

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° 6, Vol. 2

Mai-Juillet 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° 6, Vol. 2

Mai-Juillet 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 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. **La prodigalité du postulant à une charge électorale publique. Une pratique imposée et particularisante du déroulement des élections pluralistes au Cameroun.....1**
NGONO Louis Martin, Maître de Conférences Agrégé, Enseignant-Chercheur, Université de Yaoundé 2 (Cameroun).
2. **La protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées en Afrique noire francophone : étude comparée des droits camerounais et tchadien.....23**
 - *Professeur ALIYOU Sali, Maître Assistant CAMES, Maître de Conférences de Droit public, Université de Dschang,*
 - *Djamto GALY, Doctorant en Droit public, Consultant-formateur et Président de l'Association des Juristes de l'Environnement du Tchad (A.J.E.T).*
3. **L'ordre public dans les rapports familiaux en droits nigérien et béninois.....51**
ABDOU ASSANE Zeinabou, Maître de Conférences, Agrégée des Facultés de Droit, Enseignante chercheuse, Faculté des Sciences juridiques et Politiques (FSJP), Université Abdou Moumouni de Niamey.
4. **La nature du droit en Afrique.....83**
Léon JOSSE, Maître de conférences en Histoire du Droit et des Institutions, Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique, Université Abomey Calavi (Bénin).
5. **Les partenariats public-privé et multilatéraux comme levier de fabrication des politiques sociales, cas du Congo.....112**
Julien Bokilo Lossayi, Chercheur-associé aux Laboratoires Les Afriques dans le monde (LAM) et au Centre Émile-Durkheim, Sciences Po Bordeaux.
6. **La cession de dette.....141**
Mesmin Euloge KOUMBA, Maître-assistant à l'université Marien NGOUABI.
7. **Règlementation de la billetterie sportive en Côte d'Ivoire.....161**
Adongon Sylvain LAUBOUÉ, Docteur en Droit privé, Assistant à l'UFR des Sciences Juridiques, Université Jean Lorougnon GUEDE de DALOA (CÔTE D'IVOIRE).
8. **Les sûretés conventionnelles au prisme du contrat d'adhésion.....189**
AVEGNON Koffi Edem, Maître-assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lomé.
9. **Du statut inférieur de la femme indigène : marginalisation ou respect de la hiérarchie sociale.....214**
Gane DIOUF, Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences juridiques et politique de l'Université Cheikh Anta Diop.
10. **Le temps dans l'arbitrage OHADA.....240**
Dr NGODOBO Denis, Maître-assistant CAMES, Chargé de Cours FSJP, département de droit des affaires, Université de Douala.
11. **Successions et solidarités familiales en Afrique subsaharienne francophone.....263**
Sidy Nar DIAGNE, Docteur en droit privé, Maître-Assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques ; Université Cheikh Anta Diop.
12. **La protection du consentement dans la loi sur la procréation médicalement assistée au Cameroun.....287**
MAZIGUI NGOUE Eulalie, Docteur en droit, Maître Assistant CAMES, Enseignante à l'Université de Yaoundé 2 -Cameroun.
13. **L'opportunité de l'intervention du ministère public en matière civile au Bénin et au Mali..305**
 - *Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE, Maître de Conférences Agrégé de l'enseignement supérieur du CAMES, Université d'Abomey-Calavi, BENIN.*
 - *Diakaridia BAGAYOKO, Dr Droit privé, Magistrat, Mali.*

**LA PRODIGALITÉ DU POSTULANT À UNE CHARGE ÉLECTIVE PUBLIQUE.
UNE PRATIQUE IMPOSÉE ET PARTICULARISANTE DU DÉROULEMENT DES
ÉLECTIONS PLURALISTES AU CAMEROUN**

Par

NGONO Louis Martin,
Maître de Conférences Agrégé,
Enseignant-Chercheur,
Université de Yaoundé 2 (Cameroun).

RESUME

Le présent article rend compte de la prodigalité électorale comme ensemble d'activités spécifiques aux élections pluralistes au Cameroun. L'effort y est de restituer la logique sous-jacente du cérémonial y relatif. Cette forme politique n'est point basée sur la corruption des consciences, mais plutôt sur une stratégie de transposition en milieu moderne du système traditionnel d'interdépendance fondé sur un idiome dominant. Dans la mesure où ce dispositif de référence est l'objet d'une problématisation constante due aux évolutions résultant de la crise en milieu urbain et l'émergence concomitante des sociabilités nouvelles, les effets attendus de cette forme politique s'en trouvent nécessairement limités.

MOTS-CLEFS : *Prodigalité ; Elections pluralistes ; Campagne électorale pluraliste ; Suffrage électoral ; Communautarisme ; Cameroun.*

ABSTRACT

Nothing than the prodigality of candidates on a campaign trail can best illustrate second generation of multi-party politics in its efforts at canvassing for votes in Cameroon. It resorts to symbolic tools and embracing feasting, which include dancing, singing and accompanying music in granting private items to the people called to vote. Analyzing statements backing a candidate's generosity shows that it is not based on an issue of corruption of consciences. Rather, the prodigality of candidates is a fragment of a strategy that is part of an interdependence system of electoral stakeholders. Given that such debt constitutes a constant problem caused by a multifarious crisis in urban areas and the concomitant emergence of fresh sociabilities, the corresponding effects expected from such political form are thus unavoidably limited.

KEYWORDS : *Prodigality; Pluralist Elections; Electoral campaign; Electoral suffrage; Communautarism; Cameroon.*

INTRODUCTION

La victoire aux élections pluralistes au Cameroun est-elle imaginable sans la prodigalité du postulant à une charge électorale publique ? On aurait tort de prendre pour évidente la réponse à cette question, puisqu'elle nécessite un détour préalable par les systèmes locaux de significations et la prise en compte des évolutions contemporaines en milieu urbain.

La prodigalité dont il est question désigne un ensemble d'activités par lesquelles le postulant à une charge publique électorale déploie une générosité expansive envers son électorat potentiel, aux fins de l'influencer en lui attribuant des biens privés, au cours de la campagne électorale. Depuis le rétablissement du pluralisme politique en février 1991 au Cameroun, il s'agit d'une pratique électorale, en quelque sorte imposée, qui s'intègre aux opérations de propagande précédant le scrutin¹, et que les populations évoquent trivialement en termes de «*farotage du candidat*». Avec l'avènement de la société civile², l'affirmation des droits de l'homme et la multiplication des gestes de séduction envers les électeurs potentiels, l'arène des échéances compétitives s'en trouve métamorphosée, la prodigalité octroyant au suffrage des électeurs une considération inédite. Il n'est pas à exclure que cette pratique nouvelle du postulant à une charge publique électorale puisse signifier la résilience des liens de communauté relevant des us immémoriaux.

Et vient donc le temps des

interrogations concernant les aspects non apparents de cette forme politique: ses fonctions latentes, son rôle dans la compétition et ses effets sur le contexte et le système politique. La prodigalité électorale s'avère d'autant plus justiciable d'une analyse circonstanciée que les activités qui rentrent en ligne de compte de cette nouvelle façon de faire suggèrent un mécanisme de légitimation inférant aux facteurs qui commandent l'affluence des *meetings* électoraux. Pour l'appréhender, la présente investigation réfère aux rassemblements de campagne en contexte de pluralisme politique de la seconde génération au Cameroun³. Celui-ci fut instauré par la loi du 19 décembre 1990, suite à laquelle les attributions de biens privés aux électeurs potentiels se généralisèrent, occasionnant des dénonciations de corruption ou d'achat de conscience, toutes choses à l'origine d'une législation de circonstance y afférent⁴. Pour plusieurs raisons, la prodigalité électorale se distingue de la corruption qui se définit comme un mal dans la société, alors que la prodigalité électorale postule le rite des commensaux⁵. Elle apparaît, on l'a dit, comme un ensemble d'activités culturellement réglées, qui confèrent sa pertinence à la présente investigation ayant pour objectif de dire les processus sociaux à l'œuvre, à travers le décodage des éléments qui opèrent dans ces circonstances électorales. L'objectif est de répondre à la question suivante: Qu'est-ce qui fonde la prodigalité électorale et constitue son

¹BACOT (Paul), *Dictionnaire du vote. Elections et délibérations*, Lyon, PUL, 1994, p. 35.

²ABEGA (Severin Cécile), *Le retour de la société civile en Afrique*, Presse de l'UCAC, 2007. Voir également: QUANTIN (Patrick), *Le rôle de la société civile en Afrique: vers un rééquilibrage*, Armand Colin, *Revue internationale et stratégique* 2008, p. 29-30. Voir: BAYART (Jean-François), «La revanche des sociétés africaines», *Politique africaine*, n° 11, sept. 1983, p. 95-127.

³ La première génération du pluralisme correspond à la période de la décolonisation marquée par l'introduction au Cameroun des premières élections compétitives, au lendemain de la seconde guerre mondiale. Elle s'est achevée en 1966, lorsque le

régime présidentiel de parti unique fut institué. La seconde génération du pluralisme arrive dans les années 1990, à la faveur de la loi du 19 décembre 1990.

⁴ Voir: la loi n° 2000/15 du 19 déc. 2000 relative au financement des partis politiques et des campagnes électorales; la loi n° 2012/001 du 19 avril 2012 portant Code électoral, modifiée et complétée par la loi n° 2012/017 du 21 décembre 2012 et la loi n° 2019/005 du 25 avril 2019.

⁵ Il s'agit en Afrique, des moments d'effervescence joyeuse partagée: naissance, récolte, mariage et désormais l'élection, au cours de laquelle on mange et on boit, avant et possiblement après le scrutin.

impact dans le fonctionnement actuel du pluralisme politique ?

En scrutant les moments d'effervescence joyeuse correspondant aux échéances sus-évoquées, la présente analyse s'inscrit dans le sillage des travaux de sociologie explorant les comportements politiques en tant qu'activité pratique visant à influencer le suffrage des citoyens, en s'inscrivant dans des situations socialement structurées à la fois par les enjeux, les règles et les ressources inégalement mobilisées⁶. Les enjeux le sont en ce sens qu'il existe nécessairement des objectifs que les candidats s'assignent et qui orientent leur façon de faire. Les règles sont envisagées au sens juridique du terme (ce qui est légal et ce qui ne l'est pas), mais aussi au sens culturel (ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas) et stratégique (ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas). Les ressources enfin. Il s'agit des moyens d'action mobilisés, qui contribuent à renforcer les possibilités d'action des candidats dans le champ électoral, en particulier, la mobilisation des soutiens, l'élargissement de leur influence dans la conquête des suffrages. Ces ressources concernent les moyens financiers et la capacité distributive du candidat, sa notoriété, sa compétence ou la

détention de connaissances techniques ainsi que la disposition par lui des moyens de coercition.

La prodigalité du postulant à une charge électorale publique offre deux versants essentiels d'approche méthodologique. Le premier est sociologique, alors que le second relève à la fois de l'histoire et de l'anthropologie. D'où la nécessité de procéder par hybridation de ces références disciplinaires⁷. Concrètement, la présente investigation adopte la démarche de la sociologie compréhensive consistant à étudier l'activité sociale en privilégiant la recherche de ce qui fait sens pour les individus ou les groupes concernés⁸. Ce faisant, elle porte un regard compréhensif sur des objets anthropologiques subissant le poids de l'histoire⁹. L'analyse puise pareillement aux sources complémentaires de l'entretien compréhensif et l'étude des documents afférents aux processus des élections pluralistes en Afrique. L'entretien compréhensif consistait à évoluer en marge d'une *interview* classique. Il s'agissait de procéder de façon interactive et empathique pour instaurer une relation de confiance ou de confiance avec les informateurs privilégiés¹⁰. Le principe étayant cette démarche fut l'absence de « bonnes

⁶Notre objectif consiste à évoluer dans le sillage des auteurs comme: IHL Olivier; GARRIGOU Alain, OFFERLE Michel ou Pascal PERRINEAU, qui s'intéressent au phénomène électoral sous toutes ses formes.

⁷Le champ intellectuel de la sociologie en particulier, s'est depuis longtemps décomposé. Quelques sociologues étudient les problèmes sociaux et les politiques publiques à partir des catégories pratiques qui les définissent, leurs objectifs, leurs acteurs, leurs effets. D'autres analysent les interactions sociales. D'autres encore se tournent vers les modèles cognitivistes et les théories de l'argumentation. Certains sociologues se préoccupent des problèmes de philosophie politique et morale. D'autres encore s'adonnent à l'anthropologie culturelle des sociétés modernes... Sans doute ces spécialisations ont toujours existé et c'est un progrès de la science que de construire ainsi des objets particuliers engendrant des corpus théoriques propres. Dans cette investigation, nous envisageons l'ensemble de la discipline sociologique, à travers ce qui nous semble en faire

l'unité. Voir : BERTHELOT (J.M.), *L'intelligence du social*, Paris, PUF, 1990.

⁸ Dans le sillage de Max Weber, la compréhension renvoie ici en l'analyse d'un fait inséparablement des représentations que lui attribuent les acteurs dans la société par rapport à une fin ou une valeur. Dès lors, l'explication sociologique a pour objet de « *comprendre par interprétation les actions orientées significativement* ». Cf. *Economie et société* (1922), Paris, Plon 1971, t.1.

⁹ PRIGOGINE (I.), *La nouvelle Alliance. Métamorphose de la Science*, Paris, Gallimard, 1979.

¹⁰Cette investigation s'est appuyée sur trois catégories d'informateurs privilégiés: les administratifs, c'est-à-dire ceux qui ont la charge de l'organisation, la gestion et la supervision de l'ensemble du processus électoral et référendaire; les politiques en tant que chef de parti politique ou militant de premier rang et les citoyens ordinaires qui font montre d'une culture politique certaine, s'intéressent aux élections sans pour autant faire état d'une quelconque appartenance partisane.

questions» *a priori*; la plupart des interrogations «intéressantes» naissant de l'interaction et de l'entretien lui-même, évoluant de façon itérative au fil de l'échange constitué aussi d'aléas et d'imprévus. A côté de l'entretien compréhensif, l'étude des documents consistait à dépouiller un important corpus de publications portant sur les élections à l'ère du pluralisme de la seconde génération au Cameroun¹¹. Sur la base des éléments d'information ainsi glanés par divers moyens et à différentes sources, deux opérateurs d'analyse ont pu être dégagés. Le premier appréhende la prodigalité électorale à travers l'analyse de la modalité principale du déroulement des campagnes: le recours aux supports symboliques et fusionnels de la fête (I). Le second envisage le sens à octroyer à cette activité à travers l'exploration des éléments qui permettent de restituer la logique de base des attributions de biens privés aux populations (II).

I- Le recours aux supports symboliques et fusionnels de la fête

Il constitue la marque essentielle du déploiement de la prodigalité électorale. Il se fonde sur la contextualité des campagnes électorales pluralistes (A), déterminant la distribution des biens privés à l'assistance(B).

A – La contextualité des campagnes électorales pluralistes

Au Cameroun, l'espace-temps des rassemblements des campagnes électorales

est structuré depuis le retour au pluralisme, par des facteurs qui en font littéralement une fête: la fête électorale. C'est elle qui est aux fondements du mode de déroulement des opérations et qui détermine la sélection du site des réjouissances.

1 – Les fondements du mode de déroulement des opérations

Ils consistent à récupérer les avantages reconnus à la fête, favorisant le passage des liens participatifs aux liens partisans.

En Afrique en effet, la fête attire toujours du monde et facilite les échanges. En dépit de la multiplication des moyens modernes de communication, au postulant à une charge électorale publique, la fête électorale procure l'opportunité d'intervenir en personne au plus près d'un public large de participants pour lui rappeler avant le scrutin, l'importance des enjeux de la compétition en cours. D'autres vertus de la fête existent, dont on cherche à tirer profit: l'exaltation chez les participants du sentiment d'appartenir à une même communauté car, la subversion festive relâche les tensions et efface les contraintes; elle fait prévaloir la fusion égalitaire sur les distinctions hiérarchiques, la spontanéité sur la routine, la liberté sur la contrainte, l'ouverture sur l'enfermement dans les structures sociales.

C'est pour toutes ces raisons que sans doute, dans une étude de l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau, Jean Duvignaud caractérise la fête comme «*un acte social qui permet de supprimer les barrières entre les hommes, de rétablir le courant de fraternité entre les consciences*»¹². D'autres auteurs insistent sur les vertus consensuelles et intégratives de la fête¹³, en

¹¹ Lire: SINDJOUN (Luc), «Elections et politique au Cameroun: Concurrence déloyale, Coalitions de stabilité hégémonique et Politique d'Affection», *African journal of political science* (1997), Vol. 2 N°1, 89-121; SINDJOUN (L), «Le Cameroun: Le système politique face aux enjeux de la transition démocratique (1990-1993)», Paris, Karthala, 1994, pp. 143-165; SINDJOUN (L), La Cour suprême, la compétition politique et la continuité électorale au Cameroun» *Africa Development*, Vol. XIX, N°2, 1994, pp. 21-69; ENGUELEGUELE (M),

«L'explication du vote dans les systèmes politiques en transition d'Afrique subsaharienne: éléments critiques et perspectives de développement», *Polis*, 1990, 18p; MENTHONG (H.L.), «Vote et communautarisme au Cameroun: un vote de cœur, de sang et de raison», *Politique Africaine*, 1998, 13p.
¹² DUVIGNAUD (J.), «La fête civique» in DUMUR (G.), éd., *Encyclopédie des spectacles*, Paris, Gallimard, 1965, p. 239.

¹³ Notre corpus scientifique de la fête intègre les œuvres suivantes : DURKHEIM (E.), *Les formes*

tant que forme sociale par laquelle les sociétés engendrent le sacré ainsi que le principe absolu qui compose le «dieu» masqué dans la trame commune¹⁴. Par la fête en effet, d'après Marcel Mauss, «les milieux sociaux» suscitent la force magique et les représentations qui l'accompagnent par le spectacle fascinant et hypnotique d'un acte au cours duquel l'ordre naturel du monde est bouleversé¹⁵. L'individu s'y efface dans l'état de possession collective entraînant le groupe dans «une situation de consentement mutuel» où tout devient possible. C'est par la fête que se manifeste la force des groupes réunis, qui augmente la confiance, les certitudes et la foi individuelle¹⁶. Lorsque la fête figure les éléments qui relèvent de la «liturgie politique»¹⁷, la compétition pour les postes électifs publics s'inscrit au registre des activités résolument magiques¹⁸. Le passage des liens participatifs aux relations partisans est alors assuré. La fête électorale octroie la possibilité de susciter de nouveaux appuis et de les rendre manifestes. Dès lors, la campagne électorale se découvre un temps fort de la formation et de l'information des citoyens. Elle peut être assimilée à un instrument de production des adhésions par l'effet du spectacle et de renforcement de la cohésion au sein de l'électorat potentiel.

En définitive, la fête offre aux candidats la possibilité de dire, dans la théâtralisation, ce à quoi ils comptent consacrer la mandature sollicitée. Elle fait partie de la machinerie incontournable, qui permet, dans l'unité de lieu et de temps, de rassembler le plus de soutiens.

2 – La détermination du site des réjouissances

Elle combine les critères qui confèrent aux rassemblements de

campagnes le cachet festif qui doit être le sien à l'effet de favoriser l'affluence populaire. Ces critères concernent principalement la capacité de contenir du monde et l'accessibilité du site des réjouissances. Lorsque l'affluence escomptée est importante, les sites retenus correspondent aux espaces à ciel ouvert suffisamment placés au vu et au su de tous ceux qui seraient pris par l'envie de participer aux réjouissances. Dans les zones rurales et les agglomérations de second rang, la rareté des installations appropriées conduit à envisager un cérémonial de campagne électorale se déroulant le plus souvent sur la «Grand-Place» du village ou à un autre emplacement suffisamment dégagé pour accueillir du monde.

On peut en inférer que les limites en infrastructure ainsi qu'une logique de massification font des espaces non couverts les sites de réjouissances les plus courants, du moment qu'ils sont en mesure d'accueillir la multitude. On pourrait en déduire que le succès des campagnes festives de plein air dépend du facteur météorologique. Tel n'est pas toujours le cas, puisque les croyances locales, principalement dans les régions du Centre, de l'Est et du Sud du Cameroun, tiennent la tombée de pluie le jour d'un rassemblement significatif, pour un bon présage: l'eau venant du ciel posséderait les propriétés prodigieuses de laver le corps social de ses impuretés. Quoi qu'il en soit, le déroulement des opérations de campagne transforme le site des réjouissances en un lieu de représentation suscitant des résonances, exaltant des sentiments et suggérant des conduites. C'est toujours un espace aménagé, agrémenté de plusieurs éléments décoratifs: des images et formules mobilisatrices inscrites sur des calicots ou

élémentaires de la vie religieuse, op. cit. ; SIMON (Alfred) , *Les signes et les songes, essai sur le théâtre et la fête*, Paris, Le Seuil, 1976, MAUSS (Marcel) , *Esquisse d'une théorie générale de la magie*, Paris, P.U.F, in *Année sociologique*, 1902-1903 ; MAUSS (Marcel) , *Essai sur le don, op. cit.*; WUNENBERGER (J.J.) *La fête, le jeu et le sacré*, Paris, éditions Universitaires, 1977.

¹⁴ DURKHEIM (E.), *op. cit.*

¹⁵ MAUSS (Marcel), *Esquisse d'une théorie générale de la magie, op. cit.*

¹⁶ DURKHEIM (E.), *op. cit.*

¹⁷ RIVIERE (C.), *Les liturgies politiques*, Paris, P.U.F., 1988.

¹⁸ BURDEAU (Georges), *La politique au pays des merveilles*, Paris, P.U.F, 1979.

pancartes affichés; des palmes et guirlandes suspendues alentour; des tentures colorées expressément dressées ; des drapeaux et banderoles déployés, marqués des slogans du candidat, son effigie, son nom, ses couleurs; et d'autres affiches estampillées du mot d'ordre du postulant prodigue, vantant ses mérites. L'ensemble de ces éléments de propagande transforme le site des réjouissances en un lieu propice à l'accueil du public et au déploiement de la générosité du candidat. Il peut arriver que la scène festive soit mobile. C'est le cas lorsque le déroulement des opérations est programmé dans une localité reconnue comme fief politique des organisateurs. La voie publique se transforme alors en un lieu privé-public de festivités, un axe véhiculaire d'expression militante.

En étant dissociée des activités de la quotidienneté, le déroulement des opérations de campagne prétend suspendre provisoirement les différenciations sociales. Cependant, l'observation des aménagements et l'occupation de l'espace dédié montrent que la hiérarchie sociale ne disparaît point. Loin s'en faut. Et même, le cérémonial de la fête électorale la met en scène, l'expose et la confirme. En général, la forme binaire spatiale est respectée. Elle suit une règle tacite semblable à la structure théâtrale faite d'un mélange d'éloignement et de proximité: la politique relève assurément de la scénologie¹⁹.

Sont ainsi rassemblés d'un même côté du site des réjouissances, dans une tribune aménagée pour la circonstance, les élites présentes ou «forces vives» de la localité d'accueil des festivités. Ces personnalités sont généralement assises dans un ordre protocolaire facilitant leur identification depuis le public d'en face. Ces «forces vives» se composent de notables locaux, de figures emblématiques du parti du candidat, du postulant lui-même et de son entourage de circonstance

comprenant parfois des membres du gouvernement venus délivrer le message du pouvoir, lorsque le maître d'œuvre du cérémonial en cours est le parti proche du pouvoir.

A l'opposé de la tribune occupée par les élites s'agglutine la masse populaire. Ce sont les attributaires principaux des effets des biens résultant de la générosité du postulant. Cette masse populaire présente généralement des régularités remarquables telles: la prépondérance des femmes, des jeunes et des enfants; la station debout en demi-cercle face à la tribune des élites. En dehors des sympathisants au postulant prodigue, on trouve des badauds venus anonymement profiter du spectacle. Cette masse populaire intègre également: des comités identifiables par le même accoutrement bigarré²⁰, d'autres collectifs regroupés derrière ou autour de pancartes arborées, indiquant la nature de leur section partisane et son lieu de provenance. La fête de campagne électorale offre ainsi aux partisans l'opportunité de se montrer, de se compter, sans doute pour intimider la partie adverse mais sûrement pour se rassurer avant le scrutin.

Le centre de ce dispositif spatial est l'endroit même du site des réjouissances où s'établit, par intermittence, une sorte de communion festive, de relation échangiste entre les élites et la masse populaire, la représentation spectaculaire et la démonstration politique. C'est dans cet espace réservé aux fusions et effusions que s'opère la distribution des biens privés à l'assistance.

B – La distribution des biens privés à l'assistance

La diversité d'échelle entre les *meetings* festifs de campagne électorale n'a point empêché, depuis le retour au pluralisme, l'adoption de procédés

¹⁹BALANDIER (Georges), *Le pouvoir sur scènes*, Paris, Balland, 1992; Voir: BOURDIEU (P.), «La représentation politique. Éléments pour une théorie

du champ politique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°3, 36-37, février-mars 1981.

²⁰ BAYART (Jean François), *L'illusion identitaire*, Paris, Fayard, 1996, pp. 195-229.

similaires quand au cérémonial de distribution des biens privés et donc au déploiement de la générosité du candidat. On peut en parler en termes de grammaire rituelle commune laissant entrevoir deux temps forts. Le premier concerne la matérialisation effective de la générosité du candidat, et le second, les énonciations de légitimation de la magnanimité du donneur prodigue.

1 – La matérialisation effective de la générosité du candidat

Lorsque la foule des participants est conséquente et que l'organisation estime le moment idoine pour commencer à battre campagne, la mise en branle initiale des opérations s'effectue toujours par l'hymne national, chanté en chœur par l'assistance. Par la suite du programme et, à la manière d'un rituel parfaitement réglé²¹, l'animateur désigné, dans son rôle d'«entraîneur» de la foule ou chef d'orchestre des vivats témoignant de l'adhésion des cœurs, prononce la première harangue coutumièrement ajustée aux attentes de l'auditoire lui répondant par des clameurs d'approbation ou d'improbation. Le propos est généralement ajusté à la gloire du maître d'œuvre de la fête, à celle de son parti politique ou aux mérites du régime en place. Il n'est pas exclu que cette première harangue soit aussi l'occasion de mettre en exergue la réputation d'hospitalité de la communauté d'accueil des festivités du jour. Dans tous les cas, par cette première production de paroles, il est question de mettre en condition l'auditoire et les groupes de militants et badauds qui le composent. La seconde vague des discours, constitutive du clou véritable du cérémonial, consiste à dérouler le

programme politique du postulant à la charge électorale en jeu. Ce faisant, la concurrence est fustigée concomitamment aux promesses faites soi-même à destination de l'électorat potentiel présent. Cette étape du cérémonial s'achève généralement par la distribution, *stricto sensu*, des biens offerts en ces circonstances.

a) – La nature des biens offerts en ces circonstances

En dehors des effets vestimentaires constitutifs des dons (maillots de corps, écharpes, casquettes, pagnes et autres colifichets, gadgets et accessoires estampillés à l'effigie du prétendant, au slogan de sa campagne, aux emblèmes et logotype de sa formation politique), la distribution concerne aussi des victuailles de consommation immédiate, sur place, ou des denrées alimentaires à emporter, qui font généralement défaut, à ce moment-là de l'année signifiant la diète pour bon nombre de ressortissants ruraux venus-là pour compenser leur manque de protéines animales. On note ainsi en périphérie immédiate du lieu des réjouissances: la viande des zébus abattus, offerte aux groupes organisés de participants présents; des sacs de riz, de sel et bien d'autres aliments qu'accompagnent les boissons liées à la vie publique, «*pour tout arroser*». Depuis le rétablissement des élections disputées dans les années 1990, cette distribution des biens privés concerne tout autant le numéraire dispensé en billets de banque. Il arrive que la répartition de ces biens, entre les membres des groupes attributaires, tourne à des échauffourées de mécontentement d'où partent souvent des histoires de sorcellerie²². Cette distribution

²¹ «Le rituel définit la qualification que doivent posséder les individus qui parlent (...). Il définit les gestes, les comportements, les circonstances et tout l'ensemble des signes qui doivent accompagner le discours; il fixe enfin l'efficace supposée ou imposée des paroles, leurs effets sur ceux auxquels elles s'adressent, les limites de leur valeur contraignante». Cf. FOUCAULT (M.), *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.

²² La littérature est abondante sur la forme sociale que constitue la sorcellerie. On peut citer quelques ouvrages consultés dont: LABURTHER-TOLRA (P.), *Les seigneurs de la forêt. Essai sur le passé historique, l'organisation sociale et les normes éthiques des anciens Bèti du Cameroun*, op. cit., et du même auteur, *Initiations et sociétés secrètes au Cameroun. Essai sur la religion bèti*, op. cit.; Voir: BOUTEILLER (Marcelle), *Sorciers et jeteurs de sort*, Paris, Plon, 1958; TERRAIL (Jean pierre), «La

des biens offerts par le postulant prodigue s'accompagne toujours des chansons et danses en retour pour exprimer la gratitude.

b) – Les chansons et danses en retour pour exprimer la gratitude

Ces chansons symbolisent la fête et constituent en soi de véritables média. Elles représentent les lieux où se tiennent les discours sociaux et s'ancre la mémoire populaire²³. A travers ces chansons, les communautés attributaires des biens offerts expriment non seulement leur gratitude mais aussi les valeurs dont elles se réclament et le monde auquel elles aspirent. Traduisant l'enthousiasme et l'approbation, elles sont susceptibles de varier d'aspect et de prendre la forme d'un récit épique, en vers, en prose ordinaire ou en prose rythmée (par des castagnettes ou par de simples battements de mains). Instruments sûrs et actifs de la propagande électorale, elles s'avèrent riches en images et en proverbes.

La distribution des biens offerts par le postulant prodigue, permet d'établir une autre distinction, celle des chansons de circonstance d'un côté, et des chansons réalistes et anecdotiques de l'autre. Les premières sont l'objet d'improvisation instantanée pour dire sa gratitude en contrepartie de la générosité du candidat prodigue. Elles se caractérisent par leur spontanéité et le lien direct avec le présent ou l'actualité. Elles font écho aux préoccupations politiques, d'autant qu'elles matérialisent la campagne électorale. Quant aux chansons réalistes et anecdotiques, en jouant, en quelque sorte, leur rôle de presse orale, elles relatent le mérite du «bienfaiteur» et commentent le caractère exceptionnel des biens reçus. Cette catégorie des chansons réalistes et anecdotiques sert aussi à rendre compte de la bienveillance du bienfaiteur auquel on promet en contrepartie le soutien sans

faillies, entendre le suffrage indéfectible. Mais, quelles qu'elles soient, les chansons au cours des campagnes électorales ont toujours une forte couleur locale. Les informations charriées sont diluées dans une masse de données d'actualité ou mêlées aux éléments que la mémoire populaire offre à l'imaginaire. «*Le recours à l'imaginaire devient la convocation d'un avenir par lequel l'inévitable se transformera en avantage pour le plus grand nombre des sujets. C'est ainsi que les lumières de la scène du futur éclairent celle du présent*»²⁴. Mais, la campagne électorale implique aussi les délices de la danse, d'autant qu'on est en fête dont elle constitue un autre symbole fort.

La danse des attributaires en retour des biens offerts par le candidat prodigue n'est pas que manifestation de joie ou signe de gratitude en retour. Elle signifie approbation et encouragement à rééditer sa générosité; la liesse avec le candidat et son équipe de campagne et la communion avec l'ensemble de l'assistance. Mêlées ou entrecoupées de chants, cette danse de remerciements marque la joie d'avoir reçu et le déploiement public et collectif du sentiment de satisfaction. «*Tous les pas qu'on rythme, tous les mouvements du corps sont autant de gestes qui rappellent le passé*»²⁵. Mais, la danse en retour des attributaires n'est souvent pas automatique. Le cérémonial festif de campagne électorale prévoit toujours quelqu'un en charge de «décoincer» la foule et de l'entraîner dans l'allégresse. Tout autant que les attributions de biens privés attirant toujours plus de monde, la danse constitue un symbole de fusion. Elle ne saurait donc manquer dans le processus festif de sollicitation des suffrages, sans que cela ne suscite des interrogations ou ne fasse naître des observations malheureuses.

pratique sorcière», *Archives de sciences sociales des religions*, 48, 1, 1979; FAVRET-SAADA (Jeanne), *Les mots, la mort les sorts*, Paris Gallimard, 1977.

²³BOGUMIL (Jewsiewicki), «La mémoire», in COULON (Christian) et MARTIN (Denis C.), *Les*

Afriques politiques, Paris, La Découverte, 1991, p. 66.

²⁴BALANDIER (Georges), *Le pouvoir sur scènes*, Paris, Balland, 1992, p. 17.

²⁵IKELLE-MATIBA (Jean), *Cette Afrique-là, op. cit.*, p. 114.

L'Afrique se rassemble toujours en dansant dans ses moments cruciaux (naissances, mariages, récoltes, funérailles...). Le temps de cette danse est aussi celui au cours duquel disparaissent les hiérarchies sociales: tout le monde y participe. Jean Ikellé-Matiba affirme que la danse des Africains impressionna tellement les étrangers que beaucoup en profitèrent pour dire que l'Afrique n'a que cela de vrai²⁶. Philippe Laburthe-Tolra ajoute quelques remarques d'observateurs étrangers selon lesquelles: «*l'attrait pour les occasions de danser explique la popularité que connut le repos dominical dès le début de la présence à Yaoundé des premiers Allemands, qui le respectaient scrupuleusement; on y dansait tout le jour jusqu'à la nuit*»²⁷. Et même, pour Hans Dominik, explorateur colonial allemand au Cameroun, «*cette passion de la danse, en entraînant un exercice continu expliquait l'harmonieux développement musculaire de la population*»²⁸. Vigoureusement combattue et interdite par les missionnaires coloniaux, la danse est cependant restée l'un des aspects de la pratique religieuse, magique et ésotérique. En dehors de l'expression des sentiments qu'elle permet, elle est aussi à la base du phénomène du pouvoir: l'Africain vit davantage en symbiose avec son corps que l'Occidental emprisonné dans une dichotomie corps/âme héritée du Moyen Âge et transmise par la tradition judéo-chrétienne de génération en génération. Cette danse en retour des attributions de biens privés est régulièrement soutenue par des instruments de musique. Denis Constant Martin le souligne, qui montre que la musique, qu'elle soit vocale (les chansons) ou instrumentale,

est elle aussi constitutive de la fête en tant que moyen d'un dialogue ambigu²⁹: des musiques sans paroles (le cas des balafons jouant des partitions exclusivement instrumentales mais connues de tous jusqu'à leur signification) peuvent avoir un sens décryptable, communiquer les affects ressentis, avoir un impact politique»³⁰. De la sorte, la musique opère de la même manière que les énonciations de légitimation de la magnanimité du donneur prodigue.

2 – Les énonciations de légitimation de la magnanimité du donneur prodigue

Il s'agit des actes sociaux à part entière, se présentant comme matériau d'information³¹ et servant d'instance où se manifestent et s'actualisent les représentations sociales. Ces actes produisent ou réactualisent les rapports sociaux et, en tant que tels, comportent les traces des structurations sociales passées ou en cours de formation. Mais, à défaut de pouvoir en dresser un tableau analytique achevé permettant d'appréhender la variété des rapports impliqués par cette production de paroles autour des biens offerts en campagne, on peut y déceler des indications traduisant les tendances de fond de la société selon deux axes prioritaires d'analyse: D'une part les conditionnalités de prise de parole et la forme des énonciations; de l'autre part, les références à la communauté.

a) – Les conditionnalités de prise de parole et la forme des propos tenus

En campagne électorale festive et pluraliste, les locuteurs prennent la parole en tant qu'ils occupent une place hiérarchisée d'énonciation fonctionnelle:

²⁶*Ibid.*, p. 115.

²⁷LABURTHE-TOLRA (P.), *Les seigneurs de la forêt*, op. cit. p. 311.

²⁸DOMINIK (Hans), *Kamerun, Sechskriegs – und Friedensjahre in deutschen Tropen*, cité par LABURTHE-TOLRA, op. cit. p. 309.

²⁹MARTIN (Denis Constant); «À la recherche des cultures politiques de quelques tendances de la politologie française», in *Cahiers internationaux de sociologie*, 87, 1989, p. 238.

³⁰ MARTIN (Denis Constant); «À la quête des OPNI, comment traiter l'invention du politique», in *Revue française de science politique*, 39 (6), 1989, p. 801.

³¹ Murray EDELMAN, en s'attachant à mettre en évidence les problèmes politiques, les antagonismes politiques, les enjeux politiques, affirme que «le langage politique est la réalité politique». in *Pièces et règles du jeu politique*, Paris, Seuil, 1991 (trad.).

chef traditionnel de la localité hôte des festivités, édile municipal ou responsable politique du démembrement territorial accueillant les réjouissances. Les prises de parole se font également en tant que maître d'œuvre de la *meeting*, postulant prodigue ou représentant des élites présentes. Il n'est pas exclu que les bénéficiaires de la générosité du candidat puissent s'exprimer pour dire leur contentement. Nombreuses sont aussi les interventions dans un cadre d'enchevêtrement éventuel de ces places sociales³².

Tour à tour métaphorique et/ou tautologique, une partie des propos tenus s'articule autour des valeurs qui mobilisent le passé et, par ce biais, tentent de modeler la prodigalité électorale sur le registre de l'émotion ou de l'idéologie, pour rendre compte de la force présumée des propositions vouées à transformer le réel. Une autre partie des allocutions, plus concrète et/ou «technique», réfère aux questions pratiques concernant le présent ou le quotidien des attributaires. Mais, quel que soit le type des énonciations, elles font l'objet d'une adaptation aux circonstances particulières du moment de la *meeting* qui, à leur tour infléchissent le choix des thèmes, des éléments de folklore à invoquer et la rhétorique qui s'ajuste aux attentes de l'auditoire.

En milieu rural en particulier, ces énonciations sont délivrées en langue vernaculaire locale par l'entremise du langage des fêtes. Ce langage abonde dans l'usage du genre didactique, avec des recours fréquents aux formules «*clip*» par lesquelles l'orateur, en tâchant de parler simple, veut agir sur la conscience des attributaires attentifs, pour mieux influencer ou forger les opinions, faire éprouver un sentiment et engager dans l'action. Les occurrences «militaires» ne manquent pas et inscrivent la campagne dans une stratégie

de lutte sociale ou de compétition permanente, en vertu des références à la communauté.

b) – Les références à la communauté

Délivrées en campagne électorale, les énonciations de légitimation de la magnanimité du candidat prodigue, relient toujours à une histoire: l'histoire locale. Elles font ainsi des renvois à la tradition locale à travers l'évocation des symboles qui ordonnent la ritualisation et donnent vie à des entités abstraites. Apparaît ainsi l'appel à l'affect plutôt qu'à l'intellect. Bien évidemment, les propos tenus se parent d'un vêtement rationnel. Par exemple, on exalte les réalisations du candidat prodigue ou les projets qu'il mettra sur pied; on célèbre ses performances connues et on expose ce qui reste à réaliser. On fait référence à des questions pratiques qui se rapportent à la quotidienneté de l'auditoire. Dans les esprits, un lien étroit s'instaure «visiblement» entre les biens reçus et la reconnaissance à manifester en contrepartie au postulant prodigue, entre l'image, le devenir ou le prestige de la communauté attributaire des biens offerts et le geste électoral à accomplir en retour. Sur cette base, le suffrage sollicité s'avère de la sorte un geste de réciprocité, moralement obligatoire, traduisant la bonne réception du message délivré. Celui-ci ne manque pas de culpabiliser d'éventuels abstentionnistes, de stigmatiser les comportements individualistes, au motif qu'ils profitent objectivement aux adversaires absents. En élargissant le prisme, c'est la référence passionnelle qui est en jeu dans ces allocutions, à travers la mémoire communautaire constamment ressuscitée et les opérations conjuguées de parole et du mythe abondamment sollicité. En réalité, on essaie moins de convaincre que de toucher; il s'agit moins de prouver que de séduire. Le suffrage sollicité n'est pas seulement un

³² Sont concernées, dans ce cas particulier, les fêtes électorales organisées par le parti politique proche du pouvoir pour faire élire son candidat. Les discours y sont très souvent prononcés par des officiants qui sont reconnus à la fois comme messagers du pouvoir

en place, mais aussi comme membre de l'élite nationale et/ou locale, mais encore comme membre de la communauté traditionnelle hôte de la fête en question.

geste de réciprocité. C'est aussi un investissement communautaire affectif, eu égard aux finalités des énonciations assumées à la première personne du pluriel. De façon générale en effet, ces finalités se recourent: «*Ça se passe entre nous*»; «*Nous sommes entre nous*», «*Les autres sont unis, nous devons nous aussi nous rassembler*»; «*Alignons-nous derrière les nôtres*». A l'évidence, un tel usage du «nous» n'est pas seulement une quantification ou une amplification des pronoms singuliers. Stratégiquement taxinomique, il suppose une contrainte qui ne se limite pas dans l'ordre linguistique, mais s'étend à sa nature sociologique.

En effet, le fait de parler en «nous» en battant campagne électorale pluraliste, suppose la volonté du locuteur de se positionner en entité disposant des ressources plus collectives qu'individuelles. Il s'agit d'une pré-catégorisation consciente et souvent dénommée dans l'énonciation. Mais, cette pré-catégorisation est généralement latente et reconstituable par l'analyse. Dans l'emploi du «nous» structuré dans les propos de campagne pluraliste se trouve le fait que cet emploi est stratégique et dépend des situations d'interlocution. Mais, parce que le locuteur s'y présente comme le membre d'un collectif et apparaît plus qu'un individu particulier, cela renvoie à des groupes sociaux déjà constitués. La campagne électorale pluraliste s'avère de la sorte, l'occasion d'actualiser ou de mettre en œuvre les normes d'être, d'avoir, de faire et de dire, qui transparaissent fortement dans

l'usage des modalités du devoir, du pouvoir et du vouloir³³. L'opération symbolique consiste ici à susciter la cohésion des attributaires grâce à l'évocation des tiers «menaçants». On valorise la solidarité. On invite les destinataires des biens offerts et du message concomitamment délivré à adopter une posture identitaire précise, en contrepartie des biens reçus et en référence à des valeurs communautaires précises. La réunion autour du postulant prodigue s'opère à travers la coupure, l'exclusion ou la reconnaissance d'un «danger» commun extérieur au groupe³⁴: phénomène, bien connu des philosophes et des sociologues³⁵, valant aussi à l'échelle des élections pluralistes camerounaises. Celles-ci offrent ainsi l'occasion d'instaurer de nouveaux liens sociaux à la faveur des attributions des biens dont il faut déterminer la logique de base.

³³ Les théories de la mobilisation des ressources montrent que les mobilisations supposent une certaine instrumentalisation de l'identité, des sentiments d'appartenance et de la solidarité. Nous considérons qu'il s'agit d'un jeu stratégique à l'intérieur d'un ensemble de règles et de normes, qui exigent une maîtrise de ces règles et visent éventuellement à leur transformation. Lire, à ce sujet: REYNAUD (J. D.), *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A. Colin, 1989.

³⁴ La figure de l'ennemi extérieur a toujours servi, depuis la société primitive, à accéder à la représentation de l'unité du groupe et l'apaisement

des antagonismes internes. Voir, à ce sujet: GIRARD (R.), *La violence et le sacré*, Paris Grasset, col. Pluriel, 1972, et du même auteur, *Des choses cachées depuis la création du monde*, Paris, Grasset, 1978.

³⁵ FREUD (Julien), *Sociologie du conflit*, Paris, P.U.F 1976; et sur deux catégories de la dynamique polémologique, *Communication*, 25, 1976, p. 108. Lire aussi: Alain COTTA, pour ce qui est de la notion d'ennemi en théorie économique à travers son article intitulé «Éléments pour une théorie des conflits», in *Revue d'économie politique*, 1977, n° 1, p. 70.

II- La logique de base des attributions des biens aux populations

La «logique de base» est ici invoquée au sens de logique d'action³⁶. C'est le dispositif explicatif du comportement du postulant prodigue, qui sous-tend son activité de prodigalité électorale. Dans la mesure où cette logique de base est culturellement réglée, il importe qu'elle soit abordée à partir de la référence au système local d'échanges intracommunautaires (A), qui fait de la prodigalité électorale un investissement à bon escient (B).

A – La référence au système local d'échanges intracommunautaires

La prodigalité du postulant à une charge électorale se déploie dans un cadre communautaire prédéfini qui fournit les ressources matérielles et conceptuelles susceptibles d'être mobilisées³⁷. Dès lors, elle apparaît comme le reflet d'une vision africaine du monde en phase avec les principes du jeu électoral. N'empêche le déclin progressif de ce dispositif communautaire de référence.

1 – *Le reflet d'une vision africaine du monde en phase avec les principes du jeu électoral*

Avec la prodigalité des postulants aux suffrages, les campagnes électorales pluralistes s'inscrivent dorénavant dans un rôle d'effaceur momentané de misère. Elles font l'objet des dénonciations des dépenses engagées, dont la presse privée se fait l'écho. De fait, la prodigalité n'est pas à

identifier à la corruption. Elle correspond plutôt à la transposition en milieu moderne du système traditionnel d'interdépendance fondé sur un idiome dominant.

a) – *L'absence d'identité avec la corruption*

Le corpus polémologique nourrissant la disqualification de la prodigalité électorale intègre divers argumentaires l'assimilant à un ensemble d'activités par excellence de corruption des consciences, d'achat des convictions politiques des citoyens ou de manipulation gastronomique de leurs opinions. On n'hésite pas non plus à dénigrer la vénalité des populations attributaires manifestant en retour un enthousiasme de façade. La dynamique polémologique se poursuit avec la disqualification des énonciations qui visent la légitimation des offres de biens aux populations. Mais, si on peut comprendre que des protagonistes matériellement défavorisés, disposant de peu de ressources dans la compétition électorale, étalent leur désarroi en multipliant ces dénonciations, rien ne justifie d'indexer la prodigalité électorale aux pratiques synonymes de corruption des consciences.

Au vrai, les offres de biens privés aux populations constituent une possibilité de mobilisation venant s'ajouter aux gratifications plus abstraites, aux promesses de vie meilleure et de politiques plus justes que font les candidats. Elles constituent de la sorte un stimulant bien plus efficace pour une participation massive des populations supposées *a priori* n'en percevoir ni l'utilité, ni l'efficacité, et pouvant substituer le

³⁶ La sociologie de Pierre BOURDIEU d'un côté, et la sociologie des organisations de l'autre, parlent abondamment de logique, sans en avoir la même approche. On a d'un côté une sociologie qui insiste sur le caractère immanent, inconscient, incorporé, inculqué des logiques pratiques, et de l'autre une sociologie qui insiste sur l'aspect délibéré, explicite, calculé, conscient des logiques d'action. La «logique» à l'œuvre dans cette analyse réfère à la ligne de cohérence, ce qui unifie une vaste gamme de comportements des candidats en campagne, que nous déduisons à partir de leurs discours et de

l'observation empirique d'ensemble de pratiques particulières différentielles, sans préjuger d'une théorie sociologique du sujet, ni d'une théorie de la rationalité ou d'une théorie de l'habitus. Cf. BOURDIEU (P.), (avec WACQUANT (L.)), *Réponses*, Paris, Seuil, 1992, p. 105; FRIEDBERG (E.), *Le pouvoir et la règle. Dynamique de l'action organisée*, Paris, Seuil, 1993, p. 54.

³⁷ Cf. GOFFMANN (E.), *Façons de parler*, Paris, Ed. de Minuit, 1987, p.16. Lire, du même auteur: *Les cadres de l'expérience*, Paris, Ed. de Minuit, 1991.

principe du suffrage électoral, si elles en concevaient la possibilité, à d'autres modalités de rapport politique n'excluant pas la violence. La prodigalité électorale n'est pas davantage une modalité d'expression du clientélisme instaurant des relations durables de patronage ou de dépendance réciproque³⁸. Certes, lorsque les candidats en compétition disposent de moyens financiers inégaux, certains d'entre eux peuvent se retrouver en position de monopole; et le libre choix des électeurs pouvant en être faussé. Cela peut également constituer une forme de pression moderne apparentée à la fraude caractérisée. De surcroît, une configuration comme celle-là est susceptible d'aboutir à la résurrection du système de la candidature officielle, quand l'égalité entre concurrents électoraux est rompue au bénéfice de ceux parmi eux qui disposent de plus de moyens, des fonds de l'État ou d'une autorité légale sur les services publics. Reste que la permanence des réquisits communautaires dans la production des paroles accompagnant les offres de biens privés, ne soit pas de nature à susciter un vote d'opinion, l'accent n'étant pas porté sur la conviction. Ce sur quoi les locuteurs mettent l'emphase concerne la nature transactionnelle de cette opération entre des partenaires à l'échange qui ont en partage la même appartenance communautaire. Dès lors, il ne serait pas judicieux de considérer l'acte de prodigalité électorale comme une modalité d'expression du clientélisme. La prodigalité ne saurait davantage référer à une question d'incurie ainsi que l'atteste l'inexistence à ce jour des *parachutages électoraux* sur la scène camerounaise.

De fait, la prodigalité du postulant à une charge électorale publique renvoie à un ensemble d'activités stratégiques visant à tirer partie des éléments du système traditionnel d'interdépendance fondé sur un idiome dominant, en les transposant en milieu moderne.

b) – La transposition en milieu moderne des éléments du système traditionnel d'interdépendance fondé sur un idiome dominant

Dans son analyse de l'organisation sociale et des normes éthiques des populations *Béti* du Centre du Cameroun, Philippe Laburthe-Tolra fait le constat, selon lequel, la richesse en pays Béti, n'est pas considérée comme un but, mais uniquement, comme un moyen d'établir ou d'exprimer un pouvoir direct ou indirect (prestige) sur les hommes³⁹. Un vieux sage de cette communauté le lui confia, qui soulignait que: «*Le pays ne veut pas que l'on accumule les richesses rien que pour soi, sans en donner aux autres, quand on a, il faut partager; si quelqu'un te donne dix, il faut aussi lui donner dix; sinon, on est en palabre avec les voisins, ça ne marche pas*»⁴⁰. Cela veut dire autrement que, le riche ou le nanti doit alléger à sa communauté d'appartenance; et que le devoir de solidarité comporte une signification concrète en direction des siens, de sorte que la véritable entorse au code éthique concerne le manquement aux règles de solidarité communautaire. De cela découle que la richesse individuelle est approuvée et même encouragée. Mais, la logique de son utilisation reste soumise à un impératif de redistribution réglé par la primauté du collectif sur l'individuel⁴¹.

³⁸ Lire: SINDJOUN (L.), COURADE (G.); «Le Cameroun dans l'entre-deux», *Politique Africaine*, n° 62, juin 1996, p. 65; Pour une présentation synthétique des pratiques de clientélisme et leurs limites, voir aussi MARIE (Alain), «État, politique urbaine et société civile. Le cas africain», in *Revue Tiers Monde* XXIX, 116, oct.-déc. 1988 : 1147-1169. Lire également: BAYART (J.-F), *L'État en Afrique, op. cit.*

³⁹LABURTHE-TOLRA (P.), *Les seigneurs de la forêt, op. cit.* p. 372.

⁴⁰*Ibid.*, p. 374.

⁴¹Cette analyse est involontairement corroborée par les détracteurs eux-mêmes de la pratique de distribution des biens privés en campagne électorale, lorsqu'ils indiquent ce à quoi l'argent dépensé pourrait être judicieusement destiné. Ils pointent pour cela la misère du peuple qu'on pourrait soulager grâce à ces sommes allouées aux joutes gastronomiques.

Aussi, dans la postulation à une charge électorale publique, celui qui offre des biens en campagne électorale, accède à un statut différent dans la communauté attributaire ou confirme ce statut, celui d'aîné créancier, c'est-à-dire celui qui peut légitimement prétendre à l'éligibilité ou au suffrage des siens en retour. Car en effet, ce n'est qu'au prix de ces largesses ou de sa générosité expansive que la communauté acceptera de voir un individu s'élever parmi ses pairs, en vertu d'un principe, celui de la dette communautaire. Et ceci est vrai dans tous les domaines de la vie sociale: celui du travail par exemple – qui veut se faire embaucher le signifie par sa gentillesse à l'égard de son futur employeur – de même en politique – qui veut se faire élire «fait» des largesses à ses électeurs potentiels ou déploie à leur égard sa générosité.

Et qui ne donne pas, alors qu'on sait qu'il est en mesure de donner, alors que son statut et sa situation financière lui intime l'obligation de générosité – plus un homme est riche plus il est sommé de le paraître et de partager, alors que sa position connue ou son activité ponctuelle lui imposent de donner, alors qu'il devrait donner en retour, celui-là est menacé, ignoré ou mis à distance de sa communauté. Parfois, il suscite contre lui-même une franche hostilité, puisque tout avare, comme toujours, est suspect de sorcellerie. Par contre, celui qui donne est présent dans le circuit de la dette, à travers ses contributions, ses aides, ses largesses, sa capacité à obliger les débiteurs – ses électeurs potentiels, ou inversement par sa capacité à honorer sa dette à lui, à répondre aux espérances qu'on place en sa personne. Celui qui donne intègre et sert en même temps les mécanismes communautaires d'intégration auxquels il est astreint en tant que membre de la communauté, ou élite au sein de celle-ci. Denis Constant Martin le souligne, qui indique qu'en Afrique, le pouvoir est échange, même inégal : « *Celui qui exerce une autorité doit distribuer les*

biens auxquels il accède de ce fait (ou, à l'inverse, mettre à l'actif de sa communauté les richesses dont la possession a favorisé son arrivé au pouvoir). La légitimité est donc essentiellement liée à la capacité de redistribution (matérielle ou symbolique) ; elle s'érode lorsque les citoyens sont persuadés qu'il y a un manquement injustifié à cette obligation »⁴². Ainsi l'exige le principe de la dette communautaire.

Cette redistribution s'opère en général le long des réseaux de la communauté et la campagne électorale en représente une extension. Par ces mêmes réseaux remontent les pressions multiples qui rappellent à l'ordre de la solidarité quiconque a « réussi » ou veut se faire élire, toutes pressions qui comportent l'alternative de la soumission ou de l'exclusion, se déployant donc sur un terrain culturel prédisposant à y céder. Il en découle que tout individu aspirant à la notabilité politique, doit se montrer «partageur»: la richesse qui est la sienne, doit être redistribuée, d'abord à ses dépendants; on s'attend à ce qu'il en fasse profiter ses pères, ses frères, ses voisins, voire l'étranger de passage à qui il devra donner une large hospitalité⁴³. Ainsi le devoir de solidarité a-t-il une signification concrète en direction des siens et la véritable entorse au code éthique est le manquement à cette règle de solidarité communautaire.

La prodigalité électorale s'avère ainsi une transposition en milieu moderne du cadre cognitif traditionnel, dont découle la disposition suivante, chez les Bëti par exemple, qu'*il est hors de question de convoquer du monde sans offrir à manger*. Dès lors, une campagne électorale s'achevant sans forces ripailles s'avère inimaginable. L'idéal *bëti* de générosité ne l'admettrait sûrement pas. Si cette stratégie récupère le référentiel communautaire, c'est bien parce que les sujets concernés y font l'objet constant d'une inculcation traditionnelle concernant le sens de l'appartenance collective et les principes de

⁴² Cf. *Les Afriques politiques, op. cit.* p. 166.

⁴³ LABURTHE-TOLRA (P.), *Les seigneurs de la forêt, op. cit.* p. 360.

partage sanctionnant l'impératif catégorique de solidarité. Cette socialisation permanente débouche sur un complexe de prédispositions à sentir, agir, penser et juger, qui correspond à ce que Pierre Bourdieu appelle « l'habitus »⁴⁴, et qu'il convient en l'occurrence de qualifier d'habitus communautaire. Reste qu'en envisageant ce dispositif communautaire de référence, principalement dans les agglomérations urbaines, le constat est celui du déclin progressif qui le concerne.

2 – Le déclin progressif du dispositif communautaire de référence

Il est caractérisé par la multiplication actuelle des situations favorables à l'autonomisation des individus, qui se traduisent par des remises en cause de la logique sociétale de redistribution et l'émergence des sociabilités nouvelles sous l'empire de la rareté urbaine.

a) – Les remises en cause de la logique sociétale de redistribution

Avant l'avènement du pluralisme en 1991, la situation prévalant au Cameroun était celle d'une absence d'autonomie individuelle sous un régime politique s'appuyant sur une forte organisation de parti unique et une administration toute-puissante⁴⁵. Ces deux entités soumettaient les populations à un encadrement autoritaire enserrant les individus dans un maillage relativement dense et extensif de relations de dépendance personnelle empruntant les canaux de la solidarité communautaire⁴⁶. Un observateur comme Michel Prouzet le souligne, qui rappelle que : «*La règle*

impérative pour tout politicien consistait à utiliser les structures traditionnelles locales pour servir ses ambitions personnelles»⁴⁷. Mais, pour que le système fonctionnât indéfiniment, il fallait que les ressources soient suffisamment abondantes afin que l'accumulation puisse continuer de permettre une redistribution, directe ou indirecte. Or, à partir du milieu des années quatre-vingt, les pays africains rentrent en crise économique⁴⁸, en étant directement confrontés : à la chute durable des cours des cultures de rente (cacao, café, coton, banane...); au poids grandissant du fardeau de la dette extérieure et donc aux impayés de la dette intérieure; à la diminution des investissements étrangers et une aide internationale de plus en plus sélective; aux plans d'ajustement structurel successifs avec leur cortège de mesures déflationnistes tel le désengagement de l'État, les privatisations assorties de compression de personnel, les «dégraissages» des effectifs de la fonction publique, les faillites successives, les dépôts de bilan et les licenciements collectifs, les blocages de salaires et la suppression des avantages indirects, l'aggravation de la pression fiscale, la détérioration des services publics – sécurité, santé assainissement, transports, éducation, etc. À tout cela vint s'ajouter la dévaluation du franc CFA le 11 juillet 1994, renchérissant le coût de la vie.

Et cette crise de s'avérer une crise aux multiples visages. D'un côté, la crise de la redistribution communautaire, provoquant le « blocage du système des transferts intracommunautaires, réactivant

⁴⁴ En effet, comme le note Pierre BOURDIEU, l'habitus en tant que produit de conditionnements sociaux tenant à des conditions héritées (et ceci est tout particulièrement valable pour le processus de socialisation et d'éducation intrafamiliaux ou communautaires dont on sait qu'ils perdurent aux transformations des temps présents et tendent à se transmettre à l'identique de génération en génération), est la présence en nous, à l'état incorporé et intériorisé, de tout le passé. En tant que tels, les habitus ont donc tendance à se reproduire, même quand les conditions de leur production ont disparu et qu'ils ne sont plus totalement adaptés aux temps présents. Cf. *Le sens pratique*, op. cit.

⁴⁵ TERRAY (E.) (dir.), *L'État contemporain en Afrique*, Paris, L'Harmattan, «Logiques sociales» ; 1987, 418p.

⁴⁶ MBEMBE (A.), «Traditions de l'autoritarisme et problèmes de gouvernement en Afrique subsaharienne», *Africa Development*, XVII, 1, 1992: 37-64, p. 39.

⁴⁷ PROUZET (M.), *Le Cameroun*, op. cit. p. 42.

⁴⁸ Sur la crise en Afrique, voir COUSSY (J.), VALLIN (J.), dir., *Crise et population en Afrique. Crises économiques, politiques d'ajustement et dynamiques démographiques*, Paris, CEPED, 1996.

au passage les conflits autour de la répartition des richesses et en remettant en cause la moralité même du système d'inégalités et de domination forgé après l'indépendance »⁴⁹. Concomitamment, la crise de l'intégration ou de la solidarité débouchant sur le déclin de l'État-providence sommé par la tutelle internationale de ne plus déployer avec la même ampleur qu'autrefois son interventionnisme. D'où le déclin des mécanismes assurant jusque-là l'insertion des individus dans un maillage serré du tissu social et politique en les grippant ou en les rendant dysfonctionnels, produisant en tout cas le ferment d'une remise en cause contestataire engendrant l'émergence des sociabilités nouvelles sous l'empire de la rareté urbaine.

b) – L'émergence des sociabilités nouvelles sous l'empire de la rareté urbaine

Le déclin progressif du dispositif communautaire de référence, s'est également concrétisé depuis le retour au pluralisme par des revendications démocratiques conduisant au constat de la faillite de l'État interventionniste⁵⁰; et le rejet des modes hiérarchiques et autocratiques de gouvernement⁵¹.

En effet, cette crise des années 1990 a occasionné la dévaluation des instances de légitimation hétéronome traditionnelles, puisqu'en étant une problématisation des relations entre l'individu et la société, la crise s'est avérée la problématisation de l'individu lui-même, amené à réévaluer ses relations à l'autre (parents, communauté d'origine, garants de la tradition d'un côté, voisins, concitoyens, gens de la même condition sociale, gens de

classe différente, institutions, État) et à reconsidérer sa propre identité, en tout cas, à parler de plus en plus en son nom propre, en tant que sujet d'une énonciation assumée à la première personne⁵². Tant les mécanismes antérieurs de solidarité ont donc été affaiblis, les individus sont dorénavant obligés de ne plus compter que sur eux-mêmes.

C'est davantage en milieu urbain que cette situation est accentuée. Les relations entre individus y sont désormais reconstruites sur le mode d'une réciprocité électorale et sur la base d'une redéfinition contractualiste des intérêts mutuels des partenaires. On limite par nécessité, l'aide à apporter aux autres pour s'en sortir soi-même. On résiste aux pressions insistantes des aînés sociaux. Dans la parentèle, on ne conserve de relations étroites qu'avec les parents directs et on ne se reconnaît plus d'obligation vis-à-vis des collatéraux, ni des alliés à l'égard desquels on refuse désormais d'être en dette « indéfinie ». Si on continue de se rendre au village, pour participer à divers rassemblements d'ordre funéraire ou politique, on refuse d'y rentrer dans la surenchère des dépenses ostentatoires d'autrefois. A travers cette modification des relations dont on conserve certains aspects tout en en rejetant d'autres, c'est la solidarité qui est désormais perçue, non plus comme une obligation diffuse et généralisée à l'ensemble des membres de la communauté, mais plutôt comme un investissement de précaution, pour lequel le destinataire est évalué à l'aune de ses capacités à y répondre effectivement. Il en résulte que la dette communautaire, constitutive au plan fondamental du moteur de la prodigalité électorale est en profonde évolution et que

⁴⁹ *Ibid.*, p. 35 et conclusion de l'article.

⁵⁰ COUSSY (J.), VALLIN (J.), *op. cit.*

⁵¹ Lire: TERRAY (E.), (dir.), *L'Etat contemporain en Afrique*, Paris, L'Harmattan, «Logiques sociales», 1987. 418p.

⁵² Cette situation est imputable à la perte de fonctionnalité des garants méta-sociaux – au niveau micro social les divinités du terroir, les ancêtres, les traditions, les conceptions intemporelles relatives à la nature humaine et à la hiérarchie des générations

des âges et des sexes et, au niveau macro social, le développement, le progrès, l'État-développeur, le parti unique –, de leur capacité à donner du sens et à intégrer, et donc de leur emprise sur les esprits, face à la nouvelle surréalité économique: celle de la crise et des plans d'ajustement structurel, des privatisations, de libéralisation des échanges, de la compétitivité, de la rentabilité, de la rareté et de la concurrence.

celle-ci paraît tout particulièrement accélérée dans les agglomérations urbaines. En effet, de nombreuses tentatives s'y inscrivent dorénavant dans le champ social extracommunautaire et engendrent un processus généralisé d'individualisation subjective caractérisée par la problématisation des solidarités communautaires. On est alors en droit de dire que la dette communautaire a perdu sa massivité absolue. Elle est devenue relative, puisqu'assumée partiellement et seulement en connaissance de cause. D'où la dimension stratégique de la prodigalité électorale renvoyant à un investissement à bon escient.

B – La prodigalité électorale comme un investissement à bon escient

En envisageant la prodigalité électorale comme un ensemble d'activités référant à un système local d'échanges intracommunautaires, l'image du marché vient y souligner l'aspect concurrentiel et compétitif du contexte électoral. Sur cette base, le mécanisme justifiant ces activités du postulant au suffrage électoral renvoie à un placement social selon la logique du don suivi du contre-don, sinon à un rituel de mise en relation du profane et du sacré.

1 – Un placement social selon la logique du don suivi du contre-don

Dans une perspective matérialiste, la logique stratégique du postulant prodigue reflète l'argumentaire de Marcel Mauss dans son *Essai sur le don*⁵³, par rapport auquel les offres de biens privés sont une créance qui conditionne le suffrage des attributaires.

a) – L'argumentaire de Marcel Mauss

Analysant en effet les formes de l'échange «dans les sociétés primitives», Marcel Mauss fait observer que celui-ci y prend la forme d'un don apparemment pur et gratuit, mais qu'en réalité, quand on adopte un point de vue totalisant, on constate que le don en question est toujours suivi d'un contre-don différé dans le temps, dont le caractère d'obligation impérative est

manifeste.

Marcel Mauss part, premièrement, du principe que dons et contre-dons constituent un cycle ininterrompu, qui fait du don un phénomène social total (au sein des sociétés, d'une société à l'autre, l'échange des dons et contre-dons sanctionne des échanges économiques, matrimoniaux, cérémoniels, ainsi que les solidarités et les hiérarchies statutaires et politiques), si bien que s'y soustraire reviendrait à mettre en cause les fondements même de la vie sociale, ce qui explique le caractère obligatoire et sacré du don, auquel nul ne saurait se dérober à moins de se mettre hors-la-loi et d'être voué à la déchéance sociale. Le don s'avère, de la sorte, un phénomène social total qui met en jeu l'ensemble de la vie sociale et en constitue le ressort le plus central; son caractère d'obligation tient en ce que, littéralement, il oblige le donataire (je donne pour obliger l'autre à donner, car dès lors, il est bien mon «obligé» et s'il ne s'acquitte pas de cette obligation, il perd l'honneur ou reconnaît son infériorité sociale); le contre-don étant différé, le don initial peut être considéré comme une sorte d'investissement dont le rapport ou la retombée viendra à terme.

En second lieu, Marcel Mauss souligne le fait que le don est un «défi»: il implique une triple obligation, celle de donner, de recevoir et de rendre, éventuellement de rendre avec intérêts: quand le don prend une forme «agonistique» et que le donataire, désireux de rivaliser avec le donateur, fait de la surenchère pour lui faire perdre la face et le supplanter éventuellement dans la hiérarchie sociopolitique.

Enfin, l'une des conditions impératives du fonctionnement du cycle, c'est que le contre-don est différé, car s'il suivait immédiatement le don initial, il n'instaurerait d'autre rapport que celui, éphémère, strictement utilitaire et contractuel, s'épuisant dans l'instant, n'induisant aucune obligation ultérieure, ce

⁵³ MAUSS (Marcel), *Essai sur le don*, op. cit.

à quoi se réduit l'échange économique *stricto sensu* (le troc, par exemple)⁵⁴.

Or, si l'on retient ces trois généralisations socio-anthropologiques, force est de constater que l'économie du don, dès lors que l'on fait abstraction de ses caractères les plus spectaculaires, les plus cérémoniels et les plus «enchantés», n'est autre, dans sa logique profonde, que cette économie du cycle ordinaire des prestations-redistributions et du cycle plus étalé dans le temps des avances-restitutions qui sont au cœur de la reproduction sociale. Il s'agit là, en fait, de trois formalités d'un même principe qui demeure celui de la dette communautaire.

En effet, si le don oblige, c'est que, ne pouvant (ou, dans les cas de figure plus complexes, ne le devant pas) être annulé d'un contre-don immédiat, il endette le donataire et le soumet à la domination (ne serait-ce que morale, symbolique et provisoire) du donateur (rappelons à ce sujet l'analyse de Mauss, selon laquelle il s'agit-là d'une logique universelle : celui qui donne provoque celui qui reçoit, le met dans l'obligation de rendre et affiche dans bien des cas sa supériorité sur lui)⁵⁵. Rapprochée à cette perspective socio-anthropologique, les offres de biens privés en campagne électorale se présentent comme un investissement conditionné par le suffrage des attributaires.

b) – Les offres de biens privés en tant que créance conditionnée par le suffrage des attributaires

En se fondant sur les pratiques des populations du Centre, du Sud et de l'Est du Cameroun, on peut dire que les offres de biens privés s'apparentent chez eux à l'instrument de prodigalité du riche qu'est le *Bilabà*, d'après le compte rendu qu'en donne Philippe Laburthe-Tolra précisant que: «l'essentiel de ce rituel est l'échange de produits rares offerts par l'homme riche (ou maintenant la femme riche) à perte, à son détriment, contre des produits locaux qui n'ont qu'une valeur symbolique»⁵⁶. Autrement dit, «le plus fort ou le plus riche se doit d'exhiber sa richesse ou sa force en répondant par une surenchère au don de l'inférieur; à ce titre, l'obtention d'une faveur de la part des invisibles repose sur l'espoir d'un profit pour les hommes, mais suppose toujours de la part de ces derniers un don au moins symbolique. Tout se paye dans cette société sans argent»⁵⁷.

Si donc la distribution des biens privés consiste à la fois, pour les candidats à payer une dette, plus ou moins généralisée et diffuse, dont ils sont involontairement redevables envers la communauté à laquelle ils s'adressent pour obtenir ses suffrages, c'est aussi, en ce qui les concerne, refaire à leur compte le même calcul rationnel, depuis le commencement du monde, consistant au fait que donner c'est aussi se créer un réseau diversifié d'obligés endettés qui devront à leur tour payer leur part de la

⁵⁴C'est qu'en réalité le don est bien une forme d'échange utilitariste. Mais comme le fait observer Pierre BOURDIEU, il est essentiel à son fonctionnement que cet aspect soit dénié, ce qui revient à dire que l'échange y relève d'une logique de la fétichisation, autrement dit de l'enchantement de l'économie, ici marquée sous la logique de l'honneur. Celle-ci a donc notamment pour fonction, tout se passant devant le tribunal de l'opinion publique, de renforcer le caractère obligatoire du cycle du don. Mais bien entendu, comme le souligne C. LEVI-STRAUSS, il y a plus dans l'échange que les choses échangées: il y a la relation d'échange elle-même, qui peut être la raison d'être essentielle de l'échange.

