. 1949, 1, 149, obs. P. LEMERCIER) et les veufs, lorsque l'infraction concernait un bien compris dans la succession (Fr. Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 11-81.798). Le débat actuel concerne l'extension de l'immunité aux couples formés autrement que par le mariage, à l'exemple du concubinage et du pacte de solidarité, compte tenu de « l'évolution de la structure familiale qui conditionne l'évolution du droit de la famille » (G. CLÉMENT, « L'immunité familiale d'ordre patrimonial », *Mélanges en l'honneur de J.-H. ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 107). Ceux qui, en France, restent couverts par les immunités familiales sont les ascendants, les descendants et le conjoint (cf. nouvel art. 311-12 CP).

<sup>128</sup> C. COURTIN, *L'immunité en droit criminel français*, Thèse, Nice, 1999, p. 216 ; C. ESCOFFIER-GIALDINI, *La vision pénale de la famille*, Thèse, Aix-Marseille, 1999, p. 401), sinon « la manifestation des liens étroits de solidarité qui unissent les membres d'une même famille » (B. BOULOC, *op. cit.*, n° 727).

<sup>129</sup> F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2009, n° 706.

<sup>130</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 47.

<sup>131</sup> A. CERF-HOLLENDER, « L'évolution du champ des immunités familiales en matière pénale », *LPA*, 8 sept. 2017, n° 179-180, p. 56.

<sup>132</sup> A. CERF-HOLLENDER, *op. cit.*, p. 56.

<sup>133</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 48.

pénale<sup>134</sup> appelle la sanction appropriée. Cette mesure repose donc sur le seuil temporel au-delà duquel l'infraction se trouve privée de tout effet.

Il faut faire la part entre la prescription de la peine et la prescription de l'action publique. Touchant à cette dernière, l'écoulement d'un certain délai à partir de la commission de l'infraction est source d'extinction de l'action publique, ce qui fait obstacle à toute poursuite ultérieure. Selon les cas, il est fait application des délais de droit commun<sup>135</sup> ou plutôt de délais spéciaux, soit plus longs<sup>136</sup> soit plus courts<sup>137</sup>. Au vrai, « ce qui fait l'intérêt d'une prescription, c'est son dernier jour : tant que ce jour n'est pas atteint, le délinquant n'a aucun droit acquis à l'impunité ; il n'est pas à l'abri d'une poursuite puisque des actes interruptifs peuvent intervenir »<sup>138</sup>. Le législateur conçoit de tirer un trait sur le passé, dans un souci de pacification des relations en société, mais l'engrenage

répressif ne se désamorce qu'à la dernière seconde. Dès lors, le risque d'être rattrapé par la justice n'est totalement écarté qu'après le dernier jour du délai de prescription<sup>139</sup>. Une fois ce cap franchi, l'intéressé se trouve pénalement couvert par le bouclier de l'extinction de l'action publique.

Accessoirement, des mécanismes peuvent infléchir l'écoulement normal du temps de la prescription, tels le report du point de départ du délai<sup>140</sup>, la suspension<sup>141</sup> ou l'interruption du délai<sup>142</sup>, l'allongement légal des délais de droit commun ou la création de nouveaux délais<sup>143</sup>. Si l'on adhère à l'opinion que « le droit n'est pas au service de l'émotion »<sup>144</sup>, la solution préférable est de se limiter à poursuivre les crimes les plus récents, encore vifs dans la mémoire des victimes et de la société. Puis, le sens éducatif de la peine se corrode avec le temps<sup>145</sup>. Or il faut bien qu'elle soit utile. Dans cette lucarne, la rétroactivité *in mitius* est parfois perçue

<sup>134</sup> Sans loi, il ne peut y avoir d'injustice (cf. T. HOBBS, *Léviathan*, traduit de l'anglais, annoté et comparé avec le texte latin par F. TRICAUD, Paris, Dalloz, 1999, p. 126).

<sup>135</sup> Soit 10 ans, 3 ans et 1 an, respectivement pour les crimes, les délits et les contraventions (cf. art. 220-2 à 220-4 CPP burkinabè).

<sup>136</sup> En France, 30 ans pour les crimes de terrorisme et 20 ans pour de nombreux crimes ou délits commis contre les mineurs de moins de 15 ans.

<sup>137</sup> 3 mois pour les délits de presse, en droit français.

<sup>138</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel : problèmes généraux de la législation criminelle, droit pénal général, procédure pénale*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Cujas, 1967, n° 188.

<sup>139</sup> L'affaire dite *des disparues de l'Yonne*, dans laquelle l'auteur d'enlèvements de jeunes femmes n'a pu être appréhendé que 30 ans après l'ouverture de l'enquête, est l'une des exceptions qui confirment la règle (Fr. Cass. crim., 20 févr. 2002, n° 01-85.042 ; A. GIUDICELLI, « Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription », *RSC* 2003, p. 585 ; P. MAISTRE du CHAMBON, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *JCP G* 2002, II 10075 ; v° aussi Fr. Cass. crim., 10 sept. 2024, n° 23-83.135 ; M. NICOLAS-

GRÉCIANO, « La chambre criminelle défie les lois du temps », *Gaz. Pal.* n° 35, 2024, p. 13).

<sup>140</sup> Pour les infractions continues, successives ou autres.

<sup>141</sup> Par exemple, selon l'art. 321-3, du CP burkinabè, « la prescription ne peut être invoquée par la personne poursuivie lorsqu'il est établi que de par les fonctions qu'elle a occupées, elle a pu influencer le cours des poursuites ou empêcher toute poursuite contre elle ».

<sup>142</sup> L'interruption « résulte de tout acte d'exécution prévu par la loi, tel qu'une saisie pour l'amende ou une arrestation pour un emprisonnement » (X. PIN, *op. cit.*, n° 736).

<sup>143</sup> La loi française n° 2017-242 du 27 févr. 2017 portant réforme des délais de prescription en matière pénale a ainsi créé un nouveau délai pour les infractions clandestines (occultes ou dissimulées). L'objectif pratique transparaît, même si la portée en est estimée modeste (Ph. COLLET, « L'intérêt modeste de la notion d'infraction dissimulée », *D.* 2022, p. 1347).

<sup>144</sup> Y. MAYAUD, « D'une disparition suspecte au meurtre avoué, ou des enjeux de la prescription de l'action publique (Fr. Cass. crim., 28 nov. 2023, n° 23-80.599, *RSC* 2024, p. 87).

<sup>145</sup> J. DANET, *op. cit.*, p. 285.

comme expressive de clémence pénale, mais ce n'est pas techniquement soutenable<sup>146</sup> ; elle est plutôt liée à l'application de la loi dans le temps. Quant à la prescription de la peine, elle est gouvernée par l'idée que toute peine n'ayant pas été mise à exécution au bout du délai légal ne peut plus l'être vis-à-vis de celui qui a été reconnu coupable et condamné. Le Code pénal burkinabè retient, à ce titre, des délais dégressifs suivant la gravité de l'infraction<sup>147</sup>.

Après tout, la prescription est inspirée par l'insertion de l'infraction dans une temporalité, si bien que la peine prononcée ne peut plus être administrée, passé la période correspondante. Sur le plan pratique, la prescription s'explique par le dépérissement des preuves qui se produit avec le temps<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> L'art. 111-2, al. 2, CP burkinabè, dispose que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis ». Cette disposition, relative à l'application de la loi pénale dans le temps, peut avoir une incidence sur l'existence même de l'infraction. Lorsqu'il y a prescription de l'action publique, les faits conservent leur caractère délictueux, mais le droit de mettre en mouvement l'action publique s'éteint.

<sup>147</sup> Ces délais sont de 20 ans pour les crimes, 5 ans pour les délits et 3 ans pour les contraventions (art. 219-2 à 219-4, CP burkinabè). Il est à noter que « les obligations de nature civile résultant d'une décision pénale devenue définitive se prescrivent suivant les règles du Code civil » (art. 219-5, CP burkinabè). En droit français, le délai s'allonge à 30 ans pour les peines prononcées pour certains crimes (eugénisme, clonage reproductif, terrorisme, trafic de stupéfiants) et à 20 ans pour certains délits passibles de 10 ans d'emprisonnement (délits de guerre, de terrorisme, trafic de stupéfiants).

<sup>148</sup> E. VERGÈS, « La prescription de l'action publique rénovée », *RSC* 2017, p. 91 ; J. DANET, « La prescription de l'action publique : quels fondements et quelle réforme ? », *AJ Pénal* 2006, p. 285.

<sup>149</sup> Voltaire, *Zadig ou La destinée. Histoire orientale*, Lyon 1748, rééd. Paris, Le Livre de poche, 2008, n° 3131.