⁵⁵ Cette analyse demeure pertinente quand le cycle est ouvert sur l'initiative d'un inférieur : en ce cas, le

don est appel à contre-don et le supérieur ne s'y trompe pas, qui se sent obligé, sous peine de déchoir aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux. En ce cas cependant, la relation hiérarchique qui préexiste au cycle donne son sens véritable au don initial: demande d'assistance, de protection ou acte d'allégeance, il sera nécessairement suivi d'un contre-don d'une valeur réelle ou symbolique plus importante qui maintiendra le donateur initial dans un statut d'obligé : d'endetté.

⁵⁶LABURTHE-TOLRA (P.), *Les seigneurs de la forêt*, op. cit., p. 360.

⁵⁷LABURTHE-TOLRA (P.), *Initiations et sociétés secrètes au Cameroun*, op. cit., p. 304.

dette, mais cette fois sous la forme d'un suffrage favorable au créancier.

Mais là n'est pas la seule lecture socio-anthropologique des offres de biens privés en campagne électorale. Ils peuvent tout aussi bien relever d'un rituel de mise en relation du profane et du sacré.

2 – Un rituel de mise en relation du profane et du sacré

Sous une perspective inspirée du concept de rituel emprunté aux anthropologues⁵⁸, et les remarques d'Émile Durkheim sur la mise en relation du profane et du sacré dans les sociétés traditionnelles, il y a lieu de penser les biens offerts aux populations comme des offrandes pour s'attirer la bienveillance des puissances invisibles, dans le cadre d'une dialectique de la dépendance réciproque.

a) – Les offrandes aux puissances invisibles

Partant de ce que dans toute société africaine nul ne croit à la possibilité de relations de gratuité avec l'invisible, les dons apparents ne sont que des prêts déguisés que régit la règle du «*do ut des*» ou «*da ut dem*»⁵⁹; même si les considérations de prestige rectifient dans un sens commutatif les exigences de la justice distributive: le plus pauvre donne moins, le plus riche donne plus. «*De ce point de vue, la redistribution des biens et leur consommation ostentatoire (...), jouent auprès de la communauté visible le même rôle pacifiant que les sacrifices rituels offerts à l'invisible. Il s'agit toujours de souscrire une assurance ou d'en acquitter le rappel – étant bien entendu que cet aspect essentiel ne prétend pas épuiser toutes les significations possibles du sacrifice*»⁶⁰.

Ainsi, de même que la cérémonie religieuse est destinée à rendre un culte à un dieu pour le neutraliser, la fête électorale et le processus des élections lui-même, s'inscrivent dans une temporalité

particulière, on l'a vu. Les danses qui y interviennent sont aussi l'un des aspects de la pratique religieuse: tout rituel se manifeste par des danses. À ces deux premiers éléments de rapprochement, qui permettent, sinon d'assimiler la fête électorale à un rituel religieux, du moins d'admettre qu'elle en dérive en partie, les biens offerts aux populations en campagne électorale se présentent comme des offrandes pour l'appriivoiser ou calmer sa colère. A cela s'ajoute que le pouvoir, ceux qui l'exercent et ceux qui prétendent accéder à son exercice, appartiennent nécessairement à un univers particulier dans lequel n'entre pas le citoyen simple; cet univers comporte les traits essentiels du sacré (ce qui est interdit, séparé: d'où la pluralité de marques sensibles, et la spécificité des lieux d'exercice du pouvoir jusqu'aux uniformes, définissant les limites du monde des gouvernants). Or, comme il en est dans le champ religieux, l'accès à la sphère du sacré pour le citoyen ordinaire, n'est possible qu'à certaines conditions et à des moments particuliers et à travers des opérations bien définies. C'est précisément une fonction du rite, et la fête électorale en constitue une entrée cérémonielle, en reproduit, sur ce point, fidèlement les traits.

Si la vie quotidienne maintient le citoyen à distance du pouvoir et le place en relation d'altérité, le moment des élections au contraire, autorise un contact, qui ne saurait être possible, selon une première remarque de Durkheim, «sans que le profane perde ses caractères spécifiques, sans qu'il devienne lui-même sacré en quelque mesure et à quelque degré»⁶¹. Ainsi, le rite religieux situe le fidèle dans la dépendance de la divinité tandis que l'élection met formellement au moins, le postulant prodigue dans la dépendance des électeurs potentiels, puisque l'objet de l'élection consiste théoriquement à faire le

⁵⁸ Cf. FOUCAULT (M.), *L'ordre du discours*, op. cit.

⁵⁹ Rappelons en français la signification de cette formule latine: «*je te donne afin que tu me donnes*».

⁶⁰ LABURTHE-TOLRA (P.), *Initiations et société secrètes au Cameroun, essai sur la religion bête*, op. cit., p.13.

⁶¹ DURKHEIM (Émile), *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, P.U.F., 1968, pp 55-56.

choix entre plusieurs candidats et que chaque élection est un jugement porté sur la personnalité de chaque prétendant.

En adaptant cette démonstration inspirée par Durkheim au fonctionnement de la prodigalité électorale, il y a lieu d'inférer que: «*s'il est vrai que l'homme [le postulant] dépend de ses dieux [les électeurs potentiels], la dépendance est réciproque. Les dieux, eux aussi, ont besoin de l'homme ; sans les offrandes et les sacrifices [c'est-à-dire ici les biens offerts et distribués] ils mourraient*»⁶². Ce dont il s'agit relève de la dialectique de la dépendance réciproque.

b) – La dialectique de la dépendance réciproque

Dans le contexte des élections pluralistes depuis 1990, elle se traduit par l'éthos de la dette⁶³, qui rapproche plus qu'il ne sépare. Dans un terrain social et culturel ainsi marqué, la logique stratégique des énonciations de légitimation de la magnanimité du donneur prodigue s'appréhende mieux: sachant qu'elles n'arrivent pas en terrain vierge, ces énonciations épousent la logique communautaire à laquelle les attributaires sont sensibilisés depuis leur jeune âge. De façon stratégique en effet, la mobilisation des références collectives ou communautaires est prescrite par un souci d'efficacité. Mais, du fait que ces énonciations abondent dans le sens de la consolidation de cet enracinement de l'auditoire aux identités et appartenances vécues par lui comme naturelles, elles sont susceptibles de constituer des charges d'inertie entravant le progrès des mentalités que nécessite pourtant le pluralisme politique.

CONCLUSION

La question liminaire à cette investigation était la suivante: la victoire aux élections pluralistes au Cameroun est-elle imaginable sans la prodigalité du

postulant à une charge électorale publique ? L'hypothèse avancée était que le sens et la signification de cette forme politique sont ancrés à la fois dans les systèmes locaux de significations ainsi que dans les évolutions observables en milieu urbain. Hors de ces prédicats, on ne saurait répondre valablement à la question posée. Et pour donner forme à cette hypothèse, les développements qui précèdent présentent deux versants de la prodigalité électorale: le premier relève de la recherche d'efficacité alors que le second souligne l'insuffisance de ce processus par rapport à l'interrogation initiale. S'agissant de la recherche d'efficacité, la prodigalité électorale s'avère une nécessité dans le cadre d'une logique qui est davantage stratégique que communautaire. A travers elle, les prétendants au suffrage électoral récupèrent pour leur propre compte les éléments du système traditionnel de signification reposant sur un idiomme dominant: la dette communautaire. Dans la mesure où cette dette est de nos jours l'objet d'une problématisation constante et que la logique communautaire est l'objet d'une remise en cause par les effets multiples des crises en milieu urbain principalement, cela se traduit par des avatars de la dette qui se dessinent et se profilent dans les complexes d'attitude et de comportements: sans cesser d'adhérer à l'éthos de la dette dorénavant assumé délibérément comme éthique, c'est-à-dire comme valeur reconnue et prise en charge, mais réévaluée et repensée à la lumière d'expériences personnelles, de plus en plus nombreux sont ceux qui s'opposent à la logique communautaire fondée sur le principe de la dette. Dès lors les effets en retour, attendus de la prodigalité du prétendant à une charge électorale publique s'en trouvent nécessairement limités et insuffisants à justifier la victoire aux élections camerounaises.

⁶²*Ibid.*, pp. 52-53.

⁶³En rappel, l'éthos constitue, au sens le plus général, l'ensemble des valeurs que partagent les membres

d'un groupe et qui le caractérisent, dans la mesure où ces valeurs influent sur les comportements.

REFERENCES

- BACOT (Paul), *Dictionnaire du vote. Elections et délibérations*, Lyon, PUL, 1994, 191p.
- BALANDIER (Georges), *Le pouvoir sur scènes*, Paris, Balland, 1992, 169p.
- BAYART (J.- F.), *L'État en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, 1989, 439p.
- BAYART (Jean François), *L'État au Cameroun*, Paris, PFNSP, 1985, 348p.
- BAYART (Jean François), *L'illusion identitaire*, Paris, Fayard, 1996, 306p.
- BERLIOZ (Marc), *Le tiers livre*, tome 1, *du prologue au chap. XXVIII*, Paris, Didier érudition, 1994, 624p.
- BERTHELOT (J.M.), *L'intelligence du social. Le pluralisme explicatif en sociologie*, Paris, PUF, 1990, 249p.
- BOGUMIL (Jewsiewicki), «La mémoire», in COULON (Christian) et MARTIN (Denis C.), *Les Afriques politiques*, Paris, La Découverte, 1991, 294p.
- BOURDIEU (Pierre), (avec WACQUANT (L.)), *Réponses*, Paris, Seuil, 1992, 267p.
- BOUTEILLER (Marcelle), *Sorciers et jeteurs de sort*, Paris, Plon, 1958, 230p.
- BRAUD (Philippe), *Sociologie politique*, Paris, LGDJ, 1998, 480p.
- BURDEAU (Georges), *La politique au pays des merveilles*, Paris, P.U.F., 1979, 205p.
- COTTA (Alain), «Éléments pour une théorie des conflits», in *Revue d'économie politique*, 1977, n°1, p.70.
- COUSSY (J.), VALLIN (J.), dir., *Crise et population en Afrique. Crises économiques, politiques et d'ajustement et dynamiques démographiques*, Paris, CEPED, 1996, 580p.
- DURKHEIM (É.), *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, P.U.F., 1968, 647p.
- DUVIGNAUD (Jean), «La fête civique» in DUMUR (G.), éd., *Encyclopédie des spectacles*, Paris, Gallimard, 1965.
- EDELMAN (Murray), *Pièces et règles du jeu politique*, Paris, Seuil, 1991 (trad.).249p.
- ENGUELEGUELE (M), «L'explication du vote dans les systèmes politiques en transition d'Afrique subsaharienne: éléments critiques et perspectives de développement», *Polis*, 1990, 18p.
- FAVRET-SAADA (Jeanne), *Les mots, la mort et les sorts*, Paris, Gallimard, 1977, 332p.
- FOUCAULT (Michel), *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971, 83p.
- FREUD (Julien), *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1976, 380p.
- FRIEDBERG (E.), *Le pouvoir et la règle. Dynamique de l'action organisée*, Paris, Seuil, 1993. 404p.
- GIRARD (R.), *Des choses cachées depuis la création du monde*, Paris, Grasset, 1978.
- GIRARD (R.), *La violence et le sacré*, Paris Grasset, col. Pluriel, 1972, 446p.
- IKELLE-MATIBA (Jean), *Cette Afrique-là*, Paris, Présence Africaine, 1963.
- LABURTHE-TOLRA (Philippe), *Initiations et sociétés secrètes au Cameroun, essai sur la religion bëti*, Paris, Editions Karthala, 1985, 437p.
- LABURTHE-TOLRA (Philippe), *Les seigneurs de la forêt, essai sur le passé historique, l'organisation sociale et les normes éthiques des anciens Bëti du Cameroun*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1981, 489p.
- MARIE (Alain), «État, politique urbaine et société civile. Le cas africain», *Revue Tiers Monde*, XXIX, 116, oct.-déc. 1988 : 1147-1169.
- MARTIN (Denis Constant); «À la recherche des cultures politiques de quelques tendances de la politologie française», *Cahiers internationaux de sociologie*, 87, 1989.
- MARTIN (Denis Constant); «À la quête des OPNI, comment traiter l'invention du politique», *Revue française de science politique*, 39 (6), 1989.
- MAUSS (Marcel), *Esquisse d'une théorie générale de la magie*, Paris, PUF, *Année sociologique*, 1902-1903.

MAUSS (Marcel), *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Paris, PUF, coll. «Quadrige Grands textes», 2007, 248p.

MAYER (Nonna), PERRINEAU (Pascal), *Comportements politiques*, Paris, A. Colin (Coll. Cursus), 1992, 160p.

MENTHONG (H.L.), «Vote et communautarisme au Cameroun: un vote de cœur, de sang et de raison», *Politique Africaine*, 1998, 13p;

PROUZET (Michel), *Le Cameroun*, Paris, LGDJ, 1974.

RANCIERE (Jean), *Esthétiques du peuple*, Paris, La Découverte, 1985.

REYNAUD (J. D.), *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A. Colin, 1989, 306p.

RIVIERE (Claude), *Les liturgies politiques*, Paris, P.U.F., 1988.

SIMON (Alfred), *Les signes et les songes, essai sur le théâtre et la fête*, Paris, le Seuil, 1976, 283p.

SINDJOUN (L.), «Elections et politique au Cameroun: Concurrence déloyale, Coalitions de stabilité hégémonique et Politique d'Affection», *African journal of political science* (1997), Vol.2, n°1, 89-121.

SINDJOUN (L.), «Le Cameroun: Le système politique face aux enjeux de la transition démocratique (1990-1993)», Paris, Karthala, 1994, pp. 143-165.

SINDJOUN (L.), COURADE (G), «Le Cameroun dans l'entre-deux», *Politique Africaine*, 62, juin 1996.

SINDJOUN (L.), «La Cour suprême, la compétition politique et la continuité électorale au Cameroun» *Africa Development*, Vol. XIX, N°2, 1994, pp. 21-69.

TERRAIL (Jean pierre), «La pratique sorcière», *Archives des sciences sociales des religions*, 48, 1, 1979.

TERRAY (E.), (dir.), *L'Etat contemporain en Afrique*, Paris, L'Harmattan, «Logiques sociales», 1987. 418p.

WEBER (Max), *Économie et société*, Paris, Plon, 1971[1922], 410p.

WUNENBERGER (J.J.), *La fête, le jeu et le sacré*, Paris, éditions Universitaires, 1977, 316p.

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DÉCENTRALISÉES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : ÉTUDE COMPARÉE DES DROITS CAMEROUNAIS ET TCHADIEN.

Par

Professeur ALIYOU Sali,

Maître Assistant CAMES, Maître de Conférences de Droit public, Université de Dschang,

et

Djamto GALY,

Doctorant en Droit public, Consultant-formateur et Président de l'Association des Juristes de l'Environnement du Tchad (A.J.E.T).

RÉSUMÉ

Le régime de protection de l'environnement présente des similitudes au Cameroun et au Tchad. En effet, dans les ordres juridiques des deux (02) États, la protection de l'environnement est une compétence partagée entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées. Désormais, les actions de ces dernières en faveur de la préservation de l'environnement sont formellement consacrées. Leur habilitation à garantir l'environnement résulte aussi bien de la loi que de certains principes de protection de l'environnement. En outre, le législateur leur a expressément transféré des compétences générales et spécifiques en la matière. Toutefois, la protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes est substantiellement résiduelle. Qualitativement, cette protection est limitée en raison de la restriction des domaines d'intervention des collectivités territoriales décentralisées en matière d'environnement et de la faiblesse de leurs actions. Ce caractère moins important se justifie par l'exiguïté de l'autonomie administrative des collectivités territoriales décentralisées et la modicité de leur autonomie financière.

Mots-clés : Protection – Environnement - Collectivités Territoriales Décentralisées - Afrique noire francophone - Droit Camerounais - Droit Tchadien.

ABSTRACT

There are similarities between the environmental protection system in Cameroon and Chad. Indeed, in the legal orders of the two (02) States, environmental protection is a competence shared between the State and the decentralized local authorities. The latter's actions to preserve the environment are now formally enshrined. Their authority to guarantee the environment is based on both the law and certain principles of environmental protection. In addition, the legislator has expressly transferred to them general and specific powers in this area. However, environmental protection by decentralized local authorities in Cameroon and Chad is substantially residual. Qualitatively, this protection is limited due to the restriction of the domains of intervention of the decentralized local authorities in environmental matters and the weakness of their actions. This lesser importance is justified by the limited administrative autonomy of decentralized local authorities and their modest financial autonomy.

Key-words: *Protection-Environment- Decentralized Local Authorities-French speaking Black Africa-Cameroon Law-Chadian Law.*

INTRODUCTION

La recherche de la meilleure forme d'organisation de la collectivité humaine a toujours fait l'objet des préoccupations. Pour l'Afrique, longtemps comprimée entre des siècles d'esclavage et de colonisation, il a fallu attendre le début des années 60 pour assister à la reconnaissance des États africains, produits de la colonisation¹. Si pour beaucoup de pays, comme la France, la décentralisation est entrée très tôt dans les mœurs politiques, la situation est loin d'être la même pour les jeunes États d'Afrique.

En effet, ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que les États africains se sont illustrés par leur engagement en faveur des politiques de décentralisation, pilier important des réformes institutionnelles plus larges². Les années 90 ont marqué l'avènement de la démocratisation dans les pays d'Afrique. Il en résulte que des années 60 aux années 90, la majorité de ces États existaient sous l'emprise de la centralisation, puis de la déconcentration, deux techniques d'administration de l'État³.

Le Professeur Célestin KEUTCHA TCHAPNGA affirmait en ce sens qu'« *en Afrique subsaharienne, le pouvoir de l'État a longtemps été en droit et en fait, le pouvoir des institutions centrales.*

Cette centralisation excessive qui s'accompagnait d'une concentration du pouvoir tant politique qu'économique dans la capitale est progressivement entrain de céder la place à une nouvelle formule de décentralisation qui multiplie les lieux de décision et accroît les pouvoirs installés dans la périphérie par rapport à ceux du centre »⁴.

Il faut dire qu'en Afrique, le processus de décentralisation est, pour les uns, imposé et, pour les autres, mis en branle aux fins de renforcer la démocratie et la bonne gouvernance au niveau local. Ce processus de décentralisation ne se fait pas sans les entités décentralisées auxquelles une panoplie de compétences a été transférée par l'État, avec les ressources financières nécessaires à leur bon fonctionnement⁵.

En Afrique noire francophone, et singulièrement au Cameroun et au Tchad, l'érection de la décentralisation en une option ayant valeur constitutionnelle date des années 90⁶, même si l'expérience communale y remonte aux années pré-indépendance. Leurs constitutions reconnaissent aux collectivités territoriales décentralisées des compétences de protection de l'environnement.

Cette reconnaissance est bien évidemment due à l'importance de la

¹ C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Désétatisation et nouvelle configuration du pouvoir en Afrique subsaharienne », *La Revue du CERDIP*, vol. 3, n° 5, janvier-juin 2007, p. 36.

² P. HUGON, « Les effets des politiques d'ajustement sur les structures politiques africaines », in G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers la démocratie. Actes du colloque de Paris*, 11-13 décembre 1990, Paris, Economica, 1993, pp. 89 et s.

³ F. FEVRIER, « Déconcentration et décentralisation en matière de protection de l'environnement », *Revue juridique de l'Ouest*, n° spécial, 1992, p. 93.

⁴ C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Désétatisation et nouvelle configuration du pouvoir en Afrique subsaharienne », *op. cit.*, p. 39.

⁵ *Ibid.*, p. 51.

⁶ Au Cameroun, cf. art. 55 de la Constitution du 18 janvier 1996. Au Tchad, cf. art. 2 de la Constitution du 31 mars 1996.

protection de l'environnement. C'est ainsi qu'au Cameroun, comme au Tchad, le rôle des collectivités territoriales décentralisées en matière de protection de l'environnement fait l'objet d'une constitutionnalisation⁷ par le constituant avant d'être repris par le législateur⁸ et défini par le pouvoir réglementaire⁹. C'est dans l'optique d'apprécier, dans une démarche comparative, ces compétences reconnues à ces entités que cette étude est libellée : « *La protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées en Afrique noire francophone : étude comparée des droits camerounais et tchadien* ». Pour mieux l'aborder, il y a lieu d'apporter des clarifications sur les concepts clés de la réflexion, à savoir : *la protection de l'environnement et les collectivités territoriales décentralisées*.

La protection de l'environnement englobe « *toutes les actions de sauvegarde proprement dites des milieux naturels et artificiels, mais également tous les aspects liés à la gestion rationnelle des ressources, à la*

prévention et à la réparation des atteintes au cadre de vie, englobant éventuellement la protection des monuments et des sites et de l'urbanisme de manière accessoire dans le cadre de l'écologie dite urbaine »¹⁰. Au Cameroun et au Tchad, elle est l'affaire de tous, y compris celle des collectivités territoriales décentralisées.

La notion de collectivité territoriale est apparue dans les textes constitutionnels avec la Constitution de 1946 en France, tant dans le projet d'avril 1946 dont le titre 10 s'intitule « *les collectivités locales* » que dans le texte définitif de cette Constitution dont le titre 10 est intitulé « *les collectivités territoriales* »¹¹. Cet intitulé est repris par la Constitution de 1958 à son titre 11. En revanche dans l'art. 34, il est fait mention de la « *libre administration des collectivités locales* ». Du coup, la controverse est née au sein de la doctrine et la question s'est posée de savoir si ces deux (02) expressions sont distinctes ou si elles doivent être employées l'une pour l'autre sans distinction.

⁷ On peut lire dans le préambule de la Constitution camerounaise de 1996 que : « *Toute personne a droit à un environnement sain. La protection de l'environnement est un devoir pour tous. L'État veille à la défense et la promotion de l'environnement* ». « *Un devoir pour tous* », y compris les collectivités territoriales décentralisées.

Au Tchad, cf. les art. 47, 48 et 52 de la Constitution du 31 mars 1996 et les art. 51 et 57 de la Constitution du 17 décembre 2023.

⁸ Au Cameroun, cf. art. 3 de la loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement. Au Tchad, se référer entre autres aux lois n° 14/PR/98 du 17 août 1998 définissant les principes généraux de l'environnement (abrogée par la loi n° 023/CNT/2024 du 15 octobre 2024 portant protection de l'environnement), n° 033/PR/2006

du 11 décembre 2006 portant répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées (abrogée par la loi organique n° 028/CNT/2024 du 4 novembre 2024) et n° 14/PR/2008 du 10 juin 2008 portant régime des forêts, de la faune et des ressources halieutiques.

⁹ Aussi bien au Cameroun qu'au Tchad, on dénombre une pléthore de décrets et d'arrêtés reconnaissant des compétences aux collectivités autonomes en matière environnementale.

¹⁰ L. CHIKHAOUI, *Le financement de la protection de l'environnement*, Thèse, Université de Paris I, 1996, p. 15.

¹¹ L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in F. MODERNE (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 24.

De toutes les façons, les collectivités territoriales sont des entités de droit public correspondant à des groupements humains géographiquement localisés sur une portion du territoire national, auxquels l'État a conféré la personnalité juridique et le pouvoir de s'administrer par les autorités élues¹². Leur appellation peut varier d'un État à un autre. Elles sont désignées sous le vocable de « *collectivités territoriales décentralisées* » au Cameroun. La même appellation était consacrée au Tchad, jusqu'à l'adoption de la Constitution du 4 mai 2018 (abrogée) qui les fait appeler désormais « *collectivités autonomes* »¹³. Par commodité de langage, elles seront, sauf pour besoin de précision, désignées invariablement ci-après « *collectivités territoriales décentralisées* ».

Par ailleurs, les catégories des collectivités territoriales décentralisées varient, elles aussi, d'un État à l'autre. Au Cameroun, certaines sont créées par la Constitution. Il s'agit, selon l'art. 55 al. 1^{er} de la Constitution¹⁴, des communes ordinaires et des régions situées dans la partie francophone du Pays. D'autres par contre, en l'occurrence la communauté urbaine¹⁵ et les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest bénéficiaires du statut spécial¹⁶, sont créées par le législateur sur habilitation de la Constitution¹⁷. Au

Tchad, depuis la révision de la Constitution du 4 mai 2018, il existe deux types de collectivité territoriale décentralisée : les provinces et les communes¹⁸.

De manière évidente, les collectivités territoriales décentralisées apparaissent comme des actrices importantes au Cameroun et au Tchad en matière de protection de l'environnement depuis 1996 par la constitutionalisation des préoccupations environnementales, respectivement par la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 et la Constitution du 31 mars 1996. Ces différentes dates constituent le point de départ de la présente étude dont le point d'arrivée est 2025.

Pendant, l'on se pose la question suivante : **comment la protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées est-elle encadrée en droits camerounais et tchadien ?**

Cette interrogation est pertinente dans la mesure où elle inscrit la réflexion dans une démarche comparative indiquée pour ce type de sujet de recherche. C'est donc fort opportunément que la méthode comparative est d'abord utilisée pour apporter des éléments de réponse à la question posée. Elle permet de mobiliser des éléments de comparaison entre la

¹² R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 137.

¹³ La Constitution du 17 décembre 2023, adoptée par référendum, conserve cette appellation (art. 2).

¹⁴ Cet art. dispose en substance que : « les *collectivités territoriales décentralisées* sont les *régions et les communes* ».

¹⁵ Voir à ce sujet la loi du 15 juillet 1987.

¹⁶ Cf. loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant CGCTD. Pour mieux s'enquérir des

spécificités liées au statut spécial des régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest, lire avec intérêt S. ALIYOU, « Les statut spécial des régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest au Cameroun », *RADP*, vol. XI, n° 26, Spécial 2022, pp. 65-95.

¹⁷ Art. 55 al. 2 : « *Tout autre type de collectivité est créé par la loi* ».

¹⁸ Art. 212 de la Constitution révisée du 4 mai 2018. Dans la Constitution du 17 décembre 2023 en vigueur, cf. art. 254.

protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées au Cameroun et au Tchad et d'en tirer systématiquement des conséquences. Aussi, parce qu'il est communément admis que « *le droit est entièrement contenu dans la loi et le juriste doit seulement l'en extraire en recherchant la volonté du législateur* »¹⁹. Ensuite, la méthode juridique²⁰ est mobilisée pour examiner les sources du droit portant sur les compétences des collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes en matière de protection de l'environnement. Enfin, le recours à la méthode historique permet de prendre en compte l'évolution de leur rôle en matière de protection de l'environnement.

Ces méthodes sont complétées par la technique documentaire et l'observation neutre. La première donne l'occasion d'exploiter les travaux de la doctrine et divers documents sur la protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées dans les États objet de la présente étude. La seconde, quant à elle, aide à voir les activités quotidiennes de protection de l'environnement réalisées sur le terrain par les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes.

Ces outils méthodologiques justifient l'hypothèse de recherche suivante : **la protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées est encadrée de manière quasi-identique en droits camerounais et tchadien.** Cela signifie qu'il existe une certaine

convergence des règles juridiques qui régissent la protection de l'environnement par ces entités. À ce propos, les ordres juridiques camerounais et tchadien reconnaissent formellement la protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées **(I)**. Mais, dans les deux (02) États, cette protection affirmée est substantiellement résiduelle **(II)**.

I. UNE PROTECTION FORMELLEMENT CONSACRÉE

La protection de l'environnement implique de recourir à un large encadrement juridique qui règlemente des activités susceptibles de porter atteinte à l'environnement. Mais par-dessus tout, il est nécessaire que les textes juridiques responsabilisent divers acteurs à la protection de l'environnement. C'est ainsi que les collectivités territoriales décentralisées sont habilitées à protéger l'environnement **(A)** suivant des compétences qui leur sont expressément transférées **(B)**.

A. L'HABILITATION CERTAINE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DÉCENTRALISÉES À PROTÉGER L'ENVIRONNEMENT

Une kyrielle de textes reconnaît aux collectivités territoriales décentralisées des compétences en matière de protection de l'environnement. Dans les ordonnancements juridiques camerounais et tchadien, elles sont habilitées à protéger l'environnement,

¹⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 244.

²⁰ Dans ses variantes que sont la dogmatique, l'exégèse et la casuistique.

aussi bien par la loi (1) que par un certain nombre de principes (2).

1. L'habilitation par la loi

Appréhendée au sens large, la loi comprend toutes les règles juridiques constituant le droit applicable. En matière de protection de l'environnement, le socle de l'habilitation légale des collectivités territoriales décentralisées est de deux ordres : d'une part les lois à vocation générale (a) et d'autre part les lois à vocation sectorielle (b).

a. Les lois à vocation générale

Les lois dites à vocation générale sont celles qui encadrent les matières auxquelles elles se rapportent dans leur ensemble. En matière environnementale et plus spécifiquement, en matière de protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées, deux lois s'illustrent : la loi fondamentale qu'est la Constitution et la loi-cadre en matière environnementale.

La loi fondamentale, c'est la Constitution. C'est elle qui irrigue l'ordre juridique de l'État et qui règle elle-même sa propre création, détermine comment une autre norme doit être créée et aussi, mais dans une mesure variable, quel doit en être le contenu²¹. En Afrique noire francophone, les États ont pour la plupart constitutionnalisé l'obligation de tous de protéger l'environnement, les collectivités territoriales décentralisées comprises²².

²¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, pp. 122-123.

²² Constitutions du Bénin : art. 27 ; du Burkina Faso : art. 29 ; de la République du Congo : art. 41 ; de la Côte d'Ivoire : art. 27 ; de la République Démocratique du Congo : art. 53 ; etc.

²³ La Constitution ne donne pas explicitement les compétences aux collectivités territoriales décentralisées en matière environnementale. Ce

Contrairement à la France qui a choisi la voie d'une Charte de l'environnement adossée à la Constitution de 1958, le Cameroun quant à lui a opté pour l'inscription directe des préoccupations environnementales dans la Constitution. Toutefois, c'est de manière implicite que cette Constitution habilite les collectivités territoriales décentralisées à participer à la protection de l'environnement²³. Tout comme le Cameroun, le constituant tchadien a pris une position claire par rapport à l'environnement et la participation des collectivités territoriales décentralisées à sa protection. L'art. 57 al. 2 de la Constitution dispose sans ambiguïté que : « *L'État et les Collectivités autonomes veillent à la défense et à la protection de l'environnement* ».

La loi-cadre, quant à elle, est par définition une « *loi qui se borne à poser des principes généraux et laisse au gouvernement le soin de les développer en utilisant son pouvoir réglementaire* »²⁴. Au Cameroun, c'est la loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement qui « *fixe le cadre juridique général de la gestion de l'environnement* »²⁵. Au Tchad, il s'agit de la loi n° 023/CNT/2024 du 15 octobre 2024 portant protection de l'environnement, abrogeant la loi n° 14/PR/98 du 17 août 1998 définissant les

n'est que dans son préambule qu'on peut lire : « *La protection de l'environnement est un devoir pour tous* ». Dans « *tous* », il faut inclure les collectivités territoriales décentralisées.

²⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 663.

²⁵ Art. 1^{er} de la loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement au Cameroun.

principes généraux de la protection de l'environnement, qui « a pour objectifs d'établir les règles et principes destinés à la gestion durable de l'environnement, sa protection contre toutes les formes de dégradation, afin de sauvegarder et de valoriser l'exploitation des ressources naturelles et d'améliorer les conditions de vie de la population dans le respect des relations entre l'Homme et le milieu ambiant ou naturel »²⁶.

Au regard des orientations générales que donnent les lois à vocation générale, il revient aux lois à vocation sectorielle de les vivifier dans divers secteurs de l'environnement.

b. Les lois à vocation sectorielle

Il existe plusieurs lois sectorielles qui attribuent des compétences aux collectivités territoriales décentralisées en matière environnementale. On peut toutefois les scinder en deux catégories : d'une part les lois portant sur la décentralisation et d'autre part, celles dédiées à l'environnement.

S'agissant d'abord des lois portant sur la décentralisation qui confèrent aux collectivités territoriales décentralisées des compétences en matière de protection de l'environnement, on peut citer au Cameroun la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code Général des Collectivités Territoriales Décentralisées (CGCTD)²⁷. Au Tchad, c'est la loi organique n° 028/CNT/2024 du 4 novembre 2024 portant répartition des compétences entre l'État et les Collectivités autonomes, abrogeant la loi

n° 033/PR/2006 du 11 décembre 2006.

Pour ce qui est des lois dédiées à l'environnement, il existe au Cameroun des lois sectorielles qui donnent explicitement des compétences aux collectivités territoriales décentralisées. Sans être exhaustif, on peut relever la loi n° 94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts de la faune et de la pêche, la loi n° 2016/017 du 14 décembre 2016 portant Code minier et la loi n° 98/015 du 14 juillet 1998 relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes.

Au Tchad, les lois sectorielles de l'environnement ne leur donnent compétence qu'en matière de ressources naturelles renouvelables et plus précisément, en matière de ressources halieutiques²⁸.

Il suit de ce qui précède que les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes sont habilitées à protéger l'environnement aussi bien par les lois à vocation générale que celles à vocation sectorielle. Toutefois, il ne faut pas occulter les règles principielles qui occupent une place importante en droit de l'environnement.

2. L'habilitation par les principes de protection de l'environnement

Les principes de protection de l'environnement ont joué un rôle majeur dans le développement du droit de l'environnement. Certains de ces principes s'accommodent pleinement

²⁶ Art. 3 de la loi n° 023/CNT/2024 du 15 octobre 2024 portant protection de l'environnement.

²⁷ Il abroge partiellement les lois dites de la décentralisation, en l'occurrence la loi n° 2001/017 du 22 juillet 2004 d'orientation de la décentralisation, la loi n° 2004/018 du 22 juillet

2004 fixant les règles applicables aux communes et la loi n° 2004/019 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux régions.

²⁸ Cf. loi n° 14/PR/2008 du 10 juin 2008 portant régime des forêts, de la faune et des ressources halieutiques.

dans le cadre de la décentralisation. C'est le cas du principe du droit à un environnement sain (a) et de celui de participation (b).

a. Le principe du droit à un environnement sain

Tout comme le droit à la paix, à la culture et au développement, le droit à un environnement sain appartient à la troisième génération des droits de l'Homme, marquée par la notion de solidarité intergénérationnelle²⁹. En Afrique, plus de 35 pays reconnaissent le droit à un environnement sain dans leurs constitutions. En octobre 2021, le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies a adopté une résolution reconnaissant le droit de l'Homme à un environnement sain³⁰. Plus récemment, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté majoritairement, en date du 28 juillet 2022, la résolution A/76/L.75 consacrant le droit à un environnement propre, sain et durable. Ces résolutions emportent un certain nombre de conséquences juridiques.

D'une part, la reconnaissance d'un droit à un environnement sain implique le respect des droits procéduraux, tels que le droit d'accès aux informations environnementales, de participer à la prise de décision sur les questions environnementales et d'avoir accès à la

justice en matière d'environnement.

D'autre part, ce droit a également une composante substantielle car, par définition, le droit à un environnement sain, quelle que soit sa formulation précise, protège les éléments de l'environnement naturel qui permettent une vie digne. Il englobe à cet effet la préservation des droits humains fondamentaux tels que les droits à la vie, à l'eau potable, à l'alimentation, à la santé, etc.

Les collectivités territoriales décentralisées, qui sont des piliers du développement local, ont sans doute un rôle à jouer dans la protection du droit de troisième génération qu'est le droit à un environnement sain.

Au Cameroun, le constituant ne reconnaît pas explicitement leur implication dans la préservation du droit des citoyens à un environnement sain. Le législateur, quant à lui, prescrit le droit à un environnement sain comme un contenu obligatoire des lois et règlements³¹.

Au Tchad, par contre, le constituant est plus explicite que son homologue camerounais. En effet, la Constitution tchadienne garantit à toute personne le droit à un environnement sain³² et confie la responsabilité d'y veiller aussi bien à l'État qu'aux collectivités territoriales

²⁹ Les droits de 1^{ère} génération sont de nature politique et civile, ceux de la 2^e génération sont d'ordre social et économique. Cf. P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 214. Lire aussi à ce sujet, D. ROUSSEAU, « Les droits de l'homme de la troisième génération », *R.I.E.J.*, n° 19, 1987, p. 19 ; L. HENNEBEL, « Typologies et hiérarchie(s) des droits de l'Homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 26, 2010, pp. 426.

³⁰ Cette résolution a été adoptée par 43 dont 13 pays africains parmi lesquels figure le Cameroun.

Les autres pays africains ayant voté en faveur de la résolution sont les suivants : Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Érythrée, Gabon, Libye, Malawi, Mauritanie, Namibie, Sénégal, Somalie, Soudan et Togo.

³¹ Art. 5 de la loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement : « Les lois et règlements doivent garantir le droit de chacun à un environnement sain et assurer un équilibre harmonieux au sein des écosystèmes et entre les zones urbaines et les zones rurales ».

³² Art. 51 de la Constitution du 17 décembre 2023.

décentralisées³³.

Bien que n'étant que des actrices secondaires de protection de l'environnement, après l'État, les collectivités territoriales décentralisées veillent tout de même, dans leurs circonscriptions respectives, à la préservation du droit à un environnement sain et cela, dans le cadre d'un autre principe du droit de l'environnement : le principe de participation.

**b. Le principe de participation :
la co-administration**

La participation pose le problème des catégories participantes et des formes de participation. En réalité, la protection de l'environnement ne s'accommode d'aucune forme d'exclusion. Toute politique de défense et de promotion de l'environnement doit prendre en compte l'exclusivité des couches sociales³⁴. Le principe de participation, lui, est un principe selon lequel toute personne a le droit d'accéder aux informations détenues par les autorités publiques et d'être informée des projets de décisions ayant une incidence sur l'environnement

dans des conditions lui permettant de formuler ses observations qui seront prises en considération par l'instance compétente³⁵.

C'est à cet égard, le principe de participation, un corolaire du principe de l'information. Son importance en matière de protection de l'environnement n'échappe à personne, ce d'autant plus que la réalisation des politiques publiques en matière environnementale requiert la participation active de la population³⁶. C'est à l'évidence un principe qui préconise que toute la décidabilité ne se trouve pas concentrée entre les mains des pouvoirs publics, mais plutôt que la collectivité tout entière soit dépositaire du pouvoir décisionnel³⁷. C'est à ce titre que la problématique de l'accès à l'information et de la participation du public au processus décisionnel en matière environnementale, fait l'objet de la Convention d'Aarhus de 1998 qui incombe cette responsabilité aux autorités publiques.

Au Cameroun³⁸ tout comme au Tchad³⁹, on peut trouver dans la

³³ Art. 57 al. 2 de la Constitution du 17 décembre 2023.

³⁴ J.-J. ANDELA, « Les implications juridiques du mouvement constitutionnel du 18 janvier 1996 en matière d'environnement au Cameroun », *RJE*, n° 4, 2009, p. 425.

³⁵ F. GILLET-GOINARD et C. MONAR, *Toute la fonction qualité, santé-sécurité, environnement*, Paris, DUNOD, 2015, p. 28.

³⁶ F. AMALRI, « Un faux débat ? », in F. GENDREAU, P. GUBRY et J. VERON (dir.), *Populations et environnement dans les pays du Sud*, Paris, Éditions KARTHALA-CEPED, 1996, p. 71.

³⁷ S. ALIYOU et D. GALY, *Le droit de l'environnement des États de la CEMAC. Le cas du Tchad*, Paris, L'Harmattan, coll. Études africaines, 2022, p. 105.

³⁸ Cf. les textes juridiques suivants : loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement (art. 7 al. 1 ; 9 al. e (1)) ; loi n° 2016/017 du 14 décembre 2016 portant Code minier (art. 43 al. 5 ; 80 al. 2 (1) ; 37 ; chap. 7 du titre 5 ; art. 200 ; 213 al. 1(7) ; 223 ; 229) ; décret n° 2013/0171/PM du 14 février 2013 fixant les modalités de réalisation des études d'impact environnemental et social (art. 10(8) ; 12(6) ; 18 al. 2(1) ; 20 ; 21 al. 1 ; 22 ; 23 ; 24 al. 1) ; et décret n° 2013/0172/PM du 14 février 2013 fixant les modalités de réalisation de l'audit environnemental et social (art. 4(9) ; 9 ; 10 al. 1 ; 12).

³⁹ Cf. les art. 10 du décret n° 529/PR/PM/MCD/2011 du 1^{er} juin 2011 portant création et attributions des services des collectivités territoriales décentralisées ; 34 du décret n° 630/PR/PM/MERH/2010 du 4 août 2010

législation des éléments illustratifs du rôle des collectivités territoriales décentralisées dans l'information du public sur des questions environnementales.

Cette diversité de sources classiques et principielles qui les habilite à protéger l'environnement, leur confèrent diverses compétences. Ces compétences qui leur sont expressément transférées sont cependant variables.

B. LE TRANSFERT EXPRESS DES COMPÉTENCES AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DÉCENTRALISÉES EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

Les collectivités territoriales décentralisées reçoivent leurs compétences en matière environnementale par le biais des normes assez diverses. Lesquelles normes leur confèrent d'une part, des compétences générales en matière de préservation de l'environnement (1) et d'autre part, des compétences spécifiques en matière de répression des atteintes environnementales (2).

1. Les compétences générales en matière de préservation de l'environnement

Encouragée par les instances internationales, consacrée par le constituant et diversement reprise à la fois par le législateur et le pouvoir réglementaire, la préservation de l'environnement joue un rôle à la fois préventif, dissuasif et curatif⁴⁰. Les

compétences générales des collectivités territoriales décentralisées en la matière se présentent sous une double dimension : compétences préventives ou de promotion (a) et compétences de protection (b).

a. Les compétences préventives ou de promotion de l'environnement

Les compétences préventives ou de promotion des collectivités territoriales décentralisées en matière environnementale entrent en droite ligne du principe de prévention, lequel est considéré comme un droit d'évidence parce qu'il vise à « empêcher la survenance d'atteintes à l'environnement dont les risques sont connus ou prévisibles par des mesures adoptées a priori avant la réalisation d'un ouvrage ou d'une activité »⁴¹. À la lecture attentive des législations camerounaise et tchadienne, il ressort que ces entités disposent des compétences y relatives.

D'abord, dans leur dimension assurant une promotion indirecte de l'environnement, leurs compétences préventives intéressent l'éducation et la sensibilisation environnementales.

Au Cameroun, l'éducation et la sensibilisation font à égalité l'objet d'une préoccupation politique, traduite par la consécration de tout une Sous-Direction à ces questions au sein du Ministère en charge de l'Environnement. Pour ce qui concerne les compétences des collectivités territoriales décentralisées en la matière, on peut souligner le rôle qu'elles jouent en matière d'éducation de

portant réglementation des études d'impact sur l'environnement.

⁴⁰ M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, EDICEF/AUPELF, 1996, p. 17.

⁴¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 846.

base⁴².

Au Tchad, l'éducation de manière générale demeure l'un des domaines de prégnance de l'État⁴³. Cependant, les collectivités territoriales décentralisées se voient aussi transférer des compétences en la matière⁴⁴. En matière d'éducation environnementale cependant, elles tiennent leurs compétences de la loi-cadre qui prescrit l'éducation, l'information et la formation initiale et continue « à tous les niveaux de façon à susciter des comportements responsables vis à vis de la préservation, de la restauration et de la mise en valeur de l'environnement au service du développement durable »⁴⁵ et désigne à cet effet « les services compétents et tous ceux qui interviennent dans le processus de développement »⁴⁶.

C'est sur la base de ces dispositions légales que le décret n° 378/PR/PM/MAE/2014 du 5 juin 2014 portant promotion de l'éducation environnementale au Tchad reconnaît,

bien qu'implicitement, des compétences aux collectivités territoriales décentralisées en matière d'éducation environnementale. En effet, ce décret postule en son art. 5 que « *les institutions publiques et privées ayant en charge l'enseignement, la communication ou la recherche participent à l'éducation et à la formation des citoyens aux problèmes environnementaux (...)* »⁴⁷.

Ensuite, dans leur dimension assurant une promotion directe de l'environnement, les compétences préventives des collectivités territoriales décentralisées se présentent sous une double déclinaison : d'une part, les compétences permettant une promotion passive et d'autre part, celles favorisant une promotion active.

Primo, en ce qui concerne leurs compétences en matière de promotion active de l'environnement, l'on observe un ensemble de textes y relatifs, que ce soit au Cameroun⁴⁸ ou au Tchad⁴⁹.

Secundo, quant à leurs compétences

⁴² Cf. les textes juridiques suivants : art. 161 (a) du CGCTD pour les communes et art. 271 (a) pour les régions ; art. 1^{er} du décret n° 2010/0247/PM du 26 février 2010 précité fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'État aux communes en matière d'éducation de base.

⁴³ Art. 39 de la Constitution du 17 décembre 2023 : « *L'État assure la promotion et le développement de l'enseignement public général, technique et professionnel* ».

⁴⁴ Art. 40 de la Constitution. Pour les compétences transférées, se référer aux art. 2 al. 1^{er}, 27 et 38 de la loi organique n° 028/CNT/2024 du 4 novembre 2024 portant répartition des compétences entre l'État et les Collectivités autonomes.

⁴⁵ Art. 40 de la loi n° 023/CNT/2024 du 15 octobre 2024 portant protection de l'environnement.

⁴⁶ Art. 41 de la loi n° 023/CNT/2024 précitée.

⁴⁷ Si l'on s'accorde avec G. CORNU pour dire qu'une « *collectivité est une institution*

administrative à base territoriale qui, par opposition aux simples circonscriptions, est dotée de la personnalité juridique et qui, par opposition aux établissements publics territoriaux, jouit d'une compétence générale de gestion » et que c'est un terme « *couramment employé dans les expressions "collectivités territoriales" ou "collectivités locales" pour désigner les communes, les départements, etc.* », on peut affirmer que toute collectivités territoriales décentralisées est une institution publique. Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, 11^e éd., Paris, Quadrige, 2016, p. 192.

⁴⁸ Art. 7 de la loi n° 94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche.

⁴⁹ Art. 89 de la loi n° 14/PR/2008 du 10 juin 2008 portant régime des forêts, de la faune et des ressources halieutiques. Lire aussi les art. 89, 90, 93, 120, 253 et 256 de la loi précitée.

de promotion passive de l'environnement, il faut relever qu'elles sont exercées dans le cadre de la restauration écologique. À cet effet, elles disposent des compétences qui leur permettent de favoriser l'auto-restauration des écosystèmes dégradés. Ces compétences s'opérationnalisent essentiellement à travers la mise en défens des zones de gestion relevant de leurs ressorts⁵⁰.

Les compétences des collectivités territoriales décentralisées en matière de promotion de l'environnement, telles qu'elles ont été analysées, sont certes utiles, mais ne sont pas à elles seules suffisantes.

b. Les compétences de protection de l'environnement

En matière environnementale, il est nécessaire d'agir, au-delà de la promotion de l'environnement, en faveur de sa protection. Dans un tel contexte, les collectivités territoriales décentralisées apparaissent comme les entités idéales pour assurer la protection de l'environnement dans le respect des valeurs locales et en vertu des compétences qu'elles reçoivent de l'État. À ce titre, elles semblent être mieux

placées pour la conciliation des intérêts des populations locales et ceux de la communauté nationale, à travers une gestion planifiée de l'environnement.

La gestion planifiée de l'environnement constitue le cadre qui fixe des procédures, des objectifs et des outils d'application en matière de protection de l'environnement. L'intervention du pouvoir central permet très souvent de gérer un domaine régalien ou jugé sensible, mais une marge de manœuvre est laissée aux collectivités territoriales décentralisées, et cela se traduit d'une part, par le pouvoir qui leur est reconnu dans la production normative et, d'autre part, grâce aux outils de planification de la protection environnementale.

À des degrés variables, les collectivités territoriales décentralisées disposent, au Cameroun et au Tchad, des compétences de création des normes en matière de protection de l'environnement.

Au Cameroun, les communes se voient attribuer un pouvoir réglementaire clairement affirmé⁵¹. En effet, la loi du 24 décembre 2019 portant CGCTD, en son art. 211, autorise le Maire à publier et à

⁵⁰ C'est ainsi que « les collectivités territoriales décentralisées et les communautés peuvent faire procéder à des mises en défens dans les limites de leur domaine aquacoles » (cf. art. 228 de la loi n° 14/PR/2008 du 10 juin 2008 portant régime des forêts, de la faune et des ressources halieutiques) et, en matière de gestion du domaine forestier, « la région a compétence, en collaboration avec les autres Services concernés, pour élaborer un plan régional d'aménagement et décider de la mise en défens et de la protection de zones dégradées ou de celles sur lesquelles pèse une menace imminente ou éventuelle susceptible de compromettre le potentiel régional en matière de ressources naturelles et d'environnement » (cf. art. 19 du décret n° 379/PR/PM/MAE/2014 du 5 juin 2014 fixant les modalités de gestion du domaine forestier). Mieux, « la région peut

proposer aux Services techniques compétents de l'État, la fermeture d'un ou de plusieurs chantiers si les conditions d'exploitation remettent en cause les principes directeurs et objectifs indiqués dans les plans de gestion approuvés » et « l'avis de la région est requis pour toute étude, la fermeture d'un ou de plusieurs chantiers si les conditions d'exploitation remettent en cause les principes directeurs et objectifs indiqués dans les plans de gestion approuvés » (cf. art. 19 du décret n° 379/PR/PM/MAE/2014 précité).

⁵¹ C. MONEMBOU, « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales dans les États d'Afrique noire francophone (le cas du Cameroun, du Gabon et du Sénégal) », *Revue CAMES/SJP*, n° 002/2015, p. 84.

exécuter les lois, les règlements et mesures de portée générale, d'exécuter les mesures de sûreté générale⁵². Mieux, la loi fait obligation au Maire d'assurer le respect des prescriptions de police qu'il édicte. Pour la région, la loi prévoit que le Président du Conseil régional prépare et exécute les délibérations du Conseil régional⁵³.

Au Tchad, les compétences de la région en matière de création des normes, lui viennent de l'art. 19 al. 1^{er} de la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 portant statuts des Collectivités autonomes qui confère au Conseil provincial le pouvoir de régler, par ses délibérations, les questions liées entre autres à l'environnement. Cette loi donne, par ailleurs, un caractère exécutoire aux délibérations du Conseil provincial, entre autres en matière de planification de développement à l'échelle régionale et de gestion des ressources naturelles⁵⁴. Toute chose qui devrait permettre aux exécutifs locaux la prise des mesures de protection de l'environnement, y compris des mesures conservatoires en situation d'urgence et périlleuse.

En ce qui concerne la commune, la situation est tout autre. En effet, son pouvoir réglementaire dans divers domaines, et plus particulièrement dans celui de la protection de l'environnement,

date de la période coloniale⁵⁵. Jadis, ce pouvoir tirait son fondement dans plusieurs textes réglementaires, à l'instar de l'arrêté municipal n° 59-110 du 28 décembre 1959 réglementant le service d'enlèvement de vidange à l'intérieur du périmètre urbain de la ville de Fort-Lamy⁵⁶. Aujourd'hui, il est prévu par l'article 12 de la loi organique du 30 juillet 2024 portant statuts des Collectivités autonomes⁵⁷ qui habilite le conseil communal à délibérer entre autres sur les affaires relevant de l'environnement.

S'il est évident que les normes édictées par les collectivités territoriales décentralisées sont importantes pour l'encadrement des différents secteurs environnementaux, il n'en demeure pas moins évident qu'au surplus, les outils réglementaires de planification environnementale permettent de les mettre en œuvre. Au Cameroun tout comme au Tchad, le cadre législatif et réglementaire permet aux collectivités territoriales décentralisées de concevoir ces outils. Elles disposent en effet des compétences variables en matière de protection planifiée de l'environnement.

Au Cameroun, la région est compétente pour planifier la création de bois, forêts et zones protégés d'intérêt régional, la gestion des parcs naturels

⁵² Cette disposition consacre le pouvoir réglementaire des communes de manière diffuse. La loi n° 2004/018 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux communes est un peu plus claire. En effet, son art. 84 autorise le Maire à prendre des arrêtés à l'effet d'ordonner les mesures locales sur les objets confiés par la législation en vigueur à sa vigilance et à son autorité, d'une part ; et d'assurer l'application des lois et des règlements de police, d'autre part.

⁵³ Art. 312 al. 1^{er} du CGCTD.

⁵⁴ Art. 20 de la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 portant statuts des Collectivités autonomes.

⁵⁵ Cf. loi n° 55-1489 du 18 novembre 1955 relative à la réorganisation municipale en A.E.F, en A.O.F, au Togo, au Cameroun et à Madagascar, promulguée par arrêté du 30 novembre 1955.

⁵⁶ « Fort-Lamy » est l'ancienne appellation donnée par le colon à l'actuelle ville de N'Djaména, la capitale tchadienne.

⁵⁷ Précitée.

régionaux, ainsi que pour élaborer et exécuter des plans ou schémas régionaux d'action pour l'environnement⁵⁸. La commune, quant à elle, élabore des plans communaux d'action pour l'environnement⁵⁹, des plans d'occupation des sols, des documents d'urbanisme, d'aménagement concerté, de rénovation urbaine et de remembrement⁶⁰. Plus spécifiquement, la communauté urbaine, une catégorie de collectivité territoriale décentralisée regroupant au moins deux communes, est compétente pour élaborer d'une part des plans communautaires d'action pour l'environnement, notamment en matière de lutte contre les nuisances et les pollutions, de protection des espaces verts, et élaborer d'autre part les plans et schémas directeurs, les plans d'occupation des sols ou les documents d'urbanisme en tenant lieu⁶¹.

Au Tchad également, les collectivités territoriales décentralisées sont autorisées à concevoir divers plans ou schémas d'action pour l'environnement ainsi que des plans spécifiques d'intervention d'urgence et de prévention des risques⁶² ; des plans d'occupation des sols, des documents d'urbanisme, d'aménagement, concerté, de rénovation urbaine⁶³ ; des schémas directeurs d'eau et d'électricité⁶⁴.

De ce qui est dit, on comprend que la

gestion planifiée de l'environnement nécessite l'édition des normes et l'élaboration des plans et documents de stratégie. Et plus généralement, les compétences générales des collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes ont vocation à prendre des mesures globales en matière de protection de l'environnement. Ce qui n'est pas le cas de leurs compétences spécifiques.

2. Les compétences spécifiques en matière de répression des atteintes environnementales

La prévention des atteintes à l'environnement ne suffit pas à elle seule pour en garantir une totale protection⁶⁵. C'est pourquoi le recours aux autres instruments intervenant en aval se révèle inéluctable. Parmi ces instruments, on peut retenir celui de la répression qui se traduit sous deux formes : la répression directe **(a)** et la répression indirecte **(b)**.

a. La répression directe : les sanctions administratives

La répression des atteintes à l'environnement ne relève plus de la compétence exclusive du juge ; plusieurs autorités administratives sont également habilitées à sanctionner les atteintes à l'environnement. Il s'agit là des sanctions administratives, c'est-à-dire celles qui consistent à « *punir sans juger* »⁶⁶. Ce type de répression est essentiellement

⁵⁸ Art. 268 du CGCTD.

⁵⁹ Art. 157 du CGCTD.

⁶⁰ Art. 158 CGCTD.

⁶¹ Art. 241 al. 3 du CGCTD.

⁶² Cf. loi organique n° 028/CNT/2024 du 4 novembre 2024 portant répartition des compétences entre l'État et les Collectivités autonomes, art. 24 pour la province et art. 34 pour la commune.

⁶³ Cf. les art. 25 et 35 de la loi précitée, concernant respectivement la province et la commune.

⁶⁴ Cf. art. 32 de la loi précitée.

⁶⁵ A. REDDAF, « Les différentes mesures répressives à caractère réel dans le droit algérien de l'environnement », *RASJEP*, n° 02, 2002, p. 7.

⁶⁶ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, 191 p.

exercé par le Maire, à travers ses pouvoirs de police administrative et par les collectivités territoriales décentralisées de manière générale en matière de transaction.

L'autorité de police municipale est tout entière dévolue au Maire qui l'exerce seul, sous le contrôle du Conseil municipal et sous la surveillance des autorités de tutelles⁶⁷. En vertu de ce pouvoir, le Maire est chargé de protéger l'environnement en sanctionnant les atteintes y relatives. À l'échelon communal, il agit comme autorité de police générale pour le compte de l'État lorsqu'il exécute des mesures de sûreté générale⁶⁸ et à ce titre, il est responsable du maintien de l'ordre, de la sûreté, de la tranquillité, de la salubrité dans la limite de ses attributions⁶⁹.

Au Tchad, il est d'ailleurs donné de constater qu'en matière de nuisances sonores, les prêches, les meetings, les sit-in, les veillées, les fêtes et toutes autres manifestations similaires dans les agglomérations urbaines, utilisant des haut-parleurs ou produisant des émissions sonores nuisibles à la santé ou à l'environnement sont réglementés par le Maire dans les communes⁷⁰. En matière d'hygiène, on peut observer qu'à N'Djaména par exemple, le Maire peut prononcer des sanctions (amendes

forfaitaires) pour non observation des règles d'hygiène dans le périmètre urbain⁷¹.

On comprend alors que le Maire peut prendre, dans sa circonscription, toutes les mesures qui s'imposent en matière d'ordre public environnemental. Toutefois, les mécanismes de répression directe des atteintes environnementales peuvent se révéler inefficaces dans certains cas ou inopérantes dans d'autres cas. Les collectivités territoriales décentralisées disposent donc des compétences de répression indirecte consistant à la saisine des autorités juridictionnelles.

b. La répression indirecte : la saisine des autorités juridictionnelles

Comme on a pu le relever dans les précédents développements, les collectivités territoriales décentralisées, au travers de leurs agents, peuvent jouer un rôle crucial dans la protection juridictionnelle de l'environnement. Ce rôle s'apprécie dans leur capacité à saisir les instances juridictionnelles.

C'est ainsi qu'au Cameroun, le Maire et le Président du Conseil régional peut agir en justice au nom et pour soigner les intérêts de leurs circonscriptions respectives⁷².

Au Tchad, des deux catégories de

⁶⁷ Au Cameroun, cf. art. 216 al. 1^{er} du CGCTD. Au Tchad, cf. art. 131 de la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 portant statuts des Collectivités autonomes.

⁶⁸ J.-C. RICCI, *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 2004, p. 103.

⁶⁹ Au Cameroun, cf. art. 222 al. 1^{er} du CGCTD. Au Tchad, cf. art. 131 de la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 précitée.

⁷⁰ Art. 203 du décret n° 904/PR/PM/MERH/2009 du 6 août 2009 portant réglementation des pollutions et nuisances à l'environnement. Se référer aussi à l'art. 132 al. 1^{er} (2^e tiret) de la loi

organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 précitée.

⁷¹ Arrêté n° 037/M/SG/DSTM/SHS/03 fixant le taux d'amendes forfaitaires de non observation des règles d'hygiène dans la ville de N'Djaména.

⁷² Art. 13 al. 1^{er} du CGCTD qui dispose que : « *Le chef de l'exécutif représente la collectivité territoriale en justice* ». Art. 206 al. 1^{er} du CGCTD prévoit : « *Le maire représente la commune dans les actes de la vie civile et en justice (...)* ». Cependant, l'art. 208 de la même loi dispose que : « *Dans le cas où les intérêts particuliers du maire se trouvent en opposition*

collectivités territoriales décentralisées reconnues par la Constitution, la commune a été pendant longtemps la seule dont les compétences d'accès en justice sont expressément consacrées. Cependant, depuis la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 portant statuts des Collectivités autonomes, la province, autant que la commune, dispose désormais expressément de cette compétence. Il demeure que les deux catégories de collectivités territoriales décentralisées, pour agir en justice, sont respectivement représentées par le Président du Conseil provincial et le Maire⁷³.

Il est clair que les droits camerounais et tchadien sont assez structurants quant à l'habilitation formelle des collectivités territoriales décentralisées en matière de protection de l'environnement. Cependant, c'est à l'épreuve de la mise en œuvre des compétences transférées à ces dernières que l'on perçoit les limites, juridiques ou non, structurelles ou conjoncturelles, entravant une protection aboutie.

II. UNE PROTECTION SUBSTANTIUELLEMENT RÉSIDUELLE

Formellement, tant au Cameroun qu'au Tchad, les collectivités territoriales décentralisées se voient transférer des attributions en matière de protection de l'environnement qui se relèvent substantiellement limitées dans leur

avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, notamment en justice ou dans toute transaction contractuelle ».

Art. 312 al. 1^{er} : « (1) Le président du Conseil régional est l'organe exécutif de la région. À ce titre, il : (...) ; représente la région dans les actes

vocation protectrice de l'environnement, tant qualitativement (A) que par l'incapacité structurelle de leurs destinataires à les exercer pleinement (B).

A. UNE PROTECTION QUALITATIVEMENT LIMITÉE

L'une des conditions d'existence d'une collectivité territoriale décentralisée, c'est les affaires propres⁷⁴, c'est-à-dire les compétences ou domaines d'intervention. Cependant, l'importance de cette entité décentralisée s'apprécie non seulement à la pluralité de ses compétences, mais également et surtout à l'aune de sa capacité à les exercer pleinement. Or, les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes sont d'une part, limitées par la restriction de leurs domaines d'intervention (1) et d'autre part, les actions qu'elles mènent, sont révélatrices de leur incapacité à jouer pleinement leur partition en matière de protection de l'environnement (2).

1. La restriction des domaines d'intervention des collectivités territoriales décentralisées en matière environnementale

Dans un contexte où l'État fait l'objet de vives critiques pour son inertie et sa bureaucratie centralisatrice qui compromettent l'efficacité de ses actions en réponse aux besoins différenciés des territoires, la décentralisation avec le transfert de compétences aux collectivités territoriales décentralisées apparaît comme une véritable alternative,

de la vie civile et en justice ».

⁷³ Lire les art. 64 al. 3 (tiret 9) et 127 al. 2 (tiret 10) de la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024 portant statuts des Collectivités autonomes.

⁷⁴ Y. BROUSOLE, *Fiches d'Introduction au droit public*, Paris, Ellipses, 2019, p. 126.

faisant de celles-ci des protagonistes de proximité dans le cadre du développement local⁷⁵. Cependant, leurs domaines d'intervention en matière environnementale sont limités par le pouvoir réglementaire au Cameroun (a) et laconiquement énoncés par le législateur au Tchad (b).

a. La restriction des domaines d'intervention des collectivités territoriales décentralisées par le pouvoir réglementaire au Cameroun

Le partage des compétences entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées ne signifie pas que ceux-ci sont assignés à exercer les mêmes compétences, mais qu'elles doivent plutôt harmoniser l'exercice de leurs compétences ou alors les exercer de manière participative, de sorte à assurer efficacement la protection de l'environnement. Au Cameroun, la logique semble être la même. Cependant, le pouvoir réglementaire limite considérablement l'intervention des collectivités territoriales décentralisées en matière de protection de l'environnement. En effet, le pouvoir réglementaire, à travers plusieurs décrets, a fixé les modalités d'exercice des compétences qui leur sont transférées

dans diverses matières, parmi lesquelles celle environnementale. Ces décrets ressortent laconiquement les domaines d'intervention des régions et des communes en matière de protection de l'environnement.

Les compétences transférées aux régions en matière de protection de l'environnement concernent : la mise en défens et autres mesures locales de protection de la nature ; la réalisation des pare-feux et la mise à feu précoce, dans le cadre de la lutte contre les feux de brousse ; l'élaboration, la mise en œuvre et le suivi des plans régionaux d'action pour l'environnement⁷⁶. Les communes, elles, reçoivent des compétences, davantage globales que spécifiques, dans le secteur de l'environnement et la gestion des ressources naturelles⁷⁷.

Loin de se distinguer fondamentalement du Cameroun, le Tchad tire toutefois sa particularité dans l'énonciation des domaines de compétences des collectivités territoriales décentralisées non pas à travers des textes réglementaires, mais d'une loi.

⁷⁵ J. HORGUES-DEBAT, « La proximité : une autre logique pour les services publics », *POUR*, n° 196-197, mars 2008, p. 25.

⁷⁶ Art. 2 du décret n° 2021/747/PM du 28 décembre 2021 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'État aux Régions en matière de protection de l'environnement.

⁷⁷ Lire : art. 1^{er} du décret n° 2010/0240/PM du 26 février 2010 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'État aux communes en matière de création et d'entretien

des routes rurales non classées, ainsi que de construction et de la gestion des bacs de franchissement ; art. 1^{er} du décret n° 2012/0882/PM du 27 mars 2012 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'État aux communes en matière d'environnement ; art. 1^{er} du décret n° 2015/1373/PM du 8 juin 2015 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'État aux communes en matière d'environnement ; art. 1^{er} du décret n° 2012/0878/PM du 27 mars 2012 précité.

b. L'énonciation laconique des domaines de compétences des collectivités territoriales décentralisées tchadiennes par le législateur

Les collectivités territoriales décentralisées que sont les provinces et les communes, reçoivent un certain nombre de compétences relatives à l'environnement, non pas au travers des textes spécifiques réglementaires comme au Cameroun, mais par le biais d'un seul texte législatif, en l'occurrence la loi organique n° 028/CNT/2024 du 4 novembre 2024 portant répartition des compétences entre l'État et les Collectivités autonomes.

À la lecture de cette loi, les provinces et les communes se voient attribuer des compétences en matière de gestion de l'environnement et des ressources naturelles aux titres II (article 24) et III (article 34) ; de la planification de l'aménagement du territoire, des travaux publics, des transports, de l'urbanisme et de l'habitat aux titres II (article 25) et III (article 35) ; de santé et de population aux titres II (article 26) et III (article 36) ; d'agriculture et d'élevage au titre II (article 30) ; d'énergie et d'eau au titre II (article 32).

À l'évidence, les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes reçoivent des compétences trop restreintes en matière environnementale, lorsqu'on sait que l'environnement est un secteur pluridimensionnel. Il faut cependant

relever que, pour ce qui concerne les collectivités territoriales décentralisées tchadiennes, le législateur a significativement amélioré leurs compétences en matière environnementale, notamment en matière de faune, de flore, de pollutions et de nuisances⁷⁸.

Mais de toutes les manières, nonobstant la restriction de leurs domaines d'intervention, les collectivités territoriales décentralisées demeurent incapables d'exercer pleinement les compétences qu'elles reçoivent de l'État.

2. La faiblesse des actions des collectivités territoriales décentralisées en matière de protection de l'environnement

Les collectivités territoriales décentralisées révèlent à plus d'un titre leur incapacité à tenir bon leur rôle de protection de l'environnement. Au rang des causes, il est donné de relever leurs pratiques écocides⁷⁹ (a), la faible implication des populations locales ainsi que l'insuffisance de financement des initiatives locales en matière de protection de l'environnement (b).

a. Les pratiques écocides des collectivités territoriales décentralisées

Les pratiques écocides des collectivités territoriales décentralisées, il faut observer qu'elles sont très souvent liées aux choix de celles-ci dans l'accomplissement des différentes missions qui leur sont assignées par la loi.

⁷⁸ Lire les art. 24 et 34 de la loi organique n° 028/CNT/2024 du 4 novembre 2024 portant répartition des compétences entre l'État et les Collectivités autonomes.

⁷⁹ L'expression « écocide » désigne l'agression contre l'écosystème, pour la distinguer des autres expressions de l'agression. Cf. F. CESARMAN et R. MENDEZ, « Prise de conscience écologique », *Le Coq-Héron*, vol. 2, n° 213, 2013, p. 20.

Aussi, elles renvoient aux dysfonctionnements de leurs services qui impactent négativement l'environnement.

Et pourtant, il est légitimement attendu des collectivités territoriales décentralisées qu'elles soient en phase avec les raisons qui ont présidé à leur création. Cela veut donc dire qu'elles doivent, par leurs actions, montrer la voie aux populations locales⁸⁰. Au lieu de cela, il ressort plutôt des constats que les moyens et techniques qu'elles utilisent ne sont pas toujours « écolo », et donc générateurs de pollution ou même de nuisance⁸¹.

Cette situation, certes absurde, peut à tout le moins s'expliquer, tant elle était prévisible, surtout pour ce qui est du Tchad. En effet, lors des élections communales de 2012, rares ont été les candidats à ces élections, qui ont intégré la question environnementale dans leurs programmes politiques⁸². Au Cameroun, cette réalité se vérifie au travers de la faible connaissance et implémentation des ODD par les collectivités territoriales décentralisées⁸³.

Toutefois, il serait trop simpliste d'expliquer la faiblesse des actions des

collectivités territoriales décentralisées en matière de protection de l'environnement uniquement par leurs pratiques écocides. En effet, il est nécessaire de relever, en sus de ce fait, que les populations locales s'impliquent peu et sont faiblement impliquées dans les initiatives locales en matière de protection de l'environnement, sans occulter l'insuffisance de financement de telles initiatives.

b. La faible implication des populations locales et l'insuffisance de financement des initiatives locales en matière de protection de l'environnement

D'emblée, il faut observer que les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes, au regard de certains de leurs comportements, n'agissent pas « en bons pères de famille », car elles n'associent que timidement les citoyens à leurs actions. Or, le contrôle citoyen de l'action publique est inhérent à la décentralisation⁸⁴.

Mais il faut toutefois remarquer que ce problème n'est pas le propre du Cameroun et du Tchad. C'est davantage une préoccupation qui semble être

⁸⁰ G. L. KOUAM TEAM, *La participation des collectivités territoriales décentralisées à la protection de l'environnement au Cameroun, en Belgique et en France*, Mémoire de Master en droit international et comparé de l'environnement, Université de Limoges, 2010, disponible sur : www.memoireonline.com, consulté le 25 mai 2023.

⁸¹ N. MALO, « Les citoyens attendent du concret », *Tchad & Culture*, n° 353, janvier 2017, p. 14.

⁸² Tchad & Culture, « Moundou : époustouflante fin de campagne », n° 304, février 2012, pp. 8-9.

⁸³ En effet, la mise en œuvre des ODD est confrontée à un problème lié à leur méconnaissance, puisqu'une faible portion

seulement (19%) des responsables et hauts cadres des collectivités territoriales décentralisées camerounaises affirment que leurs collectivités connaissent les ODD et les utilisent comme une référence dans leurs stratégies. De plus, nombreux d'entre eux confondent les ODD avec les OMD (Objectifs Millénaire pour le Développement). Cf. *Rapport National Volontaire des Collectivités Territoriales au Cameroun sur la localisation des ODD*, 2022, p. 43.