<sup>150</sup> L'erreur judiciaire ou « quand le "mal-jugé" permute avec le "bien-jugé" » (D. SALAS, *Erreurs judiciaires*, Paris, Dalloz, 2015, *passim*, spéc. p. 8 ;

N'opine-t-on pas à l'affirmation qu'« il vaut mieux hasarder un coupable en liberté qu'un innocent en prison »<sup>149</sup> ? De notoires erreurs judiciaires assombrissent l'histoire de la répression pénale<sup>150</sup>, qui auraient pu être évitées en faisant preuve d'indulgence en présence du moindre doute. Comme le veut l'adage, *in dubio pro reo*. L'objectivité recommande de contenir la marge d'arbitraire au regard de la nature particulière du droit pénal<sup>151</sup>, sachant que l'écoulement du temps installe le doute. Dans cette considération, la clémence s'exprimant sous les traits de la prescription résiste à un examen soutenu, dans la mesure où elle concourt à la recherche du juste<sup>152</sup>. Par la même occasion, elle participe à élarguer le qualificatif "odieux" dont le droit pénal a

aussi J. VERGES, *Les erreurs judiciaires*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF/Humensis, coll. « Que sais-je ? », 2022, 126 p.).

<sup>151</sup> Face à la peine capitale par-dessus tout (R. BADINTER, *Contre la peine de mort. Écrits 1970-2006*, Paris, Fayard, 2006, 316 p.). Le Burkina Faso l'avait abolie à la faveur de la réforme du Code pénal en 2018 (loi n° 25-2018/AN du 31 mai 2018), mais la peine capitale est en passe d'être réintroduite par un projet de loi adopté par l'Assemblée législative de la transition le 8 nov. 2024 (*Burkina24*, « Burkina Faso : La peine de mort va être instaurée dans le projet du Code pénal », 12 nov. 2024, consulté le 12 nov. 2024 sur <https://burkina24.com/2024/11/08/burkina-faso-la-peine-de-mort-va-etre-instaurée-dans-le-projet-du-code-penal-ministre/> ; H. BAILLY, « Face au terrorisme, le Burkina Faso rétablit la peine de mort, à contre-courant de l'Afrique », 11 nov. 2024, consulté le 12 nov. 2024 sur <https://www.afrik.com/face-au-terrorisme-le-burkina-faso-retablit-la-peine-de-mort-a-contre-courant-de-l-afrique>).

<sup>152</sup> Selon Aristote, le « juste » dans la sphère publique apparaît comme « un milieu entre deux extrêmes, qui sans cela ne seraient plus en proportion ; car la proportion est un milieu, et le juste une proportion » (D. ALLAND et S. RIALS [dir.], *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2021, v° « Proportionnalité »). Aussi, la société ne peut punir « plus qu'il n'est juste » (J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, Paris, Cujas, 2006, p. 95).

longtemps été affublé<sup>153</sup>. Encore, les raisons qui sous-tendent la prescription sont des reflets indiscutables de la faveur pénale puisque la prescription ne saurait exister, par exemple, sous le jour de la justice absolue<sup>154</sup>. Mais, animé par la recherche de la paix publique, le législateur burkinabè, à l'instar de ses homologues, organise autour de la prescription tout un droit à l'oubli<sup>155</sup>.

La clémence que renferme la prescription de l'action publique s'estompe malgré tout lorsque les crimes en cause heurtent les états forts de la conscience universelle : ce sont les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes d'agression<sup>156</sup>. Les crimes de masse leur sont assimilés<sup>157</sup>. Les crimes contre l'humanité sont déclarés imprescriptibles *par nature*<sup>158</sup>. De même, des législations africaines consacrent l'imprescriptibilité d'« infractions dites économiques, en raison des liens que celles-ci entretiennent avec le terrorisme<sup>159</sup>. En réponse à des actes d'une particulière gravité, qui prennent le droit pénal au dépourvu, les législateurs s'inscrivent dans « une tendance à la généralisation de

l'imprescriptibilité au-delà de son périmètre traditionnel »<sup>160</sup>. S'il y a lieu, l'imprescriptibilité vaut à la fois pour l'action publique et pour la peine. Pour le reste, il n'est pas outré de croire que la clémence pénale est désormais promue dans certains cas, à l'effet d'interpeller les consciences sur les cas qui réclament une sévérité sans concession, comme ceux qui tombent sous le coup de la compétence universelle.

Au total, la prescription agit de sorte que l'infraction reste ignorée<sup>161</sup> ou que la peine ne soit plus subie. L'on peut trouver critiquable qu'un individu, jugé et déclaré coupable, puisse se soustraire à la sanction en déjouant la justice pendant un moment. Malgré tout, serait-il approprié pour la société, en réaction, de conserver indéfiniment une posture défensive ? Tranchant le dilemme, le droit pénal burkinabè intègre la prescription de l'action publique, par pragmatisme autant que par changement de regard, clémence oblige. Ce faisant, les faits délictueux remontant à un passé lointain, dans une mesure de temps arrimée à la gravité de l'acte infractionnel, ne figurent plus sur l'échiquier

---

<sup>153</sup> Notamment par GROTIUS (H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* [Le droit de la guerre et de la paix], 1625, traduit par P. PRADIER-FODÉRÉ, Paris, *Guillaumin et Cie*, 1867, réédité par D. ALLAND et S. GOYARD-FABRE, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1999, L. I, Chap. II, § X) et d'autres comme Érasme, La Bruyère, Voltaire, Montesquieu (cf. R. LEGROS, « Une lecture pénale de Grotius », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. 73, 1987, p. 424-457).

<sup>154</sup> Cette doctrine postule que « la répression doit être assurée indépendamment du problème de savoir si elle est utile ou non à la société » (W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 50, n° 46).

<sup>155</sup> L'on admet qu'« évoquer le souvenir de la condamnation, ce serait renouveler le mal sous prétexte d'appliquer le remède » (E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris, L. LAROSE et L. TENIN/G. PEDONE, 6<sup>e</sup> éd., 1906, p. 507). Il est aussi question de droit à l'oubli numérique, ce droit au déréférencement (L. MARINO, « Comment mettre en

œuvre le "droit à l'oubli" numérique ? », *D.* 2014, p. 1680, sur l'arrêt *Google Spain*).

<sup>156</sup> Cf. art. 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juil. 1998.

<sup>157</sup> E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43 : « les crimes de destruction massive et indiscriminée [à l'image des attentats] sont des expressions de la violence brutale qui constituent des *crimes de lèse-humanité* ».

<sup>158</sup> Art. 29 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* ; B. BOULOC, *op. cit.*, n° 919 ; Fr. Cass. crim., 3 juin 1988, *Bull. crim.* n°s 176 et 246.

<sup>159</sup> D. LEKEBE OMOUALI, *op. cit.*, p. 279.

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> Un peu comme « des choses de peu », dont le droit ne fait guère son objet (J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 91). Les apories du système, à partir de l'« idéologie propriétaire », restent de petits larcins, tels le grappillage et la grivèlerie, « ces diminutifs du vol pour lesquels la loi ou l'usage emploient des vocables adoucis, suggérant la petitesse et appelant l'indulgence » (*ibid.*, p. 88).

pénal.

Avec le temps, la clémence s'est bien unie au droit commun de la responsabilité pénale. Tantôt elle défend de qualifier l'infraction dans une situation où il n'est pas douteux qu'un fait infractionnel a été commis tantôt elle défend d'exercer les poursuites contre l'individu dont la culpabilité serait reconnue, n'eût été son paravent. La clémence dans la dimension de la sanction est autrement traduite, mais encore elle ne s'impose pas avec la même force, car elle est subsidiaire.

## II- Une clémence aménagée

La clémence dans le cadre de la sanction pénale vient en appoint à celle qui est appariée à la responsabilité pénale. La mise en œuvre de cette clémence reste à l'inverse très aléatoire, car sa nature synchronique donne à l'autorité décisionnaire la latitude d'ajuster la sanction à chaque cas, au moyen d'une appréciation *in concreto*. Bien entendu, il n'est pas dérogé à ce stade non plus à la quête d'humanisation de la règle pénale. Établir la peine sans se départir d'une posture magnanime s'offre comme un canal pour sanctionner autrement, dans la trajectoire de l'utilité de la peine. L'opportunité de la peine est concernée autant que son *quantum*. En tout état de cause, le verdict répressif ne tombe pas toujours avec sévérité sur le prévenu, à tout le moins quand la clémence s'en mêle. En pratique, une clémence discrétionnaire dans la peine exécutée (B) répond à une clémence contingente dans la peine prononcée (A).

### A) *Une clémence contingente dans la sanction prononcée*

Dans l'administration de la peine, les marques de clémence réfèrent à l'individualisation de la peine, ce principe à valeur fondamentale qui figure à l'article 5, alinéa 3, de la Constitution burkinabè révisée<sup>162</sup>. L'individualisation emprunte des voies diverses, dont certaines s'inscrivent au rang des transformations de la justice pénale, à l'image de la justice consensuelle<sup>163</sup>. L'intention ici n'est pas de faire une exégèse des circonstances atténuantes en droit pénal, mais de s'attarder sur les méthodes de mitigation de la peine renouvelées dans leur conception. Ce sont : une prime au repentir dispensatrice (1) et des aveux de culpabilité atténuateurs (2).