⁸⁴ K. DJETOLOUM, *Le contrôle de l'action publique dans un contexte de décentralisation*, N'Djaména, CEFOD, 2013, p. 16.

d'ordre régional, puisqu'en Afrique, la sous-implication des citoyens dans la gouvernance publique est patente, quand bien même qu'à certains égards, c'est une situation qui résulte parfois du mutisme des populations elles-mêmes face aux enjeux environnementaux.

Il est donné de constater en effet qu'au Cameroun et au Tchad, les collectivités territoriales décentralisées font très peu de la pédagogie écologique. Par conséquent, les populations reçoivent insuffisamment des formations, d'informations, de sensibilisations en matière environnementale de leur part et encore moins, ne bénéficient de concertation avec celles-ci en la matière.

Or, la participation, corollaire évident du droit à l'environnement, ne peut se réaliser que dans la mesure où les citoyens comprennent les enjeux attachés à leur contribution dans la protection de l'environnement. Il apparaît alors que l'initiative de protéger l'environnement ne doit pas venir que des pouvoirs publics.

Cependant, l'inconsistance des soutiens alloués aux initiatives locales en matière environnementale peut être l'un des facteurs de cette réticence observée. Il importe de remarquer en effet que s'il est bien vrai que les citoyens brillent par leur attentisme, faisant des pouvoirs publics les seuls capables de mener des actions sur le territoire national, il n'en

demeure pas moins vrai que quelques initiatives sont à mettre à leur actif. Leurs actions se font individuellement ou dans le cadre d'institutions locales traditionnelles ou d'associations⁸⁵.

Tout de même, bien que disposant d'une autonomie administrative et financière, les collectivités territoriales décentralisées ont du mal à agir efficacement et à soutenir pleinement les actions locales en faveur de la protection de l'environnement. Cette protection résiduelle de l'environnement peut tout de même se justifier.

B. UNE PROTECTION RÉSIDUELLE JUSTIFIÉE

Les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes, au-delà d'avoir des compétences qualitativement diminuées, sont surtout limitées dans leur capacité à mettre celles-ci en œuvre. Cette limitation se caractérise par l'exiguïté de leur autonomie administrative d'une part **(1)** et la modicité de leur autonomie financière d'autre part **(2)**.

1. Une autonomie administrative exiguë

L'octroi de l'autonomie aux collectivités territoriales décentralisées est une condition essentielle de la décentralisation territoriale. Son principe est posé au Cameroun⁸⁶ et au Tchad⁸⁷ par la Constitution et confirmé par le législateur⁸⁸. Ces textes juridiques

⁸⁵ Au Cameroun, lire les art. 72 et suivants de la loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement. Au Tchad, cf. art. 6 de la loi n° 023/CNT/2024 du 15 octobre 2024 portant protection de l'environnement.

⁸⁶ Art. 55 al. 2 de la Constitution de 1996.

⁸⁷ Art. 256 de la Constitution du 17 décembre 2023.

⁸⁸ Le principe d'autonomie consacré par la Constitution est repris *mutatis mutandis* par la loi du 22 juillet 2004 d'orientation (art. 4) de la décentralisation territoriale puis réaffirmé et renforcé par le CGCTD (art. 8) en tant que composante de la libre administration des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun. Au Tchad, c'est l'art. 2 de la loi organique n° 014/CNT/2024 du 30 juillet 2024

confèrent à ces entités décentralisées une autonomie administrative qui suppose qu'outre l'élection de leurs exécutifs, celles-ci s'administrent librement⁸⁹. Il se trouve qu'en matière de protection de l'environnement, plus qu'en tout autre domaine, les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes ont du mal à exercer leurs compétences, du fait de l'insuffisance des institutions spécialisées (a) et de par le déficit en ressources humaines qualifiées (b).

**a. L'insuffisance d'institutions
spécialisées en matière
environnementale**

Pour leur bon fonctionnement, les collectivités territoriales décentralisées

portant statuts des Collectivités autonomes. Pour plus de détails sur le principe de libre administration au Cameroun et au Tchad, lire : A. TCHIENO TIMENE, *Le principe de la libre administration des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun*, Thèse de Master recherche en droit public, Université de Dschang, 2011, 113 p. ; B. BAGAGNA, « Le principe de la libre administration des collectivités territoriales au Cameroun », *Solon*, vol. 3, n° 7, août 2013, pp. 97-122 ; D. NARMBAYE, *La libre administration des collectivités autonomes au Tchad*, Mémoire de Master recherche en Droit Public, Université de Dschang, juillet 2019, 136 p. ; et A. BEMBERE, *La tutelle de l'État sur les collectivités autonomes au Tchad*, Thèse de Doctorat en droit public, Université de Dschang, 2023, 416 p.

⁸⁹ S. ALIYOU, « Décentralisation territoriale et développement au Cameroun », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, tome 20, 2018, p. 291.

⁹⁰ Au Cameroun, cf. décret n° 2008/377 du 12 novembre 2008 fixant les attributions des chefs de circonscriptions administratives et portant organisation et fonctionnement de leurs services. Au Tchad, cf. décret n° 529/PR/PM/MCD/2011 du 1^{er} juin 2011 portant création et attributions des services des collectivités territoriales décentralisées.

camerounaises et tchadiennes ont vu créer en leurs seins des services⁹⁰. Toutefois, en sus de ces services, il existe certains organes spécialisés, créés soit par le pouvoir central, soit par les collectivités territoriales décentralisées elles-mêmes, poursuivant une mission protectrice de l'environnement au niveau local.

La compulsation des textes encadrant la décentralisation et ceux relatifs à l'environnement permet de remarquer l'existence de deux types d'organes inhérents aux collectivités territoriales décentralisées en matière de protection de l'environnement. Il s'agit d'une part des organes créés par l'acte du ministère de tutelle⁹¹ et d'autre part, des organes

⁹¹ Au Cameroun, il s'agit : d'un côté, du Service hygiène et salubrité pour les Communes et de l'autre côté, du Service technique de l'aménagement et du développement urbain, cf. annexe n° 2 de l'arrêté n° 00136 du 24 août 2009 rendant exécutoires les tableaux-types des emplois communaux ; de la Direction Aménagement et Urbanisme pour les Communautés urbaines composée de quatre, cf. annexe n° 3 de l'arrêté sus-cité ; de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire, des domaines, de l'urbanisme et de l'habitat pour le Conseil régional (l'organe délibérant de la région).

Au Tchad, il est donné de relever : le Service de l'Environnement et le Service de l'Urbanisme et des Affaires Domaniales pour les Régions et le Service des Études, de la Planification et de l'Aménagement du Territoire, cf. décret n° 529/PR/PM/MCD/2011 du 1^{er} juin 2011 portant création et attributions des services des collectivités territoriales décentralisées ; le Service de la Protection de l'Environnement, le Service des Secours et Incendie, le Service de l'Urbanisme et des Affaires Domaniales et le Service de l'Hygiène, de la Santé et de l'Assainissement et le Service des Études, de la Planification et de l'Aménagement du Territoire, cf. décret sus-cité.

créés par les collectivités territoriales décentralisées elles-mêmes, en cas de besoin, conformément à la loi⁹².

En général, les organes créés par les collectivités territoriales décentralisées permettent de poursuivre une protection sectorielle de l'environnement. Il s'agit donc des institutions spécialisées. Cependant, alors même qu'il est donné d'observer des besoins urgents dans divers secteurs de l'environnement, notamment en matière d'assainissement, de gestion de l'eau et des inondations, l'on remarque une insuffisance notoire d'institutions spécialisées sur des questions structurelles (comme la gestion de l'eau potable, des déchets, etc.) et conjoncturelles telles que les inondations.

L'exiguïté de l'autonomie administrative des collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes, loin de se limiter à l'insuffisance d'institutions spécialisées de ces dernières en matière environnementale, s'étend également à leurs personnels qui manquent de qualification en la matière.

b. Le déficit en personnel qualifié en matière environnementale

De toute évidence, on ne saurait traiter des questions dont on ignore la

teneur. Dans le cadre de leurs compétences en matière de protection de l'environnement, on peut relever que les collectivités territoriales décentralisées se voient transférer un certain nombre de compétences. Cependant, ces dernières ne peuvent être pleinement exercées que si leurs personnels sont bien outillés en ce sens.

On peut malheureusement constater que les collectivités territoriales décentralisées camerounaises⁹³ et tchadiennes⁹⁴, quant à elles, n'arrivent pas à mettre en œuvre efficacement ces compétences, faute de ressources humaines qualifiées. En ce qui concerne celles du Cameroun par exemple, leurs difficultés liées au déficit des ressources humaines qualifiées sont perceptibles. Elles sont d'ailleurs conscientes de la nécessité d'acquérir de nouvelles compétences d'une part, et d'améliorer le cadre et les conditions du travail du personnel d'autre part. Pour peu de lire le Rapport du Fonds spécial d'équipement et d'intervention intercommunale (FEICOM) de 2021, on peut en effectivement s'en rendre compte⁹⁵.

Au Tchad, la même réalité peut se vérifier. AHMAT MAHAMAT

⁹² À titre illustratif, c'est le cas de l'Agence Municipale de l'Eau et de l'Énergie (AMEE), créée en 2010 par une décision de la Commune de Dschang.

⁹³ Pour en savoir plus sur le personnel communal, lire B.-R. GUIMDO DONGMO, *Le personnel communal au Cameroun, contribution à la compréhension de la crise de l'administration communale camerounaise*, Thèse de Doctorat 3^e cycle en Droit Public, Université de Yaoundé 2, 13 juillet 1994, 369 p. ; et H. DONFACK, *Le recrutement du personnel communal au*

Cameroun, Mémoire de Master recherche en Droit Public, Université de Dschang, 2020, 118 p.

⁹⁴ Au Tchad, le déficit qualitatif et quantifié des ressources humaines en matière de protection de l'environnement par les collectivités territoriales décentralisées tchadiennes est mis en exergue par Madame R. MBAITIDJE. Pour plus de détails, lire son Mémoire de Master recherche en droit public soutenu en juillet 2021 à l'Université de Dschang sur le thème : *Contribution des collectivités autonomes à la protection de l'environnement au Tchad*, pp. 56-57.

⁹⁵ Rapport 2021 du FEICOM, p. 208.

HASSANE⁹⁶ estime à cet effet avec à-propos qu' « *il faudrait accentuer la formation initiale des élus et fonctionnaires des collectivités* » car, pour lui, « *ce serait un atout pour organiser une meilleure gestion des ressources locales dans chaque collectivité* ».

Toutefois, il est important de souligner que les collectivités territoriales décentralisées ne sont pas les seules entités à ne pas disposer de ressources humaines qualifiées en matière environnementale. En effet, Etienne TOURÉ MOUSSA, présentant l'état d'application du droit de l'environnement au Mali, relève avec insatisfaction les insuffisances liées à la qualité des ressources humaines au sommet même de l'État⁹⁷.

À l'analyse, la compromission de l'autonomie administrative des collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes,

perceptible au travers de l'insuffisance de leurs institutions spécialisées en matière de protection de l'environnement et du manque de qualification de leurs personnels en matière environnementale, trouve en partie ses raisons dans l'amoindrissement de leur autonomie financière.

2. Une autonomie financière dérisoire

L'autonomie financière est la plus-value de la décentralisation territoriale. Elle est indispensable car elle permet aux collectivités territoriales décentralisées de financer leurs activités sans dépendre des ressources étatiques. C'est un corollaire du principe de libre administration, c'est-à-dire le droit pour ces dernières de gérer leurs affaires par des autorités élues, en droite ligne du principe de subsidiarité⁹⁸. Si cette autonomie est reconnue depuis fort longtemps⁹⁹, elle peine par contre à se matérialiser dans la pratique¹⁰⁰ et

⁹⁶ A. MAHAMAT HASSANE, « La décentralisation : le nécessaire ajustement », *Tchad & Culture*, n° 325, mars 2014, p. 18.

⁹⁷ E. TOURE MOUSSA, « Insuffisance des ressources humaines et financières pour une meilleure application du droit de l'environnement au Mali », *RADE*, n° 1, 2014, p. 109.

⁹⁸ Le principe de subsidiarité implique qu'une compétence doit être exercée par le niveau administratif le plus proche de celle-ci ou le plus à même de l'exercer de manière optimale. Cf. A. ESSONO OVONO, « L'autonomie financière des collectivités locales en Afrique noire francophone. Le cas du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Gabon et du Sénégal », *Revue Afrilex*, n° 5, 2009, p. 2.

⁹⁹ Au Cameroun, lire J. R. KEUDJEU DE KEUDJEU, *Recherche sur l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun*, Thèse de Doctorat/Ph.D en droit public, Université de Douala, 2012, 769 p. et L. NGONO TSIMI, *L'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales*

décentralisées : l'exemple du Cameroun, Thèse de Doctorat/Ph.D en droit public, Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne, 2010, 560 p. Quant au Tchad, lire D. NARMBAYE, *La libre administration des collectivités autonomes au Tchad*, *op. cit.*, 136 p.

¹⁰⁰ L'autonomie financière des collectivités territoriales décentralisées, telle que consacrée dans les textes de base en vigueur au Cameroun laisse présager une véritable liberté de gestion au niveau local. Pourtant, une analyse substantielle permet de se rendre à l'évidence qu'elle est problématique et sujette à d'importantes contraintes qui l'empêchent à mieux s'exprimer. À la vérité, cette autonomie se trouve encore mise à rude épreuve lorsque l'État central procède à des subventions ou à des dotations aux fins d'alléger les charges qui pèsent sur le budget des entités locales. S. S. ASSOUMOU, « Financement partiel par l'État et autonomie des collectivités territoriales décentralisées : regard sur l'évolution récente de la législation camerounaise », *RADSP*,

explique en partie les difficultés financières des collectivités territoriales décentralisées. Lesquelles difficultés sont liées à l'absence d'un véritable pouvoir financier collectivités territoriales décentralisées **(a)** dont la modicité de leurs ressources financières en est la résultante **(b)**.

a. L'absence d'un véritable pouvoir financier des collectivités territoriales décentralisées

Il est reconnu aux collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes une autonomie financière. Ce qui suppose qu'elles ont un pouvoir fiscal et dépensier¹⁰¹. Dans la pratique cependant, la marche semble être encore trop haute. Cela se traduit d'une part par leur dépendance aux financements de l'État¹⁰², donc par l'absence d'un réel pouvoir fiscal et d'autre part, par la soumission de leurs dépenses à de multiples contrôles financiers de l'État¹⁰³.

En effet, le pouvoir de décision des collectivités territoriales décentralisées est quelque peu lié à la nature de leurs ressources. Tout comme l'État, elles peuvent recourir à l'impôt pour financer leurs dépenses. Au Cameroun notamment, il ressort de l'art. 12 du CGCTD que *« les ressources nécessaires à l'exercice par les collectivités*

territoriales de leurs compétences leur sont dévolues soit par transfert de fiscalité, soit par dotations, soit par les deux à la fois ». De même, au Tchad, l'art. 1^{er} de la loi n° 011/PR/2004 du 7 juin 2004 portant régime financier et fiscal des collectivités territoriales décentralisées cite parmi les ressources des collectivités locales, les recettes fiscales.

Cependant, elles ne disposent pas d'une autonomie fiscale. L'art. 26 de la Constitution camerounaise précise à cet effet que relèvent du domaine de la loi, *« la création des impôts et taxes et la détermination de l'assiette, du taux et des modalités de recouvrement de ceux-ci »*. Allant dans le même sens, l'art. 137 al. 2 de la Constitution tchadienne dispose que : *« La loi fixe les règles concernant (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature »*. Il suit de là que l'importance des ressources des collectivités territoriales décentralisées issues des impositions fiscales est définie par l'État.

Outre les impôts, elles ont recours à d'autres types de ressources tels que les concours financiers de l'État. L'art. 12 du CGCTD au Cameroun précise quant à lui que les ressources des collectivités locales proviennent des dotations¹⁰⁴. Au Tchad, l'art. 1^{er} de la loi n° 011/PR/2004 précitée prévoit que leurs ressources proviennent entre autres de la dotation

vol. IX, n° 21, supplément 2021, 1^{er} semestre, p. 127.

¹⁰¹ Lire W. MOUNOM MBONG, « Le pouvoir dépensier des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun », *RADP*, n° 19, vol. IX, 2^e semestre, juillet-décembre 2020, pp. 163-187.

¹⁰² Il faut reconnaître que cette dépendance est quasi générale dans beaucoup d'États africains.

¹⁰³ S. S. ASSOUMOU, « Financement partiel par l'État et autonomie des collectivités territoriales décentralisées : regard sur l'évolution récente de la législation camerounaise », *op. cit.*, pp.127-150.

¹⁰⁴ La dotation générale de la décentralisation, les dotations spéciales et les dotations issues des départements ministériels ayant transférées les compétences aux collectivités territoriales décentralisées, art. 25 du CGCTD.

globale de fonctionnement, la subvention d'équipement et éventuellement la dotation de décentralisation attribuées par l'État.

Il en résulte que les ressources fiscales des collectivités locales proviennent essentiellement du partage des impôts étatiques, du produit des impôts locaux dont le régime est fixé par le législateur ou encore d'impôts locaux dont elles peuvent déterminer le taux dans les limites déterminées par la loi¹⁰⁵. Les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes apparaissent donc, à cet égard, fortement dépendantes des financements de l'État¹⁰⁶ et par conséquent, sujettes aux contrôles pressants de ce dernier.

D'abord, le contrôle administratif qu'exerce l'État sur leurs décisions financières peut intervenir au moment de la prise de décision. C'est le cas notamment du vote du budget primitif, du budget additionnel et sur l'adoption des décisions modificatives. D'un autre côté, il arrive que l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle soit requise relativement aux opérations budgétaires engagées par les autorités locales¹⁰⁷. C'est à ce titre qu'au Cameroun par exemple, le budget initial des collectivités territoriales décentralisées, les annexes, les comptes hors budgets et les autorisations spéciales de dépenses

sont soumises à l'approbation du représentant local de l'État¹⁰⁸. Au Tchad, l'art. 7 de la loi n° 011/PR/2004 précitée dispose que : « *La détermination de l'assiette, l'émission des impositions sur rôles sont de la responsabilité de l'agent du service des impôts en fonction dans le ressort territorial de la Commune* ». Les comptes des collectivités territoriales décentralisées, eux, sont naturellement soumis, à la fin de chaque année, au contrôle de la Cour des comptes¹⁰⁹.

Ensuite, les décisions des collectivités territoriales décentralisées relatives à la gestion des ressources sont scrutées de près par l'État. Au Cameroun, c'est dans cette dynamique qu'il est prescrit que la gestion des fonds issus de la Dotation Générale à la Décentralisation (DGD) « *fera l'objet d'un contrôle rigoureux par les services spécialisés de l'État* »¹¹⁰. Au Tchad, la tendance est la même. En effet, le Maire ou le Président du Conseil communal qui est l'ordonnateur de sa collectivité, exerce ses fonctions d'ordonnateur sous le contrôle du conseil et la surveillance de l'autorité de tutelle¹¹¹.

À la lumière de ces développements qui mettent en exergue la dépossession des collectivités territoriales décentralisées d'un véritable financier, on peut mesurer au mieux les difficultés qu'elles éprouvent de ce fait à assurer la protection de l'environnement au

¹⁰⁵ A. BARILARI, « La question de l'autonomie fiscale », *RFFP*, n° 80, 2002, p. 77.

¹⁰⁶ On peut logiquement soutenir que l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées semble illusoire vu l'absence de ressources propres.

¹⁰⁷ Art. 76 al. 1^{er} du CGCTD.

¹⁰⁸ Art. 76 du CGCTD.

¹⁰⁹ Art. 75 de la loi n° 012/PR/04 du 7 juin 2004 portant régime comptable des collectivités territoriales décentralisées.

¹¹⁰ Arrêté conjoint MINATD/MINFI n° 000015 du 13 septembre 2010 portant déblocage et affectation de certaines quotes-parts de la DGI pour l'exercice 2010.

¹¹¹ Art. 73 de la loi n° 012/PR/04 du 7 juin 2004 portant régime comptable des collectivités territoriales décentralisées.

Cameroun et au Tchad. Dans un tel contexte, elles ont du plomb dans l'aile car le pouvoir financier faisant défaut et l'argent étant le nerf de la guerre, la protection de l'environnement s'en trouve, par ricochet, compromise.

b. La modicité des ressources financières des collectivités territoriales décentralisées

L'efficacité de l'intervention des collectivités territoriales décentralisées dans leurs différents domaines de compétences est fondamentalement liée à l'importance de leurs ressources financières.

Force est cependant de constater qu'au Cameroun et au Tchad, elles ont du mal à exercer pleinement leurs compétences, y compris celles en matière de protection de l'environnement et cela, en partie du fait de la modicité des ressources financières qui se traduit par la faiblesse des taux des impôts et taxes locaux, ainsi que par l'insuffisance des taux des autres dotations étatiques ou le retard dans leur mise à la disposition des collectivités territoriales décentralisées.

En effet, au Cameroun, la loi prévoit que : « *Les impôts locaux comprennent : les impôts communaux ; les centimes additionnels communaux sur les impôts et taxes de l'État ; les taxes communales ; les impôts et taxes des régions ; tout*

autre type de prélèvements prévus par la loi »¹¹². En théorie, l'État camerounais s'assure même que le rendement annuel des impôts locaux correspond à un taux proportionnel établi en rapport avec son niveau de ressources fiscales¹¹³. En pratique, les collectivités territoriales décentralisées camerounaises ne parviennent pas à récolter toutes ces ressources. Au regard des lacunes de la fiscalité locale actuelle, la doctrine appelle à une « *réforme orientée notamment vers l'amélioration des modes de financement des collectivités territoriales décentralisées* »¹¹⁴.

Au Tchad, le régime financier et fiscal des collectivités territoriales décentralisées renseigne sur la consécration en leur faveur d'une variante de ressources¹¹⁵. Concrètement, elles ne reçoivent et ne perçoivent pas toutes ces ressources pourtant consacrées.

S'agissant des dotations de l'État, qui constituent en principe le deuxième mode de financement des compétences transférées après la fiscalité locale, elles varient selon que l'on soit au Cameroun ou au Tchad.

Au Cameroun, il existe deux types de dotations de l'État prévus par le CGCTD : la dotation générale de la décentralisation (DGD)¹¹⁶ et les

¹¹² Art. 2 de la loi n° 2009/019 du 15 décembre 2009 portant fiscalité locale.

¹¹³ Art. 6 (1) de la loi précitée.

¹¹⁴ P. BELECENIE, *Les transformations de la fiscalité locale au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2016, 4^e de page de couverture.

¹¹⁵ Pour les provinces, cf. art. 4 de la loi n° 011/PR/2004 du 7 juin 2004 portant régime financier et fiscal des collectivités territoriales décentralisées. Pour les communes, cf. art. 6 de la loi n° 011/PR/2004 précitée.

¹¹⁶ L'art. 25 du CGCTD institue en effet la DGD qui sert au « financement partiel » de la décentralisation. Il dispose en substance qu'« *il est institué une dotation générale de la décentralisation destinée au financement partiel de la décentralisation. La loi des finances fixe pour chaque année sur proposition du gouvernement, la fraction des recettes de l'État affectée à la dotation générale de la décentralisation* ».

dotations spéciales¹¹⁷. Somme toute, dans le contexte de la décentralisation camerounaise, l'institution de la DGD est salubre car elle permet aux collectivités territoriales décentralisées d'avoir des ressources financières additionnelles pour l'accomplissement de leurs missions malgré la modicité relative des montants qui leur sont affectées¹¹⁸. Si cette dotation constitue le principe, le législateur camerounais admet, de manière exceptionnelle, le financement des compétences locales par des dotations spéciales.

En outre, il y a les dotations budgétaires prévues par les départements ministériels qui désignent les ressources financières allouées aux collectivités territoriales décentralisées et prélevées sur le budget des ministères suite aux transferts effectifs des compétences. Ces ressources demeurent inscrites au budget des départements ministériels mais sont réservées à l'exercice de nouvelles compétences par les collectivités territoriales décentralisées ; l'engagement de ces dépenses ne peut être initié que par les organes de ces collectivités. Les crédits sont transférés sous forme de « carton » par les ministères concernés aux différents bénéficiaires¹¹⁹. Ils obéissent aux

principes de lisibilité, de traçabilité, de transparence et d'exhaustivité pour démanteler les fausses délégations. Ces crédits partent du Ministère des Finances aux collectivités territoriales décentralisées.

Au Tchad, la loi n° 011/PR/2004 du 7 juin 2004 portant régime financier et fiscal des collectivités territoriales décentralisées prévoient, au rang des ressources de ces dernières, la dotation globale de fonctionnement, la subvention d'équipement et éventuellement la dotation de décentralisation, qui leurs sont attribuées par l'État et dont les clefs de répartition sont fixées par décret¹²⁰. Toutefois, les dotations sont généralement non transférées ou inopportunément transférées aux collectivités territoriales décentralisées.

Il faut dire qu'au Cameroun et au Tchad, les mécanismes de financement des compétences transférées à ces entités décentralisées sont variés. Mais malgré cela, leurs ressources financières restent dérisoires. C'est en partie la raison pour laquelle ces entités territoriales ont du mal à accomplir pleinement leurs missions de développement local, notamment celle d'assurer efficacement la protection de l'environnement.

CONCLUSION

d'accompagnement du processus de décentralisation, autorités de tutelle pour les services déconcentrés apportant leur appui et leur concours aux communes et aux communautés urbaines, communes et communautés urbaines sinistrées, endettées ou à revenus trop faibles, services du Premier ministre, Chef du gouvernement pour le CND et au MINATD pour le CISL.

¹²⁰ Art. 1^{er} al. 1^{er} (2) de la loi n° 011/PR/2004 du 7 juin 2004 portant régime financier et fiscal des collectivités territoriales décentralisées.

(¹¹⁷) Art. 26 du CGCTD.

¹¹⁸ En pratique, les statistiques de la DGD au Cameroun, de 2010 à nos jours, révèlent les montants suivants : en 2010, 9 694 000 000 FCFA ; en 2011 et 2012, 7 000 000 000 FCFA ; en 2013, 7 500 000 000 FCFA, en 2014, 10 000 000 000 FCFA et en 2015, 10 500 000 000 FCFA ; en 2017 et 2018, 10 000 000 000 FCFA et en 2019, 49 800 000 000 FCFA ; en 2020, 49 900 000 000 FCFA ; en 2021, 232. 176 624 000 FCFA ; en 2022, 242 000 000 000 FCFA ; et en 2023, 252 568 936 000 FCFA.

¹¹⁹ Magistrats municipaux, CND, CISL, autres organes de suivi, de coordination, d'évaluation et

Au terme de cette analyse, l'on peut observer que les collectivités territoriales décentralisées camerounaises et tchadiennes disposent des compétences en matière environnementale qui leur sont diversement reconnues et transférées : certaines par la loi et d'autres, au travers de quelques principes du droit de l'environnement. Les compétences qu'elles reçoivent visent à assurer tant la prévention des atteintes à l'environnement que leur répression et cela, à travers divers moyens et mécanismes.

Au bout d'une chaîne de compétences analysées, visant à protéger l'environnement au Cameroun et au Tchad, on peut observer que les collectivités territoriales décentralisées sont compétentes à chaque étape, bien qu'à des niveaux variables. D'une part, les régions et les communes (ainsi que les communautés urbaines) au Cameroun et d'autre part, les provinces et les communes au Tchad sont diversement habilitées à protéger l'environnement dans leurs circonscriptions respectives.

Cependant, dans la mise en œuvre de leurs compétences, insuffisantes au demeurant, elles se heurtent à d'énormes difficultés dont les unes sont liées à la faible qualité des compétences qui leur sont transférées et les autres, quant à elles, autant d'ordre structurel que conjoncturel, se ramènent à l'ineffectivité de leur autonomie administrative et financière.

Il faut toutefois relever que les entraves à une protection efficace de l'environnement par les collectivités

territoriales décentralisées sont aussi bien étrangères qu'intrinsèques aux droits camerounais et tchadien. Pour ce qui concerne les limites juridiques dans le processus de la décentralisation au Cameroun et au Tchad, il convient de signaler qu'elles ne sont pas toutes négatives car, bien qu'il s'agisse dans certains cas des inadéquations à corriger, elles apparaissent à certains niveaux comme des restrictions garantes du bon fonctionnement des collectivités territoriales décentralisées, agissant dans le cadre de leur mission de protection de l'environnement¹²¹.

¹²¹ M.-M. VLAICU estime en ce sens que « le concept de limite est intimement lié au droit ». Cf. M.-M. VLAICU, « La décentralisation et les

limites dans le droit », *Revue juridique de l'Ouest*, 2013, p. 7.

L'ORDRE PUBLIC DANS LES RAPPORTS FAMILIAUX EN DROITS NIGÉRIEN ET BÉNINOIS

Par

ABDOU ASSANE Zeinabou,

Maitre de Conférences, Agrégée des Facultés de Droit,
Enseignante chercheure, Faculté des Sciences juridiques et Politiques (FSJP)
Université Abdou Moumouni de Niamey.

Résumé :

Le droit de la famille est de plus en plus axé sur la primauté de l'individu. Il est, en effet, orienté vers une prise en compte accrue des volontés individuelles. Ces volontés impactent sans aucun doute l'épanouissement de la famille. Pour autant, le droit de la famille doit rester en phase avec l'ordre public dont la principale fonction est de veiller à la défense de la société dans laquelle, l'intérêt général doit toujours prévaloir face aux intérêts particuliers et individuels. Pour cette raison, le législateur aussi bien nigérien que béninois, tente d'atténuer l'influence de l'individualisme afin d'assurer la protection des intérêts légitimes du groupe familial, qu'il s'agisse dans l'union conjugale, dans la séparation du couple, dans la parentalité et la filiation ou encore le droit à l'enfant et même en cas de décès d'un des époux. L'ordre public continue de jouer son rôle qui lui est dévolu et interdit toujours aux individus de stipuler par des

conventions sur leur état familial en l'occurrence, en contrôlant les conventions de GPA au Bénin alors que celles-ci sont interdites au Niger et en contrôlant toujours les conventions dans certaines matières (divorce, autorité parentale) où elles sont admises. Pour autant l'ordre public familial (nigérien et béninois) arrive à s'adapter aux exigences d'une société moderne et à l'affirmation des valeurs traditionnelles.

Mots clés : Famille, ordre public, conventions, limites.

INTRODUCTION

La famille considérée comme la cellule de base de la société est une institution bien organisée mais encadrée par les exigences de l'ordre public dans le but d'assurer une certaine stabilité et un épanouissement de toutes ses composantes. Traditionnellement, la famille associe les époux, les enfants et toutes les personnes apparentées ; elle occupe une place importante dans toute société (surtout africaine). La loi intervient alors pour organiser et encadrer les relations de famille en l'occurrence la vie de couple, le mariage, la filiation, le divorce et les successions. Les relations de famille englobent en effet un vaste domaine du droit¹ même si la famille se rétrécit de plus en plus sous l'influence de la volonté individuelle au point que certains se demandent ce qu'elle est devenue.

La famille repose sur une institution fondamentale : le mariage². Selon Alain

Benabent, « *au centre de la famille se trouve le mariage : c'est l'acte fondateur qui crée le foyer et perpétue la souche* »³. Ce qui veut dire que l'auteur commun de plusieurs descendants serait alors issu du mariage. La famille est donc entendue comme un ensemble de personnes unies par des liens de parenté et l'alliance⁴. D'un point de vue sociologique, la famille est définie comme un groupe de personnes unies par les liens du mariage, du sang ou de l'adoption, caractérisé par une résidence commune constituant une maisonnée où chacun interagit et communique avec l'autre, dans un rôle social respectif et maintenant une culture commune. Pour les juristes, la famille est entendue comme un ensemble formé par la mère, le père et les enfants⁵. On peut parler de famille légitime⁶ de famille adoptive⁷ ou encore de

¹ Le droit de la famille couvre une large variété de relations, allant du mariage à la filiation (légitime, naturelle ou adoptive) et en passant par l'adoption. Il organise les relations juridiques au sein des familles et couvre aussi bien le droit des personnes et des familles et le droit patrimonial des couples..

² LANORE Y. B. et TERNEYRE V.L., Droit civil : introduction -biens-personnes et familles, Sirey 20^e édition 2018, p. 625.

³ BENABENT A., « La liberté individuelle et le mariage », n°3, RTD. civ., 1973, spéc. N°23.

⁴ N. N. P. PRISCILLE, « L'intervention du droit pénal camerounais dans la famille », Annales africaines, N° 17, décembre 2022, p. 307.

⁵ SERVA G., « La légitimation de l'intervention du droit pénal dans la famille », thèse soutenue le 16/12/2016 à l'Université de Montpellier, p. 41.

⁶ C'est la famille composée par un groupe des personnes unies par les liens d'alliance, de filiation, du sang ou de l'adoption conforme au droit positif.

⁷ La famille adoptive est constituée par soit le groupe formé par le ou les adoptants et l'adopté, soit, relativement à celui-ci, la famille de l'adoptant.

famille naturelle⁸ En Afrique, la définition de la famille est entendue au sens large et ne se limite pas seulement au couple et leurs enfants ; c'est l'unité de base sociale fondée sur la parenté, le mariage et l'adoption ou d'autres aspects relationnels.

Pour assurer un meilleur épanouissement de la vie familiale, le droit encadre l'organisation et la cellule familiale mais limite toutefois son intervention dans le cercle familial afin d'éviter

une instabilité familiale⁹. La protection de la stabilité familiale justifie d'ailleurs l'exclusion¹⁰ de l'application de certaines règles pénales¹¹. La famille en tant que phénomène social¹², doit être un milieu où règne un climat d'amour, de bonheur et de compréhension¹³ pour que la personnalité de l'enfant s'épanouisse¹⁴ de manière harmonieuse. Compte tenu des fonctions sociales qu'elle assure, la famille fait l'objet d'une protection par l'État¹⁵ et la communauté internationale¹⁶.

⁸ C'est la famille composée d'une femme et d'un homme qui ne sont pas unis par les liens du mariage, et de leurs enfants.

⁹ Voir G. SERVA, « La légitimité de l'intervention du droit pénal dans la famille », thèse soutenue le 16/12/2016 à l'Université de Montpellier, p. 16.

¹⁰ A. C. HOLLENDER, « Le couple face au droit et à la procédure pénale ; contribution à la mise en lumière d'un droit pénal du couple, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 11 | 2013, pp. 45-54.

¹¹ La protection par exclusion de l'application de certaines règles connaît quelques illustrations : les immunités familiales, la dispense de témoigner en justice et l'interdiction de prononcer certaines peines pour les infractions contre la propriété commises entre les membres d'une même famille. L'article 342 du code pénal du Niger dispose en effet que « *Ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles, les délits portant directement atteinte à la propriété commis : 1) par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leur mari, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé; 106 Code pénal 2) par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres ascendants, par des pères, mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants. A l'égard de tous autres individus qui auraient recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets provenant du délit, ils seront punis comme coupables de recel, conformément à l'article 354* ».

¹² G. CORNU, *Droit civil : La famille*, Montchrestien, 8ème édition 2023, p. 7.

¹³ Cf. convention relative aux droits de l'enfant, paragraphe. 6 du préambule.

¹⁴ G. HILGER, *L'enfant victime de sa famille*, thèse de doctorat soutenue le 11 décembre 2014 à l'Université Lille Nord de France, p. 9.

¹⁵ Article 21 de la Constitution du Niger du 25 Novembre 2011 dispose « Le mariage et la famille constituent la base naturelle et morale de la communauté humaine. Ils sont placés sous la protection de l'État.

L'État et les collectivités publiques ont le devoir de veiller à la santé physique, mentale et morale de la famille, particulièrement de la mère et de l'enfant ». L'article 26 De la Constitution du Bénin du 11 Décembre 1990 : l'alinéa 2 de cet article dispose « ... L'État protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées ».

¹⁶ A l'échelle international on peut citer la DUDH à son article 12 ; la Convention européenne des droits de l'homme à son article 8 ; la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; le préambule de la convention de New-York du 26 juin 1990, relative aux droits de l'enfant, la Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples etc. Voir aussi J. SANCHEZ, « La famille, une institution à la limite de la sphère de l'espace public et de l'espace privé », *Erès, Empan*, 2002/3 n°47/ pp. 95-104.

L'ordre public quant à lui est une notion floue du droit, changeante en fonction de l'espace et du temps. Il est donc difficile de s'entendre sur une définition précise de l'ordre public. Le dictionnaire juridique le définit comme l'ensemble des règles et obligations touchant à l'organisation de la Nation, à la paix publique, aux droits et aux libertés considérées comme essentielles pour chaque individu. Il s'agit de « *l'ensemble des principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères* »¹⁷. On peut ainsi dire que l'ordre public est l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu. C'est donc tout ce qui est considéré comme conforme aux principes fondamentaux du droit national (ordre public national) ou du droit international (ordre public international).

L'organisation de la famille, telle qu'édictée par la loi est d'ordre public et

interdit toute convention qui y déroge. En effet, l'ordre public se manifeste dans toutes les activités de la vie humaine. On distingue l'ordre public de direction¹⁸, de l'ordre public de protection¹⁹ et l'ordre public classique, du nouvel ordre public plus orienté vers un ordre public individuel qui serait à la fois social²⁰ et économique²¹. Une telle distinction est fondée sur l'objectif poursuivi par le législateur. C'est ainsi que l'ordre public de direction a un contenu positif ; il ordonne. Il permet d'assurer la défense des intérêts collectifs. L'ordre public de direction organise alors les rapports familiaux, l'intérêt général de la famille. Par contre, l'ordre public de protection a un contenu négatif ; il interdit. Il permet la défense des intérêts particuliers des différentes composantes de la famille qu'il s'agisse des époux eux-mêmes ou de leurs enfants. L'ordre public de protection serait alors la protection d'un intérêt individuel contre les atteintes sociales d'une société donnée. En Afrique en général, et au Niger et au Bénin, il s'agit plus particulièrement de protéger l'intérêt

¹⁷ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriège, Paris, 9e éd. PUF, Paris, avril 2009, p. 714.

¹⁸ L'ordre public de direction qui assure la protection de l'intérêt général

¹⁹ L'ordre public de protection assure la protection des plus vulnérables, par exemple le locataire contre le bailleur, le non professionnel contre le professionnel ou encore le consommateur.

²⁰ L'ordre public social est de direction lorsqu'il vise à imposer une certaine conception de l'intérêt général ; et il est de protection lorsqu'il vise à la protection d'une catégorie de personnes.

²¹ La notion d'ordre public économique est plus spécialement invoquée pour justifier les limites à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre, aux libertés économiques.

individuel contre les atteintes contenues dans nos traditions notamment les inégalités ou discriminations à l'égard de la femme.

Aussi, l'ordre public encadre l'organisation de la famille afin d'assurer son épanouissement ; d'où l'interdiction d'y déroger par des conventions particulières même si la volonté individuelle joue un rôle non négligeable dans les rapports familiaux tel que par exemple le consentement des époux dans le mariage ou la volonté des époux en cas de divorce, de successions. Toutefois, certaines conventions sont interdites ; il en est ainsi de celles relatives aux droits et devoirs des époux, celles portant sur l'exercice de l'autorité parentale, les contrats portant renonciation au droit aux aliments ou encore les contrats de séparation amiable ; toute chose considérée comme portant atteinte aux principes de base de la société, à l'ordre public (classique de direction).

Par ailleurs, la survivance de l'ordre public familial impose des limitations afin d'assurer la protection de divers intérêts de tous les membres de la famille et cela même dans les domaines considérés comme conquis par les volontés individuelles. En effet, le

législateur aussi bien nigérien que béninois soumet ces volontés au contrôle du juge ou de certains officiers ministériels tels que le notaire par exemple. Si ces volontés²² sont exprimées en dehors du contrôle défini par la loi, elles seront alors inefficaces à tel point que certains parlent de la fragilisation de la volonté individuelle des époux et même de leur paralysie. Toutefois, force est de reconnaître que la limitation de la manifestation des volontés des époux est de nature à limiter les conséquences néfastes de la libre expression des volontés des époux pour l'intérêt des membres de la famille.

Ainsi, la relation entre l'ordre public et le droit de la famille est évidente, puisqu'elle a pour objet d'assurer l'épanouissement et la stabilité des rapports familiaux. Mais l'ordre public protège plus la famille légitime que la famille naturelle. En effet, le droit béninois reconnaît à la fois la famille légitime et la famille naturelle même si la protection de la famille naturelle est plus réduite surtout lorsque les enfants ne sont pas reconnus par les deux partenaires. Au Niger, le code civil fait référence à la situation des enfants naturels à l'égard du ou des parents qui l'a ou l'ont reconnu.

²² Pour être efficaces, certaines volontés des époux ne doivent être exprimées qu'avec l'intervention préalable de l'autorité habilitée (officier public ou

ministériel) à cette fin à qui il revient d'accorder ou non effet aux volontés ainsi exprimées.

Il faut par ailleurs rappeler que le droit positif nigérien soumet au droit coutumier le mariage, le divorce, la filiation, la succession, la donation et le testament. En effet, la loi n°2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger définit le domaine d'application du droit coutumier mais laisse aux juges le soin de l'appliquer aux faits qui leurs sont soumis ou encore de l'écarter au profit du droit civil. Le but de l'ordre public est d'assurer la garantie effective de droits et principes constitutionnels²³. Et le mariage était le socle de la famille et parallèlement la famille prenait sa source dans le mariage²⁴. C'est donc tout naturellement que l'ordre public régule les rapports familiaux. La relation entre l'ordre public et la famille est donc délicate et complexe et implique alors que l'ordre public restreigne certaines libertés individuelles des composantes de la famille mais seulement lorsqu'il est en va du bien-être, de l'épanouissement et de la protection de celle-ci.

²³ Le préambule de la Constitution du Niger ainsi que celui du Bénin, réaffirment tous deux (2) leur attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'Homme tels que définis par la Charte des Nations-Unies de 1945, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) de 1948 et la Charte

Il convient dans ces conditions de poser la question de savoir *quelle est la place de l'ordre public dans les rapports familiaux quand on sait que ces derniers ont tendance à s'amenuiser sous l'influence de la primauté accordée à l'individualisme ?*

La réponse à cette question mérite qu'on s'attarde en analysant d'abord la fonction régulatrice de l'ordre public dans les rapports familiaux à travers le maintien de l'ordre public familial malgré l'essor des volontés individuelles (I) et de s'intéresser ensuite à la dégradation des rapports entre l'ordre public et la famille au point où certains parlent du recul de l'ordre public familial (II).

Africaine des Droits de l'Homme, dont les dispositions font parties intégrantes des dites Constitutions.

²⁴ A. BLAS, L'ordre public matrimonial, 2016, p. 8 in [L'ordre public matrimonial. - Dissertation - Alysée Blas \(ladissertation.com\)](http://ladissertation.com), consulté le 23 juin 2024 à 15h 03mn.

I- LE MAINTIEN DE L'ORDRE PUBLIC FAMILIAL

Il convient avant tout propos de comprendre sur ce qu'il faut entendre par « *ordre public* » au niveau interne²⁵. Il s'agit de « *toutes les règles impératives et prohibitives* » régissant la vie en société et donc de chaque individu membre d'une famille et plus largement de la société. D'où l'existence de règles supplétives en face des règles impératives, régissant également les rapports familiaux notamment ceux entre conjoints, parents et descendants. L'ordre public familial est ainsi maintenu dans certains domaines tels que la liberté matrimoniale, la gestion des biens, le divorce ou encore la succession. Dans certains cas, il fait l'objet de limitations par l'effet de contrôle imposé. Il serait intéressant d'envisager la place occupée par l'ordre public familial en tant que régulateur des rapports familiaux aussi bien au niveau extra patrimonial (A) qu'au niveau patrimonial (B).

²⁵ La présente analyse n'envisagera pas l'ordre public international qui fixe les limites que le droit d'un pays donné n'est plus capable de tolérer les règles d'un système étranger.

A- L'ordre public extra patrimonial maintenu

La fonction régulatrice de l'ordre public dans les rapports extra patrimoniaux de la famille est toujours prépondérante qu'il s'agisse des relations de couple (1) ou des relations parents-enfants (2).

1- L'ordre public des relations du couple

L'ordre public des rapports familiaux renvoie aux valeurs impératives auxquelles devraient-être soumises les libertés et volontés individuelles dans le couple afin de protéger les divers intérêts en présence. Aussi, tout ordre public est apprécié comme une technique juridique adaptée à l'orientation de la conduite de l'homme par la restriction et jugée nécessaire, de certaines de ses libertés²⁶. L'ordre public matrimonial permet d'encadrer le mariage légitime, la liberté, voire le libertinage en consacrant le modèle de couple reconnu et auquel la loi accorde des droits. Ainsi, dans les rapports de couple, l'ordre public familial s'intéresse aussi au mariage, au divorce mais aussi à la filiation.

²⁶ S. FARGES, *L'ordre public sociétaire*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 217, 2022, p. 3. T. PEZ, « L'ordre public économique », In, *Lextenso : Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N°49, 2015, p. 55.

Le mariage est certainement l'acte dans lequel, l'ordre public pèse le plus, car il s'agit ici d'un ordre public de direction compte tenu de la stabilité et la durée qu'offre une telle union contrairement au concubinage qui reste encore condamnée voir rejeté dans la société nigérienne²⁷ alors qu'elle est tolérée voire acceptée dans la société béninoise²⁸. Comme déjà rappelé plus haut, la famille repose traditionnellement dans nos sociétés (africaines) sur le mariage même s'il existe à côté, d'autres types d'unions²⁹. Le rôle de l'ordre public dans le mariage ressort dès l'entrée en mariage pour se poursuivre dans ses effets jusqu'à sa fin. Mais, le mariage n'est plus la seule forme d'union sur laquelle repose la famille et n'implique plus cette stabilité et cette durée qu'on lui connaissait avant. L'ordre public impose au Bénin comme au Niger une célébration publique aussi bien pour le mariage civil que pour le mariage coutumier, coutumier-religieux (musulman pour le cas nigérien).

²⁷ Dans la société nigérienne où 90% de la population est musulmane, seul le couple marié doit mener une vie conjugale. L'union libre est formellement interdite et condamnée par la société qui la considère comme un acte anti-social et anti-religieux.

²⁸ Au Bénin, beaucoup de couples vivent en concubinage. La proportion des couples qui sont mariés légalement est nettement inférieure à celle des couples non mariés. D'autres optent pour le mariage

A la lumière des législations du monde entier, les législations béninoise et nigérienne posent certaines limitations dans le choix du conjoint en interdisant l'union entre certaines catégories de personnes. Plusieurs dispositions du Code des Personnes et de la Famille du Bénin (ci-après dénommé CPF) et celles du code civil applicable au Niger prévoient ce qu'on appelle des empêchements au mariage ; ces dispositions sont d'ordre public et entraînent la nullité du mariage. Ainsi, la loi impose un contrôle qui peut restreindre la liberté des époux dans certains domaines comme le fait remarquer Monsieur Jacques Normand, pour qui, il est évident que « *là même où la loi ouvre de « nouveaux espaces de liberté » et fait une large place aux volontés concordantes des intéressés, elle ne renonce pas, à conserver par l'intermédiaire du juge, un droit de regard et de décision* »³⁰ C'est notamment pour cette raison que dans les sociétés (béninoise et nigérienne), les époux doivent être de sexes différents, comme cela est mentionné de part et d'autre par le

coutumier, d'autres encore pour le mariage coutumier et religieux.

²⁹ Il s'agit des unions libres telles que le pacs, le concubinage

³⁰ NORMAND, (J.), « droit judiciaire de la famille et contrat », in « *contractualisation de la famille* », Dominique FENOUILLET et Pascal De VAREILLES- SOMMIERES Pascal (dir), éd. Economica, Paris, 2001, op.cit., p. 212.

législateur³¹. La différenciation de sexe ne peut d'ailleurs faire l'objet d'aucune transaction. Cette question qui semble évidente ici, ne l'est pas ailleurs comme en France³² par exemple, où le mariage de couple de même sexe est accepté et introduit dans la législation pour semble-t-il, des raisons d'atteinte au principe d'égalité. C'est donc sous l'angle de la discrimination relativement à l'orientation sexuelle que l'union de couple homosexuel a été introduit dans les sociétés qui l'ont accepté afin d'éviter toute atteinte à un droit fondamental de la personne qu'est le principe d'égalité. C'est également sous le couvert du respect des droits fondamentaux que ce modèle familial en l'occurrence l'union homosexuelle, sera autorisée à se procurer un enfant (par adoption et encore par la procréation médicalement assistée). Ce qui amène certains auteurs de parler de droit à l'enfant au détriment du droit de l'enfant et

plus précisément de l'ordre public de l'intérêt de l'enfant³³. L'inceste³⁴ est également prohibé de part et d'autre car il est un vice qui atteint un mariage contracté entre deux (2) personnes liées par un degré de parenté prohibé.

D'ailleurs, la loi peut imposer un contrôle (par le juge ou un officier ministériel) dans la manifestation de la volonté des époux. C'est ainsi que pendant la période qui précède le ménage, les futurs époux peuvent poser des actes dont certains, bien que facultatifs sont soumis à des contrôles. Il en est ainsi des fiançailles, qui, il faut le préciser n'ont aucune portée juridique aussi bien au Niger qu'au Bénin. En effet, la plupart des législations dénie toute portée juridique au contrat de fiançailles comme le fait constater Gérard Cornu « *les fiançailles ne constituent pas une convention légalement formée au sens de l'article 1134 du cciv* »³⁵. Mais ce qui est paradoxal est que le

³¹ Cf. article 148 CPF. En parlant des époux le code civil applicable au Niger fait toujours référence au mari et à la femme : cf. Titre V du livre I sur le mariage en ses article 144 et suivants.

³² La différence de sexe n'est plus considérée en droit français comme dans certains pays (même africains) : cela a été l'œuvre de la Loi n° 2013-403 du 18 mai 2013 portant mariage pour couple de personnes de même sexe.

³³ Sur l'ordre public de l'intérêt de l'enfant voir : ABDYOU ASSANE Z., ... « A la recherche d'une explication juridique de la gestation pour le compte

d'autrui au Niger », Revue Cames, N° 1, 2017, pp. 149-166

³⁴ Voir les articles 161 et 162 du code civil (du Niger et du Bénin) repris par les articles 164 et s. du code des personnes et de la famille du Bénin. Voir aussi les articles 122, 317 du CPF. L'article 161 dispose « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.* » ; L'art 162 continue en disposant : "*En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur.*" Art 163 : "*Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* ».

³⁵ CORNU, (G.), Droit de la famille, op.cit., p. 268.

législateur béninois bien que ne reconnaissant pas une portée juridique aux fiançailles, met néanmoins en place un moyen de contrôle de cette volonté créatrice d'acte. Aussi, bien que facultatif, dès lors que les futurs époux manifestent leurs volontés de célébrer les fiançailles, qui, il faut le préciser est facultatif, la loi leur impose certaines formalités auxquelles ils ne peuvent déroger. Ils doivent ainsi passer par le contrôle qui doit vérifier la sincérité de leurs consentements ainsi que la différenciation des sexes. La loi impose par ailleurs que l'acte soit connu des deux familles. Cette exigence tient lieu, en quelque sorte, de publication des bans qui enlève au mariage tout caractère occulte.

D'autres questions qui peuvent être posées relativement à l'ordre public dans les relations de couple sont celles de la bigamie et de la polygamie. S'agissant de la bigamie, il faut noter que l'ordre public de direction

impose la monogamie dans les pays non musulman³⁶ comme au Bénin³⁷. En effet, le législateur béninois fait de la bigamie une prohibition légale en l'interdisant dans le nouveau CPF et ceci dans le dessein de se débarrasser de la polygamie³⁸ alors que le droit positif nigérien admet la polygamie³⁹ et autorise l'homme à prendre jusqu'à quatre (4) épouses, mais impose à la femme de n'avoir qu'un seul mari. Une telle situation semble pourtant rompre avec le principe d'égalité prôner par la loi suprême du pays. On peut à ce niveau rappeler que le régime monogamique rime avec la communauté des biens mais pas avec la séparation des biens. Mais, dans la famille polygamique, le concubinage ne crée pas une unité sociale et économique. Or, pendant que le législateur béninois consacre et institue le mariage monogamique comme base de la famille

³⁶ Il faut à ce niveau noter que la différence de culte peut aussi un empêchement au mariage. En effet, il est interdit à la femme musulmane d'épouser un non musulman alors l'homme musulman peut se marier avec une non musulmane.

³⁷ Le mariage monogamique est promu par le code des personnes et de la famille du Bénin. Il ne laisse aucun choix aux candidats au mariage. Cf. art 143 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille.

³⁸ Cf. article 125 CPF.

³⁹ La polygamie est admise par le droit coutumier indépendamment du fait que l'article 147 du code civil applicable au Niger dispose « *On ne peut contracter un*

second mariage avant la dissolution du premier ». On peut noter que cette disposition est valable et applicable uniquement à l'égard de la femme puisqu'il est loisible à l'homme de se marier jusqu'à quatre (4) épouses conformément aux prescriptions de l'islam. On peut également noter que la polygamie est généralisée en Afrique de l'Ouest aussi bien en milieu urbain qu'en milieu rural. Elle est d'ailleurs fortement présente dans les milieux islamisés au point où certains parlent de pratique coutumière en se référant à la polygamie.

On assiste à une survivance des pratiques coutumières notamment la polygamie quel que soit l'Etat concerné.

(légitime), il établit la séparation des biens comme régime de droit commun⁴⁰.

Relativement aux effets du mariage, on peut relever que traditionnellement, il revient au mari d'assurer l'ordre familial. Ce qui est d'ailleurs toujours le cas au Niger puisque le code civil (article 213)⁴¹ et le droit musulman prévoient tous deux (2) que le mari est le chef de famille et doit subvenir aux charges de celle-ci. En contrepartie, la femme doit obéissance à son mari. Malgré la signature par l'État du Niger, de la Convention de New-York (du 18 décembre 1979) sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'endroit des femmes, l'égalité des droits et devoirs entre homme/femme laisse toujours à désirer dans la pratique. Au Bénin, les époux assurent ensemble la direction matérielle et morale de la famille⁴². Les obligations réciproques de fidélité, de secours, d'assistance et de cohabitation existent dans les deux (2) États⁴³

⁴⁰ Art 184 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille.

⁴¹ L'alinéa 1 de l'art. 213 du code civil applicable au Niger dispose « Le mari est le chef de famille. Il assure cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants ».

⁴² L'art. 155 CPFB dispose « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* ».

Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

⁴³Au Niger ce sont les articles 216 code civil applicable au Niger et 153 à 154 CPFB.

et aucun époux ne peut y renoncer. L'adultère⁴⁴ est prohibé au Niger même s'il est rarement sanctionné. Le législateur béninois a par contre dépénalisé l'adultère.

L'ordre public s'intéresse également à la rupture du lien matrimonial qui peut intervenir soit par le décès de l'un des époux, soit par le divorce.

Relativement à la rupture du lien matrimonial, le Niger et le Bénin admettent le divorce en énumérant les causes⁴⁵ pour lesquelles il peut intervenir. Au nom de la protection de l'institution même du mariage, l'ordre public interdit des pactes entre les futurs-époux sur les effets du divorce notamment sur la garde des enfants ou sur les finances. Toutefois, les conjoints contournent cet ordre public et signent de plus en plus de telles conventions au point que certains parlent de l'essor des volontés individuelles en droit de la famille. Pour autant, le juge

⁴⁴ L'article 230 du code civil applicable au Niger prévoit que l'adultère est une cause de divorce. L'adultère est également sanctionné sur le code pénal du Niger en ses articles 286 à 289.

⁴⁵ Les causes du divorce qu'elles soient objectives ou subjectives sont au contrôle du juge qui est seule habilité à le prononcer. Toutefois, l'Association islamique du Niger peut prononcer le divorce en cas de mariage seulement coutumier sous réserve d'homologation de la décision par le juge (en général par ordonnance du juge chargé des affaires familiales et coutumières)

ayant pour mission de protéger l'intérêt général et le respect de l'ordre, dispose là encore du pouvoir d'annuler les conventions qui vont à l'encontre de l'ordre public.

Il est à relever que le Niger admet aussi à côté du divorce⁴⁶, la répudiation⁴⁷ qui relève de la volonté unilatérale du mari, sans aucune justification. C'est seulement en cas de faute de la part du mari (défaut d'entretien, violences conjugales, adultère ...), que le plus souvent, la femme introduit une demande de divorce. Pour l'essentiel, c'est le droit coutumier qui règle les questions de divorces et la majorité des divorces sont prononcés par l'Association islamique du Niger⁴⁸ qui a dans ce domaine une compétence concurrente avec les tribunaux civils (tribunaux d'arrondissements communaux, tribunaux d'instance).

⁴⁶ 229 à 305 du code civil applicable au Niger.

⁴⁷ La répudiation est considérée comme une institution fondamentale du droit musulman. A cet égard, on peut rappeler que certains droits notamment le droit français ne reconnaît plus cette forme de dissolution unilatérale du mariage afin de protéger les droits des femmes étrangères. En effet, depuis 2004, la jurisprudence française ne reconnaît plus la répudiation dans le souci d'intégrer l'égalité des sexes. Elle a ainsi refermé la porte ouverte aux décisions étrangères rendues applicables par la règle de l'exequatur. En effet avant cette date, la jurisprudence française donnait effet à des répudiations prononcées à l'étranger dans la mesure où elles étaient accompagnées de garanties pécuniaires à l'endroit de la femme délaissée (recherche de compris entre 1999 à 2003). Mais aujourd'hui la cour de cassation condamne la répudiation dès lors que

Au Bénin, le législateur identifie le divorce avec un régime de séparation de corps vigoureux dont la régularité doit faire l'objet de contrôle⁴⁹. En effet, si le législateur offre la possibilité aux époux d'organiser les conséquences de leur divorce, il leur impose toutefois le respect de certaines conditions (dès l'ouverture jusqu'aux effets de la dissolution) afin d'en garantir la régularité. Dans tous les cas, la dissolution du mariage doit être connue par le juge pendant toutes les phases. Il faut à ce niveau préciser que lorsque les époux optent pour un divorce par consentement mutuel, leurs volontés sont restreintes et le juge opère à ce moment un contrôle strict. En effet, l'article 225 du CPFEB dispose « *La demande en divorce est présentée par les époux en personne, par écrit au tribunal civil de droit commun.*

l'épouse, sinon les deux époux, sont domiciliés sur le territoire français : Arrêts du 17 février 2004 (n° 257 à 260), Recueil Dalloz, n° 9, 2004. Toutefois, cet état fait de donner pas aux victimes, une protection infaillible, elle instaure tout de même un équilibre juridique influencé par l'ordre public.

⁴⁸ Selon l'Association Islamique du Niger, six cent (600) cas de divorce ont été prononcés entre le 1^{er} janvier et le mois de mai 2022 : voir www.studiokalangou.org consulté le 18 janvier 2025 ou www.lesahel.org : « le divorce un phénomène qui prend de l'ampleur à Niamey ».

⁴⁹ Le juge est le premier acteur du contrôle de la régularité du divorce même s'il peut faire appel à un notaire ou un autre officier public pour effectuer ledit contrôle.

Elle peut également être introduite soit par les conseils respectifs des époux, soit un conseil choisi d'un commun accord ». On voit ici que dès l'introduction de la demande, le juge va vérifier si celle-ci est recevable⁵⁰ et vérifier aussi le consentement des époux. Aussi, les époux sont tenus de comparaître devant le juge pour lui permettre d'effectuer ce contrôle. Il va en outre contrôler la convention afin de s'assurer que celle-ci préserve de façon suffisante les intérêts et les membres de la famille⁵¹. C'est ce qui amène Hugues Fulchiron à déduire que « *le juge aux affaires familiales doit, donc à la fois, vérifier la liberté du consentement qui fonde l'accord des époux et la conformité de cette convention à l'intérêt des enfants* »⁵². Ce qui relève d'ailleurs l'importance du contrôle de la convention car cette dernière une fois homologuée⁵³ deviendra la loi des parties et emporte par la même occasion règlement de tous les effets du divorce ainsi que le partage des biens des époux. Le juge va donc procéder au contrôle prévu par la loi en toute sérénité car non seulement les accords des

époux ne sont pas de nature à s'imposer à lui, mais encore il n'a pas à invoquer de motifs graves pour justifier son refus. Dès lors qu'il constate que l'intérêt de l'enfant n'est pas suffisamment protégé, il peut remettre en cause la convention. Il se doit alors de contrôler l'opportunité et la légalité de la convention en vérifiant sa conformité avec à l'intérêt des parents et de l'enfant. C'est dans ce sens que l'article 229 CPF B dispose « *le juge aux affaires matrimoniales joue donc un rôle actif lorsqu'il homologue et la convention homologuée a par elle-même force exécutoire* ». Ainsi, le juge va apprécier la convention et plus précisément par rapport à la garde de l'enfant⁵⁴ et aussi les biens des époux. Ceux-ci peuvent aussi s'entendre sur la garde de l'enfant et la répartition de leurs biens. Toutefois, le juge doit vérifier que l'accord des parents est réel et apprécier la capacité de chacun à subvenir aux besoins de son enfant. On peut alors dire sans risque de se tromper que le seul consentement des époux désunis n'est pas suffisant pour organiser l'exercice de l'autorité parentale, il

⁵⁰ Il va par exemple vérifier la capacité des époux.

⁵¹ DASTE (A.) : Divorce- Séparations de corps et de fait, 22ième éd. Dalloz, Paris, 2013, p. 19.

⁵² FULCHIRON, (H.), Autorité parentale et parents désunis, RUBELLIN-DEVICHI (J.), (dir), Editions CNRS, Chirat, Paris, septembre 1985, op.cit., p. 127.

⁵³ L'homologation de la convention par le juge, confère une force exécutoire à l'ensemble des mesures

contenues dans celle-ci ; et celles-ci, ne pourront, et seulement pour certaines, être modifiées qu'à travers un nouveau jugement ».

⁵⁴ Le juge va se prononcer sur l'exercice l'autorité et déterminée le cas échéant s'il s'agit d'une garde alternée en prenant en compte uniquement l'intérêt de l'enfant.

faut nécessairement que le juge procède au contrôle prévu par la loi. C'est ce qui amène Hughes Fulchiron à dire qu'« *il revient au juge de vérifier que l'accord des parents est réel et qu'ils ont fixé la résidence de l'enfant. En revanche, il doit laisser les parents libres d'organiser la vie quotidienne de l'enfant et son éducation* »⁵⁵. Ce contrôle du juge de l'accord des parents doit se faire aussi bien dans le divorce (gracieux – consentement mutuel)⁵⁶ que dans le divorce contentieux.

Pendant la procédure du divorce, le juge joue alors un rôle de régulateur du conflit conjugal en prévenant d'éventuels conflits parents/ enfants qui peuvent surgir en mettant en avant l'intérêt de l'enfant. C'est dans le même sens que l'article 445 CPF in fine « ... *elle (l'administration des biens du mineur) est soumise au contrôle du juge dans tous les autres cas* » lorsque les ex-conjoints n'exercent pas conjointement l'autorité parentale.

Toutefois, dans certaines situations, le juge ne peut exercer son contrôle. Il en est ainsi en cas de rupture d'une union libre⁵⁷. En

tout état de cause, les parents désunis ont toujours la possibilité de saisir le juge afin que ce dernier se prononce sur certaines questions notamment sur l'administration des biens du mineur ou encore sur des questions successorales.

En sus des relations de couple, l'ordre public régle encore les rapports parents / enfants.

2- L'ordre public des rapports parents /enfants

Dans les rapports parents/enfants, on rappellera le principe est la liberté de procréer d'où le droit à l'enfant qui fait beaucoup de débats dans les procréations médicalement assistée. Si les parents ont la liberté de procréer ou encore d'adopter, l'enfant a aussi des droits qui ne doivent pas être négligés. Les parents ont l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants. En matière d'établissement de la filiation, l'enfant a pour père, le mari⁵⁸ de la femme. Ainsi, la maternité est toujours certaine alors que la paternité est toujours occultée d'où la fameuse présomption « **Pater is est .. !** » : ce

⁵⁵ FULCHIRON, (H.), op.cit., p. 159.

⁵⁶ Dans le divorce gracieux, les parents organisent et le juge contrôle la pertinence des propositions conformément à la loi et rend une décision. Dans le divorce contentieux par contre, les parents proposent et le juge décide. Il intervient directement dans le divorce contentieux.

⁵⁷ Ce type d'union n'existe pas dans la société nigérienne qui l'interdit puisque la coutume (islamisée) qui est appliquée dans la grande majorité la prohibe.

⁵⁸ L'article 312 code civil applicable au Niger dispose « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* »

qui signifie que la paternité peut être désavouée⁵⁹ sous réserve de condition d'une extrême rigueur et dans un certain temps. Toutefois, la vérité biologique l'emporte aujourd'hui sur la filiation fictive d'où la libération des moyens de prouver la paternité que ce soit dans le cadre du couple qu'en dehors des relations du couple notamment pour la mise à jour d'une filiation adultérine. Toutefois, pour une certaine stabilité dans les rapports du couple et la protection de l'enfant, la filiation fictive demeure toujours la règle et ne doit pas être rejetée. En Belgique, par exemple, il est possible pour la mère de choisir le père légal de son enfant Autant d'exemples qui montrent qu'en matière de filiation, le droit est fluctuant et l'ordre public peine parfois à trouver son chemin.

En ce qui concerne les droits successoraux, l'article 328 du code des personnes et de la famille du Bénin réserve un traitement égalitaire aux enfants⁶⁰. En droit nigérien également les enfants succèdent à leur père et mère conformément à l'article 745 code civil. Toutefois, dans cette matière,

c'est le droit coutumier qui s'applique et règle la question du partage successoral.

Parlant du droit à l'enfant, l'ordre public familial règne à ce niveau aussi puisque c'est le principe de l'indisponibilité en ce qui concerne les actions relatives à la filiation. Celles-ci ne peuvent faire l'objet d'aucune renonciation.

Dans le même ordre d'idées, l'ordre public s'intéresse également à l'adoption qui ne peut avoir lieu que s'il y a des justes motifs⁶¹, et les règles en la matière sont imposées dans l'intérêt de l'enfant. Ces règles sont relatives aux conditions⁶² à remplir pour être adoptants ou adoptés mais aussi aux procédures à suivre ainsi que les conséquences qui s'y attachent. Dans tous les cas, l'ordre public régule l'adoption afin de protéger l'enfant et seul l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte et justifier à la fin une telle adoption.

Parlant des droits de l'enfant, pendant longtemps, les législations ne prenaient que les enfants issus de famille légitime au détriment de la famille naturelle. Mais l'intérêt de l'enfant a vite pris le dessus

⁵⁹ Cf. al. 2 de l'article 312 du code civil applicable au Niger ;

⁶⁰ Article 328 CPF : « Lorsque la filiation est légalement établie, les enfants nés hors mariage ont les

mêmes droits que les enfants légitimes, sous les réserves prévues au titre des successions ».

⁶¹ Cf. art. 343 c. civ. Applicable au Niger ;

⁶² Cf. art. 344 et suivants c. civ. applicable au Niger ; 336 et suivants CPF

puisque'il n'était nullement responsable de sa situation. D'où la modification de sa situation qui s'est progressivement améliorée. Au Niger, la filiation adultérine reste toujours difficile à accepter. La filiation naturelle est tolérée au Bénin, même si celle adultérine peut poser difficulté. A l'égard des enfants, les parents ont des devoirs impératifs notamment de d'aliments, de l'éducation, d'entretien et détiennent sur eux l'autorité parentale. Celle-ci est d'ailleurs indisponible même si elle a tendance à fluctuer dans ses modalités d'exécution et a surtout tendance à reculer surtout en cas de rupture de l'union conjugale. Toutefois, des ententes restent toujours possible même dans cette circonstance, pourvu que cela n'empiète pas le droit des autres.

L'ordre public s'intéresse en outre aux rapports patrimoniaux des époux.

B- L'ordre public patrimonial préservé

L'ordre public patrimonial des époux est toujours opérant dans les rapports des époux. Il convient alors d'examiner les effets patrimoniaux autres que la succession (1) mais aussi l'ordre public successoral des époux (2).

1- Des effets patrimoniaux autres que la succession

Les rapports entre époux sont marqués au Niger comme au Bénin, par des rapports de hiérarchie même si le législateur béninois a voulu instaurer une certaine égalité entre les époux avec le code des personnes et de la famille du Bénin (CPFB). En droit nigérien, le mari est toujours le chef de famille et par conséquent le premier responsable de la famille. Il doit à ce titre subvenir aux charges familiales. Avant l'adoption du code des personnes et de la famille au Bénin ((ci-après dénommé CPFB)⁶³, le mari était aussi et est encore le chef de famille même si le code des personnes et de la famille a introduit l'autorité parentale afin d'aménager les rapports entre époux. Il est donc d'ordre public que le mari, chef de famille soit responsable, à titre principal de toutes les charges familiales. Mais dans la pratique, et surtout en milieu urbain, les époux s'entendent le plus souvent sur la répartition et les modalités d'exécution de ces charges. Au Bénin, en vertu du principe d'égalité, le mari seul ne doit plus s'occuper des charges de la famille. On relèvera ainsi un recul de l'ordre public au profit de l'égalité. Toutefois, les règles relatives au logement

⁶³ Cf. article 214 du CPFB.

familial et ses accessoires sont impératives car elles visent la sauvegarde de la famille dans l'intérêt de tous ses membres. D'où les limites à l'organisation des effets patrimoniaux qui découlent du mariage. En effet, qu'il s'agisse de la gouvernance de la famille ou des rapports patrimoniaux, les rapports entre époux sont progressivement orientés vers l'instauration d'une certaine égalité entre époux. Mais cet état de fait doit être nuancé car si tel en est le cas au Bénin, au Niger, les dispositions du code civil relèvent une autre réalité notamment par le simple fait que le mari demeure toujours le chef de la famille. Au Bénin, le renforcement de l'égalité entre époux trouve sa source aussi bien dans la gestion patrimoniale que morale de la famille ; et il s'agit là de règles impératives auxquelles les époux ne peuvent déroger. Le législateur montre ici sa volonté d'améliorer les conditions de la femme dans la famille (légitime)⁶⁴. C'est ainsi que le code des personnes et de la famille du Bénin (ci-après dénommé CPF), entré en vigueur en

⁶⁴ Lire à ce sujet B. A. ADOUKO, « Le lit, le sang et l'héritage : L'endroit et l'envers de la réforme des droits successoraux en Côte d'Ivoire », in *Le droit africain à la quête de son identité*, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye (Dir. Ndiaw DIOUF, Mohamed Bachir Niang et Abdoul Aziz DIOUF), éd. L'Harmattan, Dakar, 2021, pp.65-90 : p.66.

⁶⁵ Cf. la Loi n°2002-07 portant Code des personnes et de la famille. L'Assemblée Nationale a délibéré et

2004⁶⁵ prévoit une certaine égalité entre les époux aussi bien dans la direction de la famille que dans l'entretien de celle-ci. Mais ici, la loi laisse libre court aux conventions matrimoniales⁶⁶. Les époux peuvent ainsi décider que « *la contribution peut être en numéraire ou en nature ; elle peut même consister dans le travail d'un époux au foyer ou dans la collaboration qu'il apporte à la profession de son conjoint* »⁶⁷. A côté de cette faculté, « *les époux peuvent faire des clauses relatives au règlement de la communauté pour réaliser une libéralité entre eux. Il peut y avoir partage selon une proportion autre que la moitié. Les époux peuvent convenir que l'un d'entre eux prélèvera avant tout partage et sans indemnité un ou plusieurs biens communs. Une telle clause peut être insérée dans le contrat de mariage* »⁶⁸.

Sur la question des régimes matrimoniaux, on relèvera que l'ordre public assure là encore une fonction de direction et la question qui se pose ici est celle de l'immutabilité ou non de ces régimes. Au

adopté en sa séance du 07 juin 2002, puis en sa séance du 14 juin 2004 après la décision DCC 02-144 du 23 Décembre 2002 de la Cour Constitutionnelle pour mise en conformité dudit Code à la Constitution.

⁶⁶ Voir article 226 c. civ. Français.

⁶⁷ CORNU (G.), *Droit civil : la famille*, op.cit., p. 72 ; Voir aussi article 159 CPF.

⁶⁸ CORNU (G.), *Droit civil : la famille*, 9ième éd., Montchrestien, EJA, Paris, 2006, op.cit., p.791.

Niger, le droit commun est celui de la séparation des biens ; ce qui veut dire que chacun gère ses biens à sa guise. Le principe de la séparation des biens entre les époux est donc d'ordre public au Niger car le droit coutumier l'impose. Ils ne doivent donc pas choisir un autre régime. Cela est clairement précisé par le droit coutumier islamisé qui prévoit que chacun des époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre et en cas de divorce chacun reprend ses biens. Mais le code civil, prévoit en sens inverse que le régime matrimonial est celui de la communauté des biens conformément à l'article 1391 c. civ.⁶⁹. Au Bénin, il est loisible aux époux de choisir le régime matrimonial qu'ils désirent. Toutefois, le législateur a essayé de limiter les volontés individuelles des époux afin de protéger les intérêts légitimes du groupe familial. C'est ainsi que pour le régime matrimonial, les époux ont la possibilité de demander la séparation des biens lorsque les intérêts de l'un d'eux est menacé sans que le délai⁷⁰ prévu par la loi en cas du régime de la communauté des biens, ne

⁶⁹ L'art. 1391 c. civ. dispose « *Les époux peuvent déclarer, d'une manière générale, qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, sous le régime dotal* ».

⁷⁰ D'une manière générale, l'attitude des époux face au régime matrimonial de droit commun ou conventionnel change et suscite l'engouement de ceux-ci à le modifier. Ils peuvent, donc en cours de mariage,

leur soit opposable. De même, le logement familial fait également l'objet de protection face aux volontés des époux. Tel est le cas aussi des intérêts des père et mère en période de crise familiale et aussi dans la « gouvernance » de l'enfant mineur : autorité parentale exercée par le parent gardien ; droit de visite et de surveillance accordé au parent non gardien.

La protection du logement familial s'explique par le fait que ce dernier est le nid de la famille : elle s'y retrouve et les enfants grandissent et s'épanouissent en son sein. Toutefois, la qualification du logement familial n'est pas souvent facile à opérer, notamment lorsque la famille se sépare des principes par lesquels elle était constituée. Ainsi, la séparation de fait, ou la séparation autorisée pendant l'instance en divorce ne font pas disparaître le logement de la famille ni être aptes à emporter les effets juridiques qui s'y attachent à l'égard des tiers⁷¹. Seule la dissolution à cause de mort de l'un des époux ou le divorce seront susceptibles

se donner un autre régime matrimonial s'ils justifient deux (02) années d'application du choix initial conformément à l'article Art, 170, CPF.B.

⁷¹ Disponible sur le site internet <https://www.village-justice.com/articles/protection-logement-droit-patrimonial-famille.33995.html>, consulté le 31/01/2025 à 10h47mn.

d'entraîner la cessation effective de toute protection à laquelle les époux ne pourront plus s'en prévaloir⁷². Toutefois, à défaut d'attribution judiciaire ou conventionnelle du logement de la famille à titre temporaire à l'un des époux, la jurisprudence est hésitante.

Il faut aussi noter que la définition du logement familial comporte un élément matériel : le lieu d'habitation effectif, plus proche du fait que ne l'est le domicile⁷³. Elle comprend aussi un élément volontaire, l'affectation à la famille, ce qui exclut la résidence secondaire et le logement de fonction. Ainsi, même cantonnées, ces règles d'ordre public ont une grande importance pratique. La quasi-totalité des ménages et des familles a un logement. Le juste équilibre entre les intérêts en cause n'est pas facile à trouver⁷⁴. D'ailleurs, le logement de la famille doit être distingué des autres biens immobiliers que possède un couple marié. Le fait qu'il soit la résidence principale des époux lui confère un statut particulier⁷⁵. Le logement de la famille bénéficie donc d'une protection accrue

durant le mariage, pendant la procédure de divorce et en cas de décès.

2- De l'ordre public successoral

Comme toutes les institutions de la famille, le droit de succession qui ne trouve son domaine de prédilection que dans la famille, reste soumis au contrôle et à la surveillance de l'ordre public. En effet, même si la loi reconnaît aux personnes d'organiser librement leurs biens avant la mort, cela doit se faire dans le respect des mesures imposées par l'ordre public successoral. Pour cette raison, la loi assure le contrôle des opérations relatives à la succession afin d'aider la famille du *de cuius* dans le règlement patrimonial de ce dernier que celui-ci ait exprimé ou non par testament ses dernières volontés. Il faut noter d'entrée de jeu, que ce contrôle est plus présent en l'absence de testament et cela se passe sous le contrôle du juge tenu d'encadrer les volontés des époux souvent exprimés devant les officiers publics ou ministériels investis par la loi.

En cas de décès d'un conjoint, il est clair que l'ordre public de direction qui caractérise le droit de succession, régule la répartition du patrimoine en question. Le

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Disponible sur le site internet <https://www.village-justice.com/articles/protection-logement-droit->

[patrimonial-famille,33995.html](https://www.village-justice.com/articles/protection-logement-droit-), consulté le 31/01/2025 à 10h47mn.

⁷⁵ *Idem.*

principe ici est la liberté de tester mais en respectant la quotité disponible puisque la loi prévoit une réserve au profit du conjoint et des enfants, même si là encore certains conjoints essaient de contourner cet ordre en recourant par exemple à l'adoption d'un régime de communauté universelle ou autres.

De part et d'autre, les conjoints ont la possibilité de faire un testament ... C'est ainsi qu'au Niger, l'article 72⁷⁶ de la Loi n° 2018-37 du 1er juin 2018, fixant l'organisation et la compétence des juridictions au Niger prévoit que dans les familiales ainsi qu'en matière de succession, la vocation de la succession du conjoint survivant se fait selon la coutume du *de cuius*. Or ici, c'est la coutume islamisée qui règle la question. C'est donc le principe de répartition et celui du droit du conjoint survivant qui prévaut. Selon le droit coutumier (islamisé)⁷⁷ qui est applicable, l'épouse (ou les co-épouses) hérite du 1/8^{ème} de la succession en présence d'enfants et du 1/4 en l'absence de descendants. L'époux quant-à lui hérite de la moitié des biens (1/2)

⁷⁶ Cet article dispose « *Sous réserve du respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume des parties :*

1) *dans les affaires concernant leur capacité à contracter et agir en justice, l'état des personnes, la famille, le mariage, le divorce, la filiation, les successions, donations et testaments ;*

en l'absence de descendants et du quart (1/4) en présence de descendants.

Au Bénin, c'est le principe de la libre disposition patrimoniale à cause de la mort. En effet, selon la loi, le propriétaire peut faire de son bien ce qu'il désire. Il peut ainsi faire une option dans les systèmes successoraux et choisir ses héritiers et même procéder à la répartition de ses biens. Le législateur béninois ne privilégie pas la succession légale au détriment de la succession testamentaire. Il accorde en effet une place importante à la volonté du *de cuius* dans la disposition de ses biens. L'individu peut se remettre pour régler la dévolution de ses biens. Dans ce cas, la succession est *ab intestat* et en pareille hypothèse, ce sont les dispositions légales qui s'appliquent. Tout comme il peut procéder par testament pour la dévolution de ses biens. Ici, c'est sa volonté qui l'emporte. Ce n'est qu'en l'absence de testament que la succession légale prévaut. Les dispositions légales peuvent même ne pas s'appliquer si les héritiers, malgré l'absence d'un testament,

2) *dans celles concernant la propriété ou la possession immobilière et les droits qui en découlent, sauf lorsque le litige porte sur un terrain immatriculé ou dont l'acquisition ou le transfert a été constaté par un mode de preuve établi par la loi ».*

⁷⁷ Les modalités du partage de la succession en islam sont définies de manière précise par le Coran dans la sourate 2 An-Nisa « Les femmes », versets 11- 12 ; 176. Les hadiths viennent compléter ces directives du Coran.

désirent liquider à l'amiable la succession. La loi n'a vocation à s'appliquer que pour éviter les conflits ou régler les conflits nés dans le cadre de la succession. On voit ici que le législateur permet à l'individu de s'assurer que ses biens profitent aux personnes qu'il veut après sa mort. Ce qui assure d'ailleurs une gestion dynamique des biens du défunt. Toutefois, les conventions visant à décharger l'ordre légal des successions sont interdites⁷⁸

Face à la primauté de l'individu dans les relations de famille, on parle à tort ou à raison du recul de l'ordre public familial qu'il convient d'analyser.

II- LE REcul DE L'ORDRE PUBLIC FAMILIAL

Par le nouvel ordre public familial, le législateur a mis l'accent sur la protection de l'intérêt des individus qui constituent la famille au détriment de la préservation de valeurs communes. Il s'agit d'un ordre public bouleversant les paradigmes communautaristes au profit des intérêts

individualistes dont le respect s'impose à tous, parfois au détriment de l'intérêt jugé supérieur de la communauté. Dès lors, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection accentuent la protection de l'intérêt des individus au sein de la famille légitime au détriment de la préservation de valeurs communes. On assiste ainsi au déclin de l'ordre public de protection⁷⁹ à la faveur de la promotion des droits humains ; laquelle se présente comme une protection nécessaire de l'individu, de la liberté et de l'égalité des époux. En Europe⁸⁰, l'ordre public matrimonial relatif à la famille légitime a fait l'objet de recherches doctrinales alors qu'en Afrique, très peu d'écrits existent sur la thématique.

L'ordre public de direction se maintient dans certains États qui appliquent un droit religieux comme au Niger, il cède le pas dans certains pays appliquant un droit laïque. On assiste ainsi à la naissance d'un nouvel ordre juridique familial de protection.

⁷⁸ Cf. art.1389 c. civ. Applicable au Niger.

⁷⁹ A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois, Tome 64, Collection : Doctorat & Notariat, Paris, 2020, 468p.

⁸⁰ A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois, Tome 64, Collection : Doctorat & Notariat, Paris, 2020, 468 p ; C. DUARD-BERTON, *op. cit.* Ces auteurs, croient en l'existence de l'ordre public familiale contrairement à J. PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », *Les Cahiers de*

droit, Volume 40 n°2, 323–344, consultable à l'adresse <https://doi.org/10.7202/043544ar>, Consulté le 03/07/2024 : 13 :12 ; Voir aussi, F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit privé », tome 494, Paris, 2008, 444 p ; C. ZACHARIE, « Ordre public et affaires de famille : le rôle de la police du Consulat et de l'Empire », *Napoleonica*, n°14, juillet 2012, pp. 127-138. Les 2 derniers auteurs cités mettent en lumière l'inefficacité d'un ordre public de la famille.

Toutefois, le contenu de ce nouvel ordre public est variable d'où l'existence d'une diversité d'ordre public qui se recoupe souvent et entrent quelques fois en conflit au point où on parle de la détérioration des rapports entre l'ordre public et les relations de familles. Cela ressort du fait que l'ordre public familial est d'une part, fragilisé (A) et d'autre part, la stabilité et la pérennité de la famille est entamée par les effets de l'individualisme (B).

A- L'ordre public familial fragilisé

Le recul de l'ordre public familial est dû à plusieurs facteurs dont certains sont institutionnels (1) et d'autres organisationnels (2).

1- Par des facteurs institutionnels

L'ordre public familial a du mal à jouer pleinement son rôle du fait du dispositif institutionnel mis en place. Par exemple au Niger, la dualité du droit (application du droit

coutumier islamisé et du droit civil) fragilise, d'une certaine façon, l'ordre public familial en ce sens que la réalité socioculturelle et traditionnelle pèse beaucoup sur la femme et sur l'homme. C'est ainsi qu'au Niger, le mariage coutumier a la même valeur que le mariage civil et le mariage coutumier qui est en réalité un mariage par procuration⁸¹ est le plus usité. Un tel mariage ne permet pas de vérifier la volonté libre et éclairée des époux qui sont représentés lors de la célébration par leurs représentants. Une telle situation continue d'ailleurs à favoriser les cas de mariage forcé. Dans le domaine du divorce aussi, la femme se trouve le plus souvent répudiée du fait de la volonté unique de l'homme sans aucun respect des règles en matière de divorce. On constate d'ailleurs une certaine recrudescence de répudiation et le divorce⁸² est rarement prononcé lorsqu'il est demandé par la femme⁸³.

⁸¹ Voir à ce sujet. SAHABI O., « La problématique de la double célébration de mariage au Niger ... » ; ABDOU ASSANE Z. « La liberté matrimoniale à l'épreuve des réalités coutumières au Niger », RASPOS N° 13, Avril 2017, pp. 207 - 234

⁸² D'après les statistiques de l'association islamique du Niger qui est la structure qui gère la plupart des cas de divorces avec les tribunaux compétents, 858 cas de divorces ont été enregistrés par ses services en 2019. En fin Décembre 2020, 905 cas ont été enregistrés. Ces chiffres ne prennent pas en compte les divorces prononcés par les tribunaux, ni même les nombreuses répudiations de fait qui ne font recours à aucune

autorité. Voir aussi <http://www.lesahel.org/le-divorce-un-phénomène-qui-prend-de-lampleur-à-Niamey/>, consulté le mardi 22 Avril 2025 à 09H04.

⁸³ Voir Arrêt n°216 du 7 Juillet 2008 de la Chambre civile de la Cour d'Appel de Niamey; jugement coutumier n°0179 du 14 Juillet 2008 TGI/HC/NY : il s'agit de cas de divorces prononcés pour des violences conjugales physiques et/ou verbales du mari sur la femme; ou encore jugement coutumier n°65 du 13 Août 2004 rendu par le TGI/HC/NY dans lequel le divorce a été accordé à la femme pour stérilité du mari au motif que le mari a fait trois mariages ayant duré plusieurs années sans aucun enfant

Mais au Bénin, le CPF B permet de rompre avec le mariage forcé et toute modalité d'union qui ignorent la volonté des époux. C'est ainsi les articles 119 du CPF B et 146 du code civil applicable au Niger exigent tous deux une volonté de se marier qui est recueillie au moment de la célébration par l'officier d'état civil. Le droit coutumier exige aussi le consentement des futurs époux même si celui-ci est donné, pour le cas du Niger, par les représentants des futurs époux au moment de la célébration qui est par contre donné par procuration. Les droits nigérien et béninois reconnaissent en outre le recours au divorce ainsi que ses effets même si là encore, le taux de mariage célébré selon les règles du code n'est pas très élevé ...

D'autres facteurs tels que les entraves socioculturelles ou économiques pèsent également sur l'ordre public familial. En effet, les pesanteurs socioculturelles et économiques telle que l'interventionnisme familial et politique fragilisent l'ordre public familial en ce sens que les institutions chargées de sa mise en œuvre subissent souvent des pressions de toute part et se trouvent limités dans leurs prises de décision. Et le plus souvent, c'est la femme qui est souvent la principale victime.

Par ailleurs, la modernisation de la société couplée au développement économique a une influence parfois néfaste sur les mœurs. A cet égard, les profondes mutations subies par la société ainsi que la pauvreté l'ont affaiblie au point où l'invasion culturelle et les tentations de tous genres mettent en péril les valeurs culturelles de nos sociétés si chèrement acquises pendant des siècles. Cela a des répercussions profondes sur la structure familiale en particulier et la société en général qui peine à jouer pleinement sa mission de régulation et de protection de la société d'où la multiplication de la délinquance et l'ampleur de la prostitution.

2- Par des facteurs organisationnels

Le dispositif organisationnel comme facteur de fragilisation de l'ordre public familial provient du fait que les juridictions chargées des affaires familiales dans nos Etats ne disposent pas souvent de moyens suffisants afin de remplir pleinement leurs fonctions notamment de réconciliation. Par exemple au Niger, c'est un juge chargé des affaires familiales qui rend seul cette mission. Il est la plupart du temps acculé avec un nombre de dossiers souvent élevés. Aussi, dans certains cas, on assiste à une expédition des cas de divorces et souvent au détriment de

la femme. Au Bénin, cette fonction est également dévolue au juge aux affaires familiales (JAF).

Aussi, les juridictions familiales, acteurs de la mise en œuvre de l'ordre public familial n'arrivent à remplir souvent cette obligation qui est mise à leur charge en l'occurrence, celle de réconcilier les époux avant de prononcer le divorce. En effet, au Bénin, c'est le juge chargé des affaires familiales⁸⁴ qui est chargé de la mise en œuvre de l'ordre public familial notamment dans le cadre d'un divorce ou d'une succession.

Au Niger, conformément à la loi de 2018 sur l'organisation judiciaire (précitée), c'est le juge du Tribunal communal (TAC), du

tribunal d'instance qui est chargé de régler les litiges se rapportant à la famille et donc d'appliquer le droit coutumier conformément à l'article 72⁸⁵ de la loi précitée. Mais la diversité du droit coutumier au Niger pose certains problèmes. L'un des problèmes provient du fait, comme toute règle coutumière, il s'agit d'un ensemble de règles non écrites, dérivant de principes traditionnels oraux qui découlent de l'histoire socio-politique locale. Or, au Niger, on a neuf groupes ethniques ayant chacun sa propre tradition, d'où l'absence de règles coutumières uniformes. Pour cette raison, les juges tenus d'avoir des connaissances de base des différentes coutumes, sont assistés par « deux assesseurs coutumiers »⁸⁶. Ainsi, la

⁸⁴ Il s'agit du juge chargé des affaires coutumières et familiales : avec la loi n° loi n°2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République, c'est désormais le Tribunal communal, le tribunal d'instance qui est compétent pour ces affaires.

⁸⁵ L'article 72 de la loi n°2018-37 du 1^{er} juin 2018, dispose « *sous réserve du respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume des parties :*
1) *dans les affaires concernant la capacité à contracter et à agir en justice, l'état des personnes, la famille, le mariage, la filiation, les successions, donation et testaments ;*
2) *dans celles concernant la propriété ou la possession immobilière et les droits qui en découlent, sauf lorsque le litige porte sur un terrain immatriculé ou dont l'acquisition ou le transfert a été constaté par un mode*

de preuve établi par la loi ».

⁸⁶ Les assesseurs coutumiers sont des personnes ayant des connaissances précises de droit coutumier applicable à chaque ethnie. L'article 3 de la constitution du 25 novembre 2010 prévoit en effet : « ... », ils ont voix délibérative. Autrement dit, ils font partie de la formation du tribunal. C'est une formalité obligatoire dont le non-respect entache la procédure d'irrégularités. « Un assesseur est un « juge (professionnel ou non) siégeant aux côtés du président d'une juridiction collégiale (échevinale ou non), avec faculté, pendant l'audience, d'inviter les parties à fournir les éclaircissements nécessaires et mission de délibérer, à voix égale, avec les autres membres de la formation de jugement ». L'origine de collaboration entre le juge civil et les assesseurs non professionnels témoigne de leur importance et de leur nécessaire présence au sein des juridictions civiles. Cette collaboration a des racines anciennes et se justifie par au moins deux raisons, in Vocabulaire juridique

diversité des coutumes et leur oralité rend souvent complexe leur application dans les affaires de mariage, de divorce, de succession. De même, le pluralisme juridique (dualité du droit coutumier et civil) crée une certaine instabilité du droit de la famille. En effet, indépendamment des règles de droit civil importé, les mariages au Niger comme au Bénin, continuent pour la plupart d'être célébrés dans la pure tradition de nos coutumes. On note d'ailleurs une nette amélioration des coutumes sous l'influence de la modernité ou des brassages culturels. On peut à ce niveau relever l'existence d'union libre telle que le concubinage au Bénin malgré qu'il ne soit pas reconnu par la loi qui légitime toutefois des situations de fait⁸⁷ de concubinage ou d'enfants nés hors mariage. Or, la finalité de la loi est la recherche de la stabilité des institutions et le maintien de l'ordre social établi. Pour cette raison, le législateur nigérien a renvoyé à la coutume notamment pour les questions relevant de la succession du défunt. Mais, le Bénin a lui

(Gérard CORNU, Paris PUF, 10^{ème} éd, 2015, p. 90). Voir également Soizic LORVELLEC, « Être assesseur en 2008. Réflexions sur la participation d'un assesseur », Archives de politique criminelle, 2008/1(n°30), p. 135 : la première raison se réfère à la tradition antique selon laquelle « la justice est l'émanation du peuple ». En effet, la participation du citoyen à l'œuvre de justice en qualité de magistrat serait donc un signe de démocratie. Selon lui, la

consacré la succession en ligne directe et égale pour tous les enfants⁸⁸ du défunt.

B- L'émergence d'un nouvel ordre public individuel

La stabilité et la sérénité de la famille sont de nos jours entravées pour diverses raisons dont certaines proviennent des composantes même de cette dernière et d'autres des bouleversements des règles qui régissent cette institution.

1- Primauté de l'individualisme

Le recul de l'ordre public familial provient d'abord de l'altération de ses fondamentaux. En effet, toute société à un certain référentiel qui lui a permis pendant plusieurs générations de vivre dans une certaine cohésion sociale. En effet, au Bénin, comme au Niger, la famille est la clé de voûte de notre société, elle passe avant l'individu et se trouve au cœur des débats politiques et de la religion. Mais aujourd'hui, cette cohésion sociale est ébranlée du fait de certains facteurs notamment l'individualisme et

seconde raison qui justifie cette collaboration que certains citoyens méritent une telle fonction, de par leurs compétences spécifiques en matières coutumières. C'est le cas en matière de succession foncière impliquant la femme au Niger.

⁸⁷ Le législateur béninois a reconnu tacitement ces situations de fait en reconnaissant à tous les enfants les mêmes droits.

⁸⁸ Qu'ils soient légitimes ou naturels.

l'égoïsme alors que la société africaine en général et béninoise ou nigérienne en particulier, est une société solidaire dont l'esprit de famille de partage a toujours prévalu. C'est ainsi que certaines idéologies notamment la laïcisation viennent désunir la famille en la vidant de ses valeurs morales et religieuses indispensables à sa survie. A cela s'ajoute, la haine culturelle islamique du fait du terrorisme que l'on reproche à tort ou à raison des individus prétendent agir au nom de la religion musulmane. Mais aujourd'hui, cet amalgame est révolu puisqu'il est de notoriété commune que ce sont des véritables délinquants, qui se cachent derrière ce prétexte religieux.

Par ailleurs, l'individualisme a pris le dessus puisqu'il est désormais loisible pour les époux de choisir entre plusieurs statuts et les conventions qui étaient hier prohibées sont aujourd'hui admises ou tolérées.

Parallèlement, on dénote une certaine recrudescence du divorce au Niger. Ce phénomène est dû à cette dynamique propre des transformations sociales. En effet, même si le divorce a de tout le temps été une donnée socialement consacrée, il a pris néanmoins de l'ampleur ces derniers temps. Les statistiques de l'Association islamique du Niger font état par exemple de 858 cas de divorces

enregistrés par ses services en 2019 ; 905 cas en fin Décembre 2020, Ces chiffres ne prennent pas en compte les divorces prononcés par les tribunaux, ni même des nombreuses répudiations de fait qui ne font recours à aucune autorité. Cette situation dénote ainsi l'ampleur inquiétante du phénomène du divorce à Niamey.

Un autre fait marquant de la primauté de l'individualisme est l'admission d'un droit à l'enfant qui permet désormais au couple marié ne pouvant pas avoir d'enfant de s'en procurer un enfant, par le biais de la procréation médicalement assistée plus connue sous le nom de la gestation pour le compte d'autrui (GPA). La question mise en avant à ce niveau était savoir si on doit priver des conjoints qui désirent avoir des enfants, mais qui sont dans l'impossibilité matérielle d'en concevoir, du droit d'être parents ? Les éléments pour répondre à cette question sont nuancés car dépendant du choix fait par chaque Etat d'interdire et d'autoriser les conventions de GPA. Le Niger interdit la GPA au nom du principe de l'indisponibilité du corps humain. Toute convention de GPA est alors nul et de nul effet conformément à l'article 6 du code civil applicable au Niger. Il ressort de ce texte législatif qu'« *on peut par des conventions particulières déroger aux lois qui intéressent l'ordre public* ». C'est

donc au nom de l'ordre public que le droit nigérien prohibe les conventions de GPA. Dans le sens inverse, le législateur béninois autorise la procréation par maternité de substitution⁸⁹ au nom de la liberté et de la volonté des époux seuls. La volonté des époux crée donc un droit à l'enfant même cet argument est discutable⁹⁰. Il existe d'ailleurs en France une jurisprudence⁹¹ abondante sur la question dont le tout premier arrêt remonte en 1991 (Cass. civ. 1^{er} mai 1991 : refus de transcription) et cette dernière est d'ailleurs constante jusqu'au 26 Juin 2014⁹² ou la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a condamné la France pour violation du droit de l'enfant à la vie privée. Avec la maternité de substitution, c'est désormais le projet

⁸⁹ Le législateur béninois du code de l'enfant en son article 3 la définit comme : « *tout procédé résultant d'une entente entre un couple et une femme acceptant de porter pour eux un enfant et de leur remettre à la naissance, soit à titre gratuit, soit contre rémunération ou tous autres avantages* » que les parties sont appelées à préciser.

⁹⁰ Lire à ce sujet : ABDOU ASSANE Zeinabou, « A la recherche d'une explication juridique de l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui au Niger », *Revue Cames*, N°1, 2017, pp. 149 -166.

⁹¹ Voir les arrêts du 13 septembre 2013 : refus de transcription pour fraude à la loi/ 3 arrêts la Cour de cassation dit qu'il y a contrariété à l'ordre public français ; du 3 juillet 2015 : reconnaissance en France de quelques effets de la GPA/ Validation des actes d'état civil étrangers, mais seulement à l'égard du père ; du 5 juillet 2017 : 4 arrêts de la cour de cassation qui viennent consolidés les effets en France d'une Convention de GPA/ Acceptation de la transcription des actes d'état civil étrangers issus

parental qui fait le parent, c'est aussi le projet parental qui fait l'enfant. Le projet parental fait le parent parce qu'il y a une relégation de l'engendrement, une négation de la parenté qui suppose nécessairement, selon certains auteurs un lien biologique entre un père et une mère en faveur d'une parenté de vouloir, une parenté de désir, une parenté d'affection : désirer l'enfant et l'élever. On oppose la vérité biologique à la volonté biologique et on les met en dualité. On rejette l'engendrement. Le débat ne date pas d'aujourd'hui et remonte d'ailleurs à 1972⁹³.

En plus de la primauté de l'individualisme, les bouleversements des règles sociétales conduisent à un

d'une Convention de GPA à l'égard du père biologique à la double condition que les actes n'aient soient pas falsifiés et qu'ils ne soient pas irréguliers et enfin qu'ils correspondent à la réalité.

⁹² Cf. CEDH, 26 Juin 2014 : Dans les affaires *Menesson et Labassée* du 26 juin 2014, selon la CEDH, c'est le droit à la vie privée de l'enfant qui a été méconnu. La CEDH ne condamne pas le principe de l'interdiction par la loi nationale de la France de la GPA, elle condamne la loi française pour son refus de reconnaître la filiation à des enfants nés de père français par des mères porteuses à l'étranger.

Dans l'affaire *Menesson*, la CEDH dit que le droit à la vie privé de l'enfant a été méconnu en ce sens qu'il comprend un droit à l'identité et donc un droit à l'enfant de se voir transcrire sur l'état civil français son lien de filiation à l'égard de celui avec lequel il a un lien biologique, c'est-à-dire son père.

⁹³ Avec la loi française du 3 janvier 1972 qui a permis de constater la filiation légitime.

amenuisement de l'ordre public dans les rapports familiaux.

2- Ébranlement des règles communautaires

Le recul de l'ordre public classique se traduit en effet dans le bouleversement des règles communautaires

La politisation de tous les secteurs de la société en général et en particulier celui de la famille, conduit à une certaine instabilité de la cellule familiale et l'induit dans des considérations matérielles qui l'affectent dangereusement. En effet, les sociétés nigérienne et béninoise vivent entre tradition et modernisme. Ce qui produit des profondes mutations, sans oublier les conséquences certaines de la pauvreté et de la précarité. En effet, l'invasion culturelle et ses multiples tentations mettent en péril l'identité culturelle et communautaire. Ce qui affecte le fonctionnement normal de la famille puisque la société peine à jouer convenablement son rôle et les parents se trouvent souvent impuissants face à leurs enfants. Par ailleurs, la loi peine à bannir toutes ces formes de délinquances juvéniles qui sévissent dans nos sociétés urbaines notamment la prostitution,

le trafic et la consommation de stupéfiants, d'alcool, ainsi que le banditisme.

Le fait le plus marquant dans les sociétés modernes d'aujourd'hui est la recrudescence des divorces ou de répudiation (pour le cas nigérien).

Parmi, les mutations sociales qui constituent un recul de l'ordre public familial, on peut relever que le mariage autrefois reconnu comme le seul statut du couple est désormais concurrencé par d'autres formes d'union tel que le concubinage et même le pacte civil de solidarité (PACS). En effet, le mariage était pendant longtemps, le seul statut reconnu au couple dans les sociétés nigérienne et béninoise qui ne reconnaissaient aucune forme d'union. Aujourd'hui, le mariage est concurrencé par les fiançailles ou le concubinage. Au Niger, le droit positif (coutumier ou civil) ne reconnaît ni le concubinage encore moins les fiançailles même si on peut relever une certaine pratique dans la société consistant à un jeune prétendant d'offrir des cadeaux⁹⁴ à sa bien-aimée afin de manifester son intention d'en l'honorer et d'officialiser ainsi leur relation auprès de leurs familles respectives. Par contre, le droit coutumier, qui est celui qui s'applique en matière de famille, réfute toute

⁹⁴ Sucre, biens vestimentaires, argent ...

autre forme d'union que le mariage. Au Bénin, le concubinage n'est pas légalement reconnu, non plus, même si ce de dernier jouit d'une certaine légitimité dans la société. Les béninois reconnaissent dans leur grande majorité, le concubinage même si on peut relever à ce niveau que le droit se détourne de l'époux survivant. Aussi, l'existence de toute autre forme d'union est considérée comme un obstacle à l'émergence de l'ordre public de protection et de direction en droit de la famille.

Par ailleurs, la promotion des droits humains, notamment l'égalité et la liberté dans le couple conduit à un certain recul de l'ordre public familial. C'est en effet au nom de la liberté matrimoniale⁹⁵ qui est une exigence solennelle du mariage en droit nigérien et béninois⁹⁶ qu'on assiste à la valorisation de l'individu dans le couple, car sans le consentement des époux, le mariage n'est point valide. Le consentement personnel des futurs époux est d'ailleurs obligatoire même en dans le mariage coutumier⁹⁷. Ainsi, c'est au nom de la liberté et de l'égalité pour tous qu'il est aujourd'hui admis le mariage

pour les personnes de même sexe. Toutefois, le Niger et le Bénin n'admettent pas ce type d'union conjugale comme nous l'avons déjà évoqué plus haut.

Un autre fait marquant d'un ordre public créant une instabilité de la famille est l'admission de la répudiation au Niger comme mode de séparation du couple. Il s'agit ici d'une forme de divorce sans juge, toute chose facilitant alors la rupture du lien conjugal car dans cette hypothèse, c'est le mari qui prend l'initiative de la séparation et peut le faire oralement ou par écrit sans la possibilité d'un quelconque recours pour la femme.

Enfin, l'admission de la polygamie dans les sociétés nigérienne et béninoise constitue souvent une source d'instabilité familiale. En effet, le législateur du Bénin a certes aboli la polygamie, mais dans les faits, elle y est toujours présente avec des deuxième, troisième bureau pour les hommes mariés légalement. Paradoxalement, le droit béninois reconnaît les mêmes droits aux enfants légitimes et naturels, toute choses favorisant la polygamie. Mais le droit coutumier nigérien refuse toute reconnaissance de l'enfant naturel par son père et

⁹⁵ La liberté matrimoniale englobe la liberté de se marier ou de ne pas se marier. L'homme ou la femme qui désire se marier doit alors donner obligatoirement son consentement comme le prévoit l'article 146 du code civil du Niger et du Bénin et les articles 119, 121 du code des personnes et de la famille.

⁹⁶ Cf. article 119 de la loi n° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille.

⁹⁷ Au Niger comme au Bénin, le mariage coutumier est subordonné au consentement des parents même s'il est important de recueillir en amont le consentement des futurs époux qu'ils soient majeurs ou mineurs.

donc pas de possibilité ce dernier puisse lui succéder. Par ailleurs, l'adultère qui est devenu un phénomène social courant aussi bien dans la société béninoise que nigérienne continue de créer une certaine instabilité de la famille conduisant ainsi à sa ruine. Et l'adultère est d'ailleurs toujours sanctionné au Niger, ce qui n'est pas le cas au Bénin. Sur la sanction de l'adultère au Niger, on peut citer le jugement du tribunal d'instance de Matamèye du 26 Novembre 2019 (affaires correctionnelles) qui a condamné une jeune femme poursuivie pour adultère.

CONCLUSION

Au Niger comme au Bénin, l'ordre public familial classique est préservé indépendamment de l'émergence d'un nouvel ordre public individuel. Il s'agit d'un ordre public dual⁹⁸ qui concilie la coexistence du droit coutumier et du droit civil moderne.

Par ailleurs les rapports entre époux ont évolué et cette évolution s'intègre dans celle de la famille en général. On est ainsi passé d'un droit plus contraignant, « inégalitaire » peut-être, à un droit plus moderne et flexible dans le but d'apporter à la famille plus de liberté et d'égalité. Cette évolution traduite dans une certaine

liberté de choix entre divers différents modèles familiaux et donc un pluralisme qui constitue certainement le trait essentiel du droit de la famille aujourd'hui. L'ordre public familial n'aurait plus pour objet de réguler toutes les relations familiales, mais plutôt de respecter les intérêts individuels des membres d'une même famille. Ce qui explique sans aucun doute le choix du législateur béninois de reconnaître légalement le concubinage dans la société béninoise, concubinage qui vient concurrencer le mariage. Ce choix se justifie sans aucun doute, par la volonté du législateur béninois de proposer un modèle convenable à la société, toute chose pouvant être jugée en adéquation avec l'ordre public Ouest-africain.

Au Niger comme au Bénin, on note un assouplissement de l'ordre public familial même si les mécanismes de contrôle mis en place par la loi empêchent aux volontés individuelles d'outrepasser certaines limites dans leurs manifestations.

Enfin, la prise en compte des phénomènes sociaux et leurs causes dans la loi, devrait conduire le droit et plus particulièrement l'ordre public familial vers

⁹⁸ La dualité de l'ordre juridique au Niger comme au Bénin est due à la transposition de la législation française en matière de droit de la famille, lesquelles viennent coexister avec les règles coutumières

existantes. Et pendant la période coloniale, les futurs époux avaient la possibilité de choisir entre l'application des règles coutumières et le droit moderne importé par le colonisateur.

une réalité sociale (africaine), pour son effectivité et son efficacité. On peut alors envisager une réforme des codes (CPFB et code civil applicable au Niger) en vue de concéder plus d'espace aux volontés individuelles des époux afin d'assurer l'effectivité du principe d'égalité dans le droit de la famille.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages

- ❖ **TERRE (F.) et FENOUILLET (D.),** *Droit civil : Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7^{ème} éd. Paris, Dalloz, 2005, 1382 p.
- ❖ **RENAULT-BRAHINSKY (C.),** *L'essentiel du droit des successions*, Paris, Gualino, 11^{ème} éd, 2020, 160 p.
- ❖ **DASTE (A.) :** *Divorce- Séparations de corps et de fait*, Paris, Dalloz, 22^{ème} éd, 2013, 455 p.
- ❖ **FULCHIRON (H.) :** *Autorité parentale et parents désunis*, RUBELLIN-DEVICHI (J.), (dir), Paris, Editions CNRS, Chirat, septembre 1985, 260 p.
- ❖ **TANI (A.),** *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois, Tome 64, Collection : Doctorat & Notariat, Paris, 2020, 468 p.

II- Articles

- ❖ **GRIMALDI (M.),** « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.*, 11 Avril 2017, n° 292d1, p. 11.
- ❖ **CHAIBOU (A.),** « La jurisprudence nigérienne en droit de la famille et l'émergence de la notion de « coutume », in *Journal of legal pluralism*, 1998, pp. 157 à 170.
- ❖ **MASSON (C.),** « L'ordre public familial en péril ? », *RTD Civ.*, 2018, 04, pp. 809 à 832.

III- Textes juridiques

- ❖ La Loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille au Bénin
- ❖ Code civil applicable au Niger
- ❖ Code civil applicable au Bénin
- ❖ Loi n° 2018-37 du 1er juin 2018, fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger.

IV- Jurisprudences

- ❖ Cass. civ, Refus de transcription, 1^{er} mai 1991 ;
- ❖ CEDH, Affaires Mennesson et Labassée, 26 juin 2014 ;
- ❖ C.A. NY, Arrêt n°216 du 7 Juillet 2008 (Chambre civile)
- ❖ TGI/HC/NY, Jugement coutumier n°0179 du 14 Juillet 2008:
- ❖ TGI/HC/NY, Jugement coutumier n°65 du 13 Août 2004;
- ❖ TI/Matamèye, Jugement, Affaires correctionnelles des flagrants délits, 26/11/2019

LA NATURE DU DROIT EN AFRIQUE

Par

Léon JOSSE,

Maître de conférences en Histoire du Droit et des Institutions,
Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique,
Université Abomey Calavi (Bénin).

Abstract

Défini comme ensemble de règles organisant la société, le droit dispose de règles générales et impersonnelles qui assurent la permanence de la communauté. En vertu de cette définition, il constitue un ordonnancement juridique qui octroie à la fois des permissions et des interdictions à l'ensemble de la société et plus précisément à chacun de ses membres. Ainsi, dans une société africaine pré-coloniale, la nature du droit est liée aux règles inhérentes à la communauté tel le droit de la terre. Par contre, depuis l'avènement de la colonisation, le droit a tenté d'emprunter la voie d'un droit libéral axé sur la liberté individuelle, la propriété privée et la défense des droits subjectifs. De nos jours, il est évident d'affirmer que la nature du droit oscille entre règles communautaires et prétentions libérales. Il s'agit d'examiner la nature du droit, d'une vision communautaire à une optique libérale. Autrement dit, le droit réside-t-il uniquement dans une vision libérale ? La méthodologie employée sera une approche historique et juridique pour mieux cerner la perspective évolutionniste de la nature du droit.

Introduction

L'on pourrait s'interroger indéfiniment sur la nature véritable du droit africain du fait des influences qu'il a connues. Peut-on parler de l'immutabilité du droit africain ou de son caractère évolutif ? Le droit africain a-t-il une texture identique depuis l'Égypte antique jusqu'à nos jours ? Ces questions qui ne sont pas négligeables démontrent la nécessité d'appréhender la vraie nature du droit africain à partir de l'Égypte antique selon une approche historico-juridique afin d'en déduire les différentes mutations relevées au fil des années.

Selon le vocabulaire juridique, « *le droit désigne un ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société*¹ ». En d'autres termes, il se définit comme l'ensemble des règles générales et impersonnelles organisant la société en assurant la permanence de celle-ci. En vertu de cette définition, il constitue un ordonnancement juridique qui octroie à la fois des permissions et des interdits à l'ensemble de la société et plus précisément à chacun de ses membres. Cette étude vise à examiner l'essence du droit traditionnel africain comme ensemble de règles antérieures à la colonisation et fondées sur la spiritualité des divinités reliées à un Dieu unique. Elle s'étendra sur la période coloniale et post-coloniale. Que retenir de la nature ?

Selon le vocabulaire philosophique de Lalande, la nature désigne le « *principe considéré comme conduisant au développement d'un être et réalisant en lui un certain type...L'essence d'un genre ; ensemble des propriétés qui le définissent* »². Le Vocabulaire juridique précise au sujet de la nature « *ce qui définit en fait une chose ; sa nature réelle, parfois irréductible à toute catégorie juridique*³ ». Quelle nature peut-on attribuer au droit africain ?

En Afrique pré-coloniale, la nature du droit réside dans le fonctionnement harmonieux des règles organisant la société dans son ensemble au nombre desquelles l'on retrouve le principe du Mâat en Égypte antique. Ce principe apparaît intrinsèquement lié à la sécurité au sein de la société et définit le rôle ou la place qu'occupe chaque membre de la société dans la hiérarchie sociale. Par exemple, le chef de famille a la charge de préserver au sein de l'entité familiale les relations de bonne entente et de sanctionner conformément aux textes en vigueur existant oralement, les auteurs des transgressions des normes de référence. À l'échelon supérieur, le chef du lignage, du clan ou de la tribu assure un rôle identique au sein de la structure sociale à laquelle il appartient. Si le chef du clan ou de la tribu est véritablement le premier des sujets de la structure sociale sur laquelle il assure une prééminence, il n'en demeure pas moins vrai que la cohésion sociale constitue la toute première de ses attributions. Lorsqu'on arrive à un degré suprême de la hiérarchie sociale, soit le royaume soit l'empire, l'on retrouve une réalité identique qui préserve la société du chaos ou du désordre. Où se trouve la vraie nature du droit africain ?

En premier lieu la dimension horizontale du pouvoir ordonne que les règles organisant les classes d'âge soient respectées. Dans le cas du règlement des différends entre personnes appartenant à une même classe d'âge, il est important de relever que l'on se retrouve dans une voie de règlement à l'amiable. C'est la raison pour laquelle les personnes vivant en Afrique pré-coloniale sont initiées à la vie adulte par rapport aux classes d'âge auxquelles elles appartiennent afin de favoriser la cohésion générationnelle. De manière générale en Afrique, l'on note que les enfants s'amusez entre eux, les adolescents séjournent ensemble, les jeunes expriment ensemble leur vigueur, les

¹ - CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F, 2022, p. 374.

² - LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., Volume 2 : N-Z, 1926, pp. 667 et s.

³ - CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F, 2022, p. 680.

plus avancés en âge témoignent de leur connaissance et les vieillards de leur sagesse. Selon cette hiérarchie horizontale, la survenance des différends a lieu entre classes d'âge de sorte que le règlement a lieu entre ces classes. Néanmoins, il peut exister des conflits entre différentes classes d'âge notamment entre jeunes et vieux qui connaissent un dénouement par la voie du règlement pacifique. Il va sans dire que la nature du droit relève d'une approche de règlement pacifique des différends opposant les parties. L'approche de résolution pacifique des conflits produit des succès en raison du rapport de l'Africain à la spiritualité.

Selon la cosmogonie et la sagesse africaines la source de la création du monde relève de l'ordre de l'être suprême aidé dans ses œuvres par des anges qui lui sont fidèles. Les cérémonies de libation, d'agapes ayant pour but de remercier ou de conjurer un mauvais sort, invoquent l'être suprême. Elles constituent des passerelles de remerciement du créateur ; ce qui souligne le caractère trop religieux de l'homme africain. Si l'Africain est déterminé par sa relation au spirituel, cela justifie l'harmonie dont il profite au cours de son existence. Dès lors, la relation entre le créateur et la créature permet à l'univers d'être animé et gouverné par la force vitale qui procède de l'auteur de la création. La force vitale de l'être suprême est conférée dans une petite proportion à l'intérieur des anges et des divinités des ancêtres, des personnes vivantes⁴ chargés de perpétuer sa volonté. Elle réside dans les sanctuaires divins représentés par des figurines ou des statuettes et au milieu desquelles s'expriment l'ésotérisme pour les initiés ou le fétichisme pour les autres. Mais il apparaît erroné de croire que les statuettes sont dotées de force vitale. Au contraire, la substance vitale est liée à l'esprit qui vivifie les figurines. Il en résulte que la nature du droit africain pré-colonial se retrouve dans sa relation avec le monde spirituel. Cependant le rapport de l'homme à l'être suprême ne constitue pas l'unique nature du

droit africain.

A l'opposé de la relation avec le spirituel, figure l'approche éducative et la dimension rigoriste. Pour l'approche éducative, il est question de corriger dans la grande forêt l'auteur de l'infraction. Etant donné que la charge de la réparation de la faute commise relève des parents et alliés du mis en cause dans son ensemble, il se dégage l'idée d'une responsabilité collective qui engage toute la société. Introduit par ruse dans le lieu indiqué et accompagné d'un de ses géniteurs, l'auteur de l'infraction ne peut échapper à une correction qui confère au droit africain, une nature éducative que les fêrus de droit de l'homme pourraient tourner en dérision en raison de violation des droits de l'enfant ou de la personne humaine ignorant ainsi la relativité des lois régissant chaque société. Que retenir de la dimension rigoriste ?

La dimension rigoriste du droit africain réside dans l'application des sanctions dans les cas d'atteinte grave à la vie de la société. Il s'agit des infractions touchant à l'autorité du souverain, à l'interdiction de l'entrée des non-initiés dans un lieu indiqué, aux atteintes à l'égard des divinités protectrices ou des notables du royaume ou de l'empire dont les sanctions appellent à une application stricte. La société elle-même ayant prévu déjà les sanctions liées aux infractions graves, il ne peut être admis des dérogations pour les personnes en cause. C'est pourquoi, la hiérarchie verticale du pouvoir prescrit une application mécanique des dispositions en vigueur. L'on pourrait déduire à ce niveau une nature rigoriste du droit lorsqu'il est porté une atteinte grave aux règles fondamentales du village, du royaume ou de l'empire. La nature plurielle du droit africain pré-colonial à savoir le règlement pacifique des différends, la nature spirituelle, l'approche éducative, la dimension rigoriste n'est pas restée immuable dans le temps car l'Afrique a connu plusieurs rapports avec les peuples étrangers.

⁴ - TEMPELS Placide, *La philosophie Bantoue*, Paris, P. A. 1961 ; pp. 16-18.

Les rapports entre les institutions de l'Afrique pré-coloniale et les commerçants et religieux arabes ont provoqué des situations de violence extrême qui n'ont pas été sans conséquences négatives sur la nature du droit traditionnel africain. Pour les Arabes souvent assoiffés de conquête religieuse, il est obligatoire de convertir tous les Africains, personnes libres, chefs religieux, rois et empereurs à la foi islamique. Ainsi, le prosélytisme religieux des musulmans a été mis en œuvre à l'égard des Africains sans concession aucune en vue d'assouvir les objectifs assignés à la mission et ne pouvait engendrer que de véritables heurts au cours desquels le sabre, les lances, les coupe-coupe, les pentacles et les amulettes s'affrontent sur le même terrain de lutte. L'on peut se demander l'origine des rivalités entre les deux cultures. En effet, la religion musulmane se distingue des pratiques religieuses de l'Afrique précoloniale par l'idée que le Dieu des musulmans n'admet pas de représentation alors que celui des Africains le tolère aisément ; la désignation de l'autorité, les rites de prières de part et d'autre des religions constituent des points de distinction. Mis à part ces points de distinction, les religions de l'Afrique pré-coloniale et celle musulmane ne semblaient pas présenter dans le fond de différences majeures. Les deux cultures sont essentiellement marquées par des repères non négligeables : statut juridique particulier à l'égard de la femme, inégalité entre l'homme et la femme, les fiançailles, la dot, le mariage, les cérémonies de sortie d'enfant, les rites. Elles se rejoignent aussi au niveau des esprits médiateurs entre l'être suprême et les vivants. Si dans les religions de l'Afrique d'antan, l'on invoque des anges, comme messagers de Dieu, il n'est pas surprenant que l'on supplie les djinns dans la religion islamique pour demander des grâces. Il en découle que la vraie rivalité entre la religion musulmane et les religions traditionnelles réside dans la représentation de l'autorité censée s'adresser au créateur au nom des personnes vivantes. Si les deux cultures disposent de règles identiques, il est logique d'évoquer que la religion musulmane est venue

renforcer les principes de base des religions de l'Afrique pré-coloniale. Dans cette optique, la religion musulmane reprend les principes fondamentaux des religions traditionnelles africaines pour les perfectionner et revenir vers elles par le jeu des conquêtes religieuses et celui de l'osmose de la vie harmonieuse qui en résulte. La colonisation de l'Afrique par l'Europe n'a pas été du reste.

La politique coloniale, en l'occurrence française, a eu pour ambition principale d'assimiler les peuples d'Afrique aux citoyens de la métropole pour mieux les dominer. Il est très facile d'appréhender ce que l'on connaît dans les moindres détails que de rechercher à comprendre l'altérité dans ses diversités et ses pluralités. La mise en œuvre de cette politique coloniale ne peut déboucher sur des rivalités de part et d'autre à telle enseigne qu'elle s'impose par la répression systématique de toute révolte à l'intérieur de la colonie, la chicotte, le fouet et la supériorité technologique de la chair à canon. A la primauté de la communauté sur l'individu se substitue l'image contraire, la proclamation des droits individuels ou subjectifs, à la personnalité juridique de la communauté, la personnalité juridique de l'individu, au caractère inaliénable de la terre, la nature cessible de la propriété collective, au statut juridique particulier de la femme, l'égalité entre l'homme et la femme, à l'alliance entre familles, le mariage des époux. Ces catégories juridiques importées du droit romain ou du droit français ont influencé à plus d'un titre les règles juridiques de l'Afrique pré-coloniale au point de consacrer un droit à géométrie variable : un droit moderne dominé par le contentieux accompagné d'un droit au règlement à l'amiable. Au lendemain des indépendances, le droit a revêtu en premier lieu la nature d'un droit libéral axé sur la liberté individuelle, la propriété privée et la défense des droits subjectifs et en second lieu une nature socialiste. De nos jours, la nature du droit oscille entre règles communautaires et prétentions libérales. Il s'agit d'examiner la nature du droit en Afrique depuis la période d'antan à la période actuelle en passant par l'ère

coloniale. Autrement dit, le droit africain réside-t-il uniquement dans la vision que l'on lui connaît aujourd'hui ? L'intérêt de cette étude est d'examiner sous un double titre la nature du droit en Afrique : au plan théorique il permet d'examiner le corpus des sciences du droit en Afrique et au plan pratique d'envisager les rapports entre les sciences du droit et la réalité sociale. La méthodologie employée sera une approche historique et juridique pour mieux cerner la perspective évolutionniste de la nature du droit. Pour mener à bien cette étude, il sera examiné, la nature du droit dans les sociétés pré-coloniales en partant de l'Égypte antique et à l'ère coloniale (I) dans un premier temps et les mutations qui lui sont liées au cours de la période post-coloniale dans un second temps (II).

I- La nature du droit traditionnel africain

La nature du droit traditionnel africain réside à la fois dans la configuration en remontant la période de l'Égypte antique (A) et ses évolutions au Sud du Sahara (B).

A- La configuration du droit traditionnel

Pour bien comprendre le droit africain, il convient d'examiner sa vraie nature en Égypte antique (1) et les changements qu'il a mis en lumière au cours de sa chute (2).

1- La nature du droit africain selon la conception de l'Égypte antique

La nature du droit africain au sud du Sahara remonte à l'Égypte antique et réside essentiellement dans le respect du principe du Mâat. Principe supérieur à tous les principes de vie et représenté sous une forme féminine divinisée ayant des pouvoirs étendus, le Mâat constitue la vie, la stabilité du monde, l'ordre juste, l'équilibre existentiel. Il constitue un

principe d'équilibre majeur, incarné par la reine mère ou l'épouse principale aux côtés du pharaon⁵. La question essentielle qui se pose est de rechercher en quoi consiste un ordre juste selon le principe du Mâat.

Le Mâat est le principe fondateur par lequel l'univers a été créé et est maintenu dans son équilibre à travers les lois cosmiques expliquant sa survie. Il est aussi le principe par lequel l'univers évolue selon l'ordre naturel des éléments lui appartenant. Ainsi conçu le Mâat semble renvoyer à l'ordre naturel de la nature en général, censé exprimer un ordre juste. Il s'ensuit que le Mâat apparaît comme « *l'état juste de la nature et de la société tel que l'a fixé l'acte créateur, et, à partir de là dans un cas concret, ce qui est correct, exact, et dans l'autre le droit, l'ordre, la justice et la vérité*⁶ ».

Etant de l'ordre naturel des choses, le Mâat représente l'idée d'un ordre juste de la nature à travers un comportement exemplaire de la part des membres de la société. Ainsi, le bon comportement d'un individu assure la survie de la nature par le principe du Mâat. A l'inverse, le mauvais comportement tance ou perturbe le principe du Mâat en produisant un bouleversement naturel. La balance entre les bons et les mauvais comportements des humains en termes de mouvement d'équilibre assure l'observation du principe du Mâat. Par contre, lorsque le déséquilibre se dégage de la balance des comportements, le principe du Mâat fait l'objet d'une atteinte grave à l'ordre de la nature ; ce qui constitue une source de désordre caractérisé ou d'une injustice sociale. Pour remédier au déséquilibre naturel, des cérémonies de conjuration des mauvais sorts sont organisées en vue de la restauration de la paix au sein de la société. Quelle corrélation peut-on établir alors entre le principe du Mâat et l'ordre juste ?

Le Mâat exprime un ordre juste de la nature car la nature elle-même est révélatrice de l'expression véritable d'une justice. En effet,

⁵ - CISSE Abdoullah, Introduction générale « Pour une approche plurale du droit africain », in *De*

l'esprit du droit africain, Cotonou, CREDIJ, Wolters Kluwer, 2014, p. 5.

⁶ - Abdoullah CISSE, *op.cit.*, p.4.

l'ordre juste de la nature résulte de l'enchaînement logique des événements de la nature ou dans la vertu, force qui pousse vers le bien. Puisque la nature en elle-même est l'expression d'un ordre juste, elle commande la raison d'être du Mâat. En d'autres termes, la nature promeut l'action qu'on qualifierait de positive et qui garantit le respect de ses lois et sanctionne négativement celle qui porte atteinte à son équilibre. Par exemple, la nature sanctifie ou bénit celui qui plante suivant le rythme des saisons en référence à la formule consacrée de Francis Bacon pour qui on ne lui commande qu'en lui obéissant. Par contre, elle sanctionne celui par lequel le déséquilibre est arrivé. Par exemple, attirer la pluie par des méthodes traditionnelles dans une localité ou mettre un terme à la vie d'autrui sont autant d'actes négatifs qui ne sauraient rester impunis. L'on peut s'interroger sur les modalités de mise en œuvre des principes du Mâat.

L'application du principe du Maat s'est étendue à d'autres peuples comme l'on le constate chez les colons Arabes à partir du 9^{ème} siècle. Les rapports entre les populations noires et les commerçants arabes ont été marqués par le respect strict du principe du Mâat. En d'autres termes, les populations noires ont préservé l'application du principe du Maat dans leurs relations avec les étrangers. Dans les relations conflictuelles, elles ont préservé les relations de bonne entente avec leur vis-à-vis. Si en dépit de l'altération des rapports, ces populations n'ont pas voulu en découdre avec leurs collaborateurs, cela suppose que l'analyse de leurs comportements considérés comme réactions de personnes naïves semble erronée. L'objectif poursuivi par elles visait à rendre plus cordiales les relations interpersonnelles et à sauvegarder l'intérêt de la communauté tout entière en rejetant toute notion d'intérêt personnel. Pour les populations noires, il s'agit de s'effacer personnellement au profit de l'intérêt général qui réside dans le principe du Mâat.

Au fond, l'application du Mâat comme

principe de conformité à la nature, affirmée ci-dessus constitue une marque véritable de préservation de la nature elle-même. L'homme naît au sein de la nature tout en étant doté de puissance ou de capacité lui permettant de l'animer. Une question de choix de vie s'impose à l'être humain : soit il est animé par le choix de se mettre au service de la nature dans le sens de sa préservation soit il décide de lui porter atteinte. Dans le premier cas, l'homme a l'obligation de sauvegarder la nature et son intégrité. Par contre, dans le second cas, il pourrait constituer une menace lorsqu'il fait grief à la nature. Pour répondre à l'atteinte dont elle est objet, la nature se charge de doter les autres vivants de moyens susceptibles de faire barrage à l'auteur de l'action négative. C'est pourquoi, les pharaons peu soucieux du respect du principe du Mâat, ont connu un règne écourté ou une mort prématurée en raison de l'expression de l'ordre juste de la nature ou de la désapprobation populaire. Il résulte de ce qui précède que le non-respect du principe du Mâat engendre des oppositions aux Pharaons se montrant capricieux ou dictateurs envers le peuple. En d'autres termes, les oppositions dirigées contre les Pharaons durant leur règne sont le signe véritable de l'atteinte au principe du Mâat. Que signifie l'opposition aux Pharaons ?

L'opposition aux Pharaons réside dans l'idée de la désapprobation de ses actions censées porter atteinte à la nature. Si la nature prévoit qu'un pharaon sera coupable d'atteinte au principe du Mâat, elle produit par voie de conséquence les esprits pouvant mettre un terme à son règne. A l'instar du peuple élu de Dieu, réduit en esclavage en Egypte antique, la nature ou le créateur a produit un esprit incarné en la personne de Moïse pour le sortir de son état de sujétion. Selon les écritures saintes, le peuple élu, passait la mer rouge sur ordre de Moïse, ordre qui divisa la mer en deux. Cette action de Moïse permit la traversée des Israéliens et la noyade des Egyptiens à la suite du spectre dressé une seconde fois sur la mer⁷.

⁷ - Exode 13, 17-22.

L'application du principe du Maat s'est prolongée dans le temps en Afrique.

2- La nature du droit au lendemain de la chute de l'Égypte antique

La chute de l'Égypte pharaonique a eu pour conséquence l'application à géométrie variable du principe du Maât. En effet, la décadence de l'Égypte antique a conduit les peuples noirs soit en direction de l'Europe soit au Sud du Sahara à la recherche du mieux-être. En Europe, les peuples noirs ont coexisté avec ceux qui les ont précédés avec un sentiment empreint d'assimilation ou d'altérité. Dans certaines contrées, les populations noires s'évertuaient à respecter la culture des autochtones même si celle-ci était incompatible avec la leur. La coexistence entre les populations noires et celles des pays hôtes a été favorisée en raison d'un vivre ensemble antérieur. Préparée depuis des siècles pour des raisons de curiosité scientifique, la vie commune des étrangers et des habitants de l'Égypte antique constituait un terreau fertile au développement du vivre ensemble : les scientifiques accouraient pour quérir la connaissance et s'accoutumaient avec les us et coutumes du peuple égyptien.

En outre, au cœur de la Grèce et la Rome antiques, la situation de la majorité des peuples noirs s'inscrivait dans le statut soit d'esclave soit d'homme libre. Dans la condition d'esclave, l'homme noir vivait sous la domination d'un maître. En clair, l'esclave était considéré comme une chose du fait de la privation de liberté. Ainsi, le fait pour le maître de disposer à volonté au sens vrai du terme de l'esclave, lui donnait sur ce dernier et sur sa famille, un droit de vie et de mort. En admettant la condition d'esclave, la chaîne du statut d'esclave pouvait s'étendre à l'infini dans la mesure où toute la famille de l'esclave

appartenait au maître. L'esclave ne s'affranchira de son statut que selon les procédures particulières prévues par le droit de l'Etat d'accueil. Dans le droit grec, les lois de Solon et de Dracon affichées sous forme de plaquettes en bronze sur la place de l'Agora autorisaient l'affranchissement de l'esclave. Pour le droit de la République romaine issu de la laïcisation, la procédure de la mancipation et la procédure de *in jure cessio* en droit romain⁸ pouvaient permettre à l'esclave de s'affranchir de sa condition. Par contre, l'homme noir né libre ou ayant acquis sa liberté selon les procédures prévues par la loi vit sous le droit de l'Etat d'accueil. Par exemple, après avoir connu son apogée, l'empire romain « *s'efforce d'organiser l'accueil des barbares en leur appliquant un régime juridique précis : celui de l'hospitalitas, l'hospitalité*⁹ ». La théorie de l'hospitalité que l'on pourrait aussi désigner par celle de la territorialité n'a pas été le régime juridique appliqué en tout temps car elle fut complétée par celle de la personnalité qui invite à appliquer à l'étranger les règles liées à sa propre culture surtout au cours des procès¹⁰. Deux logiques de comportements semblent fonder cette démarche. La première considère simplement l'intégration totale ou l'assimilation de l'étranger au droit de l'Etat d'accueil à la suite d'un certain nombre d'années. A l'opposé de cette logique qui fait la part belle à la théorie de l'intégration, il existe celle selon laquelle l'étranger ne pourra jamais s'intégrer à la culture de l'Etat hôte en dépit du nombre d'années enregistrées. Le droit de la République romaine l'a si bien compris en nommant le préteur pérégrin, un juge chargé de juger les affaires opposant les Romains ou étrangers sans que ceux-ci ne ressortent de la culture des étrangers. En le faisant ainsi, le droit romain distingue les citoyens romains susceptibles d'occuper les charges romaines,

⁸ - COLLINET P. GIFFARD A. *Précis de droit romain*, Paris, Dalloz, 1927, p. 311, GEORGES Cornil, *Ancien droit romain*, 1930, p.62, BREGLI Jean-François, *Droit romain : les obligations*, Paris, Ellipses, 2006,

pp.117-121, JOSSE Léon, *Histoire du droit des obligations*, Cotonou, Graphil, 2023, pp. 16-18.

⁹ - CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit*, Paris, P.U.F., 2008, p. 38.

¹⁰ - CARBASSE Jean-Marie, *op.cit.*, p. 40 et s.

des étrangers ou métèques dont la fonction principale se cantonnait à des métiers de sentinelles. Pour preuve, les noirs libres pour la plupart n'avaient aucune voix au chapitre pour occuper les nobles fonctions de Rome ; ils étaient pour la majorité dans des fonctions de soldats, de contre-maître ou des métiers exigeant une force musculaire brute car le droit romain n'a jamais accepté leur intégration à la cité romaine. Si le droit grec ou romain rejetait l'assimilation totale de l'étranger au national, il reconnaissait à l'étranger de vivre selon sa propre culture et permettait une application du principe du Maât. L'actualisation de cette distinction statutaire pourrait justifier le cas des Juifs vivant en France ou de certains noirs au lendemain de la seconde guerre mondiale. Il résulte de ce qui précède que l'impossibilité de la théorie de l'assimilation identique de l'étranger au national fait éclore la subsistance du droit africain dans les contrées occidentales. Qu'en est-il de la situation au Sud du Sahara ?

Après la décadence du régime pharaonique en Egypte antique, une partie des populations noires s'est installée au Sud du Sahara tout en continuant de respecter le principe du Maât. La colonisation de l'Afrique par les Arabes au XI^{ème} siècle avait pour premier objectif d'imposer aux Africains une culture islamique dans tous les compartiments de la vie. Pour s'en convaincre, il était observé à l'égard des Africains obéissants et convertis à la religion musulmane, un traitement de valeur ou une considération plus humaine. Par contre, les Africains retors à la culture islamique faisaient objet de répression féroce notamment par les coups de fouet ou la pendaison. Il résulte que les rapports entre Africains et commerçants arabes avaient pour objectif principal, l'adoption des principes de droit islamique et réciproquement. C'est en ce sens que certains évoquent l'idée d'un islam noir.

Les sources historiques et scientifiques de l'Afrique pré-coloniale attestent de l'arrivée

des populations noires comme premiers occupants au Sud du Sahara. Ainsi, elles développèrent leur culture et leur religion à l'intérieur de cet espace vierge à la pénétration humaine au point de constituer de grandes monarchies traditionnelles à l'instar de l'empire du Ghana. S'il est admis que la naissance de l'islam remonte au XII^{ème} siècle de notre ère, il ne fait l'ombre d'aucun doute que les rapports entre commerçants arabes ou tribus berbères et populations noires pourraient avoir lieu autour du X^{ème} siècle.

Les rapports entre tribus Berbères et habitants de l'empire étaient empreints soit d'hospitalité soit de luttes épiques. Dans les relations d'hospitalité, les étrangers ont bénéficié d'un statut privilégié auprès de l'empereur du Ghana de sorte que tout paraît se passer sans anicroche. Contrairement à la relation d'amitié entre les peuples ci-dessus cités, les rapports conflictuels ont commencé dès les expéditions islamiques ayant imposé le recours selon Bekry à l'armée composée de plus de 200.000 guerriers et 40.000 archers¹¹. La tension dans la Mauritanie actuelle¹² s'est exacerbée précisément entre tribus berbères et les populations noires au Sud du Sahara à partir de la conversion à l'islam du Roi Goddala Yaya Ibn Ibrahim à son retour de la Mecque. Dans un premier temps, il demanda au sage Abou Amran Uléma de lui désigner un de ses collègues en vue de la conversion de toute la population à l'Islam. Les deux sachants de la religion musulmane respectivement Abdalah Ibn Yacine et Yaya ont tenté la première conversion qui s'est soldé par un échec. La seconde expédition militaire d'inspiration religieuse avec l'aide des Al Morabitin (Almoravides et Marabouts) contre les chefs traditionnels africains aura lieu en 1042 en vue de purifier l'islam des impuretés jugées animistes. Dans leur volonté farouche d'instaurer un islam purifié de toute impureté, les puritains musulmans ont essayé d'extirper

¹¹ - CISSOKO Sékéné-Mody, *Histoire Générale de l'Afrique Occidentale Moyen-âge et temps moderne*, Paris, Présence Africaine, 1966, p. 24

¹² - KI-ZERBO Joseph, *Histoire de l'Afrique noire : D'hier à Demain*, Paris, Hatier, 1972, p. 117.

de la religion les pratiques jugées inconciliables avec elle en rejetant toute idée de la combinaison de règles provenant de différentes confessions religieuses. Ainsi, ils répugnent avec force, le syncrétisme des principes religieux destinés à entacher la pureté des règles pouvant justifier le succès des expéditions militaires. Que retenir de la pureté des principes orthodoxes ?

Au fond, les comparatistes de la religion musulmane et des religions de l'Afrique pré-coloniale présentent la première comme une religion fondée sur un idéal d'égalité¹³ entre l'homme et la femme en vue de l'instauration d'un Califat ou Etat islamique et la seconde comme un vecteur de différences entre les classes sociales. Cette analyse semble erronée dans la mesure où les deux religions n'ignorent pas les différences internes. Autant la religion musulmane revendique des différences relatives à la prière, à l'inhumation et à la fonction d'iman autant les deux religions citées ci-dessus admettent des singularités en ce qui concerne les classes sociales, l'homme et la femme, le statut du prêtre, les personnes chargées de l'inhumation, l'hérédité des fonctions, etc. Autant la religion musulmane admet l'égalité entre l'homme et la femme ainsi que la gestion centralisée et décentralisée du pouvoir et de la justice, autant les religions traditionnelles l'acceptent aussi. Il en résulte alors une illusion pour faire croire que la religion musulmane prône l'égalité à rebours des religions traditionnelles de l'Afrique noire. D'où vient alors la conflictualité entre les deux religions ?

L'idée de conflictualité vient du fait que la religion musulmane veut faire prévaloir ses principes sur ceux des religions endogènes foulant ainsi au pied les règles sur lesquelles repose la cohésion sociale et suscitant des réactions explosives de part et d'autre. Comment accepter que des principes

musulmans remettent en cause la hiérarchie sociale liée aux religions traditionnelles, instaurée depuis des années ? La réponse à cette question, loin d'apaiser les cœurs, synonyme d'esprit de tolérance, commande une réaction de lutte acharnée en vue de défendre l'essence des sociétés africaines. La volonté farouche de faire régner la théocratie des *Almaami* sur l'espace occupé auparavant par les populations noires autochtones, débouche inévitablement sur un climat de tension permanent entre les deux communautés. Si pour les populations noires la transmission des pouvoirs atemporel et temporel s'opère de manière héréditaire, elle ne correspond pas à la même logique au niveau du monde musulman au sein duquel, elle fonctionne de manière élective à partir d'un conseil. Les attributions du conseil électif, se cantonnaient à l'élection de l'*Almaani*, et à sa destitution en cas d'exactions. Cette différence dans la transmission du pouvoir peut paraître significative mais elle est loin de constituer une singularité car au fil des ans, des contestations s'élèveront au sein du conseil électif dès que « *le pouvoir de l'Almaamiya tombait ainsi dans une profonde crise marquée par une querelle de succession et un jeu d'influence*¹⁴ ». La configuration du droit africain est tributaire d'une cosmogonie propre à l'Afrique précoloniale.

B- La cosmogonie du droit africain

La structure du droit africain réside dans la coexistence des dieux (1) au sein de laquelle l'on retrouve un fonctionnement logique (2).

1- La coexistence des dieux

La nature du droit en Afrique précoloniale est tributaire de l'existence d'une pluralité ou d'une variété de dieux qui tiennent leur force vitale de l'être suprême et dans une régression infinie vers les enfants. Les divinités de l'Afrique pré-coloniale ont pour rôle de

¹³ - BA Mouhamadou, « Les Almaani de l'Afrique de l'Ouest : d'un projet puritain d'une société islamique à la domestication du pouvoir par des classes dirigeantes » in *Les Almamites* col.dir.,

Brussels, Institut for Epistemological Studies, 2023, p. 136.