#### 1) *Une prime au repentir dispensatrice*

La prime au repentir renvoie à l'exemption de peine, dite dispense de peine en droit burkinabè<sup>164</sup>. Elle correspond, au sens large, à l'« hypothèse dans laquelle la déclaration de culpabilité à l'encontre d'un prévenu ne se double pas du prononcé d'une peine »<sup>165</sup>. Au sens strict, elle exprime la « mesure de clémence destinée à récompenser la dénonciation de certaines infractions (association de malfaiteurs, fausse monnaie, terrorisme...), bénéficiant à toute personne qui, ayant participé à leur tentative, en a averti l'autorité administrative ou judiciaire, et a permis d'éviter leur réalisation et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices »<sup>166</sup>. Cette mesure joue au profit

<sup>162</sup> Il en ressort que « la peine est personnelle et individuelle ».

<sup>163</sup> F. DESPREZ, « Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, op. cit., p. 577-579.

<sup>164</sup> La dispense de peine peut être hybridée. Il en est ainsi des peines avec sursis ou peines mixtes, à

l'exclusion des peines d'emprisonnement prononcées pour une durée supérieure à cinq ans (art. 211-1, CP burkinabè ; Fr. Décret n° 2021-568 du 10 mai 2021 relatif à la procédure d'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires).

<sup>165</sup> S. GUINCHARD, T. DEBARD, op. cit., « Exemption de peine ».

<sup>166</sup> *Ibid.*

des repentis<sup>167</sup>. Il est ainsi prévu, au nouvel article 217-2 du Code pénal burkinabè, en ses alinéas 1 et 2, que « les excuses absolutoires assurent l'impunité à l'auteur de l'infraction [et que] les excuses atténuantes assurent au coupable une modération de la peine ». Dans le cas des excuses absolutoires, l'auteur de l'infraction reste éligible à des mesures éducatives ou de sûreté<sup>168</sup>.

En toute éventualité, « la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les co-auteurs ou complices »<sup>169</sup>. Aussi bien, dans les cas légalement prévus, « la durée de la peine privative de liberté encourue [...] est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices »<sup>170</sup>. L'exemption de peine, totale ou partielle, est corrélée à la dénonciation d'une infraction tentée ou commise, à condition que l'initiative du dénonciateur permette de juguler le crime. Dans cette perspective, l'histoire de la prime au repentir se résumerait-elle en un compromis comme dans les relations d'affaires ? Le criminel se voit incité à la délation, assuré qu'il est de bénéficier, en contrepartie, d'une remise de peine au moins. S'il ne peut être contesté que la fin poursuivie avec la prime au repentir est

noble, tout de même, le moyen prête à discussion.

En réalité, face au potentiel dangereux de certaines formes de criminalités, les législations pénales se tournent vers la solution de la prime au repentir, aussi décriée qu'elle puisse être. Son appellation varie d'un droit à l'autre, mais partout, le mécanisme est essentiellement pensé comme un outil de détection de la criminalité organisée<sup>171</sup>, du terrorisme et du blanchiment d'argent. La réorientation de politique pénale s'explique par le fait que ce type d'infraction a pris de l'envergure au cours des dernières décennies et déstabilise complètement les piliers de la matière pénale. De fait, la criminalité des cartels, involontairement soutenue par le développement extraordinaire des technologies de l'information et de la communication<sup>172</sup>, s'est insidieusement sophistiquée. Elle se joue des frontières étatiques – le champ territorial classique du droit pénal en est brouillé, ce qui malmène la souveraineté pénale – et s'accompagne parfois d'ambitions subversives, voire politiques. Ces paramètres rendent la criminalité organisée plus insaisissable que jamais et, par voie de conséquence, légitiment les techniques pénales incitatives à la délation et même intrusives.

La prime au repentir ne rencontre pas l'assentiment de tous, pour des raisons évidentes. D'abord, l'impunité offerte en contrepartie de la dénonciation d'un individu qui n'est pas sauf de toute responsabilité est

<sup>167</sup> X. PIN, *op. cit.*, n° 461.

<sup>168</sup> Cf. art. 217-2, al. 1<sup>er</sup> *in fine*.

<sup>169</sup> Art. 219-1, al. 1<sup>er</sup> ; aussi art. 311-8 à propos des auteurs des complots ou autres crimes attentatoires à la sûreté de l'État, et art. 371-22 relatif à la fausse monnaie.

<sup>170</sup> Art. 219-1, al. 2. L'alinéa 3 renchérit en ces termes : « les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables lorsque la personne a permis soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle

infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices ».

<sup>171</sup> Cette notion intègre une analyse sociologique (J. PRADEL, *Principes de droit criminel. 1. Droit pénal général, op. cit.*, n° 91). Le droit pénal est défini « à merveille » comme « la sociologie criminelle adaptée à l'idée de justice » (G. TARDE, préface de l'ouvrage de R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale, op. cit.*, p. VI).

<sup>172</sup> En termes d'organisation, la ramification et la multiplication du nombre d'exécutants, par les cerveaux de la bande, sont dorénavant facilitées.

plutôt gênante, à l'aune de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ensuite, la réduction de peine retentit comme une mesure épargnant au criminel la sanction dont il devrait écoper, d'où elle s'agrége aux mesures de clémence. Les options de l'exemption partielle de peine ou de sursis à exécution<sup>173</sup> paraissent préférables. Il s'agit d'éviter une "inégalisation" forcenée de la sanction, pour des infractions cependant égales<sup>174</sup>. Le régime de la récidive<sup>175</sup> permet également d'apporter un correctif. Tout bien réfléchi, n'assignerait-on pas alors une tâche quasiment psychologique au juge ? Mais peut-être n'y a-t-il pas de mal à cette organisation des choses, étant considéré que la matière pénale se prête, plus que d'autres, à la psychologie appliquée, notablement sur son bord criminologique.

En droit comparé français, une procédure de clémence<sup>176</sup>, importée des pays anglo-saxons<sup>177</sup>, fait son cheminement. Les ententes anti-concurrentielles, qui se nouent généralement dans le plus grand secret et qui s'avèrent particulièrement difficiles à détecter, en constituent la cible première. Ainsi, cette procédure de clémence, instaurée en droit de la concurrence, permet à une entreprise de révéler à l'autorité juridico-administrative compétente les ententes illicites auxquelles elle a pris part, pour se voir concéder une exonération totale ou

partielle de sanction<sup>178</sup>. L'avantage reste subordonné au contenu significatif de la dénonciation, qui doit effectivement contribuer au démantèlement des cartels<sup>179</sup>. L'on s'avise qu'en créant les conditions d'une « course à la dénonciation »<sup>180</sup>, l'État ne sort pas perdant de la manœuvre et, ce qui apparaît plus avantageux, la clémence de la répression maintient celle-ci dans l'axe de l'utilité sociale.

La méthode de la prime au repentir, même si elle n'a pas bonne réputation, a sa raison d'être. Elle est au service de la détection du crime, par l'offre de réduction ou de suppression de la peine qu'elle draine. Elle n'en demeure pas moins conspuée puisqu'elle permet à un coupable d'échapper à la sanction, en partie ou en totalité. Au fond, le législateur tente de réaliser un équilibre d'exigences quasiment incompatibles : d'une part, la nécessité d'user des moyens disponibles afin d'appréhender les nouveaux visages de la criminalité, aussi évanescents et perturbateurs soient-ils ; de l'autre, le souci de ne pas trahir le but répressif du droit pénal, dans le sillon duquel se profile le principe de la nécessité de la peine. Il importe de se garder d'une sanction non nécessaire<sup>181</sup>, à cause du risque de galvauder le sens de la sanction pénale. Pour cela, « exceptionnellement, la loi décide d'exempter de peine [ou institue une excuse

<sup>173</sup> V° art. 615-1-615-4, CPP burkinabè.

<sup>174</sup> Pour Gabriel TARDE, « le malheur est qu'individualiser la peine, c'est l'inégaliser pour des fautes égales » (G. TARDE, *op. cit.*, p. V-VI).

<sup>175</sup> V° art. 218-1 s., CP burkinabè.

<sup>176</sup> Fr. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; Décret n° 2002-689 du 30 avr. 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

<sup>177</sup> P. DESBROSSE, « Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *RIDE*, n° 242, 2010, p. 211 ; F. MARCHAL, *op. cit.*, p. 78 ; L. IDOT, « La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union

européenne (1<sup>er</sup> juil. 2010 – 1<sup>er</sup> mai 2012) », *RSC* 2012, p. 341.

<sup>178</sup> L'on note que « la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles s'est matérialisée au cours des dernières années par le démantèlement de cartels d'envergure, médiatisé en raison des amendes astronomiques infligées aux opérateurs en cause » (P. DESBROSSE, *op. cit.*, p. 211).

<sup>179</sup> La clémence mise en œuvre dans ce cadre est également au service d'une stratégie de protection de la libre concurrence commerciale.

<sup>180</sup> F. MARCHAL, *op. cit.*, p. 76.

<sup>181</sup> La preuve en est donnée, par exemple, lorsque l'individu s'est déjà réintégré dans la société.

absolutoire], non pas pour des raisons d'absence de faute mais pour des motifs d'utilité sociale ou de politique criminelle. En ce cas, l'agent reste coupable, mais la loi ne le soumet pas à une peine ; elle écarte donc sa responsabilité juridique »<sup>182</sup>. L'idée n'est donc pas d'effacer complètement l'ardoise du coupable.

Dans l'ensemble, le déploiement d'une justice pénale de type transactionnel dans les domaines qui s'y prêtent<sup>183</sup> paraît opportun. L'optique du droit négocié est, du reste, une réorientation nécessaire de la répression pénale, en ce qu'elle tient compte des limites objectives de l'enquête pénale<sup>184</sup>. Après, la prime au repentir profite au délinquant, tout en participant à désengorger aussi bien les juridictions que les centres pénitentiaires. Au regard de l'impératif de renouvellement des approches pénales de la criminalité organisée, les procédés qui concourent à la prime au repentir méritent d'être approuvés. Ce mécanisme en côtoie un autre, plus ancien, mais remis au goût du jour : les aveux de culpabilité.

## **2) Des aveux de culpabilité atténuateurs**

Au nombre des circonstances atténuantes en général, l'aveu de culpabilité se signale dans la phase du procès pénal. À l'image du processus de la prime au repentir, il poursuit consciemment l'amenuisement de la peine. L'aveu « consiste en la reconnaissance des faits reprochés »<sup>185</sup>. Pour le moins, ce chemin de la clémence pousse à l'aveu de

responsabilité. À une époque reculée, « pour punir, il fallait des preuves, non seulement du fait, mais de la faute. Il fallait donc provoquer des aveux ; et, comme en général les coupables n'avouent guère librement ou tout au moins qu'ils se disculpent, c'est par la torture qu'on cherchait à établir leur culpabilité, tant morale que matérielle »<sup>186</sup>. Aujourd'hui, la torture étant une cause péremptoire d'irrecevabilité des preuves par aveu, la justice pénale a dû se réinventer en direction de la promotion d'aveux volontaires<sup>187</sup>. Pour peser dans le procès pénal, l'aveu « doit être libre et spontané ; à savoir obtenu sans recours à des moyens coercitifs ou à un procédé scientifique susceptible de porter atteinte à la dignité de la personne et, plus généralement, en respectant le principe de loyauté dans l'administration de la preuve »<sup>188</sup>. Sous ces réserves, les aveux sont des moyens de preuve opérants.

Sous tous les rapports, le juge a tendance à être plus conciliant envers le coupable qui avoue son forfait. N'est-il pas proverbial qu'une faute avouée est à moitié pardonnée ? L'aveu incite à l'indulgence dans la mesure où il exclut le mensonge. Cette donnée factuelle laisse penser que le coupable éprouve des remords, surtout si, à la marge, il demande le pardon de son crime. En ce sens, l'aveu serait révélateur d'une disposition

<sup>182</sup> B. BOULOC, *op. cit.*, n° 715.

<sup>183</sup> Parallèlement, l'on assiste à la pénalisation d'autres pans des affaires,

<sup>184</sup> Quant à la détection du crime, et alors même que la plupart des systèmes de droit pénal ont élargi les cas de violation légitime de certains droits fondamentaux. Aussi, la surveillance et les écoutes intrusives dans la vie privée sont aujourd'hui autorisées, de même que l'infiltration ou la provocation policière, etc. (v° art. 515-6 s. CPP burkinabè).

<sup>185</sup> F. DESPREZ, *op. cit.*, p. 569.

<sup>186</sup> R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>187</sup> En droit civil, l'aveu judiciaire se range parmi les exceptions à l'exigence d'un écrit préconstitué en matière de preuve (cf. art. 1356 du Code civil français de 1804 tel qu'il reste applicable au Burkina Faso). En droit commercial, prévaut le principe de liberté de la preuve (art. 5 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général révisé, adopté le 15 déc. 2010 à Lomé).

<sup>188</sup> F. DESPREZ, *op. cit.*, p. 569.

d'esprit du prévenu à ne pas récidiver<sup>189</sup>. Or, confiner la récidive est une préoccupation pour toute politique criminelle. La prise de conscience du caractère nuisible de l'acte reproché résultant des aveux, associée à l'accélération du procès et à l'économie de ressources dans la conduite de l'action publique, plaide ensuite en faveur d'une réduction de sanction. Néanmoins, l'issue reste soumise au hasard, dans la mesure où la peine peut ne pas être rabattue comme recherché.

Rigoureusement, le plaider de la clémence est à différencier du plaider-coupable, qui aboutit autant à faire fléchir le juge dans la détermination de la sanction qu'il anticipe le procès pénal en vue d'en exclure l'éventualité. Non prévue en droit burkinabè, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) est consacrée en droit français<sup>190</sup> et reçoit même le qualificatif de plaider-coupable « à la française »<sup>191</sup>.

<sup>189</sup> Comme l'exprime la maxime attribuée à Cicéron, "l'erreur est humaine, la répétition est diabolique" (*errare humanum est, perseverare diabolicum*).

<sup>190</sup> B. NIANG, *Le « plaider-coupable » en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, 552 p.

<sup>191</sup> Th. GARÉ, C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale 2025*, Hypercours, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2024, n° 480 : ces auteurs expliquent qu'« après quelques années de pratique, cette alternative au procès a gagné la reconnaissance du monde judiciaire, aussi a-t-elle été étendue par la loi du 13 décembre 2011 » (v° Fr. CPP, art. 495-7 s. ; O. DUFOUR, « Le "plaider-coupable" à la française inquiète le monde judiciaire », *LPA* n° 104, 25 mai 2004, p. 3).

<sup>192</sup> Ne sont pas compris les délits punis d'un emprisonnement supérieur à cinq ans et les délits de presse, les homicides involontaires et les délits politiques (v° B. NIANG, *Le « plaider-coupable » en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, op. cit., p. 22-23 ; Fr. Cass. crim., 30 janv. 2024, n° 23-84.773).

<sup>193</sup> J. PRADEL, « Défense du plaider de culpabilité. À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité », *JCP G* 2004, n° 5, p. 169.

Figurant parmi les procédures alternatives réservées à certains délits<sup>192</sup>, la CRPC est assez usitée<sup>193</sup>, malgré le vent de contestation, à cause du risque des faux aveux<sup>194</sup>, jumelé aux erreurs judiciaires<sup>195</sup>. Le renouveau du plaider-coupable passe également par les catégories inattendues qu'il investit, en imprimant une marque de rationalisation de la justice pénale<sup>196</sup>. La procédure spéciale vise à surmonter l'écueil de l'absence de preuve d'un acte délictueux en vue de l'action publique, preuve sans laquelle il ne saurait être question de sanction. Il s'en infère que la clémence pénale, de par le plaider-coupable, est profitable à l'État<sup>197</sup>, tout en intégrant plus ou moins les intérêts de la victime et de l'agent lui-même. Le retour en force de l'institution séculaire du plaider en vue de "tempérer la rigueur" du procès<sup>198</sup> ne peut être détaché, de nos jours, de la pénurie des moyens humains et matériels affectés au traitement des affaires

<sup>194</sup> Il est rapporté que « Jeanne d'Arc, jugée à Rouen comme hérétique et sorcière par un tribunal ecclésiastique, avait accepté d'abjurer en vue d'obtenir la clémence que ses juges lui proposaient en échange, avant de se rétracter » (cf. J. MARCHAND, *Le procès de condamnation de Jeanne d'Arc*, Plon, 1955, cité par B. NIANG, « Qu'est-ce que le *plea bargaining* ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/3 n° 3, p. 92).

<sup>195</sup> B. FIORINI, « Le plaider-coupable, cheval de Troie de l'erreur judiciaire », *Délibérée*, 2022, 2, p. 47-52.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> En lui faisant réaliser, au contraire de l'emprisonnement sans concession, des économies par la célérité qui réduit le coût de la justice, et en favorisant des rentrées d'argent dans les caisses publiques à travers le produit des amendes négociées. La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), qui fait ses preuves en droit français, semble ainsi promise à de beaux jours (v° J. GALLOIS, « CJIP Sotec : 520 000 € d'amende d'intérêt public pour complicité de corruption active d'agents publics étrangers », *Dalloz actualité*, 16 sept. 2024).

<sup>198</sup> W. SHAKESPEARE, *Le Marchand de Venise*, acte IV, scène 1.

pénales, eu égard au respect dû à la présomption d'innocence<sup>199</sup> et aux droits de la défense.