¹⁴ - *Ibidem*, p. 145.

garantir la paix et la cohésion sociale au sein de la communauté. L'univers cosmologique dans lequel évolue le droit africain pré-colonial apparaît très varié : les dieux ou les divinités déterminant l'équilibre ou le fonctionnement harmonieux du monde africain sont pluriel. On y retrouve le dieu de la terre, le dieu du feu, le dieu de l'air, le dieu de l'eau, le dieu de la montagne, le dieu des morts, le dieu des vivants, le dieu de la brousse, le dieu du fer, le dieu des arbres, le dieu de la foudre, le dieu des animaux, le dieu des choses animées, le dieu des choses inertes...L'on peut s'interroger sur les rapports entre ces dieux dans un royaume ou dans un empire. En réalité, les dieux en Afrique pré-coloniale et encore aujourd'hui coexistent ensemble sans qu'il se développe des rapports conflictuels. Chaque dieu de l'Afrique-précoloniale met en lumière sa force vitale ou sa puissance à travers l'acceptation des vœux et des services que lui demandent les adeptes confrontés aux vicissitudes de la vie fussent-elles immédiates.

Le rapport intrinsèque entre l'adepte et la divinité qu'il vénère est de nature vitale dans la mesure où toutes les intentions de protection contre les sortilèges, les maladies, les sollicitations de chance, la fertilité conjugale... relèvent de son invocation. C'est la raison pour laquelle, « *les puissances sacrées, qui ne peuvent refuser ce cadeau usuraire deviennent les débitrices du donataire, sont liées par ce qu'elles ont reçu et, pour ne pas demeurer du reste doivent accorder ce qu'on leur demande*¹⁵ ». Il se peut que la protection de l'adepte ne soit pas enracinée à l'égard d'un dieu unique. Il se trouve parfois, que l'adepte vénère plusieurs divinités à la fois sans que celles-ci ne lui causent aucun préjudice. Ainsi, la protection plurielle de l'adepte n'est pas en soi contradictoire car chaque divinité étend sa protection sur l'adepte en fonction de sa puissance. La méconnaissance de cette protection plurielle de l'adepte par les divinités que celui-ci vénère fait penser au chercheur

europo-centrique que l'Afrique pré-coloniale est peuplée de divinités contradictoires qui luttent vigoureusement pour leur survie ou leur mort et par ricochet d'une ou des parties en conflits. Il n'y a pas à penser à un monde contradictoire des divinités en Afrique pour la simple raison que les divinités coexistent dans un même royaume ou empire.

La coexistence des divinités se révèle au niveau des devins du fait que chaque séance de divination chez le devin, indique la divinité qui devrait recevoir une offrande en vue de conjurer un mauvais sort ou de solliciter un emploi plus rémunéré. Il se peut que l'oracle affirme que l'offrande se fera en honneur de la divinité du fer ou le dieu de l'eau ou encore le dieu du feu. Le fait pour le devin d'indiquer la divinité pour laquelle le sacrifice est destiné est le signe incontestable de la cohésion des dieux pré-coloniaux. S'il n'était pas permis d'offrir un sacrifice pour la divinité sollicitée, l'on penserait à l'idée d'un Dieu unique. Tel n'est pas le cas car le devin est autorisé à répondre aux demandes de la divinité à travers les sacrifices prescrits.

La coexistence des divinités au sein d'une entité pré-coloniale varie en fonction des degrés de pouvoirs. Au sein de la structure familiale, le vivre ensemble des divinités est assuré par le chef de famille qui autorise les libations et les agapes en leur noms. Les membres de la famille peuvent vénérer différentes divinités ou être adeptes de plusieurs divinités à la fois. A un niveau plus élevé, le chef du village ou le roi est le chef de toutes les divinités siégeant dans son giron. Il autorise à ce titre les cérémonies permettant d'apaiser la colère des dieux ou de leur rendre grâce pour la protection du royaume ou pour les bonnes récoltes enregistrées. Au-dessus du royaume, vient l'empire qui habite naturellement en Afrique-pré-coloniale, une diversité de divinités. Ainsi, les divinités existantes dans l'empire sont et demeurent sous la direction de l'empereur. Ainsi, si l'empereur accepte une

¹⁵ - CAILLOIS Roger, *L'homme et le sacré*, Paris, Gallimard, 1950, p. 34.

divinité, il autorise les cérémonies en son nom. Le signe de l'acceptation de divinité se révèle dans la soumission de tous les chefs de divinités à l'empereur Soundjata Kéita à l'issue de la bataille de Kirina en 1235 dans l'empire du Mali ce qui a donné naissance à la Charte de Kurukan Fuga¹⁶. Par contre, si l'empereur ne consent pas à l'institutionnalisation d'une nouvelle divinité au sein de l'empire, il sera considéré dès lors comme une transgression grave, les pratiques liées à cette divinité. Mais en réalité, la pensée divine en Afrique est avant tout plurielle et cela est le signe de la liberté au sein de la communauté. Il existe au sein de certaines communautés pré-coloniales, une divinité suprême.

La présence d'une divinité suprême au sein d'un royaume ou d'un empire laisse suggérer un effet de subordination des autres entités. En clair l'existence d'une divinité suprême impose une allégeance de la part des autres divinités de sorte que celles-ci contribuent à cette suprématie. Que l'on soit adepte d'une divinité qu'on pourrait dans ce cas qualifier de divinité inférieure, il est nécessaire de vouer un culte à la divinité suprême. Les diverses cérémonies du culte « Oro » dans l'aire culturelle Nagot sont le signe de l'existence d'une divinité supérieure à laquelle les dignitaires du culte « Ogou » (dieu du fer), de « Shango » (dieu de la foudre) sont obligés de faire allégeance. Que retenir des conflits entre les adeptes de divinités différentes ?

Le conflit peut être envisagé entre membres de divinités différentes ou entre membres de plusieurs divinités. Plusieurs éventualités sont à relever dans la situation de conflit. En premier lieu, la situation conflictuelle peut se manifester au niveau d'un échange houleux entre les parties en conflit au point que la solution est trouvée par l'intervention des médiateurs ou des personnes ayant une ascendance sur celles-ci. Il est souhaitable que ce premier niveau facilite l'apaisement des relations interpersonnelles. En

deuxième lieu, la situation conflictuelle oblige l'une des parties en conflit à jeter un mauvais sort à son adversaire, mauvais sort qui peut conduire à la mort. Dans ce cadre, la nature du droit africain fait intervenir la protection de ou des divinités de celui à qui l'on a jeté le mauvais sort. Si la divinité protectrice de l'adversaire est plus forte, elle retourne le mauvais sort à celui qui en est l'auteur qui peut en souffrir jusqu'au trépas. En troisième lieu, l'une des parties en conflit assigne son adversaire devant le tribunal compétent pour les affaires liées aux divinités. Les juges du tribunal écoutent toutes les parties et tranchent la question litigieuse qui leur est soumise en ordonnant à telle partie de ne plus commettre tel acte. Dans le royaume de Kétou au Bénin, cette noble mission revient à la confrérie des « ashosanyi » qui sont chargés de traiter les affaires ayant des ramifications liées aux divinités. En quoi consistent les divinités en Afrique-précoloniale ?

Les dieux ou anges de l'Afrique pré-coloniale et dans l'Afrique contemporaine constituent des messagers ou des anges auprès de Dieu le créateur. Ils sont le moyen par lequel le vivant entre dans une médiation entre les vivants et le Dieu le créateur. L'analyse des divinités comme messager ou ange s'impose pour éviter toute signification équivoque. De même qu'il existe Saint Michel dans l'univers du Dieu catholique révélé, de même, il existe le dieu de la foudre dans l'univers africain de sorte que celui qui porte atteinte à la vie de son semblable sera foudroyé. Dans les cérémonies de personne mise à mort par la foudre, il se trouve que l'on demande la cause de la mort avant l'inhumation. La personne foudroyée en présence des dignitaires de ce culte est temporairement réveillée pour évoquer la cause de la mort avant de rejoindre le monde des morts. Le même parallèle peut être fait en ce qui concerne le dieu des esprits. Si l'Esprit Saint pénètre la vie d'un individu au point de le secouer, de le mettre en transe, de lui permettre de parler en langue, il en sera de même pour le

¹⁶ - Publication CELHTO, La charte de Kurukan Fuga, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 38-57

possédé d'un culte du dieu de la terre ou de celui des eaux. Il en découle que le parallèle de l'identification des divinités de l'univers du droit africain aux anges du Dieu révélé de la religion catholique et de la religion musulmane est établi en vue d'éviter le syndrome de la diabolisation des religions endogènes.

Au-delà de cette identification de la divinité comme ange de Dieu le créateur, il est nécessaire de se pencher sur la question de la pluralité des anges de Dieu. Il se dégage que chaque divinité agit selon ses dons, sa force vitale. De même, chaque ange ou Saint Consacré assure la mission qui lui est assignée en fonction du don que lui a conféré le créateur. Si Saint Jean annonce l'arrivée du Seigneur et le royaume des cieux en criant dans le désert et en se nourrissant des sauterelles et du miel, Saint Pierre est celui à qui le Seigneur a confié la direction de la religion catholique. Dans le même sillage, la pluralité des dons conférés aux anges dans la religion catholique ou musulmane se retrouve dans le panthéon africain à travers la pluralité des divinités à l'instar du dieu de la foudre ou de celui du fer. Que retenir du fonctionnement de la communauté dans l'esprit du droit traditionnel africain ?

2- Le fonctionnement de la communauté traditionnelle

La communauté traditionnelle africaine est dirigée par trois principes cardinaux qui président à sa survie dans le temps. Le premier principe, celui auquel l'on pense est le plus ancien. Ce dernier a la lourde responsabilité de conduire les membres, de donner les orientations nécessaires en vue de préserver la paix et la sécurité. Il relève des prérogatives du plus ancien de donner des instructions aux autres membres dans le sens du fonctionnement harmonieux de la communauté. En d'autres termes, tout part du plus ancien et tout revient vers lui de sorte qu'il paraît comme la clé de voûte de la survie de la communauté.

En deuxième lieu, la communauté traditionnelle est régie par le principe du plus expérimenté qui est celui qui dispose de dons spécifiques pour s'entretenir avec le Dieu créateur, les divinités, les ancêtres, les morts et

les vivants. Il y a lieu de relever que le plus expérimenté peut se différencier du plus ancien au sein de la communauté ou s'y confondre. Lorsque le plus expérimenté est le plus ancien, la direction de la communauté obéit à une forme unidirectionnelle qui marque la cohésion et l'harmonie de celle-ci. Par contre, lorsque le plus ancien n'est pas le plus expérimenté, la direction de la communauté répond à un principe de dyarchie, de cohabitation ou de coexistence entre les deux piliers de la communauté. Dans cette optique, il se peut que les deux références de la communauté évoluent en parfaite harmonie de sorte que toute rixe soit dissipée. Néanmoins, les relations interpersonnelles entre les deux personnalités de la communauté peuvent être source de mésententes et donner lieu à des désapprobations verbales ou à des conduites qui indiquent un profond désaccord. La situation de dispute entre les deux piliers de la communauté cités supra semble instaurer une peur à deux niveaux : le plus expérimenté craint la foudre du créateur, des divinités, des ancêtres et des vivants en cas de non-respect du plus ancien et celui-ci se méfie du plus expérimenté par les dons dont il dispose pour conjurer le mal de la communauté et assurer les présages de bien-être et de sécurité.

Le troisième principe est celui tiré de la réincarnation de l'esprit d'un ancien dans un corps nouveau. Dès sa naissance, la nature dote celui qui en porte ses dons, de dispositions spécifiques pour relever les défis qui se posent au sein ou en dehors de la communauté. A l'instar d'Œdipe qui délivre dans la mythologie athénienne du sphinx ou du petit David contre Goliath dans la Bible, le détenteur de ce don jouit d'un respect par les membres de la communauté : on le considère comme un génie vivant susceptible de trouver la solution aux questions énigmatiques que se posent les uns et les autres pour la simple raison que la bouche de celui-ci est sacrée. Ainsi, il est considéré comme une personne extra-terrestre et associé en tant que tel aux grandes cérémonies, aux libations, aux agapes de la communauté. La nature du droit traditionnel africain connaît de

profondes mutations dès l'époque coloniale.

Au-delà de ces trois points ci-dessus présentés, la nature communautariste des droits africains réside à la fois dans l'expression des droits au sein de la communauté et dans les droits de la propriété. Les droits de l'individu sont ensevelis au sein de la communauté dont la parole l'emporte sur l'expression des droits appartenant à chaque individu ou chaque membre de celle-ci. Dans toute situation de vie, la communauté africaine se voit interpellée en vue de donner le point de vue que doit suivre chacun de ses membres. Dans le domaine de la propriété, la communautarisation de droits fonciers n'est pas absente. Les droits de la communauté en Afrique traditionnelle sont liés à trois caractères essentiels à savoir la sacralité, la communautarisation et l'inaliénabilité. La sacralité de la propriété affirme qu'elle est sacrée en ce sens qu'elle relève des ancêtres, des morts et des vivants. La terre est communautaire du fait qu'elle n'appartient pas à un individu mais plutôt à la communauté. Si la propriété est communautaire, elle ne peut faire l'objet d'expression de droits individuels et constitue par voie de conséquence un bien inaliénable.

Le droit traditionnel africain paraît loin d'être un droit singulier dans la mesure où il s'éclot dans un environnement de plusieurs personnes vivant dans une sociologie de la parenté. De l'ancêtre commun, fondateur d'une communauté humaine aux descendants, l'on relève que les membres de la communauté sont liés par un lien de parenté qu'il n'est pas important de démontrer. A l'analyse, le regroupement communautaire loin d'être un comportement dépourvu de logique repose sur une logique d'auto-défense contre des groupes sociaux rivaux qui pourraient porter atteinte à la vie paisible des groupes ou à la coexistence pacifique des groupes sociaux. Etant donné que chaque groupe social dispose d'un territoire destiné aux activités de chasse et de cueillette, il apparaît logique que la rencontre de deux

communautés sur le même territoire puisse donner lieu à des rixes communautaires. Le développement de la communauté de base ou de la communauté fondatrice engendre une mutation importante.

La croissance numérique de la communauté de base engendre deux situations importantes. La première est celle qui permet à tous les membres de la communauté de rester sur un même espace tout en s'adonnant à tous travaux et en s'accommodant à toutes les conditions. La deuxième considère que certains membres ont atteint une maturité essentielle en vue de fonder une nouvelle communauté. Certes, la communauté fondatrice et celle nouvellement fondée du fait du développement numérique des membres entretiennent des liens de parenté, de solidarité et d'entraide mais elle reste marquée essentiellement par une autonomie qui permet au chef de communauté de prendre les rênes de son groupe social. A mesure que se développe la communauté de base, d'autres formes de parenté voient le jour.

La communauté familiale ou la communauté de base regroupe l'ancêtre vivant le plus âgé, les frères, les sœurs de celui-ci et leurs petits fils. Elle est une « *communauté formée de petites familles juxtaposées, mais d'une unité domestique, où la propriété du terrain et de la résidence, la direction économique et l'autorité, sont détenues par l'ascendant vivant le plus vénérable ou par une communauté de frères issus du même ascendant*¹⁷ ». Elle constitue le premier niveau de la parenté de base et subit une séparation qui permet de fonder une autre communauté de base du fait de l'expression d'une autonomie prononcée de manière consensuelle ou à la suite d'une rivalité. Mais, le fait pour les communautés ainsi formées et disloquées pour une raison ou une autre d'avoir une mémoire collective ou un patrimoine commun les contraint à une collaboration nécessaire en vue d'honorer le Dieu créateur et ses anges que sont les divinités, les ancêtres de l'au-delà et les

¹⁷ - LABURTHE-TOLRA Philippe & BUREAU René, *Initiation africaine*, Yaoundé éd. Clé, 1971, p. 54.

morts. Dans ce sens, les orientations fondamentales de la communauté de base relèvent des attributions du chef de famille qui dispose de la dévolution de régler les rivalités entre membres, d'organiser les rituels funéraires, d'accepter ou de refuser la demande de main d'une jeune fille de sa communauté, etc. La transgression des lois de la communauté impose la convocation d'une réunion des membres du conseil de famille quel que soit l'âge de l'auteur de l'infraction. La solution de la crise peut consister soit en un règlement sous l'arbre à palabre ou dans l'espace dédié aux ancêtres, soit en une correction dans la forêt sacrée ou encore dans la grande brousse.

Le règlement sous l'arbre à palabre ou dans l'espace réservé à cet effet permet d'écouter les parties et d'envisager un règlement à l'amiable qui peut paraître sous la forme de présentation des excuses à la victime ou dans un sens d'application de la peine prévue pour l'infraction commise. Par contre, la correction en brousse permet à des bras valides sollicités pour la circonstance, de corriger à l'aide de chicotte l'auteur de l'infraction afin que celui-ci ne récidive plus.

Au-dessus de la communauté de base, il existe la communauté de village qui regroupe l'ensemble des chefs de famille. Les atteintes aux lois du village donnent lieu à une convocation de l'ensemble des chefs de famille en vue de trouver la solution au litige né. Autour du chef de village qui est le roi, les chefs de famille s'évertuent à rechercher la voie de résolution de la crise née. A ce niveau, les violations des lois du village entraînent des formes de résolution citées supra.

Les problèmes regroupant plusieurs villages régis par un lien de hiérarchie mettent en lumière l'existence d'un ordonnancement impérial. L'empereur dispose de la dévolution de mettre un terme aux rivalités qui opposent plusieurs villages sous sa direction. Les guerres de succession au sein du royaume de Kétou au Bénin ont imposé le recours à la cité impériale

d'Ilé-Ifé au Nigéria en raison du fait que le royaume de Kétou a été fondé par l'un des fils d'Odoudouwa, empereur d'Ilé-Ifé. Cependant, les rivalités entre villages n'ayant pas de liens hiérarchiques entre eux, impliquent le recours au Conseil du Roi au Bénin. Les guerres de succession au sein du royaume d'Abomey ont suscité l'intervention du Conseil des Rois au Bénin en vue de trouver une solution amiable aux parties en conflit.

Selon la hiérarchie pyramidale de la communauté, le chef de communauté dispose de la direction de celle-ci. Dans la même logique, le chef du clan revêt les mêmes rôles que le chef de la communauté et dans une régression infinie au niveau du chef de village, du roi et de l'empereur. L'ordre présenté doit être respecté à la lettre à défaut, il pourrait conduire le contrevenant à de lourdes sanctions ou au trépas. Il est important de souligner que le respect de la hiérarchie au sein de l'ordonnancement juridique communautaire apparaît intrinsèquement lié à la force de la croyance en un créateur, aux divinités et aux ancêtres, dépositaires de la vie et de la mort de tout membre de la communauté. Ainsi, la configuration traditionnelle du droit africain traduit l'idée d'une entité juridique et collective partant de la cellule de base jusqu'au niveau du royaume ou de l'empire dans un dessein très important où la logique de la communauté l'emporte sur celle de l'individu.

Dans le débat juridique, les droits relèvent de l'expression des prérogatives de la communauté à telle enseigne que l'affirmation des droits individuels représente un déni de justice. L'individu obéit aux lois de la communauté puisqu'il retrouve à travers elle, un sentiment très fort qui dissipe toutes ses vulnérabilités dans l'esprit selon lequel « *l'homme n'est rien sans les mains des hommes, il vient dans leur main et s'en va dans leurs mains*¹⁸ ». Si la vulnérabilité de l'individu semble être résolue par son appartenance à la communauté, celui-ci se trouve renforcé dans

¹⁸ - BDIAN Seydou, Sous l'orage, Paris, Présence Africaine, 1972, p. 27.

ce même élan. Néanmoins, l'appartenance à la communauté ne peut faire absolument dissoudre l'expression des droits individuels. Selon une doctrine minoritaire, la famille de base pourrait disposer d'un champ propre ayant pour but de satisfaire ses besoins fondamentaux entraînant ainsi une analyse méticuleuse : le champ affecté à chaque famille de base en vue de satisfaire les besoins des membres de la communauté constitue une expression de droits individuels au sein des droits collectifs. Il s'ensuit que les droits de la communauté subsistent aux côtés des droits individuels consacrés par le labour du champ individuel par l'idée selon laquelle les produits qui en résultent reviennent dans une certaine mesure à la communauté.

II- Les mutations du droit traditionnel africain

Les mutations enregistrées en droit africain s'étendent sur la période coloniale (A) et la période post-coloniale (B).

A- Les changements liés à l'époque coloniale

Les rapports entre les peuples noirs et les autres ont accouché d'une évolution qui met en relief trois schèmes directeurs à la fois (1) sans ignorer le caractère contrasté de l'un d'entre eux (2).

1- Le triptyque de l'application du droit africain

L'application du droit au lendemain de la colonisation semble répondre à trois dimensions importantes à savoir le droit africain précolonial lui-même dans sa forme plus ou moins altérée, le droit islamique et celui de la colonisation. En scrutant le droit africain l'on s'aperçoit de la présence des règles de droit islamique et des références au droit colonial. En premier lieu, le droit africain est marqué par deux dimensions fondamentales à savoir le droit négocié et le droit rigoriste. Selon

l'approche négociée du droit, il est nécessaire de préserver les relations interpersonnelles entre les parties en conflit au nom d'une perspective futuriste. Par cette approche, les parties en conflit doivent rechercher quoique cela leur coûte, une solution au différend. A défaut de solution qui arrange les deux parties, la haine entre les familles des parties pourrait s'étendre à l'infini. A titre d'exemple, l'échec d'un mariage précédent entre les familles ALLADAYE et DAVAKAN dans le royaume d'Abomey au Bénin semble justifier les difficultés rencontrées lors de la conclusion d'une nouvelle alliance entre ces familles respectives. Les alliances issues de ces familles précitées font l'objet de déconvenues ou de difficultés importantes au point que les époux se posent la question sur l'utilité de leur union. En d'autres termes, les vicissitudes de la vie que rencontrent les nouveaux époux peuvent être justifiées par l'entêtement de ceux qui ont bravé l'opposition de leurs familles respectives pour s'engager dans une union matrimoniale interdite. En s'appuyant sur les règles de célébration du mariage adoubees par les principes religieux du monde moderne, les époux espèrent surmonter les interdictions familiales même au péril de leur vie. A l'épreuve de la vie commune, ils s'en rendent compte que le caractère angélique de la vie matrimoniale paraît éloigné de la réalité existentielle au point de vouloir mettre fin à leur union ou de s'y résigner à cause des enfants.

L'approche négociée¹⁹ du droit se rapporte aussi aux mesures de correction infligées à l'auteur d'une infraction. Lorsque la faute commise met en lumière un problème d'éducation, elle donne lieu à une correction du mis en cause dans la grande forêt. Dans l'ère culturelle Yoruba-Nagot, le vol perpétré par un jeune du village commande de l'inviter sous forme déguisée, accompagné d'un de ses parents (père, oncles paternel ou maternel, etc) en vue de lui infliger une bonne punition. Une fois sur les lieux de la grande forêt, de jeunes

¹⁹ - JOSSE Léon, *Modes alternatifs de résolution des conflits*, Cotonou, Graphil, 2021, pp. 11-25.

robustes sont positionnés avec des chicottes. Après des échanges, il est demandé au mis en cause de se mettre à genoux et de répondre aux questions qu'on lui poserait sur l'infraction commise. Le chef de la séance et d'autres participants lui posent des questions et lui demandent les modalités de réparation de la faute commise. En dépit de la nature des réponses fournies par le mis en cause, le Chef de séance, ordonne qu'on lui inflige une bonne correction. Des coups de chicottes lui sont assenés dans sa position à genoux et même dans sa fuite au point que tout son corps est couvert de blessures de chicotes. A la suite de cette correction, il lui est interdit de le révéler à toute personne sous peine de subir à nouveau une autre séance de correction. La cérémonie de correction traduit le symbolisme de culture de secret chez le jeune adolescent en marche vers la vie adulte que d'autres pouvaient interpréter comme une atteinte aux droits de l'homme. Au-delà de l'approche négociée ou éducative de résolution de conflit, il existe une approche rigoriste qui favorise la cohésion sociale.

L'approche rigoriste intervient en cas d'atteinte aux règles fondamentales du royaume, notamment d'anathème proféré à l'égard d'une divinité, de la profanation d'un sanctuaire, de l'interdiction faite aux femmes de sortir le jour pendant les cérémonies du culte « Oro » dans l'aire culturelle Yoruba-Nagot ou du meurtre d'un humain. Deux exemples sont révélateurs de l'approche rigoriste du droit dans les sociétés de l'Afrique au Sud du Sahara : le premier est relatif à l'interdiction faite à toute personne d'entrer sans autorisation dans un lieu interdit. Un ingénieur expatrié spécialiste en construction des routes est entré dans la forêt sacrée appelée « Igbo Aiwo » à Onigbolo dans la commune de Pobè. La sortie de celui-ci n'ayant été confirmée jusqu'à ce jour, l'on peut déduire qu'il vit auprès d'eux car les dieux de cette forêt sacrée l'ont accueilli. La faveur par laquelle, il rentre dans cette forêt est révélatrice de la dérision dont il accable les Africains en tant qu'adorateurs de statuettes ou d'objets inanimés. En d'autres termes, selon lui, les dieux africains n'ont pas de vigueurs puissantes

ou de force vitale affichée susceptibles d'emporter un individu de la vie à la mort. Il en est de même pour les femmes ou les filles qui bravent l'interdiction de sortir lors des cérémonies du culte « Oro » dans la région Yoruba-Nagot du Bénin. Pour être un peu exhaustif dans les cas de violation de règles présidant à l'organisation des cérémonies aux divinités, l'on ne pourrait passer sous silence un cas de violation d'une règle fondamentale du culte des revenants à Kétou (Bénin). Par principe et jusqu'à preuve du contraire, il est admis en général que le culte des revenants dans cette région est réservé exclusivement aux initiés à telle enseigne qu'il n'est pas permis à un néophyte de s'y approcher. Un jour, un non initié s'y mêle et se fait repérer par ses maladresses par les initiés. Ayant été aperçu par les gardiens du temple comme un non initié, il fut éconduit au point de subir le triste sort des portés-disparus. Par application rigoriste de la loi, la sanction suprême lui a été appliquée afin de donner un signal fort à tout non initié d'éviter de s'aventurer à l'avenir vers le culte des revenants à Kétou. En clair, elle s'applique sans aucun état d'âme, ce qui engendre par voie de conséquence la mort ou le cas du disparu.

Un autre exemple qui affiche la singularité du droit africain renvoie au cas du meurtre. Dans le cadre du meurtre physique, la famille de la victime réplique à l'auteur du crime par sa mise à mort que l'on pourrait qualifier de vendetta. Il s'agit d'une réponse légitime et proportionnelle à la faute commise par son auteur. Contrairement à l'idée selon laquelle la vendetta ou la loi de talion pourrait faire arrêter le cycle de violence, elle engendre de part et d'autre des familles, une continuité de violence à l'infini. Pour arrêter la chaîne de la violence, des pourparlers peuvent être engagés de jour comme de nuit entre familles aux fins de calmer l'esprit de vengeance qui animent les parents de la victime ou d'accepter les excuses. Plus le temps des excuses dure ; plus l'offense commise ne peut être négligée. Il est sans cesse renouvelé dans le but d'apaiser la colère des frères et sœurs de la victime. Néanmoins, le fait pour la famille de l'auteur de l'acte criminel de

présenter sans cesse les excuses, de s'apitoyer sur le fait dommageable et irréparable en question, participe de la notion de la responsabilité collective liée à l'esprit du droit africain. Elle repose sur l'idée selon laquelle l'individu appartient au groupe qui assure sur lui une primauté : l'individu en Afrique ne saurait être isolé, il est relié à un groupe duquel il se dégage une responsabilité exigeant parfois des pourparlers. Ainsi, le succès des pourparlers relève de la puissance et de la notabilité des personnes sollicitées : plus une personne possède une influence considérable en termes de référence incontournable dans la cohésion d'une société, plus sa parole éteint les élans de colère des uns et des autres. Dans le cas d'une mort mystique d'un africain, la réalité apparaît autrement, dans la mesure où elle appartient au monde de la métaphysique ; la physique de l'au-delà. Si l'une des parties se convainc que la mort d'une personne n'est pas naturelle, elle se réfère à une divinité qui se charge de venger l'âme de la personne défunte. La réalisation de la cérémonie de vengeance par le prêtre de la divinité favorise soit au septième jour pour la femme et au neuvième jour pour l'homme le résultat escompté à l'égard de l'auteur du crime. Si la personne accusée, en est l'auteur, elle se retrouvera dans les assauts de la divinité de sorte qu'elle sera privée de vie. Par contre si celle-ci n'en est pas l'auteur de la mort, elle sortira indemne de toutes ces accusations.

En deuxième lieu, le droit africain a subi une colonisation islamique à partir des expéditions militaires des dynasties musulmanes afin d'imposer la religion musulmane aux royaumes et empires traditionnels africains. Les explorateurs arabes auparavant à travers les écrits d'exploration qu'ils rédigeaient avaient noté bien des différences notables entre eux et les noirs. Ces différences tenaient à la conception du monde,

aux modes de parenté, à la dévolution du pouvoir dans les royaumes et empires africains, aux modes de résolution des conflits. Si pour le règlement des conflits entre tribus, la vendetta ou la loi du Talion a bercé les us et coutumes arabes dans la conquête du Maghreb en Afrique²⁰, il convient de noter que la brutalité de la guerre n'était pas le leitmotiv de la cohabitation entre les peuples. Mais, dans un premier temps, les relations entre Arabes et Noirs étaient dès leurs premiers âges, empreintes de pacifisme car elles exigeaient plus de collaboration. Au Sahel Occidental, on y relevait de bonnes relations entre Arabes et Noirs dans le commerce des céréales (blé dur, mil, riz), du sel, de l'or, du cuivre, le transport par les caravanes de chameaux d'ânes ou de porteurs²¹.

Dans un deuxième temps, l'on ne peut douter un seul instant que les rapports entre les institutions traditionnelles africaines ont été sans heurts. Contrairement à l'analyse ci-dessus, il s'est révélé que les rapports entre les tribus Berbères et les peuples noirs ont été teintés de brutalité, de guerres véritables, d'exactions de tout genre au nom de la religion. Voulant toujours faire emporter l'hégémonie de la religion musulmane sur celles traditionnelles des dirigeants musulmans ont développé un prosélytisme pour contraindre les peuples noirs à la conversion. Parmi ces derniers, certains qui sont attachés à leur dignité et à leur fierté se sont montrés intransigeants en refusant catégoriquement de céder la moindre parcelle de pouvoirs, pendant que les plus rusés essayaient de jouer malicieusement le jeu d'une conversion formelle à la religion. En clair, les plus rusés des royaumes et empires traditionnels africains ont compris qu'il ne valait pas la peine de s'opposer au sabre auquel ils n'étaient pas accoutumés culturellement et que tout phénomène en marge de la culture ne

²⁰ - JOLLY Jean, *Histoire du continent africain (des origines à nos jours)*, Paris, L'Harmattan, Tome 1, 1989, pp. 80-83, DESCHAMPS Hubert, *Que sais-je ? L'Afrique précoloniale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, pp. 12 et s.

²¹ - SEKENE-MODY Cissoko, *Histoire de l'Afrique Occidentale : Moyen-âge VIIIème siècle-1850*, Paris, Présence Africaine, 1966, p.22.

pouvait être que le temps d'un feu de paille. Faute de base réelle, les stratagèmes des Arabes étaient considérés comme une poursuite du vent.

La rencontre de deux réalités irréductibles (culture traditionnelle africaine et culture islamique) engendre des oppositions fortes dès leur mise en commun donnant lieu soit à un anéantissement de l'un au profit de l'autre soit à une survivance de ces deux réalités dans une forme différente de celle affichée au départ. Ainsi, la rencontre de la religion musulmane et celle de l'Afrique traditionnelle ne déroge pas à cette dimension naturelle soulignée ci-dessus. Il en résulte en premier lieu, une opposition des institutions traditionnelles africaines aux règles musulmanes qui conduit à leur acceptation ou à leur bannissement de la culture des peuples. En deuxième lieu, le greffage d'une pratique culturelle islamique sur celle de l'Afrique précoloniale altère la première mouture de cette dernière. Ainsi, les royaumes et empires africains portent les germes d'une culture hybride fondée sur la religion musulmane et celles traditionnelles. Dès lors une erreur d'analyse ou d'interprétation peut conduire à attribuer une pratique culturelle de l'Afrique traditionnelle à la religion musulmane alors qu'elle appartient à la première et réciproquement. Il n'est pas aussi exclu de se tromper sur les métamorphoses d'une pratique culturelle relevant soit de la religion musulmane soit de celle liée à l'Afrique précoloniale. A partir de cet instant, l'on ne peut pas affirmer que la culture pré-coloniale en Afrique n'a pas été affectée par des externalités qu'on peut ignorer. La culture africaine est alors teintée de pratiques musulmanes et coexistant avec elles.

En troisième lieu, la culture africaine subit une politique coloniale par laquelle la

puissance coloniale s'approvisionnait en matières premières, déversait les produits manufacturés dans les colonies en imposant l'observation stricte de la culture du maître. Elle consistait en une recherche de l'or et d'autres matières précieuses, à l'alimentation, à l'économie et à la fabrication un modèle de navire nouveau différent des navires à voiles carrées, capable de descendre le long des côtes africaines et de rejoindre les Indes et la Chine en empruntant l'Océan Indien à la découverte d'autres contrées du monde. Ainsi, la mise sur pied de cette nouvelle technique permit aux trois vaisseaux portugais équipés de canons redoutables de Bartolomeu Dias, d'atteindre en 1444 le Cap Vert, le Sénégal en 1460, la Sierra-Leone en 1470, la Côte d'Ivoire, en 1483, le Congo et plus tard après 1500 le Golfe de Guinée. Cette technique a permis aux Espagnols de découvrir la route des Amériques en 1492²². A partir de l'idée d'exploration, l'entreprise coloniale porterait sur l'exploitation de la colonie. En étudiant la psychologie des peuples noirs à l'Ecole de Formation des Cadres Supérieurs de la colonisation, les maîtres colons s'étaient persuadés de la nécessité de contraindre tous les peuples noirs à l'universalisme français²³. Par exemple, la politique coloniale de la propriété a été précisée dans des textes précis qui lui confèrent un caractère public et privé²⁴. Ainsi, les rapports entre Européens et Africains ont évolué en fonction des enjeux liés à l'exploitation de la colonie. Deux attitudes peuvent être relevées dans ces rapports : primo, les relations entre ces deux parties étaient teintées de bons offices et de solides amitiés, et secundo elles faisaient l'objet de rapports belliqueux à cause des relations de soumission des royaumes et empires africains aux puissances étrangères. En substituant l'exploration de l'Afrique à la recherche

²² - BRISELANCE Marie-France, *Histoire de l'Afrique, Tome 2, le temps des conquérants, de l'an 1000 à l'aube des indépendances*, 1988, pp. 100 et s.

²³ - PHAN Bernard, *Colonisation et décolonisation (XVIe-XXe siècle)*, Paris, P.U.F., 2009, p. 208.

²⁴- Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de propriété foncière en Afrique Occidentale Française, J.O./AOF, 1933, p. 426.

effrénée du profit des compagnies à chartes, l'on assiste chez les rois et empereurs africains, à une réduction de leurs pouvoirs et un devoir de reconnaissance des autorités de ces compagnies. Sur le fondement de ces principes, les compagnies à charte, débarquaient avec des traités de protectorats qu'ils obligeaient les chefs locaux à signer afin d'assurer le commerce des esclaves et des matières précieuses. Dans le prolongement de ces stratégies coloniales, la conférence de Berlin tenue du 15 novembre 1884 au 26 février 1885 a établi la souveraineté des puissances étrangères sur les colonies en mettant en relief trois points essentiels à savoir la liberté de navigation sur le fleuve Congo, l'occupation des territoires des indigènes et la promotion du bien-être de ceux-ci. Les relations d'amitié ou de conflits entre les indigènes et les Européens détermineront essentiellement la politique coloniale.

2- Une politique coloniale contrastée

Tirant leçon des différences véritables entre le monde des indigènes et le monde européen, la politique coloniale française a opté dans un premier temps pour une *tabula rasa* (table rase) en se fondant sur l'idéal d'un ordre juridique universel : elle admet l'identité d'un ordre juridique entre les colonies et la métropole en proclamant solennellement l'égalité entre tous les hommes, l'expression d'une liberté surtout individuelle, l'absence d'une interférence extérieure, le droit à une résistance, le droit à une propriété privée. L'application stricte de la politique coloniale dans les colonies surtout françaises a suscité du côté des Africains une résistance catégorique à l'ordre colonial : malgré les massacres de populations noires à une échelle considérable

dans les colonies du Mali et du Cameroun, la politique coloniale française s'est heurtée à des obstacles susceptibles de conduire la France sur le banc des accusés tant au niveau même des Français d'obédience humaniste encore appelés la société des amis de la France qu'au niveau des juridictions internationales notamment la Société des Nations.

Le hiatus droit colonial et droit des indigènes réside essentiellement entre autres dans la conception juridique de la notion de propriété privée. En premier lieu au niveau d'une société fondatrice ou d'une société qui s'installe premièrement dans un environnement qui n'a jamais été habité, la notion de propriété en Afrique pré-coloniale admet une théorie du droit coutumier qui la considère comme une propriété sacrée²⁵, inaliénable et communautaire²⁶. Au nom de ces trois prédicats liés à la terre communautaire, la terre appartient aux divinités qui la bénissent en vue de donner aux vivants de bonnes récoltes. Si la terre fait l'objet de vénération et d'indivision juridique, elle est insusceptible d'aliénation. En d'autres termes, l'aliénation de la terre peut conduire ceux qui la vénèrent à un déni du symbolisme, de la croyance en la divinité ou du substrat existentiel. Si elle est inaliénable, la contraposée de celle-ci conduit à lui nier juridiquement ce qui lui confère une valeur transcendante de la vie communautaire. Nier la divinité de la terre, c'est ignorer l'ensemble des réalités métaphysiques qui lui attribuent une valeur éminente et qui lui permettent de produire les biens indispensables à la survie des hommes selon le rythme des saisons. Pour preuve, la dimension spirituelle de la terre est révélée chez les peuples Kanak en Papouasie de la Nouvelle Guinée qui représentent selon les

²⁵ - Selon certains spécialistes du droit coutumier africain, la terre en Afrique pré-coloniale est animée par des esprits mystiques auxquels il est nécessaire de rendre grâce en vue de bénéficier de toutes les choses positives, SAMBA Thiam, Les indigènes entre maisons de commerce et administration coloniale, pratiques et institutions de crédits au Sénégal (1840-1940), PUAM, 2007, p. 199, BAKARY Camara, Evolution des systèmes

fonciers au Mali : cas du bassin cotonnier de Mali sud (Office du Niger et zone CMDT de Koutiala, publication de CODESRIA, 2015, p. 29.

²⁶ - OLOWALE T. Elias, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence Africaine, 1962, p. 9, LE ROY Etienne, *Les Africains et l'institution de la justice : entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004, p. 26.

anthropologues britanniques les derniers vestiges d'une vie communautaire à l'abri de la modernité. Cependant, l'évolution des pratiques sociales du fait de la rencontre d'autres peuples a essaimé une mutation de la conception de la terre vers son approche patrimoniale.

Pour la conception privative de la terre liée à la politique coloniale, il est nécessaire que chaque individu dispose d'une propriété comme un bien qui lui appartient à lui seul²⁷. La conception privative de la terre résulte des entrailles de la révolution française consacrée dans les dispositions de l'article 17 de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen²⁸ et celles de l'article 544 du Code civil français de 1804²⁹ pour lesquelles la propriété privée revêt une grande valeur existentielle. En s'affranchissant ainsi des méandres des coutumes françaises au cours du Moyen-âge, la métropole française a évolué vers l'idée de liberté totale de l'individu et par voie de conséquence sur le caractère privatif de la propriété : si l'individu est à l'abri des chaînes coutumières, il devient libre et peut être propriétaires de ses propres biens. L'application de la conception privative de la propriété dans les colonies françaises a suscité plusieurs analyses. Pour les uns, elle vise à mettre sous tutelle toutes les colonies et à en faire une chasse gardée comme en témoigne les accords coloniaux avant les indépendances dès 1960. Pour les autres, elle avait pour vocation de contribuer au développement de l'Afrique dont le retard se justifie par la pratique d'une économie de subsistance qui constitue un frein

aux investissements étrangers directs et indirects. En d'autres termes, la conception communautaire de la terre en Afrique pré-coloniale semble être la principale cause de l'état de sous-développement du continent par la mise en œuvre d'une économie de subsistance contrairement à une économie de libre-échange en vogue dans le monde occidental.³⁰ Cette analyse de la terre communautaire procède d'une interprétation erronée dans la mesure où la notion privative de la terre résulte des catégories juridiques du droit révolutionnaire en France. Or, bien avant l'époque coloniale, la communauté et les biens lui appartenant faisaient l'objet d'une communauté totale ou universelle que l'époque coloniale a altérée par la vision privative de la propriété. Vouloir à tout prix trouver en Afrique, une notion privative de la terre, c'est colorer la propriété foncière en Afrique avec les catégories juridiques ou les œillères du droit colonial. Comme le pense un auteur, « *il s'agissait pour nous d'expliquer comment une analyse sur le foncier s'était progressivement automatisée durant la période coloniale et pourquoi la notion de propriété de la terre s'était imposée à l'encontre des catégories indigènes. Sans le dire aussi clairement, nous avions partagé l'observation que la propriété de la terre était inutile dans les sociétés précoloniales en ce que la propriété privée est inéluctablement liée au développement du capitalisme*³¹ ». Il aurait fallu, avant la colonisation, arranger la propriété collective en distinguant la propriété communautaire (espace appartenant à toute la communauté de même

²⁷ - HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 1995, p18 et s.

²⁸ - « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

²⁹ - « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

³⁰ - BA Mouhamadou, « L'inaliénabilité de la terre en droit coutumier, » in *Revue Africaine de Science*

Politique et Sociales, Dakar, Editions Librairie Juridique Africaine, n° 47, Janvier 2024, p. 97 ; GIANOLA E. C., *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit : le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte d'Ivoire, le Ghana et le Mali)*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 9 ; DOUBLIER R., *La propriété foncière en AOF, Régime en droit privé*, Saint-Louis, Imprimerie du Gouvernement, 1952, p. 8.

³¹ - LE ROY Etienne, *Les Africains et l'Institution de la Justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004, p. 15.

que l'usufruit) et l'espace privative (aire dévolue à chaque membre).

De manière générale, les colonisateurs affirmaient avec vigueur l'expression d'un droit reposant sur la liberté totale de l'individu, précurseur d'un droit libéral ou d'une économie libérale. En d'autres termes, le droit colonial consiste essentiellement dans la défense des prérogatives individuelles. En le faisant ainsi, la métropole se met à l'abri de la diversité des coutumes africaines, de toute complexité juridique et de toute difficulté d'application. Le décret Mandel du 16 janvier 1939 ordonnant un âge minimum pour le mariage de la jeune fille et le décret de Jacquinet du 19 septembre 1951 obligeant le remariage d'une femme divorcée ou d'une veuve sans le consentement du chef de famille de celle-ci participent de la politique juridique d'un rêve uniforme de normes juridiques voulu par l'Europe au sein du continent africain. Faute de compréhension des droits africains, les colonisateurs craignaient pour l'émergence des droits individuels au détriment de la primauté de la collectivité. Très tôt, la politique d'assimilation outrancière développée par la métropole s'est heurtée à une farouche résistance des indigènes au point d'être infléchie vers une politique d'assimilation suggérée³². En tenant compte de ces trois repères à savoir : norme africaine pré-coloniale, norme islamique et norme coloniale, l'on peut affirmer que la première a été colorée par les deux autres. Cependant, la politique coloniale d'assimilation suggérée a ouvert la voie à une relation particulière entre l'Europe et l'Afrique au lendemain des indépendances de 1960.

B- Le droit africain dès les indépendances de 1960

A partir des années 1960, la nature du droit africain paraît subordonnée à l'idéologie soit libérale soit socialiste (1) tout en demeurant engluée dans l'éternel débat des catégories

juridiques (2).

1- La configuration du droit africain selon l'ordre politique

Au lendemain des indépendances des colonies françaises d'Afrique noire, les dirigeants africains de l'époque étaient confrontés à un véritable dilemme. celui d'un choix difficile entre le retour aux sources et l'adoption de l'ordonnement juridique colonial. En d'autres termes, le choix du retour aux sources pourrait faire craindre l'émergence de tribalisme ou constituer un terrain fertile pour les querelles profondes entre les ethnies qui cohabitaient auparavant sans heurts. Mieux, le retour aux sources était considéré comme un choix difficile au regard de l'extrême diversité qui caractérisait les us et coutumes africaines. Quelles coutumes privilégier au détriment de plusieurs autres ? La réponse à cette question ne laissait aucune marge de manœuvre pour les dirigeants africains car l'euphorie de l'indépendance les avait aveuglés au détriment de leur prise en main de leur réel destin. Pour la plupart, ils ignoraient qu'un élan d'ingénierie juridique leur permettrait la rédaction réelle des coutumes qui régissaient leur société à l'instar du Code civil français qui n'est que la somme du Code romain et des coutumes françaises. Faute de savants dans le domaine de la légistique qui pourrait assurer le gouvernail de la pensée juridique africaine, ils ont préféré s'abreuver à la source du droit colonial français pour invoquer les théories du droit français qu'ils maîtrisaient le mieux et qu'ils récitaient à merveille accompagnées de références latines. Cependant, une partie de la doctrine supposait que la plupart d'entre eux ne disposaient de capacité pour cette œuvre gigantesque de synthèse dans la mesure où ils entreprenaient des études de seconde zone au lieu de recourir aux études d'ingénierie juridique. Mais cette conjecture s'éloigne de la réalité ou paraît erronée car avant la colonisation, l'Égypte antique a démontré par

³² - KOUASSIGAN Guy A., *Quelle est ma loi, tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Ed. A. Pédone,

1974, pp. 25-53, JOSES Léon, *Histoire du droit et de institutions, Cotonou*, Graphil, 2022, pp. 65-69.

les hiéroglyphes³³ et les juridictions et institutions africaines que l'Afrique était le dépositaire d'une très grande civilisation qui représente la source des civilisations ultérieures. Devant l'incapacité de certains d'entre eux à valoriser leur propre culture en vue de l'ériger au rang des catégories universelles, le choix a été vite fait de se tourner vers l'option de réception en droit interne du droit colonial ou la nationalisation de ce dernier.

La réception du droit colonial dans l'ordre juridique interne des colonies, a été la solution facile pour régir la vie de l'Etat nouvellement indépendant dans l'optique d'une assimilation ou d'une continuité de l'ordre juridique de la métropole. Le souci du colonisateur d'imposer un ordre juridique identique à celui de la métropole s'inscrivait dans l'unique dessein de faire régir la colonie par des règles juridiques dont il avait la parfaite maîtrise que de permettre l'émergence des règles diverses et propres à chaque colonie et qui se révéleront, si elles sont mises en œuvre, difficiles à appréhender. En effet, l'application d'une règle juridique appliquée maintes fois par le colonisateur, lui permet de mieux maîtriser la définition, les objectifs, le but, les propriétés, la nature, les formes première de sa conception y compris les travaux préparatoires. A l'analyse, il se dégage l'une des raisons justifiant l'élan mimétique consistant simplement dans la reproduction de l'ordre juridique colonial. A supposer que chaque colonie concevait des règles propres tirées de sa propre culture, la métropole aurait du fil à retordre pour les comprendre et les comparer.

La reproduction de l'ordre juridique de la métropole dans le nouvel Etat indépendant remonte à l'époque coloniale. Les règles juridiques de la métropole s'appliquaient aux indigènes des colonies d'expression française

de sorte qu'à l'indépendance des nouveaux Etats, la continuité du mimétisme juridique ne saurait surprendre. Dans le domaine civil, les africains désapprouvent l'application stricte des normes juridiques coloniales en l'occurrence le respect des dispositions du décret Mandel et du décret Jacquinet cités supra. Dans le domaine public, les différents décrets, arrêtés, et autres mesures d'instructions de l'empire colonial continuent de régir la vie des ex-colonies. En réaction à l'ordre juridique imposé par le colonisateur, certains leaders africains préfèrent se résigner à la politique de la collaboration du fait de la supériorité technique de la métropole. Pour d'autres, l'heure de la révolte a sonné car les règles coloniales infériorisaient les peuples noirs dans leur dignité. Ainsi, ils manifestent vertement un mouvement de colère au péril de leur vie. L'on se souviendra toujours de la farouche opposition de la Guinée contre la France et les conséquences qui s'en sont suivies dans les années 1958.

Les premières années d'indépendance de certains Etats africains ont été marquées par l'orientation libérale fondée sur le triomphe des droits individuels ou sur la garantie des droits subjectifs au sens romain et du droit français³⁴. La primauté accordée à l'individu en tant que sujet de droit pouvait garantir à certains le développement des droits humains qualifiés d'inaliénables. Ainsi, les droits individuels nouvellement proclamés dans le nouvel Etat indépendant viennent garantir la liberté et les droits liés à l'épanouissement de l'individu. Par voie de conséquence, l'on pourrait évoquer l'expression des droits individuels au sein de la communauté³⁵. Il est important de souligner ici une nature libérale du droit africain.

Néanmoins, après une ou deux décennies de pratique libérale, les espoirs escomptés n'ont pas été à la hauteur des attentes au point de rediriger l'orientation des nouveaux

³³ - ANTA DIOP Cheikh, *Nations nègres et cultures*, Paris, Présence Africaine, 2000, p. 22.

³⁴ - GAUDEMET Jean & CHEVREAU Emmanuelle, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 3^e édition,

2009, pp. 253-257 ; BENABENT Alain, *Droit des obligations*, Paris, LG.D.J., 2016, p. 37 et s.

³⁵ - Bernard DURANT, *Histoire comparative des institutions*, Dakar, Publications de la Faculté de Droit de Cheik Anta Diop, 1983, p. 386.

Etats africains vers l'option socialiste. Dès lors émerge, une nature socialiste du droit faisant croire que ce dernier provient de la politique. La raison fondamentale de ce changement de cap idéologique se justifie par l'incapacité de l'idéologie libérale à résoudre les questions réelles du développement humain : au lieu d'amorcer réellement le développement de l'être, l'idéologie libérale se fourvoie dans les théories apparaissant irréelles et éloignées de la simple réalité. Que peut-on comprendre par vivre à moins d'un dollar par jour, par Produit Intérieur Brut (PIB) ou par Produit National Brut (PNB) alors que les personnes croupissent dans une paupérisation inquiétante ? Comment peut-on justifier une croissance à deux ou trois chiffres pendant que les êtres humains arrivent difficilement à se procurer une ration alimentaire par jour ?

Les insuffisances de l'idéologie libérale ont imposé le recours à l'option socialiste en vue de la prise en charge des impératifs étatiques par les Etats. Le dessein politique de certains Etats africains était de disposer non seulement de règles culturelles propres pour se prendre en charge au plan interne, mais aussi de forger une posture d'Etat à respecter sur la scène internationale. Ainsi l'option envisagée apparaissait très compatible avec la vision relative du droit qui s'inspire de la théorie de Montesquieu ou de Pascal Blaise qui évoque à ce propos « vérités en deçà des Pyrénées, erreur au-delà³⁶ ». La solution trouvée réside dans la promotion des partis uniques entraînant l'expression de régimes politiques forts et la personnalisation du pouvoir. Etant donné que l'orientation politique détermine la forme de l'Etat ou du pouvoir, l'on ne peut pas être surpris que le droit qui en est le produit obéisse à la même configuration. En d'autres termes, le droit relève de la politique qui en est la source véritable. Si l'idéologie socialiste détermine l'option politique, le droit qui en dépend correspondrait à cette idéologie : le rappel historique ne peut passer inaperçu

lorsqu'on évoque le slogan du « comptons sur nos propres forces » au Bénin sous l'option Marxiste, la zaïrianisation du Zaïre aujourd'hui République du Congo Démocratique (RDC) ou d'un socialisme particulier sous le règne de Julius Nyerere, ancien président Tanzanien. Pour ces régimes politiques, tout part du chef du parti unique qui a les manettes de définir toutes des orientations de l'Etat et tout revient vers lui. Le chef est la clé de voûte du parti et de l'Etat qui bénéficie selon les circonstances de plusieurs appellations ou vocables : timonier, sauveur national, grand camarade de lutte, don de Dieu donné, messie, etc.

Plus les années d'après les indépendances passent, plus la vigueur des pratiques répétées et collectives est encore affirmée dans la vie juridique des sujets de droit. Malgré l'interdiction des cérémonies ruineuses par l'ordonnance n° 11 P. R./MJL publiée au Journal Officiel du 15 mai 1967 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1967 réprimant les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales, les populations béninoises ne se cachent pas pour violer allègrement, les dispositions de l'ordonnance précitée. En outre, la loi ivoirienne n° 64-375 du 7 octobre 1964 relative au mariage qui interdisait la dot a été frappée d'ineffectivité en dépit des sanctions prescrites : les populations ivoiriennes ont maintenu l'application de la dot dans les relations du mariage. Tirant leçon de la vivacité des coutumes africaines sur l'empire de la loi coloniale nationalisée dans l'ordre juridique interne, les leaders africains observent avec indifférence les multiples violations des lois en vigueur sur leur territoire. Ainsi, ils maintiennent indirectement dans l'ordre juridique interne les coutumes africaines inexistantes du point de vue de la législation. Ils espèrent consacrer un jour ces coutumes qualifiées de droit en attente pour reprendre les termes de la sociologie du droit.

Le recours à l'idéologie marxiste-Léniniste par les nouveaux Etats africains

³⁶ - PASCAL Blaise, *Pensées*, Paris, GF Flammarion, 1976, p. 135 ; MONTESQUIEU Charles Baron de

Secondat, *De l'esprit des lois*, Paris, GF Flammarion, 1979, p. 128.

d'expression francophone apparaît comme une illusion voire un échec cuisant sur plusieurs pans du développement. L'on avait pensé à une sorte de domestication du développement par l'invocation de l'idéologie marxiste à travers une économie dirigiste marquée par le monopole de l'Etat dans tous les secteurs clés de l'économie, la conformité stricte à l'orientation définie par le pouvoir central et le contrôle intransigeant de la circulation des personnes et des biens et de leur opinion. Dès lors, la nature du droit s'affranchit des catégories juridiques de l'idéologie libérale (liberté, autonomie privée, accès à la propriété privée, etc) au profit de l'idéologie socialiste (monopole de l'Etat dans les secteurs de l'économie, primauté de l'Etat sur l'individu, promotion des valeurs). Les thuriféraires ou les apparatchiks du pouvoir ne tolèrent pas toute idée de gaspillage, de la corruption, des loisirs sans limites en ramant à contre-courant. Ils critiquaient l'idéologie libérale en se référant à son incapacité à assurer le bien-être à ceux qui l'adulaient. Pour bien convaincre, ils brandissaient les sans domicile fixe, les pauvres vivant dans les Etats à économie capitaliste. Ainsi, les Etats africains d'expression francophone qui avaient opté pour l'économie capitaliste aux premières heures de leur indépendance étaient obligés de revenir vers la ligne du socialisme en croyant résoudre les défis du développement. La réalité paraît imparable dans la mesure où ils ont mordu à l'hameçon de l'illusion du développement. Au lieu de se préoccuper du véritable développement, les dirigeants se sont tournés vers le tribalisme, le clientélisme et l'affairisme au sommet de l'Etat. C'est la raison pour laquelle René Dumont soulignait dans son ouvrage que l'Afrique noire est mal partie³⁷ en voyant les politiques agricoles sans lendemain et les nominations de cadres incompetents et laxistes à des postes clés de l'Etat.

2- L'éternelle problématique des catégories juridiques

L'Afrique précoloniale dispose des catégories juridiques sans lesquelles il ne peut y avoir un fonctionnement harmonieux de la société. Ces catégories juridiques que l'on identifie au mariage ou alliance, à la dot, aux règles qui régissent le règlement des conflits, l'organisation d'un royaume ou d'un empire se sont heurtées en premier temps à la colonisation arabe puis en second temps à la colonisation occidentale dans son ensemble et plus particulièrement à celle française. Ce choc civilisationnel entre les cultures de l'Afrique pré-coloniale, la culture arabe et celle occidentale a déterminé la nature du droit en Afrique par l'adoption plus moins réussie de normes extérieures. Pour preuve, l'on parlera de l'islam noir dans les relations entre l'Afrique et le monde arabe et de la politique d'assimilation outrancière ou assimilation suggérée dans les rapports entre la France et ses colonies. Ainsi, l'on a enregistré de profondes mutations de catégories juridiques en Afrique au lendemain des indépendances, sous forme d'expression du droit libéral (autonomie de l'individu, absence d'interférence extérieure, proclamation des droits individuels) au droit socialiste (monopole de l'Etat sur les secteurs clés de l'économie, liberté encadrée, économie dirigiste). Mais le changement idéologique qui a déterminé la nature du droit n'a pas connu les espoirs suscités.

Depuis le renouveau démocratique dans les Etats africains d'expression francophone, la pratique juridique n'a pas été considérablement modifiée. L'ordre juridique vit entre une pratique juridique des normes importées et un ordonnancement coutumier consacré ou en attente de légitimation ou encore infra-droit appréhendé comme « *le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit, et elle pose, au moins comme une hypothèse, à côté du droit, le non-droit* »³⁸.

Devant le dilemme de l'élaboration

³⁷- DUMONT René, *L'Afrique noire est mal partie*, Paris, Seuil, 1962.

³⁸ - CARBONNIER Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J, 10^{ème} édition, 2001, p. 25.

véritable des catégories juridiques du droit africain, les dirigeants des Etats africains d'expression francophone ont préféré la réception en droit interne du droit colonial pour échapper aux schèmes des tensions ethniques qui pourraient résulter du tribalisme. La nationalisation du droit colonial dans les Etats nouvellement indépendants a donné lieu à une reproduction identique des catégories juridiques en vigueur dans la métropole. Il est important de garantir l'Etat au sens métropolitain (organisation politique chargée d'assurer la paix et la sécurité), la liberté, la propriété privée, l'initiative privée en vue d'assurer l'épanouissement de l'être humain. Mais, en réalité, l'objectif poursuivi par la métropole était d'assurer la continuité des règles juridiques et l'aisance de leur interprétation entre la métropole et les ex-colonies. La mise en œuvre de ces catégories juridiques appartenant à l'économie libérale n'a pas pu assurer le développement des Etats africains car elles avaient un caractère d'extranéité par rapport au milieu dans lesquels elles sont appelés à être réalisées. Deux catégories juridiques peuvent être examinées pour mettre en exergue les contradictions insolubles nées du fait des influences du droit africain : la primauté du groupe sur l'individu et la problématique de la terre.

En premier lieu, selon l'essence des sociétés traditionnelles africaines pré-coloniales, l'individu soumis au groupe, reçoit en retour la garantie de la plénitude de sa liberté. Il n'est pas un *alieni juris* romain c'est-à-dire une personne soumise à la puissance d'autrui ou placée sous la domination d'autrui puisque toute la liberté lui est donnée soit de se soumettre à la décision du groupe soit de se rebeller. Au contraire, l'individu en Afrique pré-coloniale dispose d'une liberté de choix qui lui permet soit d'opter pour l'observation de la décision du groupe soit pour son rejet. Il apparaît erroné de soutenir en Afrique traditionnelle que l'individu dispose de liberté

« sous réserve des normes fondamentales (qui sont obligatoires pour tout le groupe), d'organiser, au moins, sa famille sur certains aspects n'impliquant pas les intérêts collectifs³⁹ ». Dans le dernier cas de l'opposition frontale ou dissimulée au groupe, il supporte toutes les conséquences qui découleraient de son entêtement. Il apparaît donc erroné d'affirmer que l'individu en droit privé africain était dépourvu de liberté ou d'expression autonome de liberté. Dans les relations matrimoniales par exemple, la liberté de l'individu est préservée à la différence que ce dernier supporte les conséquences surtout négatives lorsque la famille s'y était opposée auparavant. Il était permis à l'individu qui s'arcboute contre la décision du groupe de supporter les conséquences ultérieures.

Si la liberté de l'individu était assurée par l'appartenance à la collectivité, il est logique que la responsabilité qui en découle soit mise au compte de celle-ci. Ainsi, la liberté s'inscrit dans le respect de l'ordre juridique établi du lignage à la famille en passant par le clan. Ayant défini les schèmes ou les orientations de la liberté de l'individu, la collectivité devient responsable de tous les événements heureux ou malheureux qui surviennent en son sein. Dans le cadre des phénomènes heureux comme le mariage, toute la collectivité est mobilisée pour sa réussite totale après un consentement manifestement favorable. A contrario, elle déploie la nuit et le jour tous les arsenaux pour conjurer le mauvais sort, exorciser le mal et réparer le tort causé. Elle répond des fautes du membre fautif, engage les pourparlers en vue d'apaiser la famille de la victime et de sauvegarder l'esprit de solidarité du groupe social et évite dans la mesure du possible la vendetta ou la vengeance par le crime du sang (la loi de Talion).

En second lieu, le caractère sacré, communautaire et surtout inaliénable de la propriété en Afrique pré-coloniale marque une différence fondamentale avec le droit français

³⁹ - BA Mouhamadou, « L'inaliénabilité de la terre en droit coutumier », op.cit., p. 92.

et par extension le droit colonial ou occidental. La propriété en Afrique pré-coloniale appartient à la communauté et se transmet sans une quelconque modification même légère de génération en génération. Ainsi, elle est incompatible avec toute notion résultant d'une dimension privée. Dès lors la notion de propriété en Afrique pré-coloniale et celle de la métropole demeurent inconciliables. Il est important de relever que dans les communautés fondatrices tous les membres de la communauté s'efforcent de participer au travail y compris le chef en vue de sa satisfaction : le caractère commun du grenier de la communauté en est une forte illustration. Cependant, le développement de la chaîne communautaire et les influences extérieures ont arraché la participation du chef au travail de la communauté. En effet, selon les dispositions de l'article 544 du Code civil, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». En outre, le renchérissement de la notion privative de la propriété vient de Mirabeau qui affirme « *qu'il est de l'essence de la propriété d'appartenir à un seul individu* ». Fort des considérations coloniales métropolitaines de la propriété, certains chercheurs ont considéré que l'économie de l'Afrique pré-coloniale était une économie de subsistance et impropre à l'économie de marché ; une analyse qui contraste avec la sécurité et la paix observée en Afrique de cette époque. Pour Ba, la dimension collective de la « maîtrise de terres obéissait beaucoup plus à un type d'économie bien déterminé sans en être tributaire de ce qui nous fait dire qu'il faut chercher ailleurs le fondement de l'inaliénabilité que dans le caractère collectif de son exploitation⁴⁰ ». Les systèmes politiques ne dérogent pas à la problématique des catégories juridiques.

En adoptant l'option socialiste, les Etats africains avaient espéré amorcer l'option

d'un réel développement. Cependant, ils étaient embarrassés par l'idée selon laquelle le recours à l'idéologie socialiste constituait la panacée pour le développement au détriment de leur valeurs culturelles endogènes. Les réflexions pour juguler ce cas de conscience allaient dans le sens de la domestication du socialisme. Comment domestiquer une chose qui n'a pas de fondement culturel précis à l'intérieur d'un espace donné ? A l'instar de l'idéologie capitaliste, l'option libérale n'a pas elle aussi connu une heureuse issue du fait qu'elle s'est greffée sur une surface étrangère à sa germination. Les catégories juridiques de l'école socialiste sont demeurées lettres mortes ou des souvenirs lointains représentés par des monuments abandonnés ou des vestiges de l'histoire. Elles sont pour la plupart ignorées pour n'avoir pas atteint les objectifs fixés.

L'erreur manifeste de certains analystes est d'examiner le droit africain selon les œillères du droit romain, français ou occidental. En général, les comparaisons entre droit traditionnel africain et droit occidental notamment français, ignorent ou glissent de manière inconsciente de la part de certains chercheurs sur les rapports sur les catégories juridiques au point d'obscurcir les débats. Faut-il encore analyser le droit traditionnel africain à l'aune des catégories juridiques romaines ou françaises ? Il est temps de considérer le droit africain comme une entité ou une famille juridique distincte que de chercher désespérément les connections des notions juridiques romaines (droits subjectifs, droit objectifs, responsabilité, justice, famille, parenté, conditions, termes, propriété privée) avec le droit africain. Par exemple, la recherche d'une propriété privée en Afrique traditionnelle avant les phénomènes douloureux (traite négrière et colonisation) semble être dépourvue de fondement contrairement à la doctrine de certains chercheurs⁴¹. Malgré les influences des colonisations islamique et européenne sur le droit africain, des catégories juridiques propres

⁴⁰ - BA Mouhamadou, « L'inaliénabilité de la terre en droit coutumier », op.cit.,p. 97.

⁴¹ - Ibidem.

à l'Afrique notamment la primauté du groupe sur l'individu et des décisions qui en découlent, le consentement des familles respectives au mariage des futurs époux, la solidarité, la propriété communautaire subsistent et sont révélateurs de la singularité juridique de l'Afrique.

Comme le soulignait le père de la dialectique Héraclite d'Ephèse « *tout coule rien ne demeure la même chose, celui qui descend dans un fleuve se baigne dans le courant d'une eau nouvelle* », la dynamique de la vision politique et celle du droit obéit à un va-et-vient incessant qui va de la tyrannie à la monarchie en passant par la démocratie dans un éternel recommencement. De la même façon, la nature du droit africain pré-colonial marqué par la primauté de la communauté sur l'individu s'est quelque peu métamorphosée au contact de l'influence du droit islamique, puis du droit colonial libéral, puis du droit libéral, et encore du droit socialiste pour retourner au droit libéral tout en préservant les éléments compatibles. A la rencontre des catégories juridiques extérieures, le droit africain porté par l'idéal de l'équilibre, de la négociation, de l'approche rigoriste, a subi de profondes métamorphoses pour présenter une nature pluraliste non pas au sens du pluralisme juridique. Mais, il faut souligner que le droit africain a rejeté certaines pratiques jugées incompatibles avec son dynamisme et toléré d'autres. En réalité, il ne s'agit pas d'un pluralisme juridique que Norbert Rouland définit « *comme une représentation théorique suivant laquelle, à la pluralité de groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencées suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation, suivant les circonstances historiques et sociales*⁴² ». Il s'agit plutôt d'une norme juridique en vigueur, pratiquée par un nombre négligeable

d'intellectuels soit 20 % au détriment d'infra-normes ou de normes en attente de légitimation et mise en œuvre par la majorité de la population. A ce titre, l'on peut évoquer l'idée d'une « acculturation » c'est-à-dire la rencontre plus ou moins brutale de cultures différentes telle l'Afrique traditionnelle, la culture islamique et les valeurs coloniales. Combien de citoyens se réfèrent au droit en vigueur ? Combien de personnes recourent au droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) pour régler leur différend ? Quelle attitude adopter en face de coutumes comme la dot, la polygamie, l'animisme etc... ? Doit-on copier servilement les modèles européens, ou bien les adopter ou encore les refuser ?⁴³ etc.

La nature du droit en Afrique des origines à nos jours dépend à la fois des événements naturels, des variables religieuses, des schèmes politiques, etc. Au prime abord, il est important de souligner que la nature du droit en Egypte antique repose principalement sur le respect du principe du Mâat qui admet la conformité de l'homme aux impératifs de la nature à la manière de Bacon qui affirmait « *qu'on ne commande à la nature qu'en lui obéissant* ». Le principe du Mâat est essentiellement caractérisé dans un mouvement transcendant vers l'auteur de l'univers ou de la nature qui en retour, procure la rétribution de l'acte posé par la créature : plus les hommes sont vertueux ou désirent faire le bien, plus la nature leur offre des dispositions leur permettant de vivre un état heureux vers l'ascèse de la béatitude éternelle au-delà de l'accumulation des biens matériels, des caprices et des penchants résultant de l'égoïsme humain. A l'inverse, plus les hommes expriment de la méchanceté envers la nature et leurs semblables, moins la nature leur offre des conditions de la vie heureuse à telle enseigne qu'ils sont frappés par des malheurs de tous

⁴² - ROLLAND Norbert, *L'Etat français et le pluralisme, Histoire des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, p. 13 ; VANDERLINDEN Jacques, *Les pluralismes*

juridiques, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁴³ - LABURTHE-TOLRA Philippe & BUREAU René, *Initiation africaine*, Yaoundé éd. Clé, 1971, p. 13.

genres ou des peines insupportables. C'est parce que la nature elle-même incarne la justice que les uns et les autres sont rétribués en fonction de l'acte qu'ils posent au sein de la société. Il en résulte que la nature du droit en Egypte Antique réside dans l'observation du principe du Mâat représentant un équilibre fondamental de l'existence. Cependant, la nature du droit s'est métamorphosée à mesure que les peuples noirs rencontrent d'autres groupes humains. Le déclin de l'Egypte antique a provoqué une ruée des populations noires vers l'Europe et le Sahara et une érosion du principe du Mâat dans l'ordre juridique en question.

Dès leur arrivée en Europe, les peuples noirs ont cohabité sans heurts avec les populations vivant dans ces milieux en raison de leur vivre ensemble antérieur en Egypte antique. Les savants grecs et romains venaient en Egypte pharaonique quérir la connaissance scientifique et s'accoutumaient avec les us et coutumes des peuples noirs au point que la ruée de ces derniers vers l'Europe ne pouvait susciter de la méfiance. Ainsi, la nature du droit africain peut être considérée à la fois à partir du principe du Mâat et de la vision grecque et romaine du droit, notamment les lois de Solon et les lois des XII tables.

Par contre, au sud du Sahara, s'est développée à partir du principe du Mâat une nature du droit essentiellement marquée par le règlement pacifique des différends en vue de sauvegarder les liens interpersonnels entre les individus et la cohésion sociale. L'essence du règlement pacifique des différends s'inscrit dans la perspective d'éviter à tout prix le conflit entre les membres d'une société car il est porteur de germes de déstabilisation et de crises pouvant perdurer pendant plusieurs générations. La solution pacifique au conflit renforce les liens entre les membres de la société et renvoie dans l'oubli chez certains, les crises vécues par les uns et les autres.