Tenant aux aveux, ceux-ci donnent lieu à de la pure clémence pratique, une clémence par suite très casuelle. L'intime conviction du juge, subjective par essence, joue un rôle catalyseur dans la tournure du procès. Bien plus, l'extension de l'exigence de motivation des décisions n'a qu'une incidence modeste sur le contrôle de cette intime conviction<sup>200</sup>, qui est par définition absolument invérifiable. D'ailleurs, lorsque le juge ne choisit pas un enfermement ferme, il « n'a pas à motiver sa clémence, car la motivation pourrait être perçue comme un désaveu du législateur, ce qui porterait atteinte à la séparation des pouvoirs »<sup>201</sup>. Le juge représente, comme il est possible de le voir, la pièce maîtresse du mécanisme des aveux atténuant la responsabilité. Pour le reste, l'aveu de culpabilité aura d'autant plus de chances de déboucher sur une peine clémente qu'il sera manifeste que le coupable ne présente pas un état dangereux patent. C'est le lieu de faire remarquer que l'expression de remords ne s'accompagne pas toujours de la volition de s'amender envers la communauté. Ce point signale le besoin de tenir compte de la personnalité de l'inculpé, une habitude déjà suffisamment ancrée dans les procédés

jurisprudentiels. Seulement, le juge n'est pas forcément spécialisé ni expérimenté<sup>202</sup> sur certaines questions. Pour cette raison, il peut s'aider d'expertises d'ordre criminologique<sup>203</sup>. La doctrine de la défense sociale nouvelle, précédemment évoquée<sup>204</sup>, canalise vers cette voie depuis ses premières heures.

L'on réalise que la clémence telle qu'examinée ici résulte davantage d'un marchandage autour de la peine, entre les autorités judiciaires d'une part et l'individu aux prises avec la loi pénale d'autre part. Chaque partie y va d'un calcul gagnant-gagnant<sup>205</sup>. Des risques de dérives sont évidemment inhérents à la contractualisation pénale haussière, surtout à cause de la tendance « à privilégier la subjectivité des déclarations de la personne mise en cause à l'objectivité d'une preuve matérielle »<sup>206</sup>. L'on est ensuite fondé à se demander, avec d'autres, s'il demeure pertinent d'entrevoir une mesure de clémence en de pareilles circonstances<sup>207</sup>. Il serait plus exact d'y déceler une justice consensuelle. À la fin, si les procédés de genre transactionnel sont efficaces et peu coûteux, il ne semble pas que ce soit à déraison que d'aucuns les taxent de fleurir l'amoralité.

Il a pu être montré que lorsque le trouble causé par la faute pénale justifie le recours à

<sup>199</sup> S. DIAGNE NDIR, « La loyauté de la preuve en matière pénale », *Annales africaines*, vol. 1, n° 10, avr. 2019, p. 1-36.

<sup>200</sup> V° art. 321-49, al. 1<sup>er</sup>, CPP burkinabè ; sur l'exigence de motivation, v° art. 499 CPP béninois (loi n° 2012-15 du 18 mars 2013 modifiée par la loi n° 2020-23 du 29 sept. 2020) et 309 CP béninois (loi n° 2018-16 du 28 déc. 2018) ; Bénin, Cour suprême, 23 juillet 2021, 50/CJ-P.

<sup>201</sup> X. PIN, *op. cit.*, n° 488, v° note.

<sup>202</sup> L'affaire d'Outreau, 2000 à 2005, a sensibilisé sur les désastres pouvant découler de l'inexpérience d'un juge d'instruction. L'on est vite passé d'une sombre affaire de pédophilie à un énorme scandale judiciaire, car, sur les dix-huit personnes incarcérées à la suite de déclarations d'enfants dont la plupart se sont avérées mensongères, l'une d'elles s'est suicidée et

treize autres ont finalement été acquittées. De graves dysfonctionnements ont émaillé la conduite de l'instruction (lire G. ANTONOWICZ, *Outreau, l'histoire d'un désastre*, Paris, Max Milo, janv. 2023, 236 p. ; I. HORLANS, « Vingt-trois ans plus tard, "l'affaire d'Outreau" continue de fasciner », *Actu-juridique*, 27 juil. 2023).

<sup>203</sup> Malgré la marge d'erreur que celles-ci comportent également.

<sup>204</sup> *Supra*, Introduction.

<sup>205</sup> Sur le modèle de la procédure transactionnelle développée aux États-Unis, ayant inspiré la CRPC française (B. NIANG, « Qu'est-ce que le *plea bargaining* ? », *op. cit.*, p. 89).

<sup>206</sup> F. DESPREZ, *op. cit.*, p. 579.

<sup>207</sup> J.-M. JUDE (dir.), *La clémence et le droit*, Paris, Economica, 2011, 178 p., 4<sup>e</sup> de couverture.

une sanction pénale atténuée, qui ne relègue pas au dernier rang l'impératif de préservation de l'intérêt général, le sentiment de justice est préservé<sup>208</sup>. Par hypothèse, il devient possible d'obtenir le prononcé d'une peine dont le *quantum* est inférieur au minimum légal. Le but du législateur n'est plus tant de réprimer l'infraction que d'apaiser le climat public, par l'intermédiaire du juge<sup>209</sup>. La même vision préside aux emplois de la clémence dans le domaine de l'exécution de la peine.

### **B) Une clémence discrétionnaire dans la sanction exécutée**

La clémence au stade de l'exécution de la sanction repousse les lignes traditionnelles. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que la « certitude de la peine »<sup>210</sup> s'accommode aujourd'hui, assez bien, d'une individualisation de la peine qui conquiert l'étape de l'exécution. Cette tendance traduit l'importance renouvelée de la clémence en matière pénale. Le pouvoir exécutif intervient en usant de sa prérogative d'accorder la grâce quand ce n'est pas le juge qui retient des mesures *ad hoc* alternatives à la prison. Mais la méfiance populaire, à des degrés variables, confronte une grâce présidentielle en recul (2) à des peines alternatives en plein

essor (1).

#### **1) Des peines alternatives en plein essor**

La justice restaurative, qui prône les peines alternatives, marque assurément un changement de cap dans la discipline pénale. Cette forme de justice est la pierre angulaire de l'œuvre de justice, laquelle a « le souci de tous ceux que le crime affecte »<sup>211</sup> : la société, le système de justice pénale, les personnes incarcérées et leurs proches, les personnes condamnées, les victimes et leurs proches et autres encore. Il faut comprendre que « la justice restaurative ne s'inscrit, en aucun cas, en opposition avec le système de justice pénale, mais en complémentarité avec ses missions régaliennes »<sup>212</sup>. Tout bien vérifié, la règle *poenalia sunt restringenda*<sup>213</sup> ne fait pas obstacle à la reconfiguration des peines. Les peines alternatives sont imprégnées de clémence en ce qu'elles rompent avec la systématisation de l'incarcération, la plus rigoureuse des sanctions que secrètent les politiques pénales actuelles, après la peine de mort. La démultiplication des alternatives à l'incarcération ressort ainsi d'une autre façon de rendre la justice, développée en réaction à une justice punitive sans concession. La conception revue de l'exécution de la

<sup>208</sup> Dans une espèce au Canada, « considérant l'intérêt de l'accusé et considérant qu'une sentence clémente ne nuirait pas à l'intérêt public, [le juge] ordonna la libération absolue de l'appelant » (G. LÉTOURNEAU, A. MANGANAS, « La tolérance des droits pénal et sportif, source de violence dans les sports », *Les Cahiers de droit*, vol. 17, n° 3, 1976, p. 762).

<sup>209</sup> L'interrogation sur l'opportunité d'une peine est ainsi renvoyée du législateur vers le juge (J.-F. CHASSAING, « Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », *RSC* 1993, p. 452).

<sup>210</sup> F. PALAZZO, « Précision de la loi pénale et certitude de la peine : principes et expériences », *in Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, op. cit.*, p. 633 ;

C. BECCARIA, *Des délits et des peines [1764]*, Paris, G.-F. Flammarion, 1991, p. 123.

<sup>211</sup> R. CARIO, « De la justice restaurative pour une authentique œuvre de justice en France », *in L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Paris, Dalloz 2016, p. 167.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>213</sup> L'obligation d'interpréter strictement la loi permet de « réaliser l'équité objective par la combinaison de l'idée de justice avec celle de la plus grande utilité sociale » (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, 2<sup>e</sup> éd., 1899, Paris, LGDJ, 1996, t.1, n° 68). En *common law*, il est forgé tout un système de l'*equity*, qui constitue une partie du droit applicable (A. J. BULLIER, *La common law*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2023, p. 2).

sanction pénale tend, de fait, à leur assigner par-dessus tout une fonction de réadaptation sociale.