En outre, les recherches scientifiques attestent surtout chez les royaumes yoruba du Nigéria et de l'ex Dahomey, actuel Bénin, d'une approche éducative du droit. Les individus coupables d'exactions ou

d'infractions font l'objet de correction dans la grande forêt où ils sont initiés à la culture du secret car ils sont interdits de révéler ce qui s'est réellement passé. Ils apprennent dans ce sanctuaire la vie adulte par classe d'âge et le respect à l'égard des aînés. Cette approche d'éducation n'est pas la seule qui rende compte de la nature du droit en Afrique pré-coloniale.

La nature du droit s'inscrit aussi dans l'application stricte des règles lorsqu'il est porté atteinte aux normes fondamentales de l'entité sociale. Les structures sociales ne tolèrent pas une transgression des normes sociales car leur impunité aura ouvert la boîte de pandore au sein du royaume. Dans les royaumes peuhls, fon et yoruba, la commission d'une infraction grave provoque un bannissement de la cité ou une isolation sociale assimilable à la mort blanche. Ainsi le mis en cause est condamné à vivre seul sans communiquer à un autre semblable au point de mettre fin à sa vie sous le poids des regrets. La nature du droit africain s'est métamorphosée dès l'arrivée des peuples arabes.

Mais par l'élan de conversion des peuples noirs à la religion musulmane sous la bannière d'un prosélytisme manifeste, les commerçants et religieux arabes ont tenté de mettre l'accent sur la foi islamique pour s'opposer aux autorités traditionnelles africaines. Pour ces derniers, les représentations des divinités et de Dieu relèvent d'une idolâtrie, d'un fétichisme aux antipodes du Dieu révélé des musulmans. En dépit des points de distinction, les chefs religieux et commerçants arabes ont ignoré les points de ressemblance entre les deux cultures en vue de s'accaparer de la fonction de l'autorité politique. En réalité, à partir des éléments d'identité, l'on peut admettre que les principes de la religion musulmane sont venus renforcer les valeurs préexistantes dans la culture pré-coloniale africaine. Les rapports entre les Arabes et les Africains ne constituent pas l'unique nature du droit africain.

A partir de l'entreprise coloniale, le droit africain prendra une autre tournure en raison de la politique de l'identité. Pour celle-

ci, il est nécessaire d'assimiler l'Africain au citoyen de la métropole jusque dans les moindres détails. Il s'agit de déposséder l'Africain de ses valeurs ci-dessus citées et de lui faire penser, se comporter, agir, parler, selon les codes et normes accrédités ou acceptés par la métropole. Ainsi, si Jules Ferry s'extasie d'aller civiliser les peuples noirs au nom de la politique de l'universel ou celle de l'assimilation outrancière pour reprendre les mots de Adjété Kouassigan, il n'a pas connu les succès escomptés. Par voie de conséquence, les catégories juridiques importées telles que la personnalité juridique des sujets de droit, des sociétés, l'égalité entre l'homme et la femme, le statut juridique de la femme, la primauté de l'individu sur la communauté n'ont pas pu réellement émerger dans l'ordre juridique des Etats nouvellement indépendants. Imposées par la force pendant la période coloniale et au lendemain des indépendances, les catégories juridiques n'ont pas pu intégrer l'essence du droit positif des anciennes colonies malgré la réception en droit interne du droit colonial. Cet état de choses laisse instituer un droit positif en vigueur frappé d'ineffectivité et un droit coutumier reconnu ou non à travers un fort degré d'application. Par exemple l'application des décrets Mandel et de Jacquinot ont connu leurs limites de l'époque coloniale où se sont développées des résistances d'une extrême violence de la part des Africains.

Quelle que soit la méthode utilisée par le colonisateur, les premières années d'indépendance ont permis de déterminer une vision de droit libéral qui met l'accent sur la garantie des droits subjectifs, la primauté de l'individu sur la communauté. Ce temps d'euphorie n'a pas duré longtemps car la nature du droit colonial n'a pas contribué à l'amélioration des conditions de vie des populations ; ce qui a permis d'évoquer la notion de droit formel dépourvue d'un prisme sur la réalité sociale. Dans la recherche de solution, les ex-colonies se sont tournées vers le système socialiste espérant trouver de meilleures conditions de vie par le monopole des secteurs clés de l'économie et

l'encadrement des droits et libertés. Après des années d'expérience socialiste, l'aspiration au développement paraît compromise par l'avènement des crises sociales de tout genre. Ainsi, la communauté internationale a ouvert la voie de la démocratisation des régimes politiques caractérisés par la vision d'un droit libéral. En dépit de cette ouverture idéologique, la nature du droit africain repose sur l'éternel débat des catégories juridiques africaines en vue d'un ordre juridique qui prenne en compte les valeurs des sociétés africaines. La mondialisation et l'intelligence artificielle ne peuvent pas combler le déficit des normes juridiques africaines. Le retour aux sources africaines reste l'unique voie possible.

Au total, la nature intrinsèque du droit traditionnel africain est caractérisée sans nul doute par une dimension communautariste ou collectiviste qui marque sa spécificité. A l'ère de la colonisation, l'on s'aperçoit que cette nature communautariste a subi de profondes mutations au point d'altérer son authenticité. Ainsi il s'est développé au cours de la période coloniale, une nature de droits individuels en lien avec une économie de marché. Mais comme on le dit « *lorsqu'on chasse le naturel, il revient au galop* », la nature communautariste du droit africain subsiste et coexiste à côté du droit colonial nationalisé dans l'ordre juridique interne des pays africains.

LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE ET MULTILATERAUX COMME LEVIER DE FABRICATION DES POLITIQUES SOCIALES¹, CAS DU CONGO

Par

Julien Bokilo Lossayi

Chercheur-associé aux Laboratoires Les Afriques dans le monde (LAM)

et au Centre Émile-Durkheim, Sciences Po Bordeaux

bokilojulien@gmail.com

Résumé : La plupart des pays africains en général et, en particulier le Congo, rencontrent des difficultés à produire et à mettre en œuvre des politiques sociales par fonds propres. Pour contourner cet écueil, ces pays font appel aux bailleurs de fonds internationaux à travers les partenariats, en l'occurrence public-privé et multilatéraux. Cet article présente un intérêt double : d'abord, contribuer à renforcer le champ d'investigation des politiques sociales africaines ; ensuite, produire des connaissances sur le processus de construction des solutions des problèmes publics, à travers la fabrication de ces politiques en Afrique, et qui suit une trajectoire particulière basée sur l'assistance. Il décrit le phénomène institutionnel de la fabrication des politiques publiques (*policymakers*) de manière empirique. Dans l'étude réalisée, il est montré comment se fabriquent des politiques sociales et comment elles sont mises en œuvre, à travers des partenariats, notamment via les alliances ou les coalitions entre les États africains et les bailleurs de fonds internationaux. L'objectif de cet article est de contribuer à une meilleure connaissance des conséquences (les impacts et les effets) des apports internationaux, d'abord dans la fabrication des politiques publiques, ensuite sur les populations africaines dans les secteurs de la santé et de l'éducation, qui sont analysés dans cette étude comme les produits de l'interaction de plusieurs coalitions. Notre démarche privilégie une problématique plus empirique et compréhensive, avec une entrée davantage tournée vers le processus dit de *policy process studies*, dont la vocation première est de comprendre le processus qui part de la fabrication à la mise en œuvre des politiques. Le résultat de cette recherche sera d'un point de vue épistémologique et méthodologique de produire des connaissances sur le changement des politiques.

Mots-clés : La fabrication des politiques sociales, partenariat public-privé, alliance ou coalition, partenariat multilatéral, et changement.

Summary: African countries in general, and Congo in particular, encounter difficulties in producing and implementing social policies. To get around this pitfall, these ones are calling on international donors through partnerships, in this case the public-private partnership. This article has a double interest: first, to contribute to strengthening the field of investigation of African social policies. Then, produce knowledge on the process of constructing public problems which finds its response through the making of these policies in Africa, which follows a particular trajectory based on assistance. It describes the institutional phenomenon of public policy making (*policymakers*) empirically. The study shows how social policies are made and how they are implemented, through partnerships, particularly via alliances or coalitions between African states and international donors. The objective of this article is to contribute to a better knowledge of the consequences (impacts and effects) of international contributions, first in the making of public policies, then, on African populations in the health sectors, and education. Our approach favors a more empirical and comprehensive problem, with an entry more oriented towards the process known as *policy process studies*, the primary aim of which is to understand the process which starts from the production to the implementation of policies. The result of this research will be from an epistemological and methodological point of view to produce knowledge on policy change.

Keywords: The making of social policies, private public partnership, alliance or coalition, multilateral partnership, and change.

¹ Je remercie Jacques Commaille de l'université Paris-Saclay d'avoir apporté ses observations pour l'amélioration de cet article.

Introduction

Inscrit dans le cadre de la sociologie de l'action publique, cet article porte sur le rôle des partenariats public-privé et multilatéral, dans la fabrique de l'action publique en Afrique. Plus précisément, il interroge l'influence des liens entre États et bailleurs de fonds internationaux dans la conduite des politiques sociales au Congo. Il prend comme point de départ les difficultés des acteurs congolais à fabriquer et à mettre en œuvre les politiques sociales, d'éducation et de santé, faute de fonds propres et de ressources techniques. Ces difficultés sont associées au « déclin de l'autorité de l'État dans les pays en voie de développement ». Le recours à « l'assistance internationale » constitue ainsi un moyen privilégié pour faire face à ces écueils.

Pour appuyer notre démonstration, nous avons choisi le Congo comme terrain d'étude, car, d'une part, c'est un pays qui a connu une guerre civile atroce en 1997, et où les secteurs de base, comme la santé et l'éducation, ont été les plus touchés, d'autre part, c'est le pays le plus endetté de la CEMAC (voir tableau n° 1). Tous ces éléments font que le Congo est considéré parmi les pays qui ont du mal à produire les politiques sociales sur leurs fonds propres, et qui manquent aussi de certains outils et techniques pour la construction de celles-ci. Il représente ainsi un terrain d'étude propice, car les acteurs privés et multilatéraux y jouent un rôle important dans la fabrication des politiques sociales. Ce changement entraîne à son tour la réduction des dépenses budgétaires qui mettent en difficulté les administrations, délégitiment des instances publiques et aboutissent, *in fine*, à la privatisation de l'État. La « privatisation de l'État » désigne ici une nouvelle modalité que Max Weber (2015) appelle la « décharge » dans laquelle le mode de gouvernement dominant est caractérisé par une faible bureaucratie et un appareil gestionnaire peu développé. On pourrait y voir aussi une forme de délégation. Béatrice Hibou (1998 : 152)

rend compte de ce phénomène comme étant la généralisation des processus de délégation des fonctions régulatrices, y compris régaliennes, à d'autres acteurs des réseaux internationaux. Dans cette perspective, les modalités du développement sont privatisées et l'on assiste en quelque sorte à la dispersion de la décision et de l'action. De fait, il se produit un phénomène de transfert : les fonctions régulatrices antérieurement dévolues aux États sont désormais systématiquement assumées par des intermédiaires ou des acteurs internationaux tels que les organisations internationales, les agences des Nations unies, les ONG, les firmes transnationales et les réseaux des immigrés.

Partenariat public-privé (PPP) désigne un ensemble de contrats administratifs par lesquels l'État ou ses établissements confient à un tiers une mission dont ils sont chargés. Il peut s'agir des firmes multinationales, des fondations philanthropiques qui participent au montage financier des projets engagés dans le cadre des stratégies de développement des États (Adelman, Spantchak, 2014). Le PPP est une « coopération, établie sur la base d'un contrat, entre des acteurs politico-administratifs et des acteurs privés pour la production ou la distribution de biens et de services publics » (Nay, 2014 : 416). « Les PPP renvoient à une très grande diversité d'agencements institutionnels, de dispositifs juridiques, de règles de gouvernance et d'activités – mobilisation de fonds, production de savoir, prestations techniques. Développés à l'origine dans le domaine de la santé, ils se déclinent aujourd'hui dans tous les secteurs du développement et à tous les niveaux, de projets conduits à l'échelle des pays (...) jusqu'à de vastes alliances transnationales, soutenues par des coalitions d'États, visant la réalisation de programmes multilatéraux » (Nay, 2017 : 135). À son tour, Julien Damon (2010 : 283) estime que « le partenariat campe en bonne place des notions en vogue pour ce qui relève de la

conduite contemporaine des affaires publiques ». Le PPP est aussi une collaboration contractuelle (contrats de partenariat) entre l'État et les autres acteurs (Hémery, 1998). Au Congo, cette forme de partenariat est définie par la loi n° 88-2022 du 30 décembre 2022. Cette disposition prévoit le cadre juridique et institutionnel des contrats de partenariat public-privé (PPP). Toutefois, en matière de politique sociale et de coopération internationale, il devrait se comprendre comme un substitut de l'assistance ; *politiques sociales* appartiennent au champ : « des politiques publiques dont le but est de garantir, grâce à des mécanismes de solidarité entre catégories sociales et entre générations, un certain niveau de protection sociale à tous les membres de la société » (Nay, 2014 : 445). Parmi les politiques qui ont une dimension sociale, on peut citer celles éducatives et de la santé, car les actions publiques dans ces deux secteurs visent à établir l'égalité des chances entre enfants et à améliorer des indicateurs de santé (Bachelet, 2010 :11 ; Penaud, Aballéa, Amghar, Bensussan, Bernay, Bourdais, Dupays, Fillion et Léost, 2014 : 603) ; *fabriquer les politiques publiques* pour Gourgues (2016 : 123) « est une manière de garantir la cohésion d'une société, en traitant, même de manière insatisfaisante, les problèmes qui se posent ». Mais cette construction des politiques publiques a aussi pour conséquence d'éroder les frontières entre public et privé (Hassenteufel, 2011 : 289).

En effet, plusieurs pays africains éprouvent des difficultés, en particulier le Congo, à fabriquer et à mettre en œuvre des politiques sociales sur leurs fonds propres et sur les ressources techniques locales. Ces faiblesses (insuffisance des moyens financiers et techniques) répertoriées sont à l'origine du déclin de l'autorité de l'État dans les pays en voie de développement (Badie, 2011), et dans le même temps, sont considérées comme des processus de mise en visibilité des problèmes sociaux et

structurels. Ce déclin de l'autorité de l'État se manifeste par la faiblesse du pouvoir (Nay, 2013 : 326-341) dans les secteurs fondamentaux comme ceux de la santé ou de l'éducation. Pour faire face à ces faiblesses, ces pays africains recourent le plus souvent à l'assistance internationale, à travers des partenariats pouvant aider à la fabrication des politiques publiques. Ainsi, quelles sont les raisons du recours à des acteurs ou aux bailleurs de fonds internationaux ? Et quels sont le rôle et les effets (résultats) de leurs apports dans la fabrication des politiques sociales en Afrique, cas du Congo ?

L'article prend comme hypothèse de départ l'idée que certains pays africains sont considérés comme « États faibles », car ils ont du mal à produire des politiques, par fonds propres, notamment à cause du manque de moyens financiers (qui se manifeste par leur non-attribution des fonds alors que ceux-ci sont nécessaires à la résolution des besoins sociaux) et techniques. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette faiblesse. Parmi, on peut citer, d'une part, que le *plan d'ajustement structurel* (PAS) ^[1] et la *dévaluation du franc de la Communauté française d'Afrique* (FCA) ont eu comme effets : l'accentuation de la pauvreté, du chômage et la désorganisation des finances et de l'économie, surtout des pays de la zone franc. En ce qui concerne le Congo, on peut constater que l'adoption de ce programme d'ajustement en 1985, et la dévaluation de 1994, ont eu des effets très néfastes sur la situation socio-économique de ce pays. Il s'agit notamment de la baisse du rythme de croissance, de la crise des finances publiques, de la dégradation de la situation monétaire et de la balance des paiements, que les résidents entretiennent avec ceux du reste du monde (Diata, 1989 :188). Et, d'autre part, que l'épuration des cadres, venue de l'idéologie révolutionnaire des « jeunes marxistes congolais », a malheureusement aussi désorganisé la société congolaise avec le départ des cadres

(pour certains à l'étranger) et des gestionnaires de l'époque, qui, pour la plupart, sont destitués des postes à responsabilité pour être remplacés par des « cadres ou experts rouges ». Par ailleurs, les interventions des acteurs locaux, qui sont le résultat des rapports de force et d'enjeux politiques, ne permettent pas de résoudre le problème. Au contraire, la fabrication de certaines politiques publiques par ces acteurs devient nuisible pour les populations. De fait, ces événements sont à l'origine du recours des pays africains à l'assistance internationale². Ensuite, nous défendons l'idée qui veut que la majorité des politiques publiques fabriquées aux Suds, notamment en Afrique, le cas du Congo, sont avant tout le résultat des prescriptions, des recommandations et de l'aide des acteurs internationaux (Fouilleux, 2015). Le manque de moyens qui est à l'origine de cette aide entraîne à son tour la réduction des dépenses budgétaires qui mettent en difficulté les administrations, délégitiment des instances publiques et aboutissent, *in fine*, à la privatisation de l'État. Le rôle de ces acteurs est d'influencer la décision organisant les partenariats qui permettent la fabrication des politiques. Ainsi, le recours aux partenariats internationaux exerce un effet de levier sur les politiques sociales lorsqu'il agit directement sur les populations concernées. Par exemple, la création des cantines scolaires a un impact positif sur le rendement des élèves ; les différentes aides à l'endroit des indigents du Centre hospitalier et universitaire de Brazzaville (CHUB) permettent de soulager les ménages les plus démunis, pour la nutrition et leur frais d'hospitalisation. Dans les deux cas, les résultats attendus à travers la

fabrication des politiques publiques, c'est la production du changement.

Sur la plupart des travaux académiques de la littérature de sociologie de l'action publique sur les États africains et le rôle des acteurs internationaux dans la fabrication des politiques publiques, deux principaux arguments structurent la controverse internationale : il y a, d'une part, les discours qui défendent que les États africains soient dépendants³ vis-à-vis des ressources et des acteurs internationaux, et d'autre part, ceux (discours) qui prônent que les Africains sont toujours coresponsables de leur mise en dépendance. C'est ainsi que, dans les années 1990, la rentabilisation de cette dépendance sur le modèle précolonial (traite) et colonial s'est accentuée à cause de l'échec tant de l'aide au développement que de la tentative démocratique contre les régimes autoritaires (Bayart, 2006 : IV-XXIII ou 4-23). Il s'agit de dire finalement que les politiques publiques aux Suds sont avant tout le résultat des prescriptions, recommandations et extraversion⁴ financières, sous la forme par exemple de l'aide directe de la part des pays amis et des institutions ou organisations internationales comme la Banque mondiale et le FMI sous le prisme de la conditionnalité de leurs agendas. À ce titre, la question de la fabrique de l'action publique au sommet de l'État mozambicain permet d'alimenter ce débat, car elle se trouve prise dans une double exigence de respect des agendas internationaux et de préservation du pouvoir du pays, à travers l'action des élites administratives. Le Mozambique est un « *donor darling* », car des acteurs internationaux interviennent presque à tous les niveaux de l'action publique, partant de la conception des lois et des programmes nationaux (Diallo, 2012 : 143). Par ailleurs,

² Le concept d'assistance internationale est étroitement lié au concept d'aide au développement. Il désigne une aide volontaire fournie par des États, des organisations internationales telles que la Banque mondiale, des organismes privés, associatifs ou caritatifs (fondations, ONG, organismes religieux, etc.) à des pays étrangers ou à des populations étrangères. Il peut comprendre une aide technique, sous forme de dons, en argent ou en nature, de

prêts à des taux préférentiels ou encore d'annulation de dette.

³ La dépendance selon Bayart est considérée comme un mode d'action portant sur une critique des théories dépendantistes qui marginalisent l'Afrique, alors que le continent a toujours eu des relations avec le monde, certes asymétriques, mais plutôt actives.

⁴ L'extraversion désigne une relation économique asymétrique entre pays développés et sous-développés.

dans le processus de construction du sous-système de l'éducation, on peut constater que le cadre des études empiriques sectorielles et de programmes de recherche spécifiques africains subit l'influence des cadres d'analyse autour d'expériences sectorielles nord-américaines et européennes (Darbon et Provini, 2018 : 9). En revanche, le poids des organisations internationales et de la coopération bi et multilatérale dans la gestion des affaires de santé publique en Afrique est énorme, notamment dans la construction des politiques et de l'action publique contre le sida en Afrique. À ce titre, Eboko dit que « (...) la lutte contre le sida en Afrique (...) a concentré à elle seule tous les niveaux d'action – incluant les partenaires privés (...). À la fin de l'année 2009, le cumul mondial des financements s'élève à 15,5 milliards de dollars américains. La moitié de cette somme provient de l'aide bilatérale et multilatérale » (Eboko, 2015 : 51). Parmi ces acteurs internationaux, on peut citer le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme, qui fait partie des « fonds verticaux ». Il est considéré comme l'un des principaux bailleurs de fonds internationaux des programmes de santé mondiale. Ce fonds intervient partout en Afrique et prône le respect de l'approche qui s'appuie sur les grands principes de la « nouvelle gestion publique » (New Public Management) basée sur la délégation des responsabilités à des unités locales décentralisées et plus autonomes, à la contractualisation sur des objectifs chiffrés et à la mise en place de systèmes d'évaluation de la performance venus de l'Occident (Tchiombiano, Nay et Eboko, 2017). D'autre part, les critiques défendent que, malgré le poids de l'aide internationale (Fouilleux, 2015), les politiques publiques soient toujours le résultat des rapports de force et d'enjeux politiques liés aux acteurs nationaux et locaux (Lavigne, 2018, Lavigne et Schlimmer, 2020). Cette approche met au jour des divergences d'intérêts et de représentations entre acteurs, expliquant les

contradictions et les négociations de l'action publique dans le contexte africain. Il s'agit là, entre autres, de la critique des interventions étatiques, restituées dans le cadre des rapports entre États et sociétés (Aubertin et al., 1982 ; Olivier de Sardan, 1995). Sur les contributions attendues par rapport aux recherches existantes, nous soulignons tout comme ces auteurs que le rôle de l'aide internationale dans la fabrication des politiques publiques en Afrique est considérable. Toutefois, notre étude se distingue de leurs travaux par le choix d'un nouvel axe de traitement qui dépasse la controverse. Elle combine l'approche qui défend le poids de l'aide internationale à celle qui montre la place, bien que marginale, des acteurs locaux dans cette fabrication. Notre approche est différente parce que nous convoquons les apports financiers et techniques des bailleurs de fonds internationaux à travers les partenariats public-privé et multilatéraux, d'une part, dans le secteur de l'enseignement primaire et secondaire, et d'autre part, dans celui de la santé en général (sans se centrer sur des pathologies spécifiques). La particularité de notre démarche réside aussi dans l'étude de l'apport d'acteurs internationaux tels que les ONG internationales comme IPHD et le Programme alimentaire mondial (PAM), qui contribuent à apporter du changement dans les politiques de l'éducation et de la santé.

Pour cet article, nous mobilisons le modèle de coalition de cause. Il propose un cadre dynamique et explicatif du changement qui met plus l'accent sur des dimensions cognitives, par le prisme des évolutions ou des mutations des actions publiques. Il désigne « un ensemble d'acteurs qui partagent les mêmes croyances et la même perception des problèmes sociaux et du rôle de l'État » (Nay, 2014 : 77). L'*Advocacy Coalition Framework* « cherche à expliquer les changements de l'action publique sur des périodes de dix ans ou plus. Elle suppose que le processus de fabrication

d'une politique se produit en premier lieu parmi les spécialistes (du domaine de cette politique) qui cherchent régulièrement à influencer la décision en la matière à l'intérieur d'un sous-système de politique publique particulier. Son principe de base est que des acteurs sont regroupés en une ou plusieurs coalitions de cause » (Sabatier, 2014 : 49). En l'occurrence pour cette étude, la coalition de cause se passe entre les États africains en général (gouvernements et structures étatiques), dont le Congo en particulier, et les bailleurs de fonds internationaux (États, organisations ou agences, firmes multinationales, OING⁵), à travers une approche partenariale. Cette approche développée par les travaux de Paul A. Sabatier et Hank Jenkins-Smith (1993) explique les changements rapides et importants des politiques, en mettant en avant le rôle de ces coalitions dans la déstabilisation des systèmes de croyance, et que ces changements ont un caractère réversible. Dans cette perspective, la coopération des acteurs va de soi lorsqu'un socle commun existe et est partagé. Ainsi, grâce à une coalition ou une alliance entre l'État, les firmes multinationales et les OING, le Congo a pu produire plusieurs politiques dans les secteurs de la santé et de l'éducation. Ce programme consiste pour cette firme à prendre en charge, par exemple, les frais d'inscription aux examens des jeunes Congolais, ainsi que les manuels scolaires. Il met également à la disposition des élèves un cadre d'apprentissage exceptionnel, avec des laboratoires de sciences physiques et de sciences naturelles équipés, des calculatrices scientifiques, une bibliothèque et une salle informatique. Dans le même secteur, l'OING américaine IPHD et l'État congolais ont pu produire aussi des politiques de restauration (cantines), qu'ils ont mises en œuvre dans plusieurs établissements scolaires de ce pays (Bokilo, 2023 : 147-148).

Cette recherche s'appuie sur les enquêtes de terrain menées à Brazzaville entre 2016 et 2021. À cet effet, nous avons adopté une démarche méthodologique qualitative. La collecte des données quantitatives et qualitatives pour le secteur de la santé a été réalisée auprès de l'Unicef, de la Croix-Rouge, de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), du PAM – nous avons interrogé les agents de ces structures –, mais aussi du service social du CHUB – où nous avons cherché à savoir, par exemple, comment il se finance et quel est son rôle. Pour l'éducation, nous avons enquêté notamment dans les services du ministère de l'Enseignement secondaire et primaire, ainsi que dans les écoles primaires Angola-Libre et Loango-Marine (nous avons interrogé la directrice et ses collaborateurs qui nous ont présenté les résultats et les missions des cantines des deux écoles, de façon à comparer les rendements scolaires entre les classes qui ne bénéficient pas de cantine et celles qui en sont pourvues). Au total, cette étude repose sur des observations participantes et environ cinquante (50) entretiens semi-directifs et discussions informelles menés à Brazzaville avec les acteurs (ministères, écoles et agences des Nations unies) participant aux différents projets, à différentes échelles. Par ailleurs, nous voulons signaler que, à cause des difficultés et du manque de données disponibles, nos tableaux sont montés avec les chiffres d'années différentes.

Notre réflexion s'agence ici en deux parties. Dans un premier temps, nous nous intéresserons à l'identification des raisons qui conduisent les pays africains, le cas du Congo, à avoir recours à l'aide internationale pour la fabrication des politiques. Elle correspond à la formulation des problèmes intrinsèques à l'État en problèmes publics (I) ; et dans le second, nous évoquerons le rôle des acteurs dans la prise en charge des problèmes grâce à la fabrication des politiques publiques à travers des partenariats internationaux (II).

⁵ Organisation non gouvernementale internationale.

I- Les raisons du recours à l'aide internationale : origines des faiblesses et identification « objective » des défaillances de l'État

Les origines des faiblesses : une conception « objectiviste » de la construction du problème

Le Congo fait partie des pays qui n'arrivent pas à produire des politiques sociales sous fonds propres. D'autant plus que cette situation touche les secteurs de base, elle devient un problème public que le Congo devrait résoudre. Ainsi, comment et pourquoi, d'un côté, le Congo est tombé dans ce piège, et de l'autre, ce problème devient un objet d'attention ?

La réponse à cette question, en s'appuyant sur les *policy sciences*, « souligne le caractère collectif d'un problème et son importance socio-économique ». Il s'agit ici d'évoquer les origines des faiblesses du Congo à travers une conception « objectiviste » de la construction du problème. À cet effet, on peut constater que le processus d'identification des difficultés de l'État commence par *l'épuration des cadres et des gestionnaires* remplacés par les cadres ou experts rouges du parti congolais du travail (PCT) – parti d'avant-garde ayant pour slogan « le parti dirige l'État » lors de la Révolution congolaise – qui a des incidences sur l'organisation technique de ce pays (Bazenguissa-Ganga, 1997 : 150-160), et enchaîne avec le *plan d'ajustement structurel* (PAS) entre 1980 et 1990 ; s'ensuivra la dévaluation du franc de la Communauté française d'Afrique (FCA) en 1994 ; mais le dernier coup fatal viendra par la suite de la guerre du 5 juin 1997, qui opposera les partisans de Denis Sassou Nguesso à ceux de Pascal Lissouba. Cette guerre civile a eu des effets dévastateurs sur la santé et l'éducation de ce pays (destruction des infrastructures de base, des archives nationales et de la base de données), qui agonisait déjà économiquement ; elle peut être définie

comme un problème social et public (Becker, 1966 : 11). On peut dire que ces quatre événements ont largement contribué à affaiblir les capacités du Congo à assumer de manière ponctuelle et continue ses fonctions les plus fondamentales.

Identification « objective » des défaillances de l'État

L'identification se rapporte à la formulation des faillances de l'État (Tidjani, 2005 : 163) en problèmes publics, autrement dit, il s'agit de montrer, d'une part, comment les problèmes de l'État, notamment des dysfonctionnements ou de mauvaises prises de décisions, deviennent des problèmes publics, le cas des carences qui touchent les secteurs de l'éducation et de la santé. Elle correspond aux phases un (1) et deux (2) de la perspective de Felstiner, Abel et Sarat (1991). La conception « objectiviste » des problèmes « part de l'idée que les problèmes sont des faits objectifs et donc directement mesurables à l'aide d'outils scientifiques (statistiques en particulier)... dont on peut repérer les causes, ce qui doit permettre de les résoudre » (Hassenteufel, 2011 : 45). Le problème public existe lorsque « les gens commencent à penser que quelque chose peut être fait pour changer la situation » (Kingdon, 1984 : 114), c'est ce qui explique l'utilisation du terme « raisons du recours ». De ce fait, à cause des difficultés dans ces deux secteurs de base de l'État, la construction de problèmes devient publique, car elle impose l'appel à une intervention d'autorités publiques (Hassenteufel, 2011 : 43). De plus, il est question de montrer que la faible participation des acteurs locaux dans ces deux secteurs de base, dans la plupart des cas, ne résout pas le problème, au contraire, ils représentent un danger pour la santé publique et un risque pour la formation des enfants.

Le découpage de l'identification pour cet article veut que le problème ici soit que *l'État congolais n'arrive plus à produire des politiques publiques sous fonds propres,*

et que *deux publics sont visés pour cette analyse, les élèves et les malades*. C'est ainsi qu'on peut considérer l'identification comme un processus de mise en évidence (*policy process*) ou de mise en visibilité des problèmes sociaux par la sélection des difficultés dans le domaine du social. C'est en fait de la publicisation qui est le passage de la sphère privée à celle publique suivant la logique de Roger W. Cobb et Charles D. Elder (1972). Or, ils sont à l'origine du déclin de l'autorité de l'État. Ces difficultés sont à leur tour considérées comme des problèmes publics. Ce processus est entendu comme un ensemble de phénomènes organisés dans le temps et animés par des mécanismes reposant sur des séquences ou étapes partant de l'identification des problèmes à la décision des autorités qui permet de changer de politique grâce à l'aide internationale. Ces étapes multiples en interaction constante doivent être franchies en parallèle, c'est-à-dire se décliner à plusieurs niveaux et dans chaque domaine. Par ailleurs, à cause du manque de volonté politique et en travaillant indirectement avec certaines autorités, les fonds qui sont le plus souvent alloués pour la construction des politiques sociales peuvent être orientés sur d'autres projets. De fait, l'État se retrouve forcément dans l'incapacité de financer certains projets ou programmes dans le domaine du social. Il devient faible, perd son autorité. Ses faiblesses sont considérées désormais comme des problèmes pour la fabrication des politiques. Eu égard à cette situation, deux principaux facteurs en sont à l'origine. Le premier concerne le manque de finances engendré par la corruption. Elle empêche les États d'avoir des fonds disponibles pour réaliser les projets. La preuve concrète de cette situation concerne des fonds à hauteur de 156 528,60 USD octroyés par l'UNFPA⁶ au Centre hospitalier universitaire de Brazzaville pour lutter contre la fistule obstétricale⁷ en 2008, qui

auraient pu permettre au CHUB d'atteindre les objectifs de départ. Mais après nos enquêtes de terrain auprès des parties prenantes de cette alliance, nous découvrons qu'une grande partie des fonds aurait été détournée ; et le deuxième facteur est d'ordre technico-administratif.

1- Insuffisance des moyens financiers et technico-administratifs

Avant d'évoquer le manque de moyens financiers et technico-administratifs comme premier problème qui pousse un État à décider d'avoir recours aux apports internationaux pour la fabrication des politiques publiques, nous allons d'abord éclaircir la notion de son déclin.

Elle désigne la faillite ou l'impuissance du pouvoir à accomplir ses missions et ses tâches régaliennes. Il s'agit du déclin de l'autorité de l'État qui se manifeste par la faiblesse du pouvoir (Nay, 2013 : 326-341) dans les secteurs fondamentaux comme ceux de la santé, de l'éducation et du social. Ce pouvoir se mesure, comme l'explique Bertrand Badie (2011 : 8) : « ... L'État territorial n'a pas disparu, mais il perd de sa capacité face à la mondialisation, et ce dans tous les domaines. Face aux crises, les appels qui lui sont adressés sont croissants, sans aboutir pour autant à des résultats probants... face aux pathologies sociales. » Le déclin de l'autorité ou le retrait de l'État se manifeste aussi lorsque ce dernier se trouve dans l'incapacité de prendre des engagements, de les tenir, faute de moyens techniques et financiers en l'occurrence. Il s'agit de sa remise en cause, de sa fragmentation, de sa dilution (Nguelietou, 2008 : 1). La conséquence est que plus aucun partenaire n'est rassuré quant à la possibilité d'être rétribué dans les délais escomptés. Quatre principaux facteurs sont à l'origine du déclin de l'autorité de l'État dans les pays en voie de développement : les crises financières, la bureaucratisation (avec l'exacerbation des phénomènes

⁶ UNFPA : Fonds des Nations unies pour la population.

⁷ La fistule obstétricale est une affection liée à une complication sévère de l'accouchement, le plus souvent

après un travail long et difficile, et sans intervention médicale appropriée.

d'inertie, notamment le poids des routines, des compromis bureaucratiques dans les institutions), la démographie (avec une augmentation des besoins sociaux concomitante à celle de la population dans un contexte de crise budgétaire dans la plupart des pays), le tout sur fond de généralisation des réseaux tentaculaires de la corruption. Cependant, le manque de moyens financiers commence par la crise de la dette. Depuis le choc pétrolier qui a démarré en 2014, le contexte socio-économique des pays en développement de la CEMAC est celui de la crise, avec l'explosion de la dette publique de ces pays, le cas du Congo qui est à 5 329 milliards (service économique du FMI/Okamba, 2016). Dans cet espace, la situation a entraîné un ralentissement sensible de la croissance qui se manifeste par *un chômage de masse* et les difficultés des modèles respectifs de ces pays à traiter la crise financière, économique et sociale. Les États ont perdu leur capacité régulatrice dans le champ socio-économique au point de ne plus assumer certaines des fonctions régaliennes les plus fondamentales de leur compétence (Okamba, 2016 : 5). Outre la diminution des dons et de l'aide publique au développement, cette circonstance ne laisse pas à ces pays une marge de manœuvre financière pour progresser par exemple vers les objectifs de développement durable (ODD). Elle engendre malheureusement une situation perverse, celle de s'endetter pour rembourser la dette. Aussi, l'alourdissement de la dette des pays de la CEMAC les contraint à la rigueur exigée par le FMI comme condition pour bénéficier d'un accompagnement et comme nécessité pour les aider à s'insérer dans une politique libérale de la mondialisation. En outre, l'ampleur considérable de la corruption remet également en cause les notions de progrès et de redistribution des ressources de l'État inhérentes aux politiques sociales. Ces deux facteurs, économie et corruption, conduisent à une érosion relative des pouvoirs. Par ailleurs, selon Bertrand Badie et Marie-Claude

Smouts (1999 : 74), la remise en question de l'État se mesure aussi à l'ampleur des flux transnationaux (donc les échanges) qui occupent une place importante dans le monde. On assiste au déplacement d'autorité vers le marché qui s'accompagne de l'affaiblissement de l'État dans l'espace mondial (Strange, 2011).

2- Carences des politiques éducatives et de la santé existantes

L'examen de la part des dépenses dans les secteurs de la santé et de l'éducation permet de comprendre pourquoi ces pays n'ont pas de bons résultats, et pourquoi ces problèmes publics sociaux sont à l'origine du déclin de l'autorité des États qui les pousse à faire un recours à l'aide internationale. Pour illustrer ces difficultés des États à résoudre les problèmes sociaux, nous avons choisi les dépenses de ces deux secteurs. Parmi les treize (13) pays africains en voie de développement de catégorie moyenne en Afrique, nous en avons choisi méthodologiquement cinq venant de zones différentes ayant pour point commun l'indice de développement humain, c'est une méthode descriptive. Ce choix s'est imposé parce que ce sont les seuls pour lesquels nous avons pu avoir les données complètes pour la période choisie (il s'agit des tableaux 1 et 2). À travers ce choix, nous avons retenu : deux pays francophones, deux pays anglophones et un pays lusophone. Concernant la question de l'éducation :

Tableau n° 1 : Les dépenses en éducation du Congo de 2013 à 2018, en dollars

Années/Pays		2013	2014	2015	2016	2017	2018	2013-2018
1	Congo	8 774 206 718	6 555 920 124	7 950 399 876	11 816 300 15	15 682 200 43	15 567 680 36	11 057 %

Source : calculs effectués à partir de la base de données de la Banque mondiale, <https://www.worldbank.org> ; consultée le 15 décembre 2020.

Ce tableau n° 1 permet de comprendre que la moyenne annuelle des dépenses en éducation du Congo, en partant de 2013 à 2018 (le choix de ces années marque la période d'avant Covid 19), a évolué, en passant de 8,635 % à 9,569 %, mais la moyenne générale de cette même période (2013-2018) est en deçà de celles de chaque année. Cette faible dépense accompagnée de la corruption des agents publics se répercute sur le système scolaire de ces États. Néanmoins, les dépenses ont légèrement progressé, sauf en 2014, ce qui est une conséquence directe du choc pétrolier de la même année (Banque mondiale, 2017). À cet effet, lorsque nous prenons le cas du Congo, qui n'a dépensé entre 2013 et 2018 que 11,057 %, alors qu'il s'est donné pour objectif depuis la SSE 2012-2020, et en s'appuyant aussi sur « la stratégie sectorielle de l'éducation 2015-

2025 », d'augmenter son financement en matière d'éducation à hauteur de 20 % du budget intérieur pour les dépenses courantes, il est confronté à certains obstacles en matière d'éducation. Il s'agit par exemple des possibilités d'accueil des enfants qui sont peu développées au niveau préscolaire ; ce pays fait face à un fort taux de redoublement et un nombre important d'élèves par classe au primaire. En plus, en considérant que la situation socio-économique et démographique change, les besoins du marché augmentent également. En conséquence, la qualité de l'enseignement primaire devient inadéquate. Seuls 60 % des enfants sont scolarisés dans le secondaire (République du Congo, 2015 : 17). Devant ces difficultés, de grandes inégalités persistent selon la situation géographique et l'appartenance ethnique. Ainsi, qu'en est-il des dépenses de la santé ?

Tableau n° 2 : Les dépenses en santé du Congo de 2013 à 2018, en dollars

Années/Pays		2013	2014	2015	2016	2017	2018	2013-2018
1	Congo	2 209 489 793	1 949 966 513	2 709 809 318	2 885 023 132	3 398 465 365	2 997 765 938	2 691 %

Source : idem.

En observant le tableau ci-dessus (n° 2), on comprend que le Congo est très loin derrière ou à la traîne vis-à-vis du Congo. En ce qui concerne le Congo, ce manque de constance sur les dépenses de la santé, qui est illustré par celles de 2014 qui présentent le montant le plus faible avec 1 949 966 513 (en dollars) contre les dépenses de 2017 qui sont élevées à 3 398 465 365 (en dollars), se fait sentir directement sur la situation sanitaire qui est catastrophique. Pour en illustrer le caractère alarmant, le Rapport Gallup de 2010 fait un bilan peu encourageant sur l'Afrique concernant le

bonheur dans le monde. Ce rapport épingle les systèmes de santé défaillants, la persistance de plusieurs maladies et la hausse des maladies liées au mode de vie. Alors que le constat est que la part annuelle d'investissement dans le secteur de la santé dans le budget national des pays comme le Congo est insignifiante, certains autres comme la République démocratique du Congo, Madagascar et le Niger dépensent environ 54 dollars par personne par année. Toujours dans le même sens, l'Organisation mondiale de la Santé a déclaré en 2010 que seuls 23 pays consacraient plus de 44 dollars par habitant aux soins de santé (Rapport sur la santé dans la région

africaine, 2014). Cette analyse de la mise sur agenda a permis de mettre en évidence l'importance des processus cognitifs à travers un système qui traite l'information en y répondant par une action, en raison de la formulation et de la perception de la construction des problèmes publics à partir du déclin de l'autorité de l'État. La réflexion qui est au départ « stato-centrée » s'ouvre vers un nouveau modèle managérial qui a pour conséquence de reléguer l'État à un niveau d'intervention secondaire. C'est la question du New Public Management dans le fonctionnement des institutions publiques, avec la multiplicité des acteurs qui interviennent après le déclin de l'État dans les politiques publiques : il s'agit des partenaires publics et privés, donc sortir de l'approche « stato-centriste » des *policy sciences*. Néanmoins, on peut noter que malgré ses faiblesses, l'État conserve encore ses prérogatives et ses attributions particulières (Schweyer, 1996). Dans le jeu du partenariat, en tant que partenaire primordial, il dessine des orientations et il est le garant des procédures, bien qu'il doive laisser aux protagonistes le soin de la mise en œuvre des politiques. C'est ce qui justifie la décision de l'État d'avoir recours aux partenariats internationaux.

3- L'incapacité des acteurs locaux à produire de bonnes politiques

Pour faire face à des difficultés dans le secteur de la santé, occasionnées entre autres par le développement incontrôlé des villes, l'exode rural ou la déruralisation (accompagnée du manque d'infrastructures) et par l'augmentation de la population, le Congo, entre autres pays africains, avec une estimation du taux d'accroissement annuel de la population de 3 % (Rép. du Congo, 2018 : 21), est obligé de libéraliser le secteur de la santé (décret n° 88-430 du 6 juin 1988). Cette libéralisation a donné l'occasion aux acteurs locaux d'exercer les activités de

médecine et de pharmacie, mais cette ouverture est à double tranchant. D'un côté, grâce aux ONG et à certaines structures privées nationales, la minorité de la population arrive à trouver satisfaction, et de l'autre, des cabinets de soins médicaux et des « pharmaciens de rue », qu'on trouve presque dans toutes les villes du Congo, ne cessent de livrer de la désolation à la population, et cette situation devient un problème public majeur. C'est ainsi qu'il s'agit ici d'analyser un processus endogène d'action publique instrumentalisée autour des confrontations des logiques et des intérêts dans la mise en œuvre par les acteurs locaux, sans injonction internationale ou des bailleurs de fonds (Lavigne et Schlimmer, 2020 : 2). Il est question sous toile de fond d'analyser le développement et les impacts des *cabinets médicaux et de la vente à la sauvette ou illicite des médicaments* par les acteurs locaux. Grâce à notre enquête de terrain, nous pouvons distinguer deux types de cabinets médicaux. Il y a d'un côté des cabinets médicaux spécialisés (en soins infirmiers, gynécologie, réduction fonctionnelle et sage-femme) ou non spécialisés, mais enregistrés au ministère de la Santé auprès de la Commission technique d'agrément des formations sanitaires. On trouve ces cabinets exclusivement dans les grandes villes du Congo, comme Brazzaville et Pointe-Noire⁸. L'enquête de l'Inspection générale de la santé de l'année 2021 réalisée dans ces deux grandes villes a dénombré 114 formations sanitaires privées, dont 83 cabinets médicaux. De l'autre côté, il y a des cabinets médicaux non contrôlés par l'État, mais ils sont majoritaires, car dispersés sur toute la République du Congo. Et, c'est ce dernier type de cabinets médicaux qui intéresse notre étude. Ceux-ci ne disposent pas d'autorisation pour exercer en République du Congo, et leur personnel est non qualifié⁹. Pour combler le déficit sanitaire sur le plan national (Jaffré et Olivier

⁸ Entretien du 7 janvier 2025 à Brazzaville avec un inspecteur de l'Inspection générale de la santé.

⁹ Entretien du 7 janvier 2025 à Brazzaville avec un cadre de l'Inspection générale de la santé.

de Sardan, 2003), l'État congolais laisse le secteur sanitaire privé se développer, mais son implantation est faiblement réglementée et ne respecte pas le découpage des districts sanitaires. Ainsi, 90 % des formations sanitaires privées ne remplissent pas les conditions d'exercice libéral de la médecine (Rapport de l'Inspection générale de la santé, 2017). À cause du manque d'infrastructures sanitaires et du prix élevé des produits pharmaceutiques, on trouve les cabinets médicaux et les « pharmacies par terre » dans presque toutes les grandes et petites villes du Congo. Leur proximité à la population permet dans certains cas de soulager les populations les plus démunies et celles qui sont éloignées des centres de santé de l'État, des cliniques et des pharmacies modernes.

Mais ces deux entités apportent leur lot de tristesse et de désolation aux populations. Pour ce qui concerne les cabinets de soins médicaux, on assiste à de nombreuses plaintes enregistrées par la police, la gendarmerie, ainsi que par les hôpitaux publics. Ces services d'État reçoivent régulièrement des patients ayant reçu des soins inappropriés dans certains cabinets médicaux, qui conduisent dans la plupart des cas à des complications graves, voire à des décès, d'après l'inspecteur¹⁰. Toutefois, pour remédier à ces écueils ou pour limiter la prolifération anarchique des cabinets de soins médicaux qui mettent en danger de la vie des populations, le gouvernement congolais a mis en place des structures, le cas de l'Inspection générale de la santé qui a pour rôle de réguler et de contrôler les activités sanitaires, et le haut conseil du dialogue public-privé qui fait bénéficier de l'appui technique et financier à certaines formations sanitaires privées. Cette aide renforce l'idée qui veut que les politiques publiques soient aussi le résultat des rapports de force et d'enjeux politiques liés aux acteurs locaux.

Or, la dispersion des cabinets médicaux dans tout le territoire rend presque impossible le travail ou handicape les missions de régulation ou de contrôle de ce secteur par l'Inspection générale de la santé, qui souffre entre-temps de l'insuffisance de personnel, du manque de moyens financiers et matériels, et de la non-décentralisation. Toutefois, le ministère de la Santé du Congo a mis en place une plateforme intersectorielle pour une large sensibilisation avant la fermeture effective des cabinets médicaux illégaux.

Cependant, les pharmacies « par terre » ou la vente à la sauvette des médicaments par les acteurs locaux deviennent également un fléau dévastateur pour les populations. Elles se sont développées à cause, d'une part, des quatre événements que nous avons cités sur les origines des faiblesses du Congo. Ils ont largement contribué à rendre inaccessibles les médicaments pour une grande partie de la population. Et, d'autre part, la démographie galopante du Congo a engendré une forte demande en produits pharmaceutiques. Le résultat de ces situations fait que se soigner, pour la majorité de la population dont le revenu mensuel est souvent en deçà du coût moyen d'une ordonnance, devient une charge difficilement gérable, voire insupportable (Jaffré, 1999 : 6). Or, ces médicaments sans principes actifs, avec d'autres molécules que celles attendues, sous-dosés, dégradés aggravent les problèmes de santé au lieu de les résoudre. Au mieux, ils prolongent la maladie et entraînent plus de dépenses à cause des soins inutiles. Au pire, ils augmentent le nombre de décès, car ils sont souvent toxiques. Le rapport de la revue du secteur de la santé au Congo nous éclaire sur la vente illicite des médicaments et médicaments contrefaits en ces termes : « À l'exemple d'autres pays d'Afrique, le Congo est confronté à des réseaux de vente des médicaments. Loin d'être un phénomène marginal, ce commerce semble se structurer, autour de filières

¹⁰ *Idem.*

d'approvisionnement et de distribution remarquablement organisées. Mais l'organisation de ce trafic des médicaments n'est pas documentée par le ministère chargé de la Santé. Ce phénomène pourrait être favorisé par les dysfonctionnements observés dans le circuit officiel d'approvisionnement et de distribution des médicaments. Bien que le Congo ait signé l'Appel de Cotonou du 12 octobre 2009 portant sur les faux médicaments, la convention Médicrime de 2016, dispositif international de lutte contre la criminalité pharmaceutique, n'a pas encore été signée. Sur le plan local, il n'existe pas de plan de lutte contre la vente illicite de médicaments. Avec les autres pays de la CEMAC, le Congo a adopté un plan sous-régional de lutte contre les faux médicaments et les circuits illicites. Le chef de l'État a pris des engagements fermes à ce propos à la tribune de l'Assemblée générale des Nations unies » (Rapport, 2018 : 56).

L'absence de contrôle réglementaire ou de laboratoire pour le contrôle de la qualité des médicaments expose les consommateurs à des produits contrefaits, inefficaces, voire dangereux, qui ont des conséquences sur la santé des populations. Pour sortir de cette difficulté, le Congo est obligé de faire recours à l'aide internationale pour assurer la qualité des médicaments.

II- Le recours aux partenariats internationaux : rôle important des acteurs internationaux dans la fabrication des politiques publiques

Le recours aux partenariats cadre avec la prise en charge du problème, il s'agit, selon la perspective Felstiner, Abel et Sarat (1991), d'une *réparation à l'offense de départ*, qualifiée de phase de « *claiming* » qui désigne une formulation de la

revendication et d'une demande auprès des autorités publiques. Elle correspond à la phase trois (3) des étapes de la construction des problèmes. Toutefois, les prises en charge apparaissent lorsque, grâce à des alliances ou à des coalitions, les bailleurs de fonds travaillent directement ou indirectement avec les gouvernements en Afrique, cas du Congo.

La fabrication des politiques est considérée comme une réponse à des problèmes publics. C'est ainsi que cette analyse autour de la fabrication des politiques publiques, à travers le partenariat public-privé,¹¹ s'inscrit dans une approche en matière de coalition de cause fondée sur les interactions d'acteurs dans le but de coproduire les politiques publiques. Elle s'appuie sur le postulat qui veut que les politiques publiques soient le produit d'interactions entre deux ou plusieurs acteurs en formant des coalitions d'acteurs. En l'occurrence, pour cette étude, les coalitions de cause sont composées des acteurs non monologues privés comme les firmes multinationales, les organisations ou agences des Nations unies et les OING qui interviennent en jouant un rôle croissant aux côtés des États africains, pour la prise en charge des problèmes, donc la production des politiques dans les domaines de la santé et de l'éducation. Ces acteurs forment des sous-systèmes de politiques publiques (Hassenteufel, 2011 : 144) dans chacun des domaines cités, et dans lesquels ils cherchent régulièrement à influencer les décisions politiques (lois, décrets, allocutions budgétaires) et doivent également partager un système de croyance. Dans ces coalitions, ces acteurs doivent coordonner leurs comportements et développer un ensemble de stratégies. Mais les États conservent le monopole de la production de la loi, car ils sont les

¹¹ L'application des politiques par le partenariat public-privé (PPP), notamment entre l'État et les entreprises, les OING et les syndicats, s'appuie sur les principes de la norme ISO 26000 publiée en 2010 par l'Organisation internationale de normalisation (ISO), même si cette notion connaît un essor dans les années 2000. Cette norme

de coopération entre les acteurs publics et privés est au centre des structures et des actions de cette forme de partenariat qui fait florès dans un contexte de besoin de ressources depuis la fin de la guerre froide, grâce aux incitations de la Banque mondiale, de l'OMC et de l'ONU.

principaux législateurs. Précisons d'emblée qu'il s'agit ici, d'une part, de décrire les effets ou les résultats des apports internationaux sur la fabrication de ces politiques, et d'autre part, de dire quels sont leurs impacts sur les populations, de leur production jusqu'à leur mise en œuvre dans l'analyse du changement. Les politiques de l'éducation et de la santé des pays africains, en l'occurrence le Congo, sont analysées ici comme les produits de l'interaction de plusieurs coalitions entre les acteurs nationaux et internationaux. Dans ce contexte, le changement est mis en évidence à travers des variables exogènes et endogènes. Par ailleurs, pourquoi avons-nous choisi les secteurs de la santé et de l'éducation pour analyser le rôle et les effets des apports des acteurs internationaux dans la fabrication des politiques sociales ?

Le choix d'investiguer sur des programmes d'action publique autour des domaines de la santé et de l'éducation se base sur le fait que le Congo a connu une guerre civile atroce en 1997. Au sortir de ce conflit, beaucoup d'enfants se sont retrouvés dans la rue, orphelins ou avec des parents dépossédés de leurs biens, d'où l'intérêt des cantines scolaires ou d'autres formes de renforcement scolaire ; de plus, les problèmes de santé se sont aggravés au Congo.

1- La fabrication des politiques de santé

De nombreuses organisations internationales comme l'Unicef, la Croix-Rouge et l'OMS, et des ONG financent et soutiennent les systèmes de santé en Afrique, en partenariat ou en formant des coalitions avec les administrations ou les collectivités territoriales des États d'accueil. Dans le même temps, ces pays font aussi recours à la philanthropie pour trouver les solutions à la persistance des difficultés dans le secteur. C'est ce qui explique que pour faire face aux insuffisances dans le domaine de la santé, le Congo a multiplié les partenariats avec les organisations internationales et le système

des Nations unies pour financer son système de santé. On peut retenir, parmi d'autres, le partenariat entre le PAM et le Congo, pour la période de 2000 à 2010 (après la guerre atroce du 5 juin que le Congo a connue), qui permettait au PAM d'octroyer à travers CARITAS une aide financière au service social du Centre hospitalier universitaire de Brazzaville (CHUB). Ainsi, quelle clarification peut-on faire sur les modalités d'organisation et de fonctionnement de la coalition entre le PAM et le CHUB ?

Les modalités de coalition entre la direction des affaires sociales qui a représenté la direction générale du CHUB et le PAM se réalisent en plusieurs étapes. La première a consisté en une demande d'aide faite par cette direction. Une fois cela fait, le PAM répond positivement ou négativement. C'est alors la négociation des modalités de fonctionnement du programme et de contrôle qui permet de construire une politique aidant à équilibrer le budget de la couverture sociale, de l'assistance médicale gratuite (AMG) et de la pension alimentaire des malades hospitalisés (PAMH), plus particulièrement des indigents (Bokilo, 2019 : 207). À ce titre, le chef de service des indigents sur instruction de madame la directrice générale du CHUB m'a reçu pour un entretien sur leurs activités :

Le premier rôle du service des indigents du CHU de Brazzaville, c'est d'aider les malades qui viennent des familles les plus démunies du Congo. Vous voyez, monsieur le chercheur, c'est une immense tâche et c'est très difficile pour l'État de prendre en charge tous ces malades, alors que nous sommes un pays en voie de développement (...). Nous sommes nés dans la pauvreté et pour certains, ils n'ont pas de parents sur place à Brazzaville. Les malades graves viennent des quatre coins du Congo. Les populations indigentes, en majorité, ce sont les mamans des enfants qui sont dans la détresse et les vieillards (...). Nous sommes obligés de les aider, mais nous n'avons pas les moyens pour mener les politiques que nous sommes censés réaliser. C'est

grâce aux partenariats avec les organisations comme le PAM, le Secours catholique, CARITAS que nous continuons d'exister, car l'État ne nous verse plus la subvention comme avant¹².

L'approche de fabrication est pragmatique (Zittoun, 2013) et se matérialise par l'assistance effectuée par les agents du centre hospitalier aux indigents ; et cette politique vise à prendre en charge ces « nouveaux risques » au CHUB, s'accompagne d'une réaffirmation de la perte de centralité de l'État d'accueil, et met au jour les défaillances de ce dernier. Ce nouveau contexte est fondé sur une variable exogène (les fonds donnés par le PAM impulsent le changement de ce sous-système de santé) qui entraîne une rupture ou un changement sur la politique alimentaire des malades du Centre hospitalier (Keeler, 1994). Toujours grâce aux apports extérieurs, plusieurs actions publiques de santé ont été menées dans différents centres de santé, pour la plupart dans les grandes agglomérations du Congo. Il s'agit par exemple des activités organisées grâce au Fonds global contre le VIH/sida ; à l'Alliance mondiale pour les vaccins et la vaccination (GAVI) contre le paludisme et la tuberculose ; au Fonds global pour les médicaments antituberculeux (GDF). Ces mécanismes de financement extérieur appuient les projets et programmes, le cas de celui du Plan commun des Nations unies pour le Congo et de la stratégie de réduction de la pauvreté. À cet effet, le financement extérieur dans le secteur de la santé dans ce pays a connu un pic lorsqu'il est passé de 4,2 % de ressources en 2002 à 33,6 % en 2003. Et il a connu une baisse entre 2004 et 2005 de 16 à 20 % (République du Congo, 2008 : 52). Ainsi, l'on note deux types de financement extérieur : les emprunts et les dons. Malgré les fluctuations en matière de participation où l'on constate que les emprunts ont été

plus importants que les dons entre 2002 et 2005, la situation s'est inversée entre 2003 et 2007. Le tableau ci-dessous montre que le déficit public dans le secteur de la santé est quelquefois financé par les emprunts et les dons selon le PNDS. Ainsi, l'évolution des financements dans le secteur de la santé se présente comme suit :

¹² Entretien réalisé le mercredi 21 septembre 2016 à Brazzaville avec le chef de service des indigents du Centre hospitalier universitaire de Brazzaville.

Tableau n° 3 : Évolution de la structure de financement du budget de la santé du Congo en USD

	2002	2003	2004	2005	Valeur	2002-2005 (total)
Financement interne	28 164,23	24 472,59	33 363,03	54 462,96	140 462,81	
État (budget)	28 164,23	24 472,59	33 363,03	54 462,96	140 462,81	
Financement externe	1 247 060,78	12 357,27	8 228,23	10 873,69	1 278 519,97	
Emprunts	1 247 060,78	2 666	7 345,95	2 613,57	1 259 686,3	
Bilatéraux	1 247 060,78	1 556 365,79	317 279,41	245 000,79	3 365 706,77	
Multilatéraux	0,0	1 109 629,59	7 028,67	2 368,57	1 119 026,83	
Dons	00	9 691,27	882 274,3	8 260,12	900 225,69	
Total apports extérieurs	3 741 182,34	2 690 709,92	1 222 156,56	269 116,74	7 923 165,56	
Apports extérieurs en %	132 834 533	109 947 901 7	36 632 061 3	4 941 280 092	56 407 568 4	98,2

Source : ministère de la Santé, ministère du Plan, ministère de l'Économie, des Finances et du Budget, bailleurs multilatéraux (OMS, UNFPA, PNUD, Unicef, Union européenne, Banque mondiale, BAD, BADEA...) et bailleurs bilatéraux (France, Chine, Italie, Japon...).

Graphique n° 1 : La part des budgets interne et externe dans le budget total du ministère de la Santé



À partir du tableau n° 3 et du graphique n° 1, il apparaît que l'apport extérieur est largement représenté dans le budget du ministère de la Santé avec 98,25 % contre 1,74 % pour le budget intérieur. Cette situation confirme le rôle considérable de l'aide internationale pour la construction des politiques sociales au Congo (Fouilleux, 2015). Au regard de ce que nous venons de démontrer dans le domaine de la santé, il convient de retenir que les décisions, notamment les allocations budgétaires obtenues par le Congo, grâce à des coalitions entre l'État congolais et les bailleurs de fonds internationaux, ont permis la mise en place de mécanismes de

santé appropriés. Ceux-ci ont donné la possibilité d'assurer à la population un accès équitable aux soins de qualité grâce à l'obtention facile de médicaments et autres produits du domaine pharmaceutique, maillon essentiel pour prévenir et lutter contre les maladies. Ces politiques ont donc produit des résultats (*outputs*) et des impacts qui ont entraîné des réactions (*feed back*) des malades qui ont bénéficié de l'AMG et de la PAMH au CHUB.

Encadré sur l'entretien avec une bénéficiaire de l'AMG et de la PAMH au CHUB¹³

Bonjour. Je suis vraiment ravie de témoigner sur l'assistance, composée de médicaments, de nourriture et du non-paiement des frais d'hospitalisation, que j'ai reçue ici au Centre hospitalier universitaire de Brazzaville. Je ne travaille pas et le père de mon enfant m'a abandonnée avec ce dernier (...). Là, bientôt, on va me faire sortir de l'hôpital, il n'a jamais mis un pied ici, bien que j'aie envoyé des messages. J'ai connu le service des indigents ici sur place grâce à une dame qui partage la même chambre que moi. Je n'ai rien déboursé, je n'ai fait que m'enregistrer dans le service avec ma carte d'identité (...).

De fait, l'apprentissage ou les capacités d'adaptation et de transformation sous contrainte de ces politiques de l'AMG et de la PAMH, fabriquées à partir de l'allocation financière du PAM (*noyau central : deep core*)¹⁴ grâce à son partenariat ou à la coalition avec le Congo (*noyau : core*)¹⁵. Cette nouvelle perception, croyance, cette nouvelle idée ou ce changement basé sur l'assistance est exécuté techniquement par les agents du CHUB, et la mise en œuvre du choix central de cette politique a permis de véhiculer la vision « d'un monde au-delà du cash. Un monde au-delà de la faim » – *aspects secondaires de la politique*¹⁶ (Sabatier et Schlager, 2000 : 211 ; Muller, 1990 : 54 ; Surel, 1997 :). Ces politiques publiques ont pour volonté que des valeurs et des principes au-delà du cash définissent la nouvelle vision d'une politique de santé au Congo, où le référentiel correspond à une certaine conception de la place et du rôle des apports ou des transferts internationaux dans la fabrication des politiques dans le sous-système de la santé (Muller, 1990 : 55).

¹³ Entretien du 21 septembre 2016 à Brazzaville avec la maman d'un jeune garçon bénéficiaire de l'AMG et de la

PAMH au CHUB, lors de mon enquête de terrain favorisée par les services de l'État comme indiqué dans l'annexe.

2- Fabrication des politiques d'éducation

La fabrication des politiques d'éducation par des firmes transnationales

Faute de moyens pour pouvoir assumer certaines fonctions les plus fondamentales en matière d'éducation, l'État congolais s'est ouvert aux prestations privées, dans le cadre du partenariat public-privé (PPP) qui apparaît comme l'une des solutions (Guilbaud, 2015). La firme française Total, à travers sa filiale Total E&P Congo, fait partie des sociétés privées à capitaux étrangers installées au Congo, qui ont une politique de responsabilité sociétale (RSE) qui consiste à encadrer les jeunes dès le lycée. Elle est d'ailleurs le premier investisseur privé dans ce pays au capital de 20 235 301,20 US\$ et contribue grâce à sa politique sociétale à la construction et à la légitimation des politiques sociales au Congo. La démarche de cette firme renforce le lien entre la privatisation de l'action publique et l'essor de la RSE dans le contexte africain. De fait, quel est le lien entre la RSE et les politiques ?

Il nous revient de rappeler que la RSE est une politique sociale de l'entreprise tournée vers l'extérieur. La RSE et les politiques sociales prônent le respect et la promotion du principe d'égalité des chances et du bon traitement de la population. C'est ainsi qu'on peut constater que les firmes multinationales TIC en Afrique organisent le plus souvent, d'une part, lors des rentrées scolaires, les campagnes de distribution des kits scolaires aux enfants, et d'autre part, interviennent dans le domaine de la santé, pour aider les familles ou les ménages les plus démunis (Bokilo, 2019 : 60). Dans ses multiples dimensions, la RSE désormais

¹⁴ Le *noyau central (deep core)* est formé de croyances générales de la politique, les allocations.

¹⁵ Le *noyau (core)* désigne les orientations normatives de base, les instruments d'action privilégiée. Il touche le système entier.

¹⁶ Les *aspects secondaires de la politique* : ils portent sur la mise en œuvre du choix central de la politique. Ils correspondent à des questions plus techniques.

donne une autre image de l'entreprise qui ne se limite pas à dégager du profit pour ses actionnaires, mais œuvre aussi pour l'intérêt général (Bory et Lochard, 2008 : 13). Loin de penser à la question périlleuse de la sincérité de l'engagement des entreprises à travers la RSE, il nous convient plutôt de rappeler que c'est une prise de conscience éthique du monde industriel, certes tardive. Quoi qu'il en soit, il apparaît désormais comme une volonté politique d'autorégulation. De façon pratique, des axes majeurs du soutien apporté par Total E&P Congo s'articulent autour du renforcement des capacités, avec des projets tels que « l'éducation, priorité ». Ainsi, quelles sont les modalités qui ont conduit à la formation des coalitions entre Total E&P Congo et les ministères de l'Enseignement supérieur et des Hydrocarbures du Congo ? Après plusieurs échanges entre les responsables de la société et les représentants ministériels, les parties congolaises ont adressé des courriers de demandes d'aide. Après études, cette firme y a répondu favorablement. C'est ainsi qu'elle a signé des contrats de partenariat sur l'éducation avec la République du Congo, à travers trois ministères, qui contribuent à la fabrication des nouvelles politiques d'éducation.

Pour les ministères de l'Enseignement supérieur et des Hydrocarbures, un accord a consisté à contribuer à l'amélioration des conditions d'étude et de recherche des établissements de l'université Marien-Ngouabi. Ce partenariat permet d'apporter : un appui à la création d'un master en génie pétrolier au sein de l'École nationale supérieure polytechnique (ENSP) ; un soutien logistique aux étudiants, notamment l'organisation des séjours de recherche pour l'étude de terrain ; un appui aux échanges interuniversitaires ; la réfection et la réhabilitation des infrastructures universitaires (laboratoire d'anthropologie, salles de cours, etc.). Par ailleurs, à Pointe-Noire¹⁷, Total E&P Congo s'est engagé,

dans un partenariat avec le gouvernement congolais, l'Église catholique, Chevron et la Société nationale des pétroles du Congo (SNPC), à financer la construction de la faculté des sciences au sein de l'Université catholique du Congo. Avec le ministère de l'Enseignement primaire, secondaire et de l'Alphabétisation, la firme a signé un accord de partenariat pour une durée renouvelable de trois (3) ans, aux fins d'implémenter le dispositif *classe renforcée* qui offre un enseignement gratuit d'excellence dans les filières scientifiques, pour satisfaire de façon combinée des besoins croissants des entreprises en compétences et le développement des talents locaux¹⁸. Cet accord entre Total E&P Congo et le gouvernement congolais est un modèle de partenariat public-privé qui met en valeur les dynamiques de délégation expliquant pour une grande part le manque d'expertise et de ressources des pays en voie de développement comme le Congo. Parmi les programmes sociaux de Total, on peut relever les résultats des différentes classes de terminale qui se présentent comme suit :

Tableau n° 4 : Comparaison des résultats des fins d'année scolaire des « classes renforcées » par Total E&P contre les classes de terminale C du lycée Thomas-Sankara « B » de 2014-2015

Années scolaires	Inscrits				Admis				% de réussite	
	Total		Dont filles		Total		Dont filles		Total	
	C R	T S	C R	T S	C R	T S	C R	T S	CR	TS
2013-2014	46	103	16	16	31	79	09	12	67,39 %	76,69 %
2014-2015	56	98	22	38	47	25	19	11	83,93 %	25,51 %
2015-2016	53	100	15	37	42	53	09	21	79,25 %	53,53 %
2016-2017	18	73	04	22	18	54	04	17	100,00 %	73,97 %
Total 2013-2017	191	374	57	113	138	211	41	61	-	-
Moyennes générales									82,64 %	57,42 %

Sources : d'après des tableaux statistiques des résultats du lycée Thomas-Sankara « B »/Tableaux statistiques des classes renforcées 2009-2018, Coordination – PRIO, classes renforcées lycée Victor-Augagneur, Pointe-Noire, Congo.

¹⁷ Pointe-Noire est la deuxième ville du Congo-Brazzaville.

¹⁸ Avenant n° 5 au protocole d'accord entre le lycée Victor-Augagneur et la société Total E&P Congo.

Légende : CR : Classes renforcées (programme du groupe Total au Congo-Brazzaville) ; TS : Thomas-Sankara (lycée public).

Les données du tableau ci-dessus sont issues des statistiques du lycée Thomas-Sankara et des « classes renforcées » de Pointe-Noire. On peut constater dans ce tableau que le lycée public Thomas-Sankara compte plus d'inscrits (374) que les « classes renforcées » (191). Pour ce qui est des résultats, le lycée Thomas-Sankara enregistre, naturellement, plus d'admis, avec 211 admis contre 138 pour les classes renforcées de Pointe-Noire. En revanche, pour ce qui est de la moyenne générale, le taux de réussite des « classes renforcées » est plus élevé (avec 82,64 %) que celui du lycée Thomas-Sankara qui atteint 57,42 %. Il convient tout de même de relever l'importance de ce programme du groupe Total dans le processus de réinsertion professionnelle des jeunes qui se retrouvent dans un cadre où les moyens sont mis en œuvre pour les réintégrer dans le circuit social. Le programme des *classes renforcées* du groupe Total permet de lever les barrières aussi bien en matière d'accès à la formation pour certains élèves issus de catégories sociales modestes qu'en termes de finances pour les enseignants (manque de motivation des enseignants du public à cause des rémunérations peu encourageantes). Ce programme contribue, dans un sens, à remédier au problème de pénurie d'emplois qualifiés pérennes et s'adapte à la réalité des économies des territoires dans laquelle il est mis en œuvre. Par ailleurs, ce type d'initiatives permet de corriger les défaillances des politiques publiques de l'emploi généralement en déphasage avec la structure mondiale de l'économie, à cause des politiques d'insertion professionnelle insuffisantes ou inadaptées. Dans l'ensemble, cette politique de Total répond à quatre enjeux séquencés de la manière suivante : favoriser l'insertion des jeunes Congolais en articulant les parcours de formation à des projets professionnels adaptés aux besoins de la firme et aux opportunités économiques ; développer des réponses adaptées à l'enjeu

de l'insertion des jeunes Congolais afin de lutter contre leur désœuvrement ; favoriser l'articulation entre les dispositifs de formation et l'emploi afin de fournir aux jeunes un ensemble de compétences directement exploitables sur le marché du travail à partir de l'apprentissage et de l'enseignement technique ; et prévenir les risques de rupture des cadres ou ouvriers qualifiés, notamment en favorisant l'ancrage local.