Dans cette vue, la phase d'exécution est désormais jalonnée de mesures diverses, dont il convient de mentionner les plus figuratives. Dans le registre, l'exécution de la peine en milieu ouvert devient une alternative prisée, pour les différents avantages qu'elle offre. Non seulement la surveillance électronique qui l'accompagne se rattache au processus d'allègement de la sanction pénale, mais encore, elle fournit l'occasion d'incarcérer moins d'individus et aide à résorber les problèmes de surpeuplement pénitentiaire et de conditions inadéquates de détention qui en sont les corollaires. Au Sénégal, une expérience d'envergure a été menée sous l'empire de réformes ayant légiféré sur le bracelet électronique<sup>214</sup>. L'opération a visé les détenus éligibles, d'un âge avancé ou soumis à un traitement médical, les détenus affectés à des activités professionnelles et ceux présentant un gage d'amendement.

La liberté surveillée fait également office de substitut de la détention provisoire, destinée à se raréfier tel que le précise la loi burkinabè<sup>215</sup>. De surcroît, la liberté surveillée permet au condamné d'être employé en dehors d'un établissement pénitentiaire à des travaux contrôlés par l'administration. Les autorisations de sortie, à leur tour, permettent de tempérer la sévérité de la détention<sup>216</sup>. Par

leur truchement, une permission peut être accordée à l'effet d'assister à des manifestations pouvant profiter à l'éducation ou à la réinsertion du délinquant mineur, ou encore en vue de préparer la réinsertion sociale ou professionnelle du délinquant majeur, maintenir les liens familiaux de ce dernier ou lui permettre d'accomplir des obligations exigeant sa présence, ou pour toutes autres raisons jugées utiles par le juge. Hormis ces cas, le juge peut aussi examiner favorablement le sursis ou la suspension de l'exécution. Celle-ci est de plein droit au Burkina Faso sur demande de révision formée par le ministre en charge de la Justice<sup>217</sup>. La règle vaut, que la condamnation n'ait pas été exécutée ou que le condamné soit en état de détention. Le fractionnement de la peine, concernant la France, répond à un motif d'ordre familial, professionnel ou social, sur une période n'excédant pas quatre ans<sup>218</sup>. Pour ce faire, le juge peut ordonner des fractions de deux jours au minimum, ce qui permet de mettre en place une incarcération de fin de semaine. En filigrane, le principe de non-cumul de peines, en cas de concours réel d'infractions<sup>219</sup>, peut aussi être vu comme une mesure de clémence mise en œuvre par le juge. Mais, pour ce faire, il ne dispose pas vraiment de marge d'appréciation.

La conversion de la peine s'offre enfin comme une possibilité. Autre part, « le

---

<sup>214</sup> V° lois n° 2020-28 et 2020-29 du 7 juil. 2020, modifiant respectivement les CP et CPP, relatives à la surveillance électronique ; F. NDIAYE, « Désencombrement des prisons, peine alternative à la détention : mille détenus seront placés sous surveillance par bracelet électronique », 16 nov. 2022, consulté le 3 oct. 2024 sur <https://www.sudquotidien.sn/desencombrement-des-prisons-peine-alternative-a-la-detention-mille-detenus-seront-places-sous-surveillance-par-bracelet-electronique/>.

<sup>215</sup> Art. 261-79, 516-38, al. 1<sup>er</sup>, et 519-21, al. 1<sup>er</sup>, CPP burkinabè.

<sup>216</sup> À propos des mineurs, v° art. 516-29, CPP burkinabè.

<sup>217</sup> V° art. 420-3, al. 1<sup>er</sup>, CPP burkinabè.

<sup>218</sup> Sont exclues du bénéfice du fractionnement les personnes condamnées pour fait de terrorisme (CPP français, art. 720-1, al. 4).

<sup>219</sup> Le concours réel ou concours d'infractions est identifié « lorsqu'au moment où la seconde infraction a été commise, la première n'avait pas encore donné lieu à une condamnation définitive. Ainsi la rébellion et les outrages à agents commis successivement par l'ivrogne que la police expulse d'un débit de boissons se trouvent en concours réel » (B. BOULOC, *op. cit.*, n° 749).

législateur contemporain a poussé la logique de substitution tellement loin, qu'il permet désormais au juge de l'application des peines, dans certaines conditions, de remplacer la peine prononcée par une autre »<sup>220</sup>. La conversion peut avoir lieu en direction d'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis probatoire ou d'un travail d'intérêt général (TIG). S'inscrivant dans cette logique, le Burkina Faso a dernièrement adopté un projet de loi généralisant le TIG en remplacement de certaines peines de prison<sup>221</sup>. Il ressort de l'exposé des motifs que la réforme vise la réinsertion sociale des personnes condamnées, la réduction des risques de récidive et l'allégement des coûts de l'entretien carcéral pour l'État<sup>222</sup>. Bien avant, le juge burkinabè a pu opter pour le TIG dans une affaire où des élèves étaient prévenus pour fraude à un examen scolaire<sup>223</sup>. La loi permettait déjà d'y recourir<sup>224</sup>, avec l'assentiment des prévenus<sup>225</sup>. Il n'empêche que cette décision détonnait dans la pratique judiciaire pénale nationale<sup>226</sup>. L'on peut remarquer qu'à cet égard, l'utilité de peine, en droite ligne de la pensée de Beccaria<sup>227</sup>, trouve tout son sens. C'est dans la même dynamique que la médiation pénale, qui a un champ plus circonscrit que les peines alternatives, est instaurée<sup>228</sup>.

<sup>220</sup> X. PIN, *op. cit.*, n° 631.

<sup>221</sup> V° Rapport n° 2024-037/ALT/CAGIDH, oct. 2024, relatif au projet de loi portant administration du travail d'intérêt général au Burkina Faso.

<sup>222</sup> Sidwaya, « Burkina Faso : Adoption du Travail d'intérêt général en milieu carcéral », 9 nov. 2024, consulté le 10 nov. 2024 sur <https://www.sidwaya.info/burkina-faso-adoption-du-travail-dinteret-general-en-milieu-carceral/>.

<sup>223</sup> TGI Gaoua, jugement du 23 juil. 2024, *inédit*. Le Tribunal a prononcé la peine de TIG à l'encontre d'élèves impliqués dans une fraude à l'examen du BEPC.

<sup>224</sup> Art. 213-4, al. 1<sup>er</sup>, CP burkinabè.

<sup>225</sup> Selon l'art. 213-4, al. 2, CP burkinabè.

<sup>226</sup> Lefaso.net, « Gaoua : quatre élèves condamnés à des peines de travail d'intérêt général pour fraude à l'examen du BEPC 2024 », 25 juil. 2024, consulté le 3

Le but de resocialisation surplombe l'agencement des mesures alternatives. L'aménagement de l'exécution des peines s'inscrit avec le temps comme une norme, sinon comme une nécessité. Pour ce qui est de la France, il est souligné que « pour éviter l'explosion, l'État, tout en affichant une fermeté de principe, a discrètement doublé le nombre des aménagements de peine »<sup>229</sup>. En effet, la peine prononcée est de moins en moins purgée, sans variation dans le sens de son adoucissement. L'exception notable concerne l'état de dangerosité persistant qui exige, au contraire, des précautions à l'instar des mesures de sûreté. En droit burkinabè, il est prescrit que « nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse »<sup>230</sup>. En contact plus direct avec le condamné subissant sa peine, le juge de l'exécution des peines est à même d'évaluer sa périculosité<sup>231</sup> et suivant la probabilité de récidive, il peut adopter les mesures idoines<sup>232</sup>. Cette ouverture permet également d'anticiper les situations dramatiques selon l'état psychiatrique du condamné, notamment le suicide en

juil. 2024 sur <https://lefaso.net/spip.php?article131835>.

<sup>227</sup> Selon lequel, « pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage du délit [...]. Tout ce qui va plus loin est superflu et porte la marque de la tyrannie » (C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 24).

<sup>228</sup> V° loi n° 015-2014/AN du 12 mai 2014 portant protection de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger.

<sup>229</sup> LeMonde.fr, « La révolution Taubira contre la récidive », 20 août 2012, consulté le 19 sept. 2024 sur <https://www.lemonde.fr> › Société.

<sup>230</sup> Art. 217-1 du CP burkinabè.

<sup>231</sup> C'est-à-dire sa dangerosité, sa témibilité, des concepts que l'on doit à Raffaele GAROFALO (*cf.* J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 158).

<sup>232</sup> *Cf.* art. 516-29, al 3, CPP burkinabè.

prison<sup>233</sup>.

Entre ruptures épistémiques opportunes et postures éthiques respectueuses des protagonistes<sup>234</sup>, l'on assiste également à un glissement vers la proportionnalité dans l'exécution de la peine. Dans l'absolu, sert-il qu'une peine soit proportionnée lors de son édicton et cesse de l'être lors de son exécution, pour une raison quelconque<sup>235</sup> ? Pour parer à toute éventualité, la loi met en place des "soutapes de sécurité" que sont les aménagements de la peine d'emprisonnement. Elles participent significativement à l'individualisation et prennent appui aussi bien sur la bonne conduite du détenu que sur la disparition de sa dangerosité.

Les éléments qui précèdent dévoilent que les peines alternatives sont des mesures de clémence puisqu'elles contribuent à alléger l'exécution de la peine privative de liberté. En outre, elles représentent des enjeux économiques à l'échelle étatique<sup>236</sup>. Si cette métamorphose de la répression peut déplaire singulièrement aux victimes d'infraction, il reste que ces aménagements sont maintenant recherchés d'office par le juge, tant que l'hypothèse n'en est pas exclue par le législateur. Le souci majeur est de participer à la réinsertion sociale du sujet et à la prévention de la récidive, dont le séjour en prison multiplie les risques. Au surplus, les techniques d'infléchissement de la peine œuvrent aussi dans le sens de la résorption des problèmes de surpopulation carcérale. Ces fonctions sont aussi partagées par la

grâce libératoire, à un autre niveau, sauf qu'elle est en perte de vitesse.

## 2) Une grâce présidentielle en recul

La clémence en matière pénale se retrouve également sous le manteau de la grâce présidentielle, une prérogative de « justice retenue »<sup>237</sup>. Elle « constitue une ultime possibilité d'individualisation »<sup>238</sup> de la peine. Montesquieu en disait que « c'est un grand ressort des gouvernants modérés que les lettres de grâce. Ce pouvoir que le prince a de donner, exécuté avec sagesse, peut avoir d'admirables effets. Le principe du gouvernement despote, qui ne pardonne pas, et à qui on ne pardonne jamais, le prive de ces avantages »<sup>239</sup>. De nos jours, il est accepté que « la grâce est une mesure de clémence décidée par le chef de l'État et en vertu de laquelle un condamné est dispensé de subir sa peine en totalité ou en partie, ou par l'effet de laquelle une peine plus douce est substituée à la peine normalement exécutoire »<sup>240</sup>. À ce titre, la grâce émane du sommet de la hiérarchie étatique, le président du Faso<sup>241</sup>. Dans son mode opératoire, la grâce libère de l'exécution de tout ou partie de la peine prononcée par le juge ou y substitue une peine moins lourde.

En pratique, la grâce occasionne un véritable chamboulement de l'exécution de la peine, en supprimant son caractère inéluctable. La grâce a vocation à s'appliquer à toutes les peines, quelles que soient leur nature, leur gravité ou la juridiction les ayant prononcées. Toutefois, elle ne peut intervenir qu'en contexte de condamnation définitive et

<sup>233</sup> Les statistiques en France établissent que le suicide est sept fois plus fréquent en prison qu'en milieu libre (G DUTHÉ, A. HAZARD, A. KENSEY, « Suicide des personnes écrouées en France : évolution et facteurs de risque », *Population*, 69 [4], 2014, consulté le 24 déc. 2024 sur <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/memos-demo/focus/suicide-en-prison/>).

<sup>234</sup> R. CARIO, *op. cit.*, p 169.

<sup>235</sup> J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *op. cit.*, n° 17.

<sup>236</sup> Le budget alloué aux centres pénitentiaires s'en trouve réduit et il est enregistré des rentrées d'argent avec le produit des amendes.

<sup>237</sup> Th. GARÉ, C. GINESTET, *op. cit.*, p. 237.

<sup>238</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 892.

<sup>239</sup> Ch. de Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Seconde partie, Livre VI<sup>e</sup>, Ch. XVI *in fine*.

<sup>240</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 871.

<sup>241</sup> Art. 54 de la Constitution révisée.

exécutoire, ce qui n'est pas le cas lorsque la peine a déjà été exécutée, lorsqu'elle est frappée par la prescription ou lorsque le coupable a été condamné avec sursis. En plus, la grâce peut être conditionnelle<sup>242</sup>. Dans cette optique, le condamné à une peine d'emprisonnement peut être gracié sous réserve d'acquitter une amende ou d'indemniser la victime. Au vrai, cette situation correspond à une commutation de peine, la peine principale étant remplacée par une autre d'un degré moins élevé<sup>243</sup>. Aussi, la grâce peut être accordée à la condition pour le condamné de ne pas commettre d'autre infraction durant une période probatoire. Cette occurrence fait penser à la condamnation avec sursis à l'exécution. À propos de son étendue, la grâce peut être totale ou partielle, tout comme elle peut emprunter la forme de l'amnistie. Elle est alors dite grâce amnistiante<sup>244</sup>. La grâce peut également revêtir une forme individuelle – plus contestable<sup>245</sup> – ou collective<sup>246</sup>. Marque de clémence quasi providentielle, la grâce s'impose étonnamment au condamné, car ce dernier ne peut en refuser le bénéfice, alors même qu'il ne serait pas à l'origine de la demande. Le principal effet de la grâce décrétée est de dispenser de l'exécution de la peine celui qui en fait l'objet, soit en totalité, soit en partie<sup>247</sup>. Le Code pénal burkinabè dispose à cet égard que « la grâce emporte seulement dispense d'exécuter la peine. La

grâce ne fait pas obstacle au droit, pour la victime, d'obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction »<sup>248</sup>. Il en résulte un maintien de la condamnation, non effacée, et emportant potentiellement l'exécution des obligations posées en guise de condition. Les droits de la victime sont préservés, tel qu'il est énoncé par le texte. En effet, il ne serait pas raisonnable qu'une disposition favorable à une personne ayant troublé la paix sociale entame les droits des tiers victimes. Seule la peine est modifiée, éteinte totalement ou partiellement, ou commuée. La condamnation, puisqu'elle subsiste, est inscrite dans le casier judiciaire et pèse dans l'éventualité d'une récidive, auquel cas elle peut faire obstacle au prononcé d'un sursis. Une mesure post-sentencielle proche de la grâce présidentielle se trouve être la libération conditionnelle. Elle en diffère par son régime hybride. En réalité, la libération conditionnelle peut provenir du juge comme du pouvoir exécutif ; ce dernier aspect est celui ici développé. Il est prévu, dans le Code de procédure pénale burkinabè, que « le pouvoir d'accorder la libération conditionnelle appartient au ministre en charge de la justice »<sup>249</sup>. Comme en ce qui concerne la grâce présidentielle, la libération conditionnelle peut être assortie de conditions particulières ou de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier le reclassement du

<sup>242</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 900.

<sup>243</sup> Ainsi d'une peine d'emprisonnement commuée en une peine d'amende.

<sup>244</sup> La grâce amnistiante permet de doter la grâce d'un effet plus étendu et d'estomper la généralité de la loi d'amnistie, en individualisant le jeu de l'institution par un *critérium* (B. BOULOC, *op. cit.*, n° 921). V° Burkina Faso, Projet de loi portant conditions d'octroi de la grâce amnistiante relatif au putsch manqué de 2015, adopté par l'Assemblée législative de Transition le 30 déc. 2024 (*Lefaso.net*, « Burkina/Justice : Les députés adoptent le projet de loi portant amnistie et conditions d'octroi de grâce amnistiante », *op. cit.*).

<sup>245</sup> En illustration, Joe BIDEN a pu accorder une grâce présidentielle « exceptionnellement large » à son fils (B. BOUCHAUD, *op. cit.*).

<sup>246</sup> En France, les grâces collectives ne sont plus autorisées (P. PONCELA, « Les grâces collectives à la recherche d'une identité », *RSC* 2005, p. 926 ; G. ROUJOU de BOUBÉE, « Disparition des grâces collectives depuis la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 », *D.* 2009, pan. 126).

<sup>247</sup> Art. 623-3, al. 3, CPP burkinabè : « La remise totale ou partielle d'une peine par voie de grâce équivaut à son exécution totale ou partielle ».

<sup>248</sup> Art. 219-6.

<sup>249</sup> Art. 614-2, CPP burkinabè.

libéré<sup>250</sup>. Pour moraliser la clémence qui s'exprime par ce canal, le bénéficiaire de la décision de mise en liberté conditionnelle peut la voir révoquée en cas de nouvelle condamnation, d'inconduite notoire, d'infraction aux conditions prescrites ou d'inobservation des mesures énoncées.

Dans une autre perspective, la grâce présidentielle conjuguée avec une incursion du pouvoir exécutif dans le périmètre judiciaire. L'on observe que « normalement, le pouvoir exécutif ne devrait qu'exécuter fidèlement la peine fixée par le juge »<sup>251</sup>. De ce fait, la grâce figure comme une mesure exceptionnelle d'humanisation du droit pénal. Elle présente le défaut de ne pas être judiciarisée<sup>252</sup>, de sorte qu'il ne faut y recourir qu'avec la plus grande circonspection. Parfois pris dans la controverse, le droit de grâce tend à se réduire désormais, victime qu'il est de son succès médiatique<sup>253</sup>. La conséquence en est que les demandes de grâce – il importe peu qu'elles soient initiées par les intéressés ou introduites d'office par le parquet par voie hiérarchique – ont de moins en moins de chance de connaître une issue favorable. Si la grâce est finalement accordée, ce doit être pour de bonnes raisons<sup>254</sup>. Un décret en précise les modalités.