L'analyse des données disponibles a montré des avancées significatives en matière de rendement des élèves des *classes renforcées* par rapport à ceux du lycée public, notamment en matière de perspective d'insertion professionnelle. Aussi, au-delà de la préoccupation de Total de résoudre son problème de main-d'œuvre, cette firme participe à la construction et à la légitimation des politiques sociales à travers ses actions à l'endroit des populations. Au bout du compte, grâce à l'intégration internationale propice à l'intervention des firmes transnationales, par le biais de la RSE, certains pays en voie de développement peuvent maintenir ou accentuer leur compétitivité dans certains secteurs sociaux, ou bénéficier des projets. Par exemple, le programme du groupe Total a permis de lutter contre l'inactivité des jeunes qui est aussi un des facteurs de leur entrée dans la violence, et de participer à la lutte contre la situation de sous-emploi, de chômage, de précarité qui est souvent à l'origine des situations repoussant leur passage à l'âge adulte et leur accès à l'autonomie, sources de frustrations. Par ailleurs, ce programme a aussi renforcé les politiques publiques d'insertion professionnelle peu adaptées de l'État. Ainsi, on peut retenir que tant que ces politiques n'articuleront pas mieux la formation et l'insertion vers l'emploi à l'échelle nationale, celles-ci échoueront à répondre à l'enjeu de l'emploi.

Fabrication de politiques de cantines scolaires grâce aux OING

Dans le cadre de l'aide à la fabrication des politiques sociales, plusieurs partenariats public-philanthrope sont également mis en place sur le continent, notamment dans le cas du Congo, pour répondre à la préoccupation de santé en Afrique. C'est ce que David McCoy et Linsey McGoey (2011 : 114) désignent par « philanthrocapitalisme ». Ce néologisme renvoie à l'évolution de la philanthropie qui mobilise de plus en plus les outils et techniques du management d'entreprise en s'appuyant sur le marché, non pas pour maximiser le profit par des chiffres d'affaires importants, mais plutôt dans le but de contribuer au changement social à partir de la production des politiques d'aide à des populations vivant dans la misère et la pauvreté (McCoy et McGoey, 2011 : 147). Parmi ces acteurs, on peut citer les fondations Dangote et Bill & Melinda Gates, qui correspondent à ce type de nouveau philanthrope préoccupé par les résultats et les changements que peuvent générer les initiatives issues des financements qu'il a fournis. C'est « une nouvelle manière de donner ». À cet effet, Marc Abélès, en référence au modèle américain (Abélès, 2003 : 196), écrit que les méthodes employées dans les activités à but lucratif ressemblent à celles utilisées dans le secteur non lucratif. Cette tendance fait florès aux États-Unis d'Amérique grâce au fait que le système fiscal américain ne pèse pas de manière importante sur les fondations. Ce faisant, il encourage la création et la politique du don.

Mais le principe respecté dans cette perspective est qu'afin de garantir une redistribution équitable des intérêts privés envers les populations, les fondations ne doivent pas interférer dans la sphère politique. C'est sans nul doute pour cette raison que le tandem Dangote-Gates œuvre pour l'instauration en Afrique d'un système de financement priorisant des politiques destinées à soutenir des investissements

privés au service de l'intérêt collectif. En fait, les fondations de ces deux fortunes se sont associées pour lutter contre les maladies et contribuer à ce que le système de soins africain ne s'affaiblisse pas de plus en plus. L'intégration scolaire à travers la restauration collective en milieu scolaire est apparue au milieu du XIX^e siècle, et les premières cantines scolaires ont été rendues obligatoires en France à la fin de ce siècle, grâce aux lois de Jules Ferry. Pendant cette période, elles ont été considérées comme des œuvres de charité assurant un apport minimal à certains enfants carencés. Actuellement, les enjeux de la restauration scolaire ont bien évolué et les services de restauration ne cessent de s'améliorer. De fait, les cantines scolaires deviennent des lieux de socialisation, car les repas sont pris en groupe. Et c'est un moment de partage et de convivialité pour les enfants. Ce sont aussi des lieux de découvertes culinaires et d'activités ludiques pour les enfants (Comoretto, 2014 : 707). De fait, elles sont considérées comme un levier ou un pas vers le développement, car chaque jour dans le monde, 368 millions d'enfants reçoivent un repas à l'école dans 169 pays. Le budget annuel mondial des cantines scolaires a été évalué entre 36 et 58 milliards d'euros. Ceci explique combien la restauration scolaire joue un rôle important dans l'épanouissement des enfants. Elle répond à des besoins sociaux ; elle fournit un filet de protection sociale aux enfants pendant les crises ; et elle soutient leur développement et leur apprentissage scolaire grâce à la nutrition qui permet finalement de lutter contre les carences en fer ou en vitamine A. À ce propos, Ertharin Cousin, directrice exécutive du Programme alimentaire mondial (PAM), écrit : « Un repas fourni à l'école agit comme un aimant pour maintenir les enfants en classe » (Van Kote, publié le 27 mai 2013, <https://www.lemonde.fr>).

Le retour au contexte africain nous permet de noter que la politique de l'alimentation scolaire sur le continent remonte à l'époque

coloniale. Elle était tenue par des congrégations religieuses, des internats et orphelinats. Cette politique a commencé à perdre du sens lors des nationalisations des systèmes éducatifs après les indépendances. Au Congo, ce n'est qu'en 2001 que le gouvernement a relancé le programme d'alimentation scolaire avec l'appui du programme McGovern-Dole (ci-après, « MGD ») qui est le principal bailleur de fonds sur un large panel d'activités (alimentation scolaire, sensibilisation aux questions de santé et de nutrition, renforcement des capacités, réhabilitation des infrastructures, etc.), et grâce à ses récipiendaires tels que le PAM à travers l'Institut pour la philanthropie et le développement humanitaire (IPHD) – Noyau central, *Deep core*. Le PAM a à son tour comme sous-récepteurs : le Fonds des Nations unies pour l'enfance (Unicef), l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco), et l'Agence de coopération technique et de développement (ACTED) ; d'autres ONG nationales et internationales notamment l'Association des pères spiritains du Congo (ASPC), le RENAPAC60, l'Hôpital des pionniers, le Partenariat pour le développement de l'enfant (PCD), Initiative Développement, l'Institut pour la philanthropie et le développement humanitaire (IPDH) ; et d'autres parties prenantes du secteur de l'éducation et de l'alimentation scolaire comme la Direction de l'alimentation scolaire et la Banque mondiale. Toutefois, le MGD est financé à son tour par le Foreign Agricultural Service (le bureau des affaires agricoles à l'étranger, ci-après, le « FAS ») du département de l'agriculture des États-Unis (ci-après, l'« USDA »). Leur programme au Congo consiste en une subvention de 30 022 053 \$ sur une période de cinq ans (2017-2022). Et leurs principaux objectifs généraux sont

l'« amélioration de la qualité de l'alphabétisation des enfants d'âge scolaire » et l'« utilisation accrue des pratiques de santé et nutritionnelles ». Le PAM et l'IPHD ont à eux seuls couvert 41,8 % des besoins de l'école primaire pendant l'année scolaire 2014-2015 (PNAS, 1993 : 19)¹⁹. Ainsi, comment peut-on clarifier les modalités d'organisation et de fonctionnement de la coalition entre le gouvernement congolais représenté par le PAM et la Direction de l'alimentation scolaire (DAS) ?

Les modalités de coalition entre ces deux partenaires sur les thèmes d'organisation et de fonctionnement dans le cadre de l'implantation des cantines scolaires se réalisent en plusieurs étapes. La première étape dans la formation de cette coalition concerne l'identification des partenaires stratégiques possibles ; la deuxième consiste à envoyer un courrier de demande d'aide financière ; la troisième se réduit, après acceptation, aux négociations entre les deux parties pour trouver un bon accord afin d'éviter certains pièges courants associés à la formation de coalition, déterminer les objectifs à la politique, vérifier les règlements intérieurs des deux parties ; la quatrième se résume à la mise en route du programme par la finalisation par un accord écrit et approuvé par les deux parties. Elles établissent une alliance qui se caractérise par la signature d'un accord qui représente la décision ; et enfin, la dernière étape réside en la capacité des deux partenaires à travailler en coalition²⁰.

À cet effet, pour l'implantation des cantines scolaires au Congo en tant que produit de l'interaction d'une coalition, un accord a, entre autres, été signé entre le PAM (programme Pays du Pays) et le gouvernement congolais, relatif au projet cantines scolaires (le noyau – *core*). Les

¹⁹ Le PAM couvrait 15,3 %, tandis que l'IPHD couvrait 26,5 % des besoins. L'IPHD ne gère plus l'alimentation scolaire en raison du manque de financement de l'USDA.

L'IPHD mettait en œuvre le programme MGD au Congo depuis 2002.

²⁰ Entretien du 20 septembre 2016 à Brazzaville avec la directrice des affaires sociales du CHUB de Brazzaville.

localités qui devraient bénéficier de ce projet sont les départements des Plateaux, du Pool, de la Lékoumou, de la Bouenza, de la Cuvette, de la Likouala et de la Sangha pour les écoles « Observer, Réfléchir, Agir », appelées écoles ORA²¹ (*les aspects secondaires de la politique*). Le PAM met chaque mois à disposition des écoles abritant les cantines scolaires les commodités pour les jours de classe. Il s'agit du riz (soit 150 g/élève) ; des petits pois (soit 40 g/élève) ; de l'huile végétale (15 g/élève) ; des conserves de poisson (30 g/élève) ; et du sel (5 g/élève). De plus, il transfère, pendant toute la durée du projet, la somme de 46,39 \$ (25 000 FCFA) à chaque inspecteur, au point focal des cantines scolaires, et par ailleurs à la direction générale de l'enseignement une somme de 18,56 \$ (10 000 FCFA) comme frais de communication.

L'apport extérieur grâce aux coalitions pour la coproduction des politiques sociales (Fouilleux, 2015) est nécessaire pour l'implantation des cantines scolaires dans certains pays d'Afrique, le cas du Congo, qui n'est pas un fait courant – à ce titre, on peut constater que la couverture d'alimentation scolaire en République démocratique du Congo (RDC) est de 10 % –, en dépit des efforts de quelques pays comme le Sénégal où l'on note une augmentation de la proportion d'enfants bénéficiaires de cantines scolaires. Par exemple, entre 2007 et 2009, le nombre est passé de 1 037 785 à 1 178 429 enfants bénéficiaires, et la couverture est réalisée par l'État sénégalais et les autres acteurs internationaux. Tandis qu'au Congo, c'est maintenant que l'État veut prendre en main

ce dossier, car la couverture est exclusivement réalisée par les privés, les ONG et les agences des Nations unies. De fait, la couverture des programmes d'alimentation scolaire au Congo représente 30 % contre plus de 40 % pour le Sénégal entre les deux années citées ci-dessus, alors qu'ils sont tous deux des pays à revenu intermédiaire (Rapport 2013 du PAM). Cette question reste un enjeu majeur dans les pays en voie de développement où la restauration scolaire est un nouveau casse-tête pour les dirigeants. De fait, parmi les questions inhérentes à l'éducation au Congo, celle des cantines scolaires dans le cycle primaire a semblé pertinente dans la mesure où un peu partout en Afrique, l'échec scolaire dès le cycle primaire s'explique aussi par des problèmes d'alimentation. Au Congo (Bahouayila, 2016 : 24), le gouvernement n'a pas réussi à résorber le décrochage scolaire. C'est dans cette perspective que les services de l'État ont dû avoir recours à l'expertise étrangère faute de compétences locales en la matière, en l'occurrence celle des agences onusiennes et d'ONG étrangères telles que le Programme alimentaire mondial (PAM) et le Partenariat international pour le développement humain (IPHD). Ces partenaires appuient l'implantation et la gestion des cantines scolaires dans le système éducatif congolais en offrant des bases de bonnes pratiques aux enseignants qui assurent la responsabilité de la gestion. L'apport de ces deux partenaires à la mise en œuvre des cantines se présente comme suit :

Tableau n° 5 : La part de couverture des partenaires internationaux du Congo entre 2011 et 2015 pour l'implantation des cantines scolaires

Années	PAM	IPHD	Total par année
2011-2012	56 338	140 000	196 338
2012-2013	57 650	154 540	220 190
2013-2014	92 000	149 023	241 023
2014-2015	95 000	163 706	258 706

²¹ Les écoles ORA ont été créées pour la première fois en 1980, pour les enfants autochtones dans l'est du Cameroun. On compte environ 14 écoles ORA dans les départements de la Likouala et de la Sangha. Elles sont des

écoles de remise à niveau. Elles permettent aux enfants avec un retard scolaire de réintégrer le cursus classique au bout de trois ans.

Les partenariats public-privé et multilatéraux comme levier de fabrication des politiques sociales, cas du Congo

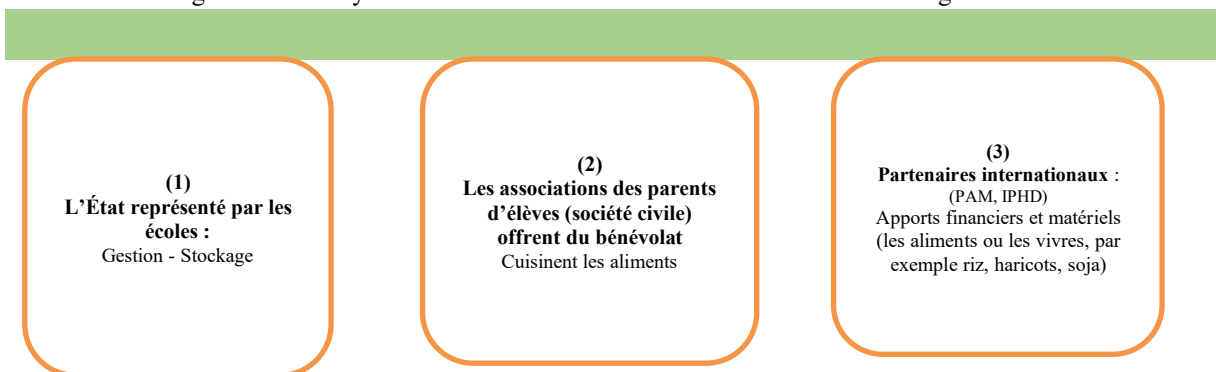
Le total pour les deux partenaires	300 988	607 269	908 257
------------------------------------	---------	---------	---------

Source : République du Congo, (2016), « Politique nationale d'alimentation scolaire », 5 janvier, p. 17.

Ce tableau n° 5 montre que l'OING américaine pour la période de 2011 à 2015 financière pour la concrétisation de ce projet. Des accords entre ces deux partenaires devraient évoluer en biseau, c'est-à-dire qu'en 2002, année du début du projet, cette ONG devait financer à 100 % les cantines et qu'en 2013 le Congo devait prendre le relais pour assumer le financement des cantines à 100 %. Malheureusement, la contrepartie gouvernementale est rarement versée en totalité, et le respect du calendrier d'exécution du projet n'est pas observé. L'appui de l'IPHD, ONG américaine, a permis de nourrir 54 000 enfants d'après le

a mis plus d'argent que l'agence onusienne PAM. Par ailleurs, l'IPHD a signé avec le Congo des contrats par lesquels chacune des parties s'engage à apporter une contribution responsable de ce programme au ministère²². En filigrane, la stratégie de cette ONG est de permettre au pays hôte de s'approprier le projet et de développer ses capacités dans la gestion des cantines scolaires afin de généraliser et de pérenniser l'initiative. Bien que l'organisation des projets de cantines au Congo implique les institutions et les ONG, leur mise en œuvre obéit à plusieurs logiques. L'entretien avec l'inspectrice qui assume le rôle de directrice des deux écoles confirme les propos de la case n° 2 du schéma n° 1 ci-après :

Schéma n° 1 : Organisation du système de la mise en action de la cantine de l'école Angola-Libre



Source : l'auteur à partir des entretiens avec la directrice des écoles, des maîtres et maîtresses, et des acteurs de l'ONG IPHD.

En revanche, faute de moyens financiers, la contribution congolaise, à travers les fonds de contrepartie, n'est pas disponible. Cela a obligé IPHD à supporter la charge congolaise jusqu'à épuisement de ses ressources, avec pour conséquences la non-pérennisation des cantines scolaires et le retour à la case départ pour les cantines de

Brazzaville. Ce non-respect de clause met le Congo dans une situation de faiblesse vis-à-vis de ses partenaires, qui peut entraîner de

l'interdépendance asymétrique. Au-delà des difficultés relevées çà et là, ce qu'il faut retenir, c'est que l'objectif de ce programme

est aussi de mettre en place le transfert volontaire de Dolowitz et Marsh grâce aux accords des fonds, de compétence et de programmes. De manière générale, le programme national d'alimentation scolaire se présente de la manière suivante :

²² Entretien de 2018 à Brazzaville avec le responsable du programme qui a souhaité rester anonyme.

Tableau n° 6 : Le diagnostic situationnel de l'alimentation scolaire au Congo entre 2017 et 2018, grâce à la coalition entre le Congo et ses partenaires internationaux

Départements	Les élèves bénéficiaires	Nombre d'écoles bénéficiaires
Pool	15 879	73
Plateaux	7 909	53
Cuvette	2 167	20
Lékoumou	6 738	46
Bouenza	16 414	61
Likouala	3 071	48
Sangha	1 822	17
Total	54 000	318

Source : données de la direction de l'alimentation scolaire du ministère chargé de l'Éducation de base.

À partir du tableau n° 6, on peut constater que les effets de la politique d'implantation des cantines grâce à des coalitions entre l'État congolais et les acteurs internationaux se remarquent à partir de la localisation géographique des effectifs des cantines et des effectifs d'élèves. Nous remarquons que la vision de la politique alimentaire a pris de l'ampleur avec 54 000 élèves qui bénéficient des cantines scolaires sur le plan national. Mais pour pérenniser cette politique, il faut des appuis financiers durables. Ainsi, de quelle manière des ressources financières sont-elles mobilisées aujourd'hui ?

Le programme national d'alimentation scolaire congolais est financé à plus de 79 % par les partenaires extérieurs, particulièrement par les Américains à travers un mécanisme mis en place par McGovern-Dole²³ qui alimente les ONG et les agences des Nations unies comme le PAM de par le monde. Par ailleurs, le PAM récolte des fonds ou des dons à travers l'application *share the meal* qui permet aux privés d'apporter de l'aide financière à partir de *mobile money*.

Cependant, on note principalement deux grandes faiblesses dans les programmes de cantines scolaires au Congo : la première

est financière, car les fonds de contrepartie notifiés dans les protocoles des contrats signés entre le Congo, IPHD et le PAM n'ont pas été versés ; et la deuxième est d'ordre organisationnel et logistique, en raison du manque de personnel qualifié et de l'insuffisance de matériel. De nombreuses écoles qui ont été retenues dans les programmes n'ont pas été ravitaillées à cause des difficultés d'accès dues à la vétusté des routes. Aussi, pour certaines écoles, la plupart des parents d'élèves n'ont pas respecté les accords de surveillance et de contrôle des entrepôts de stockage des vivres auprès des directeurs ou intendants des écoles.

²³ Service agricole étranger, département américain de l'agriculture.

Cela a occasionné des vols de vivres. Autre difficulté, il n'existe presque pas de rapport de gestion des cantines scolaires entre l'équipe de gestion et la base. Cela entraîne un dysfonctionnement volontaire dans le but d'empêcher la circulation de l'information et la transparence de la gestion. Par ailleurs, l'observation du terrain dans les deux écoles, notamment l'école primaire Angola-Libre et l'école Loango-Marine A, nous a permis de répondre à la question de l'impact des cantines sur les enfants vivant dans le même quartier et partageant les mêmes réalités sociales et économiques. Le moins que l'on puisse souligner est que malgré les insuffisances relevées, là où les cantines sont installées, ces deux programmes ont permis d'atteindre deux objectifs : la fréquentation régulière des élèves et le taux élevé d'amélioration des résultats scolaires. Mais si ce programme dans ces deux écoles a pris fin depuis l'année scolaire 2017-2018, en revanche, il se poursuit dans les villages. À l'école Angola-Libre qui a profité de ce programme, tous les élèves de la classe de cours préparatoire 1^{re} année (CP1) au cours moyen 2^e année (CM2) ont bénéficié de ce projet. L'âge de ces élèves du cycle primaire varie entre 6 et 12 ans. En guise d'illustration, la comparaison des résultats scolaires de deux écoles de l'arrondissement 7 de Brazzaville (Makélékélé) ci-dessous démontre que l'école dotée d'une cantine scolaire enregistre de meilleurs résultats que celle qui en est dépourvue²⁴. Les données statistiques collectées sur le terrain se présentent comme suit :

Tableau n° 7 : Comparaison des données statistiques de deux écoles de Makélékélé

Écoles Années 2014- 2017	2016-2017		2015-2016		2014-2015	
	Admis	Pourcentage d'admis	Admis	Pourcentage d'admis	Admis	Pourcentage d'admis
ANGOL A-LIBRE : avec	441	58,87 %	519	98,48 %	417	74,19 %

²⁴ Entretien de 2018 à Brazzaville avec le responsable du programme qui a souhaité rester anonyme.

cantine scolaire						
LOANG O-MARINE A : sans cantine	430	61,51 %	457	82,78 %	348	50,79 %

Source : L'auteur à partir des registres des écoles primaires

Angola-Libre et Loango-Marine A

Les projets mis en œuvre par PAM et IPHD sont considérés comme des programmes d'inclusion scolaire, car ils ont contribué d'une part au développement des sentiments ou des croyances d'appartenance et d'acceptation des enfants ayant des besoins particuliers comme celui de se nourrir, et d'autre part, à la mise en place d'un processus permettant aux enfants marginalisés vivant dans les familles en difficulté ou démunies d'intégrer le système scolaire et d'avoir les mêmes chances de réussite que les enfants bien nourris. Car les carences provoquées par la sous-alimentation et la malnutrition ont des impacts négatifs sur leur rendement (Gojard, Lhuissier et Régnier, 2006) ce qui explique que l'école Angola-Libre qui a bénéficié d'une cantine scolaire a obtenu 417 contre 348 admis pour l'école Loango-Marine A qui n'en a pas eu (voir tableau n° 7). En revanche, parmi ces programmes présentés par les différents partenaires comme propices à l'intégration scolaire des enfants, aucun ne prévoit les services aux élèves handicapés (déficience intellectuelle, motrice, langagière, visuelle, auditive ou atypique, troubles relevant de la psychopathologie, troubles envahissants du développement – dont l'autisme) et aux élèves qui présentent des difficultés d'adaptation ou d'apprentissage (problèmes de comportement, trouble de déficit d'attention avec hyperactivité, dyslexie) (Zaffran, 1995 : 47).

En somme, la perspective d'ensemble autour de la coproduction de l'action publique sur l'éducation et la santé présentée ici renvoie aux effets de

changement qui font promouvoir la transformation des sous-systèmes des domaines de l'éducation et de la santé qui se caractérisent par des avancées significatives en matière de santé dont bénéficient les familles les plus démunies, mais aussi par l'impact positif sur le rendement des enfants qui ont bénéficié des cantines scolaires. À ce titre, Pierre Muller écrit (2005 : 156) : « Une politique publique se définit toujours par rapport au changement, soit que l'on cherche à freiner une évolution, soit que l'on cherche, au contraire, à promouvoir la transformation du milieu concerné. »

Conclusion

La fabrication des politiques sociales à travers le partenariat public-privé et multilatéral, notamment avec les bailleurs de fonds internationaux, s'inscrit dans le contexte d'une extension du secteur privé aux affaires publiques, de la faiblesse de l'État à résoudre les problèmes publics. Cette étude a permis de confirmer l'hypothèse selon laquelle le manque de volonté politique, qui se justifie par la non-attribution des moyens financiers des États, à répondre à des besoins sociaux des populations conduit à rendre ces États faibles et par conséquent incapables de produire des politiques. La deuxième hypothèse est que lorsque les bailleurs de fonds à travers les partenariats agissent directement sur les populations concernées, ils contribuent à la fabrication des politiques sociales. Lors de notre étude de terrain, la méthode qualitative nous a permis de retenir dix (10) entretiens avec le chef de service du CHU et la directrice de l'école primaire Angola-Libre. Nous avons aussi effectué deux (2) observations dans les classes ayant bénéficié des cantines. Après l'obtention des données statistiques de ces écoles, nous avons procédé à l'analyse qui nous a permis de monter des tableaux, visant à rendre intelligible et compréhensible notre terrain d'étude. Nous avons fait la comparaison entre les classes

bénéficiant ou non des cantines, pour à la fin mesurer les résultats en matière de rendements des élèves. Le résultat de cette étude est double. D'abord, nous avons montré que le manque de volonté politique, qui se manifeste par le manque de moyens financiers et techniques, a rendu certains États africains faibles, en l'occurrence le Congo. C'est ainsi que ce pays pour produire les politiques est obligé de recourir à l'aide internationale. Ensuite, nous avons constaté que, grâce aux apports des bailleurs de fonds internationaux, le Congo et ses partenaires ont réussi à produire des politiques sociales qui participent au changement ou à la transformation de l'action publique, donc de l'État. Cependant, même si cette forme de partenariat public-privé est encouragée par les institutions internationales, elle se réalise dans une certaine mesure aux dépens des peuples, des États et en faveur des privés. C'est ainsi que les marxistes comme Harvey (1985) estiment que le partenariat est un leurre s'il s'agit de conforter des groupes dirigeants fragilisés dans leur légitimité dans la crise de l'État. Ainsi, quel est l'avenir de ces types de partenariats dans un contexte où la plupart des pays africains deviennent de plus en plus endettés ?

Références bibliographiques

- ABELES, M., (2023), « Nouvelles approches du don dans la Silicon Valley. Une analyse européenne de la philanthropie américaine », *Revue du MAUSS*, 21, p. 179-197.
- ADELMAN, C., SPANTCHAK, Y., (2014), "Foundations and Private Actors", in CURRIE-ALDER, B., KANBUR, R., MALONE, D. M., MEDHORA, R. (eds), (2014), *International Development: Ideas, Experience, and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, p. 799-814.
- Avenant n° 5 au protocole d'accord entre le lycée Victor-Augagneur et la société Total E&P Congo.

- BACHELET, F., (2010), *Les Politiques sociales et leurs institutions*, Paris, L'Harmattan.
- BADIE, B., SMOUTS, M.-C., (1999), *Le Retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, Paris, Presses de Sciences Po.
- BADIE, B., « Avant-Propos », dans Susan STRANGE, (2011), *Le Retrait de l'État. La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, Paris, Temps présent.
- BAHOAYILA, B., « Les déterminants du décrochage scolaire chez les adolescents au Congo », publié en 2016, [hal-01348728](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01348728)
- BAYART, J.-F., (2006), *L'État en Afrique. La politique du ventre*, nouvelle édition, Paris, Fayard.
- Bazenguissa-Ganga, R., (1997), *Les Voies du politique au Congo : essai de sociologie historique*, Paris, Karthala.
- BECKER, H., (dir.), (1966), *Social Problems: A Modern Approach*, New York, John Wyler.
- BOKILO LOSSAYI, J., (2019), *Introduction aux politiques sociales africaines*, Paris, Persée.
- BOKILO LOSSAYI, J., (2023), « Penser la fabrication des politiques sociales au travers des transferts transnationaux », Paris 2 Panthéon Assas, *Mémoire d'HDR*, soutenu publiquement le 6 juillet.
- BOKILO LOSSAYI, J., (2019), « Firmes TIC et responsabilité sociétale des entreprises en Afrique, cas du Congo », in *Revue africaine et malgache de recherche scientifique de sciences juridiques et politiques*, n° 2, juillet, p. 59-74.
- BORDIEC, S., SONNET, A., (2020), *Action publique et partenariat(s) : enquête dans les territoires de l'éducation, de la santé et du social*, Nîmes, Champ social Éditions.
- BORY, A., LOCHARD, Y., (2008), « La RSE, entre relations publiques et outil politique », in *La Revue de l'Ires*, 2, n° 57, p. 3-21.
- COBB, R., W., ELDER, C. D., (1972), *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*, Boston, Allyn and Bacon.
- COMMAILLE, J., JOBERT, B., (dir.), (1998), *Les Métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ.
- COMORETTO, G., (2014), « Des usages du jeu à la cantine », dans *Ethnologie française*, 4, vol. 44, p. 707-717.
- DARBON, D., PROVINI, O., (2018), « Penser l'action publique en contextes africains. Les enjeux d'une décentralisation », dans *Gouvernement et action publique*, 2, vol. 7, p. 9-29.
- DAMON, J., (2010), « Le partenariat. Modalité molle mais nécessaire des politiques publiques », dans *Questions sociales et questions urbaines*, Paris, PUF.
- Décret n° 88-430 du 06 juin 1988, fixant les conditions d'exercice libéral de la médecine et des professions paramédicales et pharmaceutiques, en République du Congo.
- DIATA HERVE, « Ajustement structurel au Congo », In Bruno Lautier et Pierre Salama (dir.), *Politiques d'ajustement et recompositions sociales en Amérique latine, Tiers-Monde*, tome 30, n°117, 1989, pp. 187-202.
- DURAN, P., (1999), *Penser l'action publique*, Paris, LGDJ.
- EBOKO, F., (2015), *Repenser l'action publique en Afrique. Du sida à l'analyse de la globalisation des politiques publiques*, Karthala, Paris.
- FELSTINER, W. L. F., ABEL, R., SARAT, A., (1991), « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer », dans *Politix, revue des sciences sociales du politique*, n° 16, p. 41-54.
- FOUILLEUX, È., (2015), « La fabrique des politiques publiques globales », dans BOUSSAGUET L., JACQUOT, S., RAVINET, P., MULLER, P., (dir.), *Une French Touch dans l'analyse des politiques publiques ?* Paris, Presses de Sciences Po, p. 287-318.

- GAUDIN, J.-P., (1999), *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Paris, Presses de Sciences Po.
- GOJARD, S., LHUISSIER, A., REGNIER, F., (2006), *Sociologie de l'alimentation*, La Découverte, coll. « Repères ».
- GOURGUES, G., (2016), « Fabriquer l'action publique : une activité "politique" ? », *Quaderni*, n° 90, p. 123-129.
- GUILBAUD, A., (2015), *Business partners. Firmes privées et gouvernance mondiale de la santé*, Presses de Sciences Po, « Relations internationales ».
- HASSENTEUFEL, P., (2011), *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, coll. « U sociologie ».
- HEMERY, V., (1998), « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », dans *Revue française de droit administratif*, vol. 14, n° 2, p. 347-357.
- HIBOU, B., (1998), « Retrait ou redéploiement de l'État ? », *Critique internationale*, p.151-168.
- JAFFRE, Y., OLIVIER DE SARDAN, J.-P., (dir.), (2003), *Une médecine inhospitalière. Les difficiles relations entre soignants et soignés dans cinq capitales d'Afrique de l'Ouest*, Paris, Karthala.
- JAFFRE, Y., (1999), « Pharmacies des villes, pharmacies "par terre" », dans *Bulletin de l'APAD*, [Online], <http://journals.openedition.org>
- KEELER, J. T., (1994), *Réformer : les conditions du changement politique*, Paris, PUF.
- KINGDON, J. W., (1984), *Agendas, Alternatives and Public Policies*, Boston, Little, Brown and Co.
- LAVIGNE DELVILLE, P., SCHLIMMER, S., (2020), « Saisir l'action publique en Afrique à travers les instruments. Introduction au dossier », dans *Revue internationale de politique comparée*, 27, 2/3, p. 9-32.
- MCCOY, D., MCGOEY, L., (2011), "Global Health and the Gates Foundation – in Perspective", in *Partnerships and Foundations in Global Health Governance*, International Political Economy Series, Palgrave Macmillan, ISBN 9780230238763.
- MULLER, P., (1990), *Les Politiques publiques*, Paris, PUF.
- NAKANABO DIALLO, R., (2012), « Élités administratives, aide internationale et fabrique de l'action publique de la conservation au Mozambique », dans *Politique africaine*, 2, n° 126, p. 143-161.
- Nay, O., (2013), "Fragile and Failed States: Critical Perspectives on Conceptual Hybrids", in *International Political Science Review*, 34, 3, p. 326-341.
- Nay, O., (dir.), (2014), *Lexique de science politique, vie et institutions politiques*, 3e édition, Paris, Dalloz.
- Nay, O., (2017), « Gouverner par le marché. Gouvernements et acteurs privés dans les politiques internationales de développement », dans *Gouvernement et action publique*, Presses Sciences Po, n° 4, p. 127-154.
- NGUELIEUTOU, A., (2008), « L'évolution de l'action publique au Cameroun : l'émergence de l'État régulateur », in *Polis/R.C.S.P./C.P.S.R.*, vol. 15, n°s 1-2.
- OKAMBA, E., (2016), « Fracture sociale : vers un partage équitable de la richesse nationale ? », dans *Les Dépêches de Brazzaville*, n° 2651, mardi 5 juillet.
- PAM et DAS, « Accord relatif à la mise en œuvre et au suivi de l'évaluation du projet cantine scolaire, activités 2 et 3 du programme stratégique du pays (2019-2023) », signé en 2019.
- PENAUD, P., ABALLEA, P., AMGHAR Y.-G., BENSUSSAN, C., BERNAY A., BOURDAIS, J.-F., DUPAYS, S., FILLION, S., LEOST, H., (2014), *Les Politiques sociales*, 3e édition, Paris, Dalloz.
- République du Congo, (2016), « Politique nationale d'alimentation scolaire », 5 janvier.
- Rapport sur la santé dans la région africaine, (2014), « La santé des populations : les mesures efficaces », *Organisation mondiale de la santé*.

- Rapport du PAM, (2013), « La situation de l'alimentation scolaire dans le monde », publié le 24 mai.
- Rapport de la division des cantines scolaires, (2011), *Guide de mise en place et de gestion de cantines scolaire*, ministère (sénégalais) de l'Enseignement préscolaire, de l'Élémentaire, du Moyen scolaire et des Langues nationales, publié en mai.
- République du Congo, (2015), « Stratégie sectorielle de l'éducation 2015-2025 », publié en mai.
- République du Congo, (2008), « Plan national de développement sanitaire (PNDS), 2007-2011 », ministère de la Santé, des Affaires sociales et de la Famille, publié en mai.
- République du Congo, (2018), « Rapport de la revue du secteur de la santé », ministère de la Santé, des Affaires sociales et de la Famille, publié en mai.
- SABATIER, P. A., (2014), « Advocacy coalition framework », dans BOUSSAGUET, L., JACQUOT, S., RAVINET, P., (dir), *Dictionnaire des politiques publiques*, 4^e édition, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- SABATIER, P. A., JENKINS-SMITH, H., (eds), (1993), *Policy Change and Learning: An Advocacy Coalition Approach*, Boulder (Colo), Westview Press.
- SABATIER, P. A., SCHLAGER, E., (2000), « Les approches cognitives des politiques publiques : perspectives américaines », dans *Revue française de science politique*, vol. 50, n° 22, p. 209-234.
- SCHWEYER, F.-X., « Vers un État partenaire ? », dans PAUGAM, S., (dir.), (1996), *L'Exclusion, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte.
- STRANGE, S., (2011), *Le Retrait de l'État. La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, Paris, Temps présent.
- SUREL, Y., (1997), *L'État et le Livre*, Paris, L'Harmattan.
- TCHIOMBIANO, S., NAY, O., ÉBOKO, F., « 5. Le pouvoir des procédures : les politiques de santé mondiale entre managérialisation et bureaucratisation : l'exemple du Fonds mondial en Afrique de l'Ouest et du centre », dans GREGOIRE, E., KOBIANE, J.-F., LANGE, M.-F., (2018), *L'État réhabilité en Afrique. Réinventer les politiques publiques à l'ère néolibérale*, Paris, Karthala, « Hommes et sociétés », p. 105-124.
- TIDJANI ALOU, M., (2005), « Le partenariat public-privé dans le secteur de l'eau au Niger : autopsie d'une réforme », *Annuaire suisse de politique de développement*, 24-2, p.161-177.
- VAN KOTE, G., (2013), « La cantine scolaire, un pas vers le développement : chaque jour dans le monde, 368 millions d'enfants reçoivent un repas à l'école », « Le Monde », <https://www.lemonde.fr>.
- WEBER, M., (2015), *La Domination*, La Découverte.
- ZAFFRAN, J., (1995), « L'intégration scolaire des enfants déficients à l'école primaire ordinaire : une analyse sociologique », in *Langage et société*, p. 47-70.
- ZITTOUN, P., (2013), *La Fabrique politique des politiques publiques*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.

LA CESSION DE DETTE¹

Par

Mesmin Euloge KOUMBA

Maître-assistant à l'université Marien NGOUABI

Résumé

Autrefois, la créance était vue avant tout comme un lien entre le créancier et le débiteur. Mais l'obligation peut également être perçue comme un bien, une valeur positive à l'actif du créancier, et corrélativement une valeur négative au passif du débiteur, elle peut donc avoir vocation à circuler, à passer d'un patrimoine à un autre. C'est la question du transfert de l'obligation, qui résulte donc d'opérations translatives : l'obligation passe d'un patrimoine à un autre, mais c'est bien la même obligation qui subsiste, avec ses garanties, mais aussi ses vices éventuels. Le transfert porte aussi bien sur la créance dans son volet positif que sur la dette dans son volet négatif. C'est le transfert de l'obligation dans son volet négatif qui intéresse la présente étude.

¹ Analyse à partir de l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Introduction

Au nombre des innovations majeures de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations issue de l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 figure en bonne place la cession de dette². Défendue par le projet « Terré », la cession par le débiteur de sa dette a fait une entrée remarquée dans le Code civil réformé. La cession est selon le vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT le fait de transférer quelque chose³ ou la « transmission d'un droit. »⁴ En clair, la cession est une opération juridique par laquelle la propriété d'un bien⁵ ou d'un ensemble de biens ou d'un droit, passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, c'est-à-dire le bénéficiaire de la cession. En revanche, la dette⁶, notion tant juridique que comptable, est d'emploi courant en droit privé, comme en témoigne notamment le fait que le Code civil y fait référence à cinq-cent-trente-trois reprises⁷. Cette notion est

particulièrement exploitée dans le cadre du partage post-indivision successorale⁸ ainsi que dans le régime général des obligations⁹. Parmi les causes d'extinction de l'obligation, on retrouve la remise de dette¹⁰ ou encore la compensation qui, lorsque les conditions sont remplies, « éteint les deux dettes. »¹¹

Autrefois, la cession de dette était condamnée à emprunter la forme d'une novation¹² par changement de débiteur¹³, ce qui n'est plus le cas depuis l'ordonnance du 10 février 2016. Ainsi, la cession de dette devient « une institution spéciale, pourvue de principes propres et d'un mécanisme juridique distinct. »¹⁴ C'est en s'inspirant du droit allemand qu'une partie de la doctrine française avait milité en faveur de la reconnaissance de la cession de dette, considérant que la dette¹⁵ représente aussi, tout comme la créance¹⁶, une valeur patrimoniale susceptible de circuler passivement¹⁷. De plus, la cession de dette est

² M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », *Droit et Patrimoine*, n° 260, 2016 ; V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, pp. 1578 et s. Voir aussi : E. GAUDEMET, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, thèse, 1898, rééd. 2014, préf. A. GHOZI, p. 33 (pour une présentation et un résumé, v. F. CHENEDE, E. GAUDEMET, « Le transport des dettes », *RDC* 2010, p. 363).

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, 2021, v° « Cession. »

⁴ *Lexique des termes juridiques*, 2020-2021, Dalloz, 2020, v° « Cession. »

⁵ Sur la notion de bien : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, thèse, Paris 1, 2006.

⁶ Voir : Ch. BOERIO, *La dette*, thèse, Paris 1, 2023 ; F. DUMONT, « Les dettes de Panurge », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre PETOT*, LGDJ – Éditions Montchrestien – Jurisprudence Dalloz – Librairie du recueil Dalloz, 1959, p. 147 et s., spéc. p. 149 ; C. GIRAUD, *La dette comme principe de société*, L'Harmattan, 2009, p. 13 ; V. égal. J. CLAUSTRE, « La dette, la haine et la force : les débuts de la prison pour dette à la fin du Moyen Âge », *Revue historique*, 2007/4, n° 644, p. 797 et s., ressource en ligne, <https://www.cairn.info/revue-historique-2007-4-page-797.htm#no22>; S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. GHOZI, *Bibl. dr. priv.*, t. 316, LGDJ, 1999, n° 43, p. 34 ; V. égal. D. MAZEAUD, « Rapport français sur

l'endettement des particuliers », *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. LVI, L'endettement, 1995, p. 127 et s., spéc. n° 3, p. 128 ; N. SARTHOU-LAJUS, *Éloge de la dette*, PUF, 2012,

⁷ Disponible sur le site : www.legifrance.fr, consulté le 20 février 2025.

⁸ C. civ., art. 864 et s.

⁹ C. civ., Titre IV du Livre III, Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

¹⁰ C. civ., art. 1350 et s.

¹¹ C. civ., art. 1289.

¹² P. DEMBA SENE, *La notion de novation*, thèse, Reims, 2005, A. VAN DE WYNCKELE BAZELA, *La notion de novation*, thèse, Lille 2, 2001, E. JEULAND, *Essai sur la substitution d'une personne dans le rapport d'obligation*, thèse, Rennes 1, 1996 ; A. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Théorie de la libération du débiteur : Contribution à la théorie générale de l'obligation*, thèse, Paris 2, 2010.

¹³ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », in L. ANDREU et V. FORTI (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016.

¹⁴ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, thèse précitée, p. 429.

¹⁵ Sur la notion de dette : Ch. BOERIO, *La dette*, thèse, Paris 1, 2023.

¹⁶ Sur la notion de créance : M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse, Toulouse, 1999

¹⁷ *Ibid.*

une figure des opérations sur obligations¹⁸. La notion de dette de jeu est par ailleurs exploitée pour affirmer que la loi n'accorde aucune action à son égard¹⁹. Au-delà des considérations législatives, la doctrine a théorisé la notion de dettes familiales²⁰ ou encore de dette de valeur²¹. Aussi la notion de dette est utilisée en dehors du droit privé. Dès lors, parle-t-on de la dette publique²², aussi dénommée dette d'État ou dette souveraine qui renvoie à l'ensemble des emprunts dans lesquels l'État est engagé²³, ce qui fait référence à la prestation monétaire. Par ailleurs, en droit international public, la notion de dette odieuse, concept davantage politique que juridique²⁴, a été développée pour, en cas de changement de régime de gouvernement, tenter de justifier l'intransmissibilité de certaines dettes telles que les dettes de guerre. Théorisée pour les dettes tsaristes que le pouvoir bolchevik souhaitait répudier, mais demeurée inappliquée par les

cours et tribunaux, cette notion concerne des dettes contractées sans le consentement de la population, cette dernière n'en ayant pas profité, et alors que le « créancier aurait dû avoir conscience des deux premières conditions. »²⁵ La notion de dette, ou celle de sa cession était au cœur d'une grande controverse aussi bien en droit civil qu'en droit international. Ainsi, on peut retenir que l'ordonnance du 10 février 2016 a eu l'avantage de mettre un point final à la controverse sur la cessibilité des dettes²⁶.

La question de la cessibilité des dettes et ses conséquences sur les parties au contrat a été discutée en doctrine. Bien que la pratique connaisse depuis longtemps ; sous des modalités et appellations diverses, des hypothèses particulières de cession de dette (*cas de la defeasance*²⁷), la doctrine, elle s'enlisait dans des débats interminables auxquels étaient associés des grands noms, comme Eugène

¹⁸ C. civ., art. 1327 et s.

¹⁹ C. civ., art. 1965.

²⁰ J. HOUSSIER, *Les dettes familiales*, préf. A.-M. LEROYER, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, IRJS Éditions, 2017.

²¹ V. not. J. M. DURAND, *La dette de valeur*, thèse, Paris 2, 1972 ; G. L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Bibl. dr. priv., t. 138, LGDJ, 1975.

²² Voir : C. LOUPIAS, *Modèles à générations, actifs et dettes publiques*, thèse, Paris 1, 1994 ; N.E.B. NJIMA, *La dette publique extérieure tunisienne*, thèse, Lyon, 2009 ; A. OZKAYA, *Soutenabilité de la dette publique de la Turquie*, thèse, Nice, 2011 ; C. VAMMALLE-SABOURET, *De la naissance de la dette publique au plafond souverain : rôle des gouvernements régionaux dans l'évolution de la dette publique*, thèse, Paris, Institut d'études politiques, 2008 ; M. MANSOUR, *La dette publique : produit du dysfonctionnement de la démocratie ?* thèse, Paris 2, 2016.

²³ C. JULIE RAULT, *Le cadre juridique de la gestion des dettes souveraines*, thèse, Paris 1, 2015, p. 2. La dette souveraine peut aussi servir à qualifier la dette que l'État a souscrite auprès du public sur les marchés internationaux, v. D. CARREAU, C. KLEINER, Rép. dr. int. Dalloz, v° « Dettes d'État », actual. 2019, n° 24. La question de la dette publique est ancienne. Déjà lors de la Révolution française, la dette publique a été une préoccupation de la nouvelle Assemblée Nationale dès le début de sa consécration. Lors d'une séance du 13 juillet 1789,

la représentation nationale déclara ainsi que « la dette publique ayant été mise sous la garde de l'honneur et de la loyauté française et la nation ne se refusant pas à en payer les intérêts, nul pouvoir n'a le droit de manqua à la foi publique sous quelque forme et dénomination que ce puisse être », v. M. AUDIT,

« Dissection du risque souverain », *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, M. AUDIT (dir.), LGDJ, 2011, p. 1. Déjà en 1935, JÈZE posait la question des « droits des créanciers de l'État défaillant » (G. JÈZE, « Les défaillances d'État », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1935, t. 53, p. 381 et s. spéc. p. 382). Les crises des dettes souveraines de 2008 et les difficultés traversées par l'Argentine en 2001 ont mis en lumière les difficultés liées à la restructuration du passif en raison de la structure désormais majoritairement obligataire et la diversité des créanciers. À cet égard, il convient de relever l'intervention d'acteurs particuliers, appelés « fonds vautours », qui spéculent sur l'absence de respect de leurs engagements par les États.

²⁴ D. CARREAU, C. KLEINER, Rép. int. Dalloz, op. cit., n° 26.

²⁵ C. JULIE RAULT, *Le cadre juridique de la gestion des dettes souveraines*, op. cit., p. 42.

²⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil : Les Obligations*, n°1656, p. 1815, 13 éditions, Dalloz, Paris, 2022.

²⁷ V. notamment C. LARROUMET, « Sur la réalisation d'une defeasance en droit français », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 193 et s.

GAUDEMET et Raymond SALEILES, relayés notamment par Christian LARROUMET, Laurent AYNES et Lionel ANDREU²⁸.

À la faveur de la réforme de 2016, la cession de dette a fait son entrée dans le Code civil français, tel que repris par plusieurs États africains. Pour certains, cette réforme s'est arrêtée au milieu du gué, en ce que celle-ci laisse un goût d'inachevée, étant en retrait par rapport au projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015. En effet, ce projet, tout en accentuant le caractère patrimonial de l'opération, prévoyait une cession de dette bipartite, se formant sans l'accord du créancier²⁹. De la sorte, la cession de dette était donc reconnue, la dette pouvant être transmise à un tiers sans que le créancier ait donné son accord à ce transfert. Toutefois, en dépit de l'absence de l'accord du créancier, ses intérêts n'étaient pas menacés, mais plutôt protégés, puisqu'à défaut de son accord à la cession de dette, le débiteur d'origine restait tenu comme garant de ladite dette. C'est dire

que le débiteur cédant devenait le garant de la cession de dette au profit du créancier cédé. Il eut été utile dans ce cas de préciser qu'il s'agissait d'une garantie solidaire³⁰. Ainsi, seule la volonté du cédant et du cessionnaire était prégnante dans le mécanisme translatif de la cession de dette, le créancier cédé restant étranger à cette opération. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 n'est pas allée aussi loin puisqu'elle impose l'accord du cédé comme condition de validité de la cession de dette, sans pour autant que cet accord n'emporte par lui-même la libération du cédant (C. civ., art. 1327 et 1327-2)³¹. Il ressort de ce constat une consécration d'une cession de dette qui n'est pas vraiment translatrice, puisque le cédant reste tenu de la dette au même rang que le cessionnaire, comme un codébiteur solidaire.

Pour d'autres, il faut noter qu'aucune notion de dette n'émerge du panorama présenté. Elle tend à apparaître comme synonyme de l'obligation³². En ce sens, selon une présentation commune, la dette est le « rapport d'obligation considéré du côté passif. »³³ « L'obligation est un élément

²⁸ V. E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, thèse. Dijon 1898 ; R. SALEILES, « De la cession de dette », *Ann. droit. com.* 1890, 1 ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, Paris, Economica. 1984 ; L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, thèse, thèse, Paris 11, 2008.

²⁹ Lire notamment, J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette », *RDC hors-série-Avril 2016*, p. 47.

³⁰ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, thèse, Dijon, 2000 ; M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette (article 1216 du Code civil)*, thèse, Evry-Val-d'Essonne, 2000.

³¹ Il aurait été plus logique d'admettre la cession de dette sans accord du créancier cet accord du créancier n'étant nécessaire qu'afin de lui rendre opposable la cession de dette, avec comme conséquence que cet accord libère automatiquement le débiteur d'origine (tel que dans le projet de réforme présenté par la Chancellerie). Une gradation différente était prévue dans le projet TERRE puisque la cession de dette pouvait se réaliser sans accord du créancier, il pouvait même l'opposer au cessionnaire, mais celle-ci ne pouvait lui être opposée et ne devenait irrévocable qu'avec son acceptation, la libération du débiteur d'origine ne

résultant quant à elle que d'un consentement exprès donné en ce sens par le créancier cédé (F. TERRE (dir), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, pp. 130-133).

³² Sur l'obligation : J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, thèse, Paris 1, 2002 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse, 2010, Tours.

³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Capitaine*, 15^{ème} éd., PUF, 2024, v° « Dette », sens 1. Pour BEUDANT, « (l)'obligation est un rapport juridique entre deux personnes (...). Envisagé au regard du débiteur, au point de vue passif comme on dit quelquefois, ce rapport juridique constitue une charge, un lien ; une dette, disent les uns – dette passive, obligation peut-on dire encore. Envisagé dans son ensemble, au double point de vue actif et passif, ce rapport juridique peut être appelé simplement "obligation" » (C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, par R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE avec la collaboration de G. LAGARDE, ROUSSEAU & Cie Éditeurs, 2^{ème} éd., 1936, n° 2, p. 2). V. égal. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 11^{ème} éd. avec la collaboration de G. CHÉNEAUX, Sirey, 1912, n° 1229, p. 690. V. égal. N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, préf. C. SAINT-

passif de son patrimoine (celui du débiteur), une dette. »³⁴ FOREST, s'appuyant sur une structure binaire de l'obligation, a défini la dette comme une norme objective individuelle imposant l'exécution de la prestation³⁵. En revanche, pour établir la notion de dette en droit privé, MOZAS part du double constat que la « perception psychologique de la dette s'est assez sensiblement modifiée »³⁶ et que « la pratique ne voit pas seulement dans la dette la face passive d'un lien de droit attaché à la personne, mais aussi un élément du patrimoine sur lequel le débiteur a un certain pouvoir. »³⁷ Selon l'auteur, la dette est un devoir qui est spécial car « elle est la face passive du droit subjectif, alors appelé créance »³⁸ qui impose au débiteur d'accomplir une activité³⁹ de nature économique⁴⁰.

Dans le Code civil, la cession de dette est prévue à l'article 1327, aux termes duquel un débiteur peut, avec l'accord du créancier⁴¹, céder sa dette. Aussi, l'article 1327-1 du Code

civil dispose-t-il que le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession et n'y est pas intervenu, ne peut se voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte. La libération ou non du débiteur originaire dans l'hypothèse de la cession de dette est déterminée à l'article 1327-2 du Code civil qui énonce que : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. » S'agissant de l'opposabilité des exceptions⁴², l'article 1328 précise que le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution⁴³, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles. Enfin, l'article 1328-1 du Code civil dispose que : lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés⁴⁴ subsistent. Dans le

ALARY-HOUIN, *Nouv. bibl. th.*, vol. 128, Dalloz, 2013, n° 6, p. 4.

³⁴ H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 4, p. 4.

³⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, *Nouv. bibl. th.*, vol. 116, Dalloz, 2012, nos 255 et s., p. 174 et s. Pour une critique de cette théorie, *infra*, n° 192.

³⁶ Ph. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, thèse, Montesquieu-Bordeaux IV, 1996, n° 11, p. 13.

³⁷ *Ibid.*, n° 13, p. 14.

³⁸ *Ibid.*, n° 64, p. 58.

³⁹ *Ibid.*, nos 75 et s., p. 68 et s.

⁴⁰ *Ibid.*, n° 127, p. 116 et s.

⁴¹ La loi reprend la jurisprudence antérieure qui a décidé que la cession ne peut « avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti » (Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2009, n° 08-11.093, *Deffrénois* 2009. 1289, obs. LIBCHABER ; *JCP* 2009, n° 27, Comm. 73, p. 17, note ANSAULT ; *D.* 2009. 2400, obs. ANDREU ; *RTD civ.* 2009. 531, obs. FAGES ; *RDC* 2009/4. 1363, obs. MAZEAUD). Les juges ont ainsi confirmé par cet arrêt de 2009 que la cession de dette ne peut se réaliser « en raison de l'opposition du créancier » (Cass. com. 10 févr. 1975, n° 73-12.442). En effet, une convention entre époux, « même homologuée en justice, ne [peut] avoir pour effet, en l'absence d'un accord du créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints »

(Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992, n° 90-17.499, *D.* 1993. 211, obs. DELEBECQUE). De même, « l'apport d'un fonds de commerce à une société, même accompagné d'une < cession > expresse des dettes contractées pour son exploitation, n'a pas pour effet de décharger le cédant de ces dettes » (Cass. com. 27 janv. 1998, n° 95-12.034, *RTD com.* 1998. 324, obs. DERRUPPE). À défaut de consentement du créancier, la cession de dette sera dite imparfaite (ou cumulative : le lien originel subsiste). Seul le consentement du créancier rend la cession parfaite (ou privative : le créancier libère le débiteur). En définitive, la cession de dette imparfaite est à la cession parfaite ce que la délégation est à la novation

⁴² Pour une analyse approfondie : Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, thèse, Bordeaux 4, 1996

⁴³ Sur l'exception d'inexécution : C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, thèse, Paris 1, 1994 ; S. BOUSKIA, *L'exception d'inexécution*, thèse, Bordeaux, 2019.

⁴⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd., Paris, Sirey, 2024 ; M.-E. MFINI, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, 1^{er} éd., CREDIJ, préf. S.D. NDIR, 2024 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8^{ème} éd., Précis-Dalloz, 2023.

cas contraire, les sûretés consenties par le débiteur originaire ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus, déduction faite de sa part dans la dette.

De ce qui précède, il convient alors de se poser la question de savoir si le législateur consacre-t-il réellement une vraie ou fausse⁴⁵ cession de dette. En réponse à cette interrogation, le constat est sans appel : l'ordonnance de 2016, en consacrant la cession de dette, propose une figure peu orthodoxe⁴⁶ d'une cession de dette non libératoire (I) et, cette figure place en réalité ce type de cession de dette dans le périmètre des opérations adjonctives⁴⁷ que dans celui des opérations translatives⁴⁸, ce qui n'est pas sans incident sur l'attractivité de la cession de dette, car l'effet attaché au mécanisme semble en contradiction avec la nature et le but de l'opération. L'opération de cession de dette ne devient authentiquement translatrice que si le créancier donne un consentement exprès à la libération du cédant, en plus de l'accord à la cession. Cette cession de dette libératoire (II) instaure ainsi une véritable nouveauté, quand bien même elle gagnerait en simplicité, ce qui aurait un impact non négligeable sur son attractivité, ce qui témoigne en outre de l'intérêt de consacrer une étude à la cession de dette.

I. La cession de dette : une opération non libératoire

Une opération non libératoire, la cession de dette, l'est-elle vraiment. En effet, s'il est admis que le débiteur peut céder sa dette à une autre personne qui va la supporter, il convient cependant de relever que le changement de débiteur est un acte d'une grande dangerosité pour le créancier, même lorsqu'il donne son accord. C'est pourquoi cette opération ne

produirait qu'un effet translatif modéré et ne libère pas totalement le cédant (A). Cela témoigne d'une réticence à conceptualiser une véritable cession de dette, emportant pleinement un effet libératoire pour le cédant. Pourtant, cette réticence n'est pas sans conséquence, car elle pourrait favoriser une nette confusion entre la cession de dette non libératoire et les techniques de reprise indirecte de la dette (B).

A. La cession de dette non libératoire pourvue d'un effet translatif modéré

Les dispositions de l'article 1327 du code civil enseignent en substance qu'« *un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.* » Il ressort de cet article que l'accord du créancier cédé est important dans la réalisation de la cession de dette. Deux conséquences peuvent alors en résulter : la première est que l'accord du cédé est considéré comme une condition de validité de l'acte de cession (1) ; la deuxième consiste à dire que l'accord du cédé à la cession de dette ne constitue pas un acte libératoire du cédant à son égard (2).

1. L'accord du cédé, condition de validité de la cession

Il ressort de l'analyse de l'article 1327 du Code civil que la réalisation de la cession de dette est conditionnée par l'accord du cédé, c'est-à-dire du créancier. Toutefois, l'accord du créancier ne constitue pas une condition d'opposabilité de la cession de dette, il constitue seulement une condition de sa validité. Par conséquent, le défaut d'accord du cédé devrait être sanctionné par la nullité de la cession de dette, dans la mesure où l'inopposabilité est la sanction du défaut de notification de la cession lorsque

⁴⁵ Voir à propos, J. FRANCOIS, op. cit, p. 50.

⁴⁶ D. HOUTCIEFF, « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Droit et Patrimoine*, n° 249, 2015.

⁴⁷ Voir sur les opérations adjonctives, Ph. DUPICHOT, « Pour une classification

opérationnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Droit et Patrimoine*, n° 246, 2015, pp. 20 et s., spéc. p. 25.

⁴⁸ Voir sur les opérations translatives, Ch. GIJSBERS, « Les opérations translatives », *Droit et Patrimoine*, n° 258, 2016.

l'accord du cédé a été donné par anticipation⁴⁹ et que ce dernier n'est pas intervenu à l'accord de cession⁵⁰. Mais, cette sanction du défaut d'accord du créancier cédé par la nullité ne devrait pas empêcher le juge de procéder, le cas échéant, à une conversion par la réduction et de considérer que l'acte peut valoir comme reprise de dette interne ne produisant d'effet qu'entre le cédant et le cessionnaire⁵¹.

La nécessité de l'accord du cédé n'est pas sans incident sur l'opération de cession de dette, tant elle constitue un frein majeur au mécanisme translatif de la cession⁵². Mais plus encore, à défaut d'un consentement exprès du créancier en ce sens, qui se surajoute à son accord sur le principe de la cession, le débiteur cédant n'est pas libéré par la cession de dette. C'est dire que le débiteur cédant reste tenu au paiement de la dette, en tant que codébiteur solidaire du cessionnaire, et ce, sur le fondement de l'article 1327-2 du Code civil. Il résulte de cette observation que la cession de dette dans un tel cas n'est pas vraiment translative puisque la dette n'est pas réellement transférée au cessionnaire. Ainsi, le débiteur cédant reste tenu à rang égal avec le cessionnaire qui pourtant a repris la dette du cédant. Cette constatation permet d'alléguer qu'il est osé de qualifier cette opération de cession de dette. L'incongruité est certainement de la plus grande ampleur, car la dette cédée figure encore dans le patrimoine du cédant, qui continue à être pleinement débiteur à l'égard du cédé. La conséquence étant que le

créancier cédé peut toujours demander paiement au cédant comme si la cession de dette n'avait pas eu lieu. Or, en droit des obligations, il est un principe constant qui voudrait que la transmission d'une obligation ait pour conséquence immédiate le déchargement du débiteur initial, c'est-à-dire que celui-ci ne soit plus tenu de cette obligation. Car, la transmission de l'obligation a pour principal effet le passage de l'obligation d'un patrimoine à un autre, autrement dit, du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire qui serait alors tenu à l'égard du cédé⁵³. Mais, dans la mesure où la dette cédée « demeure » dans le patrimoine du cédant et que ce dernier reste tenu à rang égal avec le cessionnaire de la dette comme codébiteur solidaire, il est permis d'affirmer, sans l'ombre de se tromper que le régime institué par la réforme de 2016 à l'article 1327 du Code civil n'instaure pas un véritable mécanisme translatif de la dette. Le régime institué à l'article 1327 du Code civil instaure plutôt un mécanisme de solidarité passive conventionnelle constituée a posteriori, puisque le cédant et le cessionnaire, tous deux débiteurs, sont tenus à l'égard du créancier comme des codébiteurs. Cela étant, il convient de relever que la cession de dette non libératoire s'appuie principalement sur le régime de l'obligation solidaire. Elle n'institue pas un véritable transfert de la dette, mais plutôt une solidarité passive conventionnelle. En effet, dans un tel cas, la cession de dette s'apparenterait à la constitution d'une obligation solidaire

⁴⁹ S. TOE et M.-E. MFINI, « L'anticipation en droit des contrats », *Revue juridique du CAMES*, n° 3, p. 152, vol. 1, 2024.

⁵⁰ C. civ., art. 1327-1.

⁵¹ On se rapproche alors de la sanction de l'inopposabilité (en ce sens : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, ss. art. 1327, p. 659 ; M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », art. préc., p. 59 ; v. aussi M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2017, n°235).

⁵² Toutefois, en application de l'article L. 1327-1 du Code civil, le créancier peut anticiper son accord à la

cession de dette, notamment dans le contrat ayant donné naissance à la dette transférée, la cession de dette ne lui devenant toutefois opposable dans ce cas que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte (comme pour la cession de créance), la cession ne valant que dans les rapports internes du cédant et du cessionnaire, jusqu'à cette notification ou cette prise d'acte (la solution s'applique aussi si le créancier cédé a donné son accord à la cession sans intervenir à l'acte de cession).

⁵³ L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, préf. D.-R. MARTIN, thèse, Dalloz, 2010, n° 76 ; J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* colloque du 16 févr. 2016, *RDC*, hors-série, avr. 2016, pp. 45 et s., spéc. n° 16.

conventionnelle, emportant un mécanisme adjonctif et non véritablement translatif. Nonobstant ce qui précède, il convient de relever que l'effet translatif n'est pas complètement absent de la cession de dette. Cet effet est simplement modéré.

Tenant compte de la neutralisation partielle de l'effet translatif, le maintien des sûretés qui garantissaient la dette d'origine ne pose pas de problème. En effet, le cédant reste tenu à l'égard du cédé comme un débiteur de premier rang. Par conséquent, les sûretés nées avant la cession de dette subsistent à cette opération⁵⁴. En outre, l'effet translatif et la figure de l'opération solidaire transparaissent également dans le régime des exceptions opposables au cédé. À cet égard, l'article 1328 du Code civil, au même titre que l'article 1315 du même Code prévoit que le débiteur initial et le nouveau débiteur peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Le cédant et le cessionnaire peuvent aussi opposer au cédé des exceptions qui leur sont personnelles. Pour la cession de dette, la distinction entre exception inhérente à la dette et exceptions personnelles n'est pas utilisée comme un critère d'ordre temporel⁵⁵, contrairement à ce qui est prévu pour les différents modes de transfert de la créance, mais elle fonctionne plutôt sur le modèle de l'opposabilité des exceptions applicables à l'obligation solidaire, où cette distinction permet de déterminer les exceptions qui sont par nature et *ab initio* opposables par chacun des codébiteurs. Le rapprochement qui peut être établi entre les articles 1315 et 1328 du Code civil permet d'alléguer que la cession de dette se fonde principalement sur le régime de l'obligation solidaire. Cependant, le régime ne devrait pas être complètement identique, raison

pour laquelle, il est permis de démontrer qu'est implicitement et partiellement pris en compte le caractère translatif de la cession de dette, puisque le cessionnaire devrait pouvoir opposer au cédé toutes les causes de nullité de la dette, ainsi que les causes de nullités résultant d'un vice de consentement du cédant, alors que tel n'est pas le cas en matière d'obligation solidaire. En effet, en matière d'obligation solidaire, seul le codébiteur victime d'un vice de consentement est en mesure d'opposer l'exception de nullité qui en résulte au titre des exceptions personnelles. Cette différence de solution n'est pas extraordinaire, elle se comprend aisément si l'on considère que la cession de dette produit un effet translatif et que le cessionnaire reprend la dette du cédant, tandis que l'obligation solidaire se fonde certes sur un principe d'unicité de la dette, mais aussi sur une pluralité de liens obligatoires indépendants les uns des autres quant à leur validité⁵⁶. Mais, la reconnaissance implicite d'un effet translatif atténué, dérogeant au régime de l'obligation solidaire, ne se limite pas à la prise en compte de toutes les causes de nullité de l'obligation en tant qu'exception inhérentes à la dette⁵⁷, concernant notamment la nullité qui résulte d'un vice du consentement du débiteur cédant⁵⁸.

2. L'accord simple du cédé, un accord privé d'effets translatifs

L'accord simple du cédé n'a pas vocation à matérialiser les effets translatifs de l'acte de cession de dette. Il ne libère pas le cédant, mais instaure simplement une forme de distance entre le cédant et le créancier cédé. Par ailleurs, l'atténuation de l'effet translatif de la cession de dette est aussi à retrouver dans le transfert de la charge de la dette. Si l'on appliquait le régime classique de l'obligation solidaire, le poids définitif de la dette devrait peser sur le cédant.

⁵⁴ C. civ., art. 1328-1.

⁵⁵ F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », *RLDC* 2010, n° 73, pp. 7 et s. spéc. pp. 10-12.

⁵⁶ Dès lors, les vices du consentement qui affectent l'un des codébiteurs ne concernent pas les autres.

⁵⁷ À l'instar de la solution appliquée pour les différents modes de transfert de la créance.

⁵⁸ Contra M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », art. préc. p. 61 ; J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., n° 24-26.

La cession de dette

Car, celui-ci est le seul concerné par l'affaire à l'origine de la dette au sens de l'article 1318 du Code civil. En effet, c'est le cédant qui aura le bénéfice de la prestation contrepartie de la dette et non le débiteur adjoint. De la sorte, c'est le débiteur d'origine qui aurait dû supporter la dette à titre définitif. C'est là que va apparaître l'effet translatif de la cession de dette « puisque cette opération va avoir pour effet de transférer la charge définitive de la dette au cessionnaire. »⁵⁹ Dans le rapport de contribution à la dette, la cession de dette va instituer un mécanisme de solidarité « inversée. » Par conséquent, il reviendra au cédant de supporter le poids définitif de cette dette, le cédant ayant alors un recours contre le cessionnaire pour un paiement ou un remboursement intégral, dans l'hypothèse où le débiteur d'origine aurait désintéressé le cédé⁶⁰. Cela étant, la cession de dette non libératoire ne produit pas d'effet translatif dans le cadre de l'obligation à la dette (à l'égard du créancier). Cependant, l'effet translatif de la cession de dette non libératoire se révèle dans le cadre du rapport de contribution à la dette. En effet, le cessionnaire supporte la charge définitive de la dette⁶¹. L'effet de la cession de dette non libératoire est en ce sens le transfert définitif de la dette au cessionnaire (le rapport de contribution à la dette). Ainsi, il est permis

d'alléguer que la cession de dette non libératoire est pourvue d'un effet translatif, puisqu'elle opère un transfert au cessionnaire de la charge contributive de la dette. Pourtant, il ne s'agit que d'un effet translatif au second degré, c'est-à-dire au stade de la contribution à la dette et non au stade de l'obligation à la dette. C'est pourquoi il convient de confirmer qu'à titre principal, la cession de dette est vraiment dépourvue d'un effet translatif, le créancier pouvant agir à la cession de dette contre le cédant ou contre le cessionnaire. Parce que la cession de dette non libératoire adjoint un second débiteur au créancier cédé au lieu d'opérer une véritable opération translative⁶², elle va entrer en concurrence avec la délégation imparfaite ou la stipulation pour autrui, dites opérations créatrices non immédiatement extinctives et donc adjonctives.

B. La concurrence de la cession de dette avec les opérations créatrices non immédiatement extinctives

La cession de dette, consacrée à la faveur de la réforme française du 10 février 2016, est une opération originale, en ce qu'elle est devenue, selon certaines circonstances, une opération adjonctive, et ressemble à d'autres institutions créatrices d'obligation. Les opérations sur

⁵⁹ J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., n° 21.

⁶⁰ Ce n'est que si la cession de dette répond à la volonté du cessionnaire de faire crédit ou de garantir de dette du débiteur d'origine que l'on pourrait considérer que c'est le débiteur cédant qui ait supporté le poids définitif de la dette, le garant ayant de par son rôle la volonté d'être remboursé par le débiteur (à l'instar de la caution), la cause dont procède l'engagement du cessionnaire (la reprise de la dette) impliquant l'obligation du cédant de le rembourser in fine.

⁶¹ Rappr. E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dette à titre particulier*, op. cit., p. 7, qui définit la cession de dette comme l'opération qui fait « passer d'un patrimoine à l'autre la charge définitive de la dette, sans modifier la cause économique du droit du créancier. » Or, telle cession de dette non libératoire emporte un transfert au cessionnaire de la charge définitive de la dette dans le cadre du rapport de contribution à la dette.