Le caractère arbitraire de la grâce est dénoncé, non seulement dans son principe, mais également dans son étendue<sup>255</sup>. Ce facteur explique que la mesure de clémence qu'est la grâce soit en recul, mais encore elle

ne pourra survivre à l'évolution des idées qu'à la condition de se réinventer. Effectivement, il est gênant d'admettre une décision du chef de l'État n'ayant pas à être motivée et n'étant pas susceptible de recours. L'étendue de la grâce est aussi laissée à son entière discrétion. Ainsi, sans déterminant objectif, la grâce peut être totale, partielle ou substitutive. Pour autant, touchant à toute prérogative corrélée au pouvoir politique, Montesquieu prévient que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »<sup>256</sup>. L'exercice du droit de grâce ne devrait pas être confié sans prévention contre les abus. Pour l'heure, le contre-pouvoir est incarné par la communauté internationale, dont certains leviers bornent les effets de la grâce, comme pour l'amnistie. Subséquemment, la compétence universelle des juridictions nationales devient l'*ultima ratio*, s'agissant des crimes imprescriptibles par convention. Par-delà, le discours officiel laisse transparaître de plus en plus qu'à la volonté de clémence, se joint à présent le but de désengorger les centres d'incarcération. Il faut croire que l'heure n'est plus aux faux-semblants. Il ressort ainsi d'un communiqué relatif à une grâce présidentielle togolaise que celle-ci « constitue une mesure de clémence exceptionnelle, visant à offrir aux bénéficiaires une seconde chance et à alléger la pression au sein des établissements pénitentiaires du pays »<sup>257</sup>. La grâce se trouve

<sup>250</sup> Art. 614-3 s., CPP burkinabè.

<sup>251</sup> B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n° 1278.

<sup>252</sup> Elle s'apparente aux réductions de peines que le juge peut accorder.

<sup>253</sup> L. GRIFFON-YARZA, « Droit de grâce présidentiel : le coup de grâce ? », *Dr. pénal* 2018, Étude 14.

<sup>254</sup> Notamment, à cause du caractère inéquitable de la condamnation, au regard des progrès faits par le condamné dans la voie de la réadaptation, ou, plus prosaïquement, pour remédier au problème de surpopulation dans les prisons (B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n° 1280).

<sup>255</sup> Lire F. EDIMO, « Le droit de grâce du président de la République en Afrique noire francophone », *Juridical Tribune*, vol. 5, n° 1, 2015, p. 76 s.

<sup>256</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Seconde partie, Livre XI<sup>e</sup>, Chap. IV.

<sup>257</sup> Cf. *Togoactualite.com*, « Togo : Faure Gnassingbé accorde la grâce présidentielle à plus de 1 000 détenus », 27 déc. 2024, consulté le 28 déc. 2024 sur <https://togoactualite.com/togo-faure-gnassingbe-accorde-la-grace-presidentielle-a-plus-de-1-000-detenus/>. Ce décret du 27 déc. 2024 a accordé la

remodelée de cette manière, pour satisfaire dorénavant plusieurs fins.

Des considérations militent, somme toute, pour que la grâce soit conservée. Tout d'abord, la grâce offre l'occasion de corriger certaines erreurs judiciaires<sup>258</sup>. En France, dans la célèbre affaire dite d'*Omar m'a tuer*, des éléments ultérieurs ont semé le doute sur la culpabilité du condamné Omar Raddad, qui s'est vu accorder la grâce présidentielle 4 ans après le prononcé de la sentence de 18 ans de prison<sup>259</sup>. Malgré tout, l'intéressé, aujourd'hui âgé de 62 ans, ne cesse de clamer son innocence, 30 ans après le meurtre lui ayant valu cette condamnation. La réhabilitation morale ou le rétablissement de son honneur semble être ce que recherche à présent l'intéressé. Ce cas révèle que la clémence formelle peut être exister sans taire l'atteinte à l'intégrité morale de la personne, un préjudice par hypothèse réparable.

Pour finir, face aux effectifs pléthoriques des prisons, la réflexion pourrait valablement se reporter sur « des institutions qui permettraient de redonner une perspective de vie à des individus qui se sont perdus en chemin, en recréant et en restaurant le lien social »<sup>260</sup>. À l'heure où l'on s'interroge encore sur la meilleure façon d'« écrire la règle pénale au XXI<sup>e</sup> siècle »<sup>261</sup>, ce changement de paradigme serait le bienvenu. Les institutions de clémence, aussi bien connues que méconnues, qui ont été analysées répondent toutes à cette problématique : punir si nécessaire, punir sans marginaliser.

### Conclusion

---

grâce présidentielle à mille soixante-quatre condamnés en fin de peine.

<sup>258</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 892.

<sup>259</sup> Soit sept ans après que Ghislaine MARCHAL, une veuve fortunée, ait été retrouvée poignardée à la gorge, le 24 juin 1991, dans la chaufferie de sa maison à Cannes (A. FACHE, H. KECHIT, « "Omar m'a tué" : trente ans après sa condamnation, le combat du jardinier marocain pour son innocence », *L'humanite.fr*, 2 févr. 2024, consulté le 4 oct. 2024 sur

Des principes-piliers de la matière pénale, le principe d'humanité résiste fort bien au temps. La clémence qui innerve ce principe tapisse le droit pénal de part en part. Au fond, la clémence participe à valider la norme pénale, en la ramenant à sa portion utile et nécessaire à la tranquillité publique. Ses expressions objectives, consubstantielles à la norme pénale, sont opportunément prolongées par d'autres de nature subjective, non incluses dans la norme pénale et facultatives. Leur expansion, en général, s'explique. En effet, il faut se rendre à l'évidence que la justice pénale étouffe présentement sous le poids de juridictions surchargées, de moyens d'enquête et de procès régulièrement touchés par les coupes budgétaires, dans un contexte de crise économique mondiale. Il s'y ajoute l'épineuse question des prisons surpeuplées et l'impossibilité consécutive de respecter ne serait-ce que la dignité humaine des personnes détenues. Alors, le temps n'est-il pas venu de reconnaître, sans embarras, les nouvelles impulsions de la clémence pénale ? Moyennant cette conversion, les vertus de la clémence demeurent exploitables pour résoudre des problèmes urgents de politique criminelle. Encore, la rupture avec les politiques pénales excessivement répressives, par suite non réalistes, semble imparable. Il faut juste ne pas défaillir dans la préservation du corps social.

En outre, la clémence se conçoit d'autant mieux dans les législations pénales africaines que la palabre les a précédées et que la palabre visait avant tout à renouer le lien

<https://www.humanite.fr/societe/cour-dassises/omar-ma-tuer-trente-ans-apres-sa-condamnation-le-combat-du-jardinier-marocain-pour-son-innocence>).

<sup>260</sup> M. H. VERNERIS, *op. cit.*, p. 221.

<sup>261</sup> Thème d'un colloque organisé les 14 et 15 nov. 2024 par l'Université Toulouse Capitole, IRDEIC, sous la direction scientifique de P. CAZALBOU, à paraître le 17 avr. 2025 (consulter <https://www.lgdj.fr/ecrire-la-regle-penale-au-xxie-siecle-9782386000652.html>).

social rompu. Si l'extension contemporaine de la clémence dans le champ pénal et les motifs qui en constituent le socle lui présagent de beaux jours, il faut résolument éviter de retomber dans les travers de l'après néo-classicisme, lorsque le virage vers le traitement du délinquant a pernicieusement participé à accroître la criminalité. En toute hypothèse, devant l'impérieuse nécessité de s'adapter aux évolutions de notre époque, il y a lieu de se demander si le système pénal judiciaire ne pourrait pas reculer au profit de solutions administratives. Les *actions mauvaises* les moins menaçantes des valeurs fondamentales pourraient ainsi être dépenalisées et, à gravité égale, la voie administrative pourrait être préférée<sup>262</sup>. Contenir la menace de la délinquance est ce qui préoccupe le législateur, non administrer une peine, quelle qu'elle soit. La répression pénale n'étant pas naturelle, il a fallu la construire. Dans ces conditions, une clémence soupesée ne s'offre-t-elle pas comme un chemin pour la reconstruction attendue ?

---

<sup>262</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 767 s. Pour illustrer, la dépenalisation a été consacrée en Allemagne (cf. loi du 2 janv. 1975, modifiée les 2 août 1975 et 5 oct. 1978) avec la transformation de contraventions pénales en simples

manquements à l'ordre (*Ordnungswidrikeiten [OWI]*). L'intention de départ était de lutter contre le marché noir, avant que les infractions administratives, dites infractions aux règlements, ne s'étendent à toute une panoplie de comportements.