⁶² « Certes, le débiteur cédant ne sera pas libéré sans que le créancier cédé y consente expressément (art. 1338 al. 2 du projet). Le créancier cédé gagne un débiteur en la personne du cessionnaire de dette, sans perdre le débiteur qu'il s'était choisi : la cession de dette imposée au créancier ne saurait donc être qu'« imparfaite ». C'est là le principal refuge désormais du principe suivant lequel un créancier ne saurait se voir imposer un changement de débiteur. D'où le principe supplétif suivant lequel le « cédant est simplement garant des dettes du cessionnaire » (art. 1338 al. 2 du projet). Toutefois, en cas de consentement exprès du créancier cédé à la libération du cédant, il y aura au contraire cession « parfaite » de dette, dégagee cette fois de la gangue de la novation par changement de débiteur et de la délégation parfaite. » Ph. DUPICHOT, « pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Droit et Patrimoine*, n° 246, 2015.

créances revêtent une fonction adjonctive lorsqu'une obligation nouvelle est adjointe, sans substitution, à une obligation de base, et ce, dans le cadre d'une convention triangulaire⁶³. À première vue, on pourrait citer la délégation imparfaite, la délégation parfaite ou novatoire relevant au contraire des opérations substitutives (substitution parfaite de débiteur⁶⁴). Or, conformément à ce qui précède, il n'est pas moins intéressant de relever que la cession de dette s'inscrit aussi dans le cadre des opérations adjonctives. Et parce que la cession de dette non libératoire est une opération adjonctive, elle s'apparente aux techniques de reprise indirecte, à savoir : la délégation imparfaite⁶⁵ (1) et la stipulation pour

autrui⁶⁶ (2).

1. La cession de dette non libératoire s'apparentant à la délégation imparfaite

La délégation est une opération juridique à trois personnes⁶⁷. L'une d'entre elles, le délégué, sur l'ordre d'une autre, le délégant, accepte de contracter une obligation envers une troisième, le délégataire⁶⁸. Quoique cela ne soit pas juridiquement indispensable⁶⁹, la délégation est le plus souvent utilisée dans des hypothèses où le délégant est créancier du délégué et débiteur du délégataire. La délégation a été initialement conçue comme une simplification du règlement des créances. À l'heure actuelle, la doctrine

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ La nouvelle cession de dette parfaite (libération du cédant) se distingue de la délégation parfaite par changement de débiteur en ce que la première est régie par une opposabilité des exceptions à la différence de la seconde ; cette différence illustre à nouveau le caractère opératoire de la distinction entre opérations translatives et substitutives.

⁶⁵ L. AYNÈS, mise à jour par M. JULIENNE, *Délégation imparfaite*, n° 160, Le Lamy droit des sûretés ; M. BILLIAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Bibl. dr. privé, t. 207, LGDJ, 1989, préface GHESTIN ; *Délégation*, Rép. civ. 2021, Dalloz ; M. BLANCHET, « La délégation, pour le meilleur et pour le pire », *RD bancaire et fin.* 2021, dossier 12 ; A. DANIS-FATÔME, « La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle », *D.* 2012, p. 2469 ; V. FORTI, « Délégation incertaine et aménagement conventionnel de l'opposabilité des exceptions (observations comparatives sous l'article 1336 alinéa 2 du code civil) », *RDC* 2019, n° 4, p. 140 ; L. GODON, « Délégation « de paiement » et risque du banquier », *RD bancaire et fin.* 2006, n° 2, p. 59 ; C. LACHÈZE, « La délégation-sûreté », *D.* 2006, p. 234 ; R. NEMEDEU, « La délégation imparfaite dans son mécanisme de sûreté », *RLDC* 2005/18, n° 1807 ; J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », *D.* 2014, p. 92 ; M.-L. NIBOYET, « Une illustration du concept de droit civil des affaires, la délégation de locataire à titre de garantie », *Mélanges JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 71 ; Ph. SIMLER, *Contrats et obligations. Délégation*, JCl. Civil, fasc. 40, art. 1271 à 1281 ; « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP N* 1990, I, p. 387 ; « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération n'est pas

dénouée », *Mélanges Aubert*, *D.* 2005, p. 295 ; *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 2008 ; L. THIBIERGE, *Délégation : l'inopposabilité des exceptions en question (s)*, *Dr. & patr.* 2014, n° 242, p. 30.

⁶⁶ V. BALESTRIERO, *La stipulation pour autrui tacite*, thèse, Nancy, 1994 ; J. FRANCOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)*, thèse, Paris 2, 1994 ; M. TCHENDJOU, *Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui*, thèse, Paris 1, 1995 ; J.-M. ROUX, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, thèse, Aix-Marseille 3, 2000 ; E. HELESBEUX, *Le contrat au bénéfice d'un tiers : Recherche sur les stipulations et contrats pour autrui*, thèse, Paris 2, 2022 ; A. COURREGES, *Le contrat pour autrui*, thèse, Toulouse 1, 2017 ; M. ELIPHE, *L'acte juridique pour autrui*, thèse, Paris 2, 2022

⁶⁷ Sur les opérations juridiques à trois personnes : Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968, 1172 p.

⁶⁸ M. BILLIAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Bibl. dr. privé, t. 207, LGDJ, 1989, préface GHESTIN ; *Délégation*, Rép. civ. 2021, Dalloz ; M. BLANCHET, « La délégation, pour le meilleur et pour le pire », *RD bancaire et fin.* 2021, dossier 12 ; A. DANIS-FATÔME, « La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle », *D.* 2012, p. 2469 ; L. THIBIERGE, « Délégation : l'inopposabilité des exceptions en question (s) », *Dr. & patr.* 2014, n° 242, p. 30. Voir aussi : C. LACHÈZE, « La délégation-sûreté », *D.* 2006, p. 234 ;

⁶⁹ *Cass. com., 21 juin 1994, n° 91-19.281*, Bull. civ. IV, n° 225, *RTD civ.* 1995, p. 113, obs. J. MESTRE.

insiste volontiers sur sa fonction de garantie personnelle par fourniture d'un second débiteur (le délégué), qui s'ajoute au premier (le délégant) pour la sûreté du créancier (délégataire). La délégation est dite le plus souvent dite imparfaite ou simple ; le délégataire ne manifeste pas l'intention de libérer le délégant mais dispose, en revanche, d'un débiteur supplémentaire, le délégué. La délégation n'est cependant pas une sûreté au sens des [articles 2284 et suivants du Code civil](#) ; il n'est pas nécessaire de la déclarer à la procédure collective du débiteur⁷⁰.

Aux termes de l'article 1338 du Code civil, « lorsque le délégant est débiteur du délégataire, mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur. » On dit alors de la délégation qu'elle est imparfaite. La délégation imparfaite, à la différence de la délégation novatoire, n'éteint pas le rapport d'obligation entre le délégant et le délégataire, mais au contraire le maintient et, parallèlement, crée un nouveau lien d'obligation entre le délégué et le délégataire. En d'autres termes, la délégation imparfaite ou simple offre au délégataire un nouveau débiteur, le délégué⁷¹. La délégation imparfaite n'a pas d'effet extinctif immédiat comme dans la cession de dette non libératoire. Il est vrai que la délégation imparfaite a un effet créateur de sorte que l'obligation du délégué est une obligation nouvelle, distincte de l'obligation du délégant, cette obligation du délégué à l'égard du délégataire venant alors se superposer à l'obligation initiale du délégant à l'égard du délégataire. Comme dans la cession de dette non libératoire, il n'y a donc pas, dans la délégation simple, d'extinction de l'obligation du délégant à l'égard du délégataire, l'une et l'autre étant ainsi des opérations adjonctives, car elles donnent au créancier deux débiteurs.

Plus, le délégué peut moduler son obligation nouvelle à l'égard du délégataire. En outre, il peut aligner son engagement sur la dette du délégant à l'égard du délégataire. Il s'agit donc d'une délégation imparfaite et incertaine. Comme l'ont relevé tous les auteurs, l'effet créateur en ce sens est alors complètement neutralisé et il y a une reprise indirecte de la dette, la dette du délégué étant identique à celle du délégant. Le mécanisme fonctionne d'autant mieux que le paiement de la dette du délégué à l'égard du délégataire éteint automatiquement la dette du délégant à l'égard du délégataire. Ainsi, il convient d'alléguer que la délégation simple implique un effet translatif différé, en ce que le paiement de son obligation par le délégué envers le délégataire éteindra automatiquement l'obligation initiale du délégant⁷². C'est justement cet effet extinctif de l'obligation initiale du délégant attaché à la délégation simple qui accroît la similitude avec la cession de dette non libératoire.

Il est vrai que la cession de dette repose sur un transfert de la dette d'origine. Mais, lorsque cette cession est non libératoire, elle aboutit à l'apparition de deux obligations par ce qu'il est convenu d'appeler « la magie de la solidarité », c'est-à-dire l'unicité de la dette et la pluralité de liens d'obligation, comme dans la délégation simple ou imparfaite. Or, la délégation peut être incertaine, autrement dit que l'obligation du délégué à l'égard du délégataire peut être conventionnellement calée sur l'obligation existant entre le délégant et le délégataire, elle lui emprunte alors son régime⁷³. Ce qui la rapproche de la cession de dette non libératoire avec laquelle elle entre donc en concurrence⁷⁴. Ainsi, s'il est stipulé dans l'accord entre le délégué et le délégataire que le délégué pourra opposer au délégataire toutes les exceptions qu'aurait pu lui opposer le délégant, le délégué

⁷⁰ CA Rennes, 12 juin 1998, Banque et droit 1998, n° 62, p. 43.

⁷¹ A.-M. GALLIOU-SCANVION, *L'essentiel du régime général des obligations*, Lextenso, 2023.

⁷² C. civ., art. 1338.

⁷³ C. civ., art. 1336, al. 2.

⁷⁴ V. dans le sens de ce rapprochement : R. LIBCHABER, obs. sous Cass. com., 29 avr. 2002, n° 99-15072, Defrénois 2002, pp. 1240, spéc. p. 1242, qui considère que la délégation emporte création d'un nouvel *obligatio*, mais pas d'un nouveau *debitum*.

ne devant au délégataire que ce que lui doit le délégant, la délégation simple devient incertaine et équivaut à une reprise de dette⁷⁵. Lorsque le délégué cale, aligne son engagement envers le délégataire sur la dette du délégant envers le délégataire, s'il est stipulé que le délégué ne sera tenu que dans la mesure de ce que le délégant doit au délégataire, la dette nouvelle du délégué à l'égard du délégataire devient alors un décalque de la dette du délégant envers le délégataire. En conséquence, on peut affirmer que la dette du délégué envers le délégataire n'est que le miroir de la dette du délégant envers le délégataire. Ceci aboutit à reprendre purement et simplement la dette du délégant. En ce sens, l'engagement du délégué rappelle celui de la caution, mais il en diffère en ce que l'obligation du délégué n'est pas une obligation subsidiaire, mais de rang égal à celle du délégant. Ainsi, bien que créatrice et reposant sur un engagement nouveau du délégué, ce type de délégation, produit des effets similaires à ceux de la cession de dette, elle en est peut-être paradoxalement le régime idéal puisque le délégué pourra opposer, sans limitation aucune, selon la modalité choisie, toutes les exceptions que le délégant aurait pu opposer au délégataire, sans que l'on ait alors à distinguer entre exceptions inhérentes à la dette et celles issues des rapports personnels entre délégant et délégataire comme c'est le cas de la cession de dette. En ce sens, la délégation produit un effet miroir, un effet translatif plus marqué que la cession de dette elle-même, puisque le délégué pourra opposer au délégataire toutes les exceptions que le délégant

aurait été en mesure de lui opposer. En dehors de quelques différences, il est permis d'alléguer que la cession de dette non libératoire s'apparente à la délégation simple ou imparfaite. Tel est aussi le cas de la stipulation pour autrui.

2. La cession de dette non libératoire s'apparentant à la stipulation pour autrui

Prévue à l'article 1205 du Code civil, la stipulation pour autrui⁷⁶ est le contrat par lequel une personne, le stipulant, fait promettre à une autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'une troisième, le tiers bénéficiaire. En cela, elle constitue une technique permettant de faire naître un engagement contractuel au bénéfice d'un tiers. Mais, elle n'est pas une fin en soi. En effet, la finalité de la stipulation pour autrui est ce que l'on stipule⁷⁷. Aussi, ne suffit-il pas de caractériser en faveur de tel ou tel l'existence d'une stipulation pour autrui pour considérer que tous les droits lui seraient ouverts. Il faut s'intéresser à la prestation qui a été promise. Or, cette prestation dépend des volontés contractuelles. Ce qui explique que les applications de la stipulation pour autrui sont multiples⁷⁸. Quelques cas particuliers de stipulation pour autrui peuvent être pris pour illustrer notre propos : La Cour de cassation française a par exemple identifié des formules plus originales dans lesquelles la doctrine a vu, plus qu'une stipulation pour autrui, une stipulation de contrat pour autrui créant à la charge du tiers certaines obligations⁷⁹. Ainsi, la situation acquise par le bénéficiaire peut varier dans son ampleur : allant d'un simple droit de créance à l'existence d'une obligation et, peut-

⁷⁵ F. DANOS, « La novation et la délégation », in M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, IRJS éditions, t. 75, 2017, pp. 223 et s., spéc. pp. 244-247.

⁷⁶ M. TCHENDJOU, *Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui*, thèse, Paris 1, 1995.

⁷⁷ J.-M. ROUX, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, thèse, Aix-Marseille 3, 2000.

⁷⁸ La stipulation pour autrui et ses principales applications, Travaux Association Henri Capitant, t. VII, année 1952, Dalloz, 1956.

⁷⁹ [Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987, n° 85-11.769](#), Bull. civ. I, n° 343, *D.* 1989, somm., p. 233, obs. Aubert J.-L., *RTD civ.* 1988, p. 552, obs. J. MESTRE, posant que « la stipulation pour autrui n'exclut pas, dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations » ; *adde* G. VENANDET, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP G* 1989, I, 3391 ; D.R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chr., p. 145.

La cession de dette

être même, d'un contrat. De même, la cession de parts peut s'accompagner d'une stipulation prise par l'une des parties en faveur d'un tiers. Cette stipulation pour autrui⁸⁰ prend alors appui, dans les termes de des nouveaux [articles 1205 à 1209 du code civil](#), sur le contrat de cession. Les conditions de validité de la stipulation pour autrui sont l'intention de stipuler pour autrui, le rattachement à un contrat principal, et enfin l'indication des bénéficiaires dont il suffit qu'ils soient déterminables. La jurisprudence admet que la stipulation puisse être tacite⁸¹, c'est-à-dire se déduise de l'interprétation du contrat⁸². La stipulation pour autrui n'est cependant rendue définitive que par l'acceptation du tiers bénéficiaire. Mais cette acceptation n'est pas formaliste et résulte éventuellement de faits marquant sans équivoque l'intention de profiter de la stipulation, ainsi, par exemple l'assignation du promettant en paiement par le bénéficiaire⁸³.

Cette précision faite, la stipulation pour autrui, à l'instar de la délégation imparfaite ne présente pas moins de similitudes avec la cession de dette. En effet, la stipulation pour autrui permet aussi une reprise de dette indirecte⁸⁴. Ainsi, c'est

lorsque la cession de dette va être libératoire qu'apparaîtront vraiment la spécificité de ce mécanisme et la nouveauté qu'il introduit dans le droit positif. De la sorte, on pourra alléguer que la cession de dette est non seulement libératoire, mais a aussi un réel effet translatif. En matière de cession de dette, on a pu affirmer avec beaucoup de simplicité que le cédant est simplement garant. Or, cette affirmation contraste avec la complexité théorique de l'hypothèse⁸⁵. En effet, le transfert de la dette s'accompagne de la création ex-nihilo et sans concours du créancier d'une obligation de garantie à son égard. Ce mécanisme évoque une manière d'engagement unilatéral ou une sorte de stipulation pour autrui où le stipulant serait également un promettant en second. Mais, la cession de dette ne peut être libératoire que lorsque le créancier donne expressément son accord. Telle serait probablement la véritable cession de dette.

II. La cession de dette libératoire : véritable cession de dette

La cession de dette peut être réellement libératoire, c'est-à-dire qu'elle peut entièrement

⁸⁰ Par exemple, au profit de créanciers sociaux, de salariés : cf. CA Toulouse, 4^e ch., 31 mai 1990, JCP E 1991, II, 157, note ARSEGUÉL ; ou encore au profit des héritiers du cédant : cf. CA Paris, 5^e ch. B, 22 janv. 1999, consorts Burtin c/Lavau, *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 554, note LAUDE.

⁸¹ V. en ce sens : V. [BALESTRIERO](#), La stipulation pour autrui tacite, thèse, Nancy 2, 1994 ;

⁸² cf. T. com. Paris, 14 sept. 1983, *RJ com.* 1984, p. 297, note de FONTBRESSIN, *RTD civ.* 1985, p. 370, obs. MESTRE ; [Cass. com., 4 nov. 1987, n° 85-13.658](#), Bull. civ. IV, n° 220.

⁸³ T. com. Paris, 14 sept. 1983 et [Cass. com., 4 nov. 1987, n° 85-13.658](#) ;

⁸⁴ V. en ce sens, A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LGDJ-Domat, 2017, n° 737. En effet, le stipulant contracte avec le promettant afin qu'il paie directement le bénéficiaire, le promettant s'engage ainsi directement à payer le créancier du stipulant. La stipulation constitue ainsi une reprise indirecte de dette et permet d'éteindre une dette initiale préexistante, celle stipulant à l'égard du tiers bénéficiaire. Elle repose aussi sur la création d'une obligation nouvelle du promettant, obligation nouvelle qui se vient superposer à

l'obligation initiale qui existe entre le promettant et le stipulant. Et comme pour la délégation, il est possible de moduler l'obligation du promettant à l'égard du tiers bénéficiaire en alignant dans le contrat de stipulation, la dette du promettant envers le bénéficiaire sur celle du stipulant à l'égard du bénéficiaire de sorte que le promettant pourra lui aussi opposer au bénéficiaire toutes les exceptions qu'aurait pu lui opposer le stipulant). Il est d'ailleurs parfois malaisé de distinguer la stipulation pour autrui de la délégation imparfaite (V. par ex. Cass. 3^e civ., 5 mars 2008, n° 06-19.237, Bull. civ. III, n° 39 : *JCP E* 2008, 1774, note R. MARTY). Toutefois, il existe un critère de distinction entre les deux mécanismes : dans la stipulation pour autrui, le bénéficiaire obtient un nouveau droit de créance à partir d'un contrat auquel il n'est pas parti (le contrat conclu entre le stipulant et le promettant) tandis que dans la délégation simple, le délégataire tient son nouveau droit de créance d'un contrat auquel il est parti, du contrat qu'il conclut directement avec le délégué.

⁸⁵ D. HOUTCIEFF, « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Droit et Patrimoine*, N° 249, 1er juillet 2015.

libérer le cédant. Encore faudrait-il que le cédé ait expressément consenti à cette libération du cédant. Ainsi, la cession de dette devient donc libératoire et se voit reconnaître un véritable effet translatif (A). Pourtant, cet effet translatif de la dette n'est pas parfait, car il ne se retrouve pas pleinement dans le régime du maintien des sûretés garantissant l'obligation transférée (B).

A. Le consentement du cédé à la libération du cédant : gage d'un effet translatif

S'il est vrai, comme nous venons de le voir, que l'accord simple du cédé ne suffit pas à libérer totalement le cédant, son accord express contient beaucoup plus de vertus. Ainsi, il libère le cédant à l'égard du cédé, en transférant le poids de la dette au cessionnaire (1), et ceci à travers un mécanisme de transfert efficace (2).

1. Un consentement transférant le poids de la dette au cessionnaire

L'effet translatif de la cession de dette procède du consentement exprès du créancier⁸⁶ visant à libérer le débiteur⁸⁷. En effet, lorsque le créancier consent expressément à libérer le débiteur, la cession de dette devient alors translatrice. C'est-à-dire que le cédant est libéré, de sorte que la dette à l'égard du cédé ne se trouve plus dans son patrimoine, mais dans l'unique patrimoine du cessionnaire, seul et unique débiteur du cédé. Tout au moins, il y a un véritable effet translatif de la dette, d'un patrimoine vers un autre, ce qui donne à affirmer qu'il s'agit bien d'une cession de dette, car c'est la dette d'origine que reprend le

débiteur substitué, autrement dit le cessionnaire.

Le cessionnaire doit payer le créancier. De plus, parce que cette opération effectuée un transfert de la dette d'origine dans le patrimoine du cessionnaire, elle marque l'autonomie de ce mécanisme par rapport aux techniques de reprise indirecte de la dette qui reposent sur la création d'une obligation nouvelle du débiteur adjoint. C'est le cas de la novation par changement de débiteur, de la délégation et de la stipulation pour autrui. Ainsi, il convient de relever que lorsque le créancier décide de libérer le débiteur initial, celui-ci, en cas de défaillance de cessionnaire ne peut alors pas se tourner vers le cédant, dans la mesure où, par sa libération par le cédé, il n'entretient plus aucun lien avec le débiteur initial. Cela témoigne d'un véritable mécanisme de cession de dette, opérant ainsi un véritable effet translatif de la dette, du patrimoine du cédant au patrimoine du cessionnaire.

2. Un mécanisme de transfert efficace : le *debitum* et l'*obligatio*

La transmission passive de l'obligation n'est pas concevable de prime abord. Pourtant, à l'instar de la cession de créance, la dette peut circuler, elle peut passer d'un patrimoine vers un autre, elle peut être appréhendée, non comme un lien purement personnel, mais aussi comme une valeur

⁸⁶ Par ailleurs, Le consentement du créancier est une condition fondamentale de la cession, tous les auteurs l'avaient déjà relevé (GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898, p. 10-11 ; SALEILLES, « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial*, 1890, p. 2-3 ; ANDREU *Du changement de débiteur*, 2010, Nouvelle bibl. thèses, Dalloz, *passim*). Cependant, la justification de cette exigence n'est pas aisée à identifier. Majoritairement, les auteurs optent pour un *intuitu personae* présent dans tout lien d'obligation qui

conduit à rendre incontournable le consentement du créancier (ANDREU, *Du changement de débiteur*, 2010, Nouvelle bibl. thèses, Dalloz, n° 68, p. 93). De notre point de vue, la raison tient à l'existence du gage général du créancier (C. civ., art. 2284). Lorsque le créancier change de débiteur, le gage général (c'est-à-dire l'ensemble des biens qui répondent de la dette) se trouve forcément modifié (ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2001. 5, n° 7).

⁸⁷C. civ., art. 1327-2.

patrimoniale ou économique. C'est ainsi qu'elle est susceptible de circuler d'un patrimoine vers un autre⁸⁸. Cette logique pourrait s'appuyer sur une analyse dualiste de l'obligation qui se décompose en une « prestation » (*le debitum*), qui doit être exécutée par le débiteur, et un lien personnel, l'obligation (*l'obligatio*), le pouvoir⁸⁹ de contrainte dont dispose le créancier à l'égard du débiteur⁹⁰. On retrouve cette analyse dualiste de l'obligation dans la nature de l'obligation solidaire qui repose sur un principe de l'unicité de la dette (la prestation à exécuter, le *debitum*) et une pluralité de liens obligatoires (*l'obligatio*). Au regard de cette analyse dualiste, c'est la valeur objective que représente la prestation qui doit être exercée et qui est transférée, donc le *debitum*. Tout au plus, le transfert de la dette porte sur la prestation à exécuter, qui est reprise par le nouveau débiteur et que celui-ci s'engage à exécuter à la place du cédant. En ce sens, se noue, de par la cession, un lien personnel d'obligation entre le cédé et le cessionnaire. La cession de dette marque donc la différence qui existe entre la dette et l'obligation. En effet, la dette, dans un sens technique, s'identifie à la prestation qui doit être exécutée, donc le *debitum* et c'est cette prestation à exécuter, donc l'élément objectif du rapport d'obligation, qui est transférée au cessionnaire. On scinde alors l'obligation au sens large en deux éléments constitutifs :

d'une part, la dette, la prestation à exécuter (*le debitum*) et, d'autre part, le lien d'obligation (*l'obligatio*) qui correspond au lien personnel unissant le créancier au débiteur et en vertu duquel le premier dispose d'un pouvoir de contrainte contre le second, afin qu'il exécute la prestation due. La dette constitue alors une objectivation de l'obligation : elle se définit précisément comme la prestation due. Le transfert de la charge de la dette s'analyse ainsi comme le transfert au nouveau débiteur de la prestation à exécuter (*le debitum*), le lien personnel d'obligation (*l'obligatio*) entre le cédant et le cédé s'éteignant dans le cas d'une cession de dette libératoire (et auquel se substitue alors un nouveau lien personnel d'obligation entre le cessionnaire et le cédé, le cessionnaire reprenant l'engagement personnel d'exécuter la prestation au profit du cédé). Seule la dette d'origine (*le debitum*) est transmise. Le régime des exceptions opposables par le débiteur va en ce sens, puisque le premier ne peut opposer au second les exceptions qui sont personnelles au débiteur⁹¹, ce qui montre que le lien personnel d'obligation qui unit le cessionnaire et le cédé n'est pas le même que celui qui unissait le cédant au cédé. De la sorte, à la différence de la cession de dette non libératoire, la cession de dette libératoire opère un vrai transfert de la dette au cessionnaire, notamment au niveau du rapport d'obligation. Ainsi, on dit de la cession de dette libératoire qu'elle emporte

⁸⁸ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, préc. pp. 31-32 et p. 537. Dans le même sens, R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1925, pp. 71-74, spéc. p. 74, où l'auteur considère, à propos de la transmission passive de l'obligation, que le contenu de la dette est le *praestare* (la prestation), et que ce *praestare* a, en tant que tel, une valeur indépendante de la personne et qu'il peut circuler comme tel (ce

que veut le créancier, c'est la « prestation » qui constitue donc la substance de la dette).

⁸⁹ Sur la notion de pouvoir : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1986.

⁹⁰ E.-A. POPA, Les notions de « *debitum* » (*schuld*) et « *obligatio* » (*haftung*) et leur application en droit français moderne, préf. R. DEMOGUE, thèse, Paris, E. Muller, 1935 ; F.-K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse, Paris, Dalloz, 1963.

⁹¹ C. civ., art. 1327-2.

une reprise de la charge de la dette par le cessionnaire, puisque ce dernier prend l'engagement en lieu et place du cédant d'exécuter, au profit du cédé, la prestation (*le debitum*) à laquelle elle correspond.

Par ailleurs, à propos de l'opposabilité des exceptions affectant l'obligation, il convient de relever que le régime applicable dans la cession de dette libératoire est identique à celui de la cession de dette non libératoire. En effet, l'article 1328 du Code civil s'applique indistinctement aux deux types de cession de dette. De ce fait, le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions qui lui sont personnelles, mais pas les exceptions qui sont personnelles au cédant, alors que dans la cession de créance, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire certaines des exceptions personnelles du cédant⁹².

B. Le sort des sûretés dans la cession de dette

La cession de dette du cédant au cessionnaire emporte, en principe, transfert de la dette du patrimoine du débiteur principal au patrimoine du deuxième débiteur. Ce qui signifie que les

sûretés grevées sur cette dette s'éteignent. Ceci nous rappelle le principe suivant lequel l'accessoire suit le principal (1). Mais, cette règle n'a pas trouvé un écho favorable aux yeux du législateur de l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 (2).

1. Le maintien des garanties par la simple théorie de l'accessoire

La théorie de l'accessoire n'est pas nouvelle en droit ; elle pourrait se résumer à un constat dressé par Boileau dans son *Art poétique*, lorsqu'il écrit : « Souvent trop d'abondance appauvrit la matière. »⁹³ À tout le moins, la théorie de l'accessoire connaît d'application variées dans tous les domaines du droit. De l'avis de beaucoup, « il n'y a presque aucune des affaires qui se traitent entre les hommes, dans laquelle il ne se trouve une chose principale et des choses accessoires. »⁹⁴ Inévitablement, on s'aperçoit alors que « l'idée d'accessoire est trop diffuse et diffusée à travers les diverses branches du droit pour que n'en résulte pas un affaiblissement de la notion. »⁹⁵ La théorie de l'accessoire est caractérisée par sa polysémie et par les incohérences qui l'émaillent. Sa polysémie apparaît d'abord, entre les différentes branches du droit qui y recourent. En effet, le terme d'accessoire est connu non seulement du droit des biens⁹⁶ et du droit des sûretés⁹⁷, mais encore du droit des contrats⁹⁸ et des obligations⁹⁹, des régimes

⁹² C. civ., art. 1324.

⁹³ N. BOILEAU, *L'art poétique*, Chant III, vers 256.

⁹⁴ M. D. DALLOZ AINE, M. ARMAND DALLOZ, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, tome II, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1845, v° Accessoire, p. 220, n° 1.

⁹⁵ A.S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso éditions, 2010, spéc. n° 46, p. 45.

⁹⁶ Par le phénomène de l'accession, la propriété du bien principal s'étend à tous les accessoires qui s'y unissent ou sont produits par lui.

⁹⁷ Les droits consentis à un créancier à titre de sûreté sont accessoires à sa créance, ce qui entraîne nombre

de conséquences sur leur régime. (Voir en ce sens : M.-E. MFINI, *op. cit.*, p. 67).

⁹⁸ Au sein d'un contrat unique, on distingue les obligations principales, qui forment le cœur même de l'engagement des parties, des obligations accessoires, qui sont induites par les premières ou qui, si elles ont été expressément prévues par les parties, ne constituent pas la matière essentielle de leur engagement. On désigne par-là les obligations de renseignement et de conseil, les obligations de sécurité, d'assistance, etc. En outre, la notion d'accessoire est notamment visée par l'article 1615 du Code civil qui, en matière de vente, impose la délivrance non seulement de la chose vendue, mais également de ses accessoires.

⁹⁹ La cession d'une créance emporte transmission de ses accessoires, au sens de l'article 1692 du Code civil.

La cession de dette

matrimoniaux¹⁰⁰, de la propriété littéraire et artistique¹⁰¹, du droit du travail¹⁰², de la propriété publique¹⁰³, de la procédure civile¹⁰⁴, du droit commercial¹⁰⁵... Dans ces occurrences, en outre, chaque fois le concept semble revêtir une signification différente. Ainsi, l'accessoire du droit des biens est celui qui s'incorpore ou qui est produit par une chose, alors que l'accessoire du droit des sûretés est un droit affecté à la garantie d'une créance principale, sauf quand le terme s'applique à une dette, auquel cas il désigne les intérêts, frais et pénalités qui accompagnent celle-ci. En revanche, la propriété intellectuelle attache à la représentation « accessoire » d'une œuvre l'idée d'un élément secondaire, de moindre importance, parce qu'il relève de l'arrière-plan ; tandis que le droit du travail désigne comme accessoires du salaire les formes de rémunération qui sont en réalité des compléments du salaire ; le droit commercial, enfin, utilise l'expression de commercialité par accessoire pour l'opposer à la commercialité par nature, fixée par la loi, alors pourtant que la première ne repose pas uniquement sur un lien

d'accessoriété¹⁰⁶. Aussi, il arrive que la polysémie de la notion apparaisse au sein d'une même branche du droit. Il faut alors y prendre garde, car cette polysémie joue parfois des tours. En ce sens, on pourrait s'émouvoir de la place du droit de servitude au sein des classifications traditionnelles du droit des biens : droit accessoire à la propriété du fonds dominant auquel elle est affectée, la servitude n'est pas pour autant qualifiée de droit réel accessoire. On a pu soutenir en doctrine que cela se conçoit, si l'on tient compte de ce que la catégorie des droits réels accessoires renvoie non pas à la notion d'accessoire par affectation, mais seulement à l'idée que le droit réel porte sur la valeur de la chose lorsqu'il est accessoire, et sur sa matérialité lorsqu'il est principal¹⁰⁷.

Cette précision faite, la théorie de l'accessoire ici évoquée intéresse la matière du droit de obligations, particulièrement le régime de la cession de dette libératoire. Mais, c'est aussi au regard du droit des sûretés que cette théorie nous intéresse. Or, en droit des sûretés, l'accessoire est un principe de longue date, et se

¹⁰⁰ L'article 1406 du Code civil délimite la catégorie des biens propres par accessoire.

¹⁰¹ La théorie dite de l'arrière-plan (v. P.Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7^{ème} éd., PUF, 2010, n° 108 et s., p. 122 et s. ; F. POLLAUD DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 819 et s., p. 519 et s.), fondée sur la notion d'accessoire, permet de faire échec au droit de représentation ou de reproduction de l'auteur de l'œuvre : la reproduction non autorisée d'une œuvre par un tiers est licite dès lors que l'œuvre protégée n'apparaît dans la reproduction qu'à titre accessoire.

¹⁰² La rémunération est définie par l'article L. 3221-3 ?? du Code du travail comme « le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier » ; à ce titre, le logement fourni par l'employeur pourra être considéré comme un accessoire du salaire.

¹⁰³ L'application de la théorie de l'accessoire permet d'inclure dans le domaine public des biens qui n'en font pas partie par leurs caractères propres, mais qui vont y être rattachés en raison d'un lien physique ou fonctionnel d'accessoire à principal qu'ils entretiennent avec une dépendance domaniale.

¹⁰⁴ L'article 328 du Code de procédure civile opère une distinction entre les interventions principales à l'instance qui supposent un droit d'agir chez leur auteur (CPC, art. 329), et les interventions accessoires qui, appuyant les prétentions d'une partie, sont recevables dès que leur auteur y a un intérêt quelconque pour la conservation de ses droits (CPC, art. 330), ce qui justifie que l'intervention « accessoire » soit également parfois dénommée intervention « conservatoire. »

¹⁰⁵ Certains actes sont dits commerciaux par accessoire, lorsqu'ils se rattachent à un acte de commerce par nature ou sont accomplis par un commerçant dans le cadre de son activité. La loi ne réputant commerciaux que certains actes qu'elle énumère expressément, le recours à la théorie de l'accessoire permet d'inclure dans le champ du droit des affaires des actes qui gravitent autour de ces actes de commerce par nature ou par la forme, qui les préparent ou les complètent.

¹⁰⁶ Pour être commercial, l'acte civil par nature ne doit pas simplement être accessoire à une activité commerciale ; il doit encore être effectué par une personne ayant la qualité de commerçant (du moins dans la commercialité subjective par accessoire).

¹⁰⁷ On pourrait d'ailleurs s'interroger sur la pertinence même de la distinction entre droit réel accessoire et droit réel principal.

conçoit au regard de la créance principal. Ainsi, l'extinction de la créance emporte en principe extinction de la garantie. Aussi, la transmission de la créance emporte-t-elle automatiquement transmission de la garantie. Dès lors, dans la mesure où la cession de dette libératoire opère un transfert de la dette du patrimoine du cédant au patrimoine du cessionnaire, il est logique d'alléguer que les sûretés consenties pour garantir la dette transférée soient, elles aussi, automatiquement maintenues. Tout au plus, la cession de dette impose aussi le transfert des accessoires de la dette, dont, entre autres, les sûretés. La doctrine a pu relever que le maintien des droits accessoires que constituent les sûretés devait être une conséquence du caractère translatif de la cession de dette. En effet, au nom du principe largement connu des juristes selon lequel l'accessoire suit le principal, les sûretés doivent en principe suivre la dette transférée¹⁰⁸. Pourtant, telle ne fut pas la position adoptée par l'article 1328-1 du Code civil.

2. La survie des garanties subordonnée à l'accord des garants

Aux termes de l'article 1328-1 du Code civil, lorsque le débiteur d'origine est libéré, « les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. » Les tiers concernés par la cession en dehors du cédé sont principalement ceux qui ont souscrit une garantie (cautionnement, hypothèque, etc.). La décharge accordée par le créancier au cédant entraîne extinction des sûretés sauf accord des garants. Ainsi, en cas de cession de dette translatrice, les sûretés qui garantissaient la dette transférée ne sont pas maintenues et s'éteignent avec la libération du cédant. Exceptionnellement, si les tiers garants consentent expressément au maintien des sûretés existantes, celles-ci continueront à garantir la dette reprise par le cessionnaire.

¹⁰⁸ V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », art. préc., n° 14.

L'idée peut paraître absurde sur le fondement de l'accessoire qui devient le principal, pourtant, elle est ingénieuse, car elle vise à protéger les tiers garants qui se sont engagés en considération de la personne du cédant, donc un engagement *intuitu personae* et qui ne doivent pas se retrouver à garantir une dette d'un autre débiteur dont l'insolvabilité leur est inconnue, parce que, le droit du crédit est un droit du risque¹⁰⁹ et le garant qui s'engage le fait en considération de la situation patrimoniale du débiteur. Ainsi, le régime du maintien des sûretés que propose l'article 1328-1 du Code civil est proche de celui de la novation par changement de débiteur et de la délégation parfaite, alors cependant que cette opération (novation par changement de débiteur) n'est pas translatrice, elle est *a contrario* créatrice d'une nouvelle obligation et extinctive de l'obligation initiale. En effet, la novation par changement de débiteur, tout comme la délégation parfaite, est une opération substitutive et extinctive. Dans la novation par changement de débiteur, une nouvelle obligation se substitue à l'obligation ancienne, c'est-à-dire, à l'obligation initiale qui est alors éteinte, tandis que dans la cession de dette libératoire, il y a un transfert de la dette d'origine qui est reprise par le nouveau débiteur. Ainsi, à la cession de dette, à la différence de la novation par changement de débiteur, ne produit donc aucun effet extinctif, dans la cession de dette libératoire, il y a libération du débiteur initial sans que ne se produise aucun effet extinctif, la cession de dette impliquant alors une libération du débiteur initial sans extinction de l'obligation. Pourtant, en dépit de cette distinction, la novation par changement de débiteur, notamment la délégation novatoire, se rapproche, par son effet, de la cession de dette libératoire, puisqu'un nouveau débiteur se substitue à un débiteur initial qui est donc libéré, ce qui signifie une circulation indirecte de la dette. Si, par finalité, les deux opérations sont proches, il

¹⁰⁹ M.-E. MFINI, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, 1^{er} éd., CREDIJ, préf. S.D. NDIR, 2024 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 16^{ème} éd., 2024.

subsiste néanmoins d'irréductibles différences techniques. Car, l'article 1328-1 du Code civil dispose qu'en cas de cession de dette avec décharge du cédant, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord, ce qui implique *a contrario* que les sûretés réelles consenties par le cédant sont automatiquement maintenues. C'est dire que dans la cession de dette libératoire, il y a un transfert automatique des sûretés réelles consenties par le cédant qui se transforment alors, par la seule cession opérée, en « sûretés réelles pour autrui ».¹¹⁰ Ce transfert automatique n'existe pas dans la novation par changement de débiteur. À tout le moins, dans la novation par changement de débiteur, il faut recueillir l'accord exprès du débiteur initial pour que les sûretés réelles qu'il a consenties soient maintenues dans le cadre d'une novation par changement de débiteur¹¹¹. Ainsi, il est possible de déduire que la cession de dette présente un avantage pour le cédé, avantage qui repose sur l'idée que la cession de dette est une opération translative et que certains accessoires doivent suivre la dette, même si cette règle est atténuée. En somme, la cession de dette libératoire instaure une nouveauté et consacre une véritable reprise de dette par un tiers : le cessionnaire.

Conclusion

Au terme de cette étude, il importe de retenir

que la cession de dette est une opération juridique qui pose beaucoup plus de problèmes qu'elle n'en résout, en ce qu'elle présente un double visage juridique car, elle peut être tantôt cumulative, tantôt translative. La cession de dette est dite cumulative, en raison simplement « du cumul de débiteurs¹¹². » En effet, lorsque le cédé ne décharge pas le cédant, ce dernier, en dépit de la réalisation de la cession de sa dette, demeure tenu à l'égard du créancier cédé. Le créancier cédé se trouve donc en présence de deux débiteurs, le cédant et le cessionnaire, c'est-à-dire celui qui a acquis la dette. En réalité, et conformément à l'article 1327-2 du code civil, « le cédant reste solidairement tenu au paiement de la dette. Cette solution, comme il a été démontré, peut paraître curieuse dès lors que le cédant avait exprimé la volonté de ne plus être débiteur et de voir sa dette effacée : il devient un codébiteur solidaire non intéressé à la dette. »¹¹³ Cette situation est paradoxale dans le « système unitaire de l'obligation¹¹⁴ », puisque l'on ne devrait pas pouvoir être débiteur tout en étant désintéressé de dette. Seule la conception élémentaire de l'obligation¹¹⁵, particulièrement adaptée au régime de « la solidarité passive¹¹⁶ », permet d'expliquer le paradoxe. De ce point de vue, la cession de dette cumulative n'a donc rien de paradoxal si l'on admet que le cédant se décharge de la dette (partie la contribution) sans être libéré de

¹¹⁰ Ch. PREVOT, *La sûreté réelle pour autrui*, thèse, 2017, Guyane ; S. PRIVENT, *L'engagement pour autrui*, thèse, Rennes 1, 2001 ; M.-E. MFINI, « Sûretés réelles pour autrui : l'ordonnance française n°2021-1192 vient de brouiller les cartes », *RADBB*, vol. 2, n° 8, 2023.

¹¹¹ J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., n° 40 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., ss. art. 1328-1, pp. 678-679.

¹¹² En ce sens, lire A. HONTEBEYRE, « Banc d'essai pour la reprise de dette », *RDC* 2018/2, p. 314.

¹¹³ Voir J.-B. BOTTIN, « L'effacement des dettes par le jeu des opérations sur obligations, Quand libérer n'est pas décharger », in *L'effacement des dettes*, colloque CERDP Nice, L'harmattan, 2022, p. 224-225.

¹¹⁴ J.-B. BOTTIN, *op. cit.*, n° 20, p. 225.

¹¹⁵ La conception élémentaire de l'obligation mérite une attention particulière. Elle conduit à voir dans l'obligation deux éléments de substances différentes. Selon le contexte doctrinal dans lequel la conception élémentaire a été développée, ses éléments constitutifs peuvent être nommés *debitum* et *obligatio*, *Schuld* et *Haftung*, Dette et Responsabilité, Devoir et Engagement, mais évoquent toujours deux rapports d'une même obligation : la contribution (*debitum*, *Schuld*, Devoir, Dette) et la coercition (*obligatio*, *Haftung*, Engagement, Responsabilité), in *L'effacement des dettes*, colloque CERDP Nice, L'harmattan, 2022, p. 211-212.

¹¹⁶ En effet, le régime de la solidarité passive prévoit, dans un premier temps, que le cédant solvens détermine sa part contributive (article 1317 al. 1) puis, dans un second temps, qu'il exerce son recours contributif contre le cédant et pour le tout (article 1317 al. 2).

l'obligation, étant tenu au titre de garant (partie de l'obligation). On pourrait, à ce stade, dire que le paradoxe n'est qu'apparent si l'on recourt à la conception élémentaire de l'obligation. La cession de dette cumulative permet bien un effacement¹¹⁷ des dettes non libératoires.

caractère dualiste de la cession de dette procure une protection à géométrie variable au cédé. Sans doute, ce caractère dualiste contribuerait à rendre cette institution efficace et attractive, le cédant, tantôt garant, tantôt homme libéré de toute charge.

En matière de dette, le temps a permis de dégager certains principes qui ont presque pris la forme d'adages¹¹⁸. Le « *droit de ne pas payer ses dettes*¹¹⁹ » que l'on voudrait reconnaître au débiteur s'oppose à celui du créancier à percevoir son dû. Il en est de même à l'occasion d'un transfert de dette, puisque « la créance vaut ce que vaut le débiteur¹²⁰ » et « nul ne peut être contraint de changer de débiteur¹²¹ ». Ainsi, substituer un débiteur insolvable à un autre qui était solvable ne devrait pas être possible sans le consentement du créancier. En effet, la cession de dette translative est une opération juridique qui consiste à libérer définitivement le cédant à l'égard du cédé. Mais, il faut noter que cette libération est conditionnée par le consentement exprès du cédé. Pour une partie de la doctrine¹²², ce consentement, contrairement au précédent, doit être donné en toute connaissance de cause. En d'autres termes, il doit être caractérisé, c'est-à-dire non équivoque. Ceci est d'autant plus vrai que la cession de dette translative scelle le destin du cessionnaire. Il devient véritablement débiteur, ce qui n'est pas le cas dans la cession de dette cumulative. Toutefois, il faut indiquer que la cession de dette translative comporte une part de risque. Ce risque pourrait se traduire par l'insolvabilité du cessionnaire débiteur. Et le cédé n'a pas beaucoup de marge de manœuvre pour exiger le paiement de son dû. Somme toute, il est important de constater que le

¹¹⁷ En effet, à l'occasion d'une cession de dette, la dette est effacée du passif du cédant pour être inscrite à celui du cessionnaire. Bien qu'elle ait été effacée du patrimoine du cédant, c'est la même dette que l'on retrouve au passif du cessionnaire. Son effacement n'est donc pas synonyme d'extinction.

¹¹⁸ J-B BOTTIN, *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁹ Lire à propos, G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D. Hebdo*, 1936, p. 57 ; P. ANCEL, « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Dr. patr.*, mai

1998, n° 60 ; E. PUTMAN, « Retour sur le droit de ne pas payer ses dettes », *Memoriam Georges RIPERT*, *RRJ* 1994- I, p. 109.

¹²⁰ Lire à propos, H. L. et MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, tome 2, 9 éditions, 1998, n° 1277, p. 1297.

¹²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, tome 4, 22^{ème} éd., PUF, 2000, n° 322, p. 570.

¹²² J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 619, p. 610.

REGLEMENTATION DE LA BILLETTERIE SPORTIVE EN COTE D'IVOIRE

Par

Adongon Sylvain LAUBOUE

Docteur en Droit privé,

Assistant à l'UFR des Sciences Juridiques,

Université Jean Lorougnon GUEDE de DALOA (CÔTE D'IVOIRE).

RESUME

Le billet sportif permet au spectateur d'assister à la manifestation sportive organisée par l'organisateur ou producteur. L'application du régime contractuel à la billetterie sportive permet de découvrir que la billetterie est régie par le contrat de prestation de services dont la preuve est fondée sur le billet sportif. En outre, la billetterie sportive est incorporée dans le droit spécial du sport qui octroie des prérogatives aux contours non définis. Il va donc s'agir d'assurer la protection de la billetterie qui se fait partiellement par les outils du droit civil que sont la violation des obligations contractuelles et la concurrence parasitaire. Ces limites imposent au législateur ivoirien d'instaurer une infraction spécifique en matière pénale qui en plus de l'escroquerie et de l'abus de confiance, permettra de lutter contre l'activité spéculative de ceux qui possèdent les billets sportifs et qui les commercialisent à des prix exorbitants.

Mots-clés : *Billetterie, sport, contrat, protection.*

SUMMARY

The sports ticket allows the spectator to attend the sporting event organized by the organizer or producer. The application of the contractual regime to sports ticketing allows us to discover that ticketing is governed by the service provision contract, the proof of which is based on the sports ticket. In addition, sports ticketing is incorporated into the special sports law which grants prerogatives with undefined contours. It will therefore be a question of ensuring the protection of ticketing which is done partially by the tools of civil law which are the violation of contractual obligations and parasitic competition. These limits require the Ivorian legislator to establish a specific criminal offense which, in addition to fraud and breach of trust, will make it possible to combat the speculative activity of those who own sports tickets and who sell them at exorbitant prices.

Keywords: *Ticketing, sport, contract, protection.*

INTRODUCTION

Le sport au sens large, est toutes formes d'activités physiques qui, à travers une participation organisée ou non, ont pour objectif, l'expression ou l'amélioration de la condition physique et psychique, le développement des relations sociales ou l'obtention de résultats en compétition de tous niveaux¹. Par ailleurs, il est clair que l'expansion et la diversité de la pratique sportive font que le talent et le loisir des uns se conjuguent avec la compétence et le calcul des autres et que le dénouement n'exclut pas l'investissement². Il ressort de cela que le sport dont la dominante est l'effort physique, participe à la fois du jeu et du travail, pratiqué de façon compétitive, comportant des règlements et des institutions spécifiques et susceptible de se transformer en activité professionnelle³. Au sens strict, le sport est une activité physique, réglementée et codifiée par une instance

légiférante (les fédérations sportives nationales et internationales), qui se déroule dans un temps (calendrier) et un espace (le stade, la piscine, un circuit...) définis en vue d'une compétition visant l'accomplissement loyal d'une performance⁴. Le sport est considéré comme un ensemble d'exercices physiques pouvant s'organiser en jeux individuels ou collectifs obéissant à des règles spécifiques⁵. Le sport, pour le juriste, c'est d'abord le sport organisé⁶. La règle en sport est l'instrument par quoi se constitue l'activité⁷. Le sport est devenu un loisir collectif et un marché⁸. Ces croisements d'intérêts sont auscultés avec une sensibilité également partagée entre la chose juridique et la chose sportive⁹.

Ainsi, le sport est consubstantiellement noué au droit¹⁰. Le droit est une discipline sociale, c'est un outil de régulation des rapports sociaux. Il relève de la vie des

¹ Charte européenne du sport, annexe à la Recommandation n° R(92)13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la Charte européenne du sport, adoptée le 24 septembre 1992, texte in Le Conseil de l'Europe et le sport 1966-1998, volume I, Textes politiques et juridiques, CDDS (98) 90 Part. I, p. 97 ; en ligne sur (it. aj.).

² Fr. ALAPHILIPPE et J.-P. KARAQUILLO, *L'activité sportive dans les balances de la justice*, Préface de Robert Badinter, garde des Sceaux, ministre de la Justice, t. 1, p. VII, Dalloz, 1985.

³ J.-M. BROHM, *Sociologie politique du sport*, Nancy, P.U. de Nancy, 1992, p.89. Dans le même sens, cf. G. MAGNANE, *Sociologie du sport*, Paris, Gallimard, 1964, p.80.

⁴ P. ARNAUD, *Une histoire du sport (XIXe-XXe siècle)*, Documentation photographique (La Documentation française), n° 7029, juin 1995, p.1.

⁵ K. MBAYE, « Le sport et les droits de l'homme », *Rev. ol.*, déc. 1998 – janv. 1999, p.8.

⁶ M. GROS, P.-Y. VERKINDT, « L'autonomie du droit du sport, fiction ou réalité ? », *A.J.D.A.*, 1985, p.699

⁷ G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris, L.G.D.J., 1990, p.2.

⁸ Ph. JESTAZ, *Spectacle sportif et droit du sportif*, Postface in *Le spectacle sportif*, Publication de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, Centre de droit et d'économie du sport, Paris, P.U.F., 1981, p. 315.

⁹ Fr. ALAPHILIPPE et J.-P. KARAQUILLO, *L'activité sportive dans les balances de la justice*, Tome I, Dalloz, Droit et Economie du Sport, 1985, p.34 et s.

¹⁰ J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1997, p.44.

hommes en société¹¹. La relation entre droit et sport est l'indépendance du sport et de ses protagonistes par rapport au droit étatique¹². Il ressort de cela que le sport est une activité sociétale et économique majeure générant des enjeux juridiques importants issus entre autres du conflit entre les normes publiques et privées du mouvement sportif¹³. L'activité sportive se déroule effectivement en application d'une réglementation stricte, adoptée par les institutions responsables de chaque sport. La réglementation du sport est effectivement produite dans une large mesure par des institutions transnationales auxquelles sont subordonnées les organisations à champ de compétences nationales¹⁴ donnant lieu au droit spontané. Le droit spontané¹⁵ ou règle coutumière ou encore *lege sportivae* constitue l'ensemble des règles de droit nées directement du comportement des intéressés pour répondre à leurs besoins, en l'absence de toute

volonté normative¹⁶. La règle coutumière émanant des organisations sportives transnationales semblent s'agencer de telle sorte que l'ordre juridique du CIO¹⁷ fait office d'ordre juridique central du mouvement olympique, tandis que les règles sportives des fédérations internationales en constituent des ordres juridiques décentralisés. Cet ordre juridique central est par ailleurs enrichi par la contribution, selon des modalités distinctes, du Tribunal arbitral du sport et de l'Agence mondiale antidopage à une *lex sportiva* globale¹⁸. A ces règles, surtout en football, l'on peut associer celles régissant l'UFOA¹⁹, la CAF²⁰, la FIFA²¹, la Charte Olympique, voire le Code de l'arbitrage en matière de sport²². Il ressort de cela que la règle coutumière sportive internationale sert à réguler les rapports entre les États et les organisations sportives internationales²³ puisqu'il n'existe pas de liens plus ou moins

¹¹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2003, p.1.

¹² M. BADDELEY, *L'association sportive face au droit : les limites de son autonomie*, coll Collection genevoise, Bâle, Switzerland, Helbing&Lichtenhahn, 1994.

¹³ Y. AL ANBAGI, B. AGOSTINI-CROCE, C. BARANGER, J-C GUY, L. MARRONNIER, B. NEUFFER, A. OTSOMOTSI, *Le droit du sport*, Paris, Ellipses, 2024, 183p.

¹⁴ F. LATTY, *La lex sportiva – recherche sur le droit transnational*, Thèse de doctorat de droit, Université Paris X Nanterre, 12 décembre 2005, p.37 et s.

¹⁵ J.-P. KARAQUILLO, « Les normes des communautés sportives et le droit étatique », *D.*, 1990, chron., p.83

¹⁶ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, p.204.

¹⁷ Comité International Olympique.

¹⁸ F. LATTY, *La lex sportiva – recherche sur le droit transnational*, *Op. cit.*, p.57.

¹⁹ Union des Fédérations Ouest-Africaines de Football.

²⁰ Confédération Africaine de Football.

²¹ Fédération Internationale de Football Association.

²² E. L. KANGAMBEGA, « Le contrat de travail sportif à l'aune de l'arbitrage du droit étatique et des normes juridiques privées sportives », *Afrilex* janvier 2023, p.21.

²³ Voir D. REMY, *Le sport et son droit*, Paris, éd. Romillat, 1991, p. 10 ; Voir. J. GATSI, *Le droit du sport, Que sais-je ?*, Paris, P.U.F., 2000, 128 p. ; S. PAUTOT, *Le sport et la loi*, Paris, éd. Juris-Service, 1996, 343 p.



directs entre les deux entités découlant de deux ordres juridiques distincts²⁴. Dans ce contexte, la règle de droit revêt un aspect en quelque sorte originel²⁵. La discipline juridique régie à la fois par des normes privées et publiques, constitue une expression manifeste du pluralisme juridique²⁶.

On entend par norme sportive toute règle émanant d'une organisation sportive dont l'objet est de fixer les conditions du déroulement des diverses compétitions organisées par cette institution ou sous son égide²⁷. Il n'y a pas un ordre juridique sportif²⁸, il y a autant d'ordres juridiques qu'il y a d'entités sportives²⁹.

Le droit du sport permet de comprendre que le droit est au-delà des frontières artificielles de matières érigées pour des raisons universitaires³⁰. Le droit du sport

révèle un pluralisme d'ordres juridiques, privés et publics. En somme, le droit du sport repose sur une variété de données d'origines différentes³¹. En s'appuyant sur des règles variées, d'État et du mouvement sportif, les conflits qu'aurait engendrée la seule application de règles étatiques ou de règles du mouvement sportif opposées ou dont les finalités sont différentes sont ainsi contournés³². Il existe à côté de la société étatique, une société sportive privée à rouages internationaux et nationaux multiples, minutieusement et hiérarchiquement organisés. Et enfin, les usagers du sport, tout en étant citoyens d'État, vivent leur pratique, intégrés³³. Cela montre comment s'appréhende le droit dans un domaine largement dominé par des règles spécifiques³⁴.

Ainsi, la Côte d'Ivoire s'est dotée d'une

²⁴ J. C. BEKOMBO, *L'interaction entre la lex sportiva nationale et la lex sportiva internationale : réflexion à partir du cas du Cameroun*, Thèse de doctorat de droit, Université de Lyon, 2016, p.94.

²⁵ Ph. JESTAZ, *Spectacle sportif et droit du sport*, Postface in *Le spectacle sportif*, Publication de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, Centre de droit et d'économie du sport, Paris, *P.U.F.*, 1981, p.315.

²⁶ F. LATTY, *La lex sportiva – recherche sur le droit transnational*, Thèse de doctorat de droit, Université Paris X Nanterre, 12 décembre 2005, p.32.

²⁷ G. SIMON, « Valeur juridique des normes sportives », in *Lamy Droit du sport*, mai 2003, n° 112-10.

²⁸ L. SILANCE, *Les sports et le droit*, Paris, De Boeck Université, 1998, p.42.

²⁹ F. RIGAUX, Table ronde : « Le déclin du droit international classique ? », in H. GHERARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003, p. 328 ; Voir

aussi G. SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, n° 33, 2001, p.99.

³⁰ Voir D. REMY, *Sur le droit du sport*, Dalloz actu étudiant, 4 juillet 2024, 183p.

³¹ J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, 2e éd., Dalloz, 1997, p.2.

³² Voir S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, *Dalloz*, 1975 (rééd. 2002) ; L. SILANCE, « *La formation de la règle de droit dans le domaine sportif* », in *La règle de droit* (dir. de Ch. PERELMAN), Bruylant 1971 ; Ph. JESTAZ, « Des chicanes sur une chicane — Réflexion sur la nature de la règle sportive », *RJES* n° 13, 1990, p.3 ; B. FOUCHER, « Les litiges sportifs et le juge administratif », in *Mélanges D. LABETOUILLE*, Dalloz, 2007, p. 361 ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, *PUF*, 2012 ; F. Buy, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, *LGDJ*, 7^e éd., 2023.

³³ J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, 5^e éd. Dalloz 2024, p.2-5.

³⁴ J. GATSI, *Le droit du sport*, Coll. Que sais-je ?, Presse universitaire de France, 2009, p.3.



législation spécifique à savoir la Loi ivoirienne n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport³⁵, et le Décret d'application n° 2016-477 du 07 juillet 2016³⁶. Le droit légiféré aménagé pour le sport en droit ivoirien se présente comme le produit d'un dialogue normatif entre différents ordres juridiques. La coexistence des foyers normatifs d'ordres juridiques différents (loi spéciale aménagé pour le sport, droit commun, droit privé de la communauté sportive) sur l'espace ivoirien³⁷ est de nature à renforcer la légitimité de l'ordre juridique sportif³⁸.

On doit alors convenir que le sport exige une organisation dont l'un des maillons essentiels est la manifestation ou compétition sportive. La manifestation sportive se caractérise par un rassemblement plus ou moins ouvert de personnes, démonstration publique et collective participant à un événement

préparé à l'avance, démonstration organisée³⁹.

Pour assister à la compétition sportive, le spectateur doit avoir un billet fourni par l'organisateur d'activités sportives. L'organisateur d'activités sportives englobe donc non seulement celui qui met sur pied une épreuve ou un spectacle sportif, mais aussi celui qui fournit une prestation permettant la pratique d'un sport : exploitants d'installations sportives ou de salles de sports, ou encore éducateurs sportifs ou moniteurs travaillant de façon indépendante⁴⁰. On rappellera aussi que, selon la jurisprudence française, est organisateur non seulement le groupement sportif chargé de l'organisation des rencontres, mais aussi le club sportif qui reçoit, à l'exclusion toutefois des organismes de contrôle⁴¹. Il a été jugé en France, qu'un sponsor pouvait être organisateur d'activités sportives dès lors

³⁵ Loi ivoirienne n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport : Journal Officiel n° 13 du 12 février 2015.

³⁶ Décret n° 2016-477 du 07 juillet 2016 fixant les modalités d'octroi, de suspension, et de retrait de l'agrément aux associations sportives, aux fédérations sportives, aux groupements sportifs et aux sociétés, pris en application de la loi relative aux sports.

³⁷ En Côte d'Ivoire, la CAN 2023, organisé en 2024, a permis la construction de plusieurs stades dont : le Stade olympique d'Anyama d'une capacité de 60 000 places, le stade de Yamoussoukro de 20 000 places, le stade de San Pedro de 20 000 places, le stade de Stade de Korhogo de 20 000 places, sans compter les réhabilitations du stade d'Abidjan qui est passé de 25 000 à 40 000 places et du stade de Bouaké qui est passé de 25 000 à 40 000 places. La

CAN a attiré un nombre très important de spectateurs.

³⁸ A. N. KOBİ, « La réforme du sport au regard de la loi relative au sport en Côte d'Ivoire : Etude de droit comparé franco-ivoirien », Rapport de recherche final pour le Centre d'Études Olympiques du CIO Programme de bourses de recherche pour doctorants Édition 2018, Université AIX – MARSEILLE, 28 Décembre 2018, p.81.

³⁹ D. LUPIN et E. ROYER, *Organiser et gérer une manifestation Sportive culturelle professionnelle festive*, éd. Juris Association, juillet 2006, p.5.

⁴⁰ V. THOMAS, « L'accès du public : Le billet contrat d'accès au stade » in *Le stade et le droit*, (Dir. Gérald SIMON), Coll. Thèmes et commentaires, 1^{re} éd. Dalloz 2008, p.142.

⁴¹ Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 94-11.294, Bull. civ. I, n° 424. – Civ. 2^e, 6 févr. 1958, Bull. civ. II, n° 113.



qu'il a une maîtrise suffisante de celles-ci⁴². Mais dans le cadre de cette étude, nous allons retenir la fédération sportive et les structures délégataires.

Progressivement, le public s'est affirmé comme un élément à part entière du spectacle. Son engagement partisan, son soutien bruyant se sont institutionnalisés⁴³. Le spectateur dans un sens large, inclut toute personne autorisée à assister à la manifestation, même à titre gracieux, y compris par exemple les invités et les journalistes⁴⁴. Mais dans cette étude, nous retiendrons le sens strict du spectateur⁴⁵ à savoir, celui qui paie pour assister à la manifestation sportive.

La question des règles autour du sport, celles qu'il a forgées et celles qui lui sont imposées sont d'une sérieuse actualité et déterminent un intérêt majeur. Si les pratiques sportives sont devenues des éléments majeurs de notre société disposant de préjugés favorables pour la santé, le plaisir, l'insertion sociale et l'identification

communautaire, les dérives sont de plus en plus souvent soulignées⁴⁶. La billetterie est présente lorsque la compétition se déroule dans une enceinte sportive : un stade⁴⁷ ou un complexe sportif et lorsque cette compétition suscite l'intérêt du spectateur au point qu'il payera un certain prix pour y assister. Le billet formalise ainsi le contrat conclu entre l'organisateur de la manifestation sportive et le spectateur par lequel un organisateur s'engage en contrepartie d'un prix à assurer une manifestation sportive à un spectateur⁴⁸. À la billetterie papier, nous avons des e-billets, des QR codes dans nos boîtes mail, des données numériques qui, bien qu'efficaces pour le contrôle d'accès, ont perdu l'âme et l'émotion de ces souvenirs partagés⁴⁹.

L'intérêt de cette étude est que les réglementations présentent des insuffisances et défauts parfois importants, ce qui ne manque pas d'entraîner des problèmes juridiques notamment lors de

⁴² Paris, 14 mai 1998, Juris-Data n° 042233. – Rapp., pour une fédération en tant qu'elle fait participer une délégation à une compétition étrangère : Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, n° 04-13.958, pour un accident d'automobile survenu au Sénégal.

⁴³ N. HOURCADE, « La place des supporters dans le monde du football », *Pouvoir* 2002/2, n° 101, p.75-87, spéc. p.76.

⁴⁴ Civ. 1^{re}, 21 janv. 1981, Bull. civ. I, n° 26.

⁴⁵ Pour la définition et les types de spectateur, Voir N. HOURCADE, « La France des « ultra » », *Dans Société et Représentation*, 1982/2 (n° 7), p.241-261.

⁴⁶ Voir J.-C. BASSON, *Sport et ordre public*, coll. La sécurité aujourd'hui, Paris, La Documentation française, 2001.

⁴⁷ Monsieur Gérald SIMON définit le stade, comme le lieu spécialement aménagé pour la pratique d'un ou plusieurs sports. En effet, la pratique des sports suppose un aménagement spécial parce que le sport est lui-même une activité particulière. Dès lors il est logique que le lieu où cette activité s'exerce réponde lui-même à cette particularité : G. SIMON, « *Qu'est-ce qu'un stade* » in *Le stade et le droit*, (Dir. Gérald SIMON), Coll. Thèmes et commentaires, 1^{re} éd. Dalloz 2008, p.4.

⁴⁸ V. THOMAS, « L'accès du public : Le billet contrat d'accès au stade » in *Le stade et le droit*, (Dir. G. SIMON), Coll. Thèmes et commentaires, 1^{re} éd. Dalloz 2008, p.142.

⁴⁹ V. SANTACRUZ, « La billetterie de demain », *Jurisport* 2023, n°246, p.30.



leur mise en application. La multiplication des pratiques illicites de commercialisation de billets de spectacles sportifs prend une dimension préoccupante et constitue un véritable enjeu. Des problèmes majeurs peuvent affecter la billetterie. D'abord, il y a l'absence de garantie d'accès à l'événement sportif lié au risque de recevoir un billet invalide voire même de ne pas recevoir de billet. Ces prétendus distributeurs proposent des billets sans avoir l'assurance que la manifestation sportive aura lieu⁵⁰. Ensuite, la commercialisation de billets à des prix supérieurs à leur valeur initiale pénalise le spectateur, voire l'empêche de prendre des billets si ces derniers sont à un prix très élevé. Très vite, un marché secondaire s'est développé avec pour pratique, l'acquisition de billets pour des événements majeurs, dans le but de les commercialiser à un prix nettement supérieur. Sur ce marché secondaire la plus-value effectuée dépend directement de la pénurie de billets en circulation et donc de l'attractivité de cet événement aux yeux du public⁵¹. Cette pratique lèse d'une part le producteur, le surplus payé étant perçu uniquement par des intermédiaires, sans reversement à

l'organisateur⁵². Cette pratique porte atteinte d'autre part, à l'image et à la réputation des titulaires de droits et soulève des questions de respect de l'ordre public⁵³. Pour redorer l'image du marché secondaire et en tirer profit, les organisateurs de compétitions sportives multiplient les partenariats officiels avec des plateformes sécurisées. Certains privilégient le lancement de leur propre bourse aux billets officielle pour lutter contre le marché illicite. En amont, les spécialistes de la billetterie multiplient quant à eux les innovations technologiques pour sécuriser la billetterie.

Quel regard sur la réglementation de la billetterie sportive en Côte d'Ivoire ?

Le droit du sport renferme un grand nombre de règles dont les origines et les natures sont diverses. Ainsi se côtoient et/ou se superposent des règles privées, nationales et transnationales, issues de l'activité normative des institutions sportives, et des règles étatiques, règles de droit interne et de droit international, elles-mêmes de droit

⁵⁰ E. PAPIN, « La protection juridique du spectacle vivant et de sa billetterie », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°165, 1^{er} décembre 2019.

⁵¹ A. CASANOVA, « La reconnaissance implicite d'un droit voisin au profit du producteur de spectacles », *Lexbase Affaires* n°335 du 18 avril 2013.

⁵² R. HARDOUIN, « Premier bilan sur une tentative de démantèlement d'un modèle d'affaires », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 186, 1^{er} novembre 2021.

⁵³ R. HARDOUIN, « Premier bilan sur une tentative de démantèlement d'un modèle d'affaires », *Op. cit.*

commun ou de droit spécifique⁵⁴. De cela il découle, naturellement, que dans son organisation et dans son fonctionnement, la billetterie sportive subisse l'intervention des États, d'où l'application des règles du droit commun des États et l'application des dispositions spécifiques des États. Par la voie conventionnelle, les autorités publiques ont subordonné les règles et les actes sportifs à des catégories juridiques étatiques préexistantes⁵⁵. Malgré l'interventionnisme croissant de l'Etat et l'indéniable publicisation qui en résulte, le sport reste profondément ancré dans le droit privé. Le contrat constitue en effet l'élément fondateur de l'activité, et son rôle apparaît au grand jour à travers la façon dont s'organise la manifestation sportive⁵⁶. Le contrat apparaît comme la technique d'organisation de la billetterie. L'on pourrait donc reconnaître que l'existence d'un ordre juridique sportif tout entier est fondée sur le contrat pour permettre la distribution de la billetterie. Il conviendrait alors d'analyser le régime contractuel de la billetterie sportive.

Les réseaux de distribution de la billetterie sportive font fréquemment l'objet de la part de personnes qui cherchent ainsi à capter de

manière illicite une partie de la valeur économique issue des marchés de la billetterie. Or la billetterie est, d'une part, une source importante du financement des compétitions sportives et, d'autre part, un outil pour fidéliser le public. Il serait nécessaire et légitime de voir si les règles étatiques fournissent aux organisateurs de compétitions sportives, des outils efficaces pour lutter contre de telles pratiques⁵⁷. Cela nous permet d'intégrer dans notre réflexion, la protection de la billetterie sportive.

Toutefois, le constat que nous pouvons faire est qu'il y a une application imprécise du régime contractuel de la billetterie sportive d'une part (I), et d'autre part, une appréciation nuancée de la protection de la billetterie sportive (II).

I- Une application imprécise du régime contractuel

Le sport est devenu un loisir collectif et un marché. Ces croisements d'intérêts ont été auscultés avec une sensibilité également partagé entre la chose juridique et la chose

⁵⁴ Voir C. DUDOGNON, *Les sources du droit du sport*, Thèse de doctorat de droit, Université de Limoges, 2007.

⁵⁵ D. PAPANIKOLAOU, *L'ordre juridique sportif : mythe ou réalité ? : Contribution à une vision pluraliste du droit*, Thèse de Doctorat de droit, Bordeaux 4, 2008.

⁵⁶ Voir F. BUY, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, Thèse de doctorat de droit, Aix-Marseille 3, 2001.

⁵⁷ J. CAREL, R. KILLY, X. PRES, « Institutions - Manifestations sportives - Le contentieux de la billetterie dans le secteur sportif », *Jurisport* 2019, n°201, p.35.

sportive⁵⁸. La billetterie sportive naît d'un contrat qui est pris en compte dans la réglementation étatique. Toutefois, la billetterie sportive est intégrée dans le droit commun des contrats avec des concepts déformés d'une part (A) et d'autre part, elle bénéficie des prérogatives du droit spécial aux contours non définis (B).

A- Un contrat de droit commun aux concepts déformés

Le législateur ivoirien ne confère pas à la commercialisation de la billetterie un contrat spécifique. Il faut naturellement en déduire que ce contrat est régi par le droit commun des contrats.

Toutefois, l'on assiste à une déformation des concepts du droit des obligations contractuelles. Il s'agit d'un glissement sémantique qui peut avoir des incidences sur la nature réelle du contrat. Il est nécessaire d'affirmer une existence de la prestation de service au détriment de la vente (1) et une preuve de la prestation de service fondée sur le billet (2).

1- Une existence de la prestation de service au détriment de la vente

L'opération de commercialisation d'un billet de compétition ou de manifestation sportive est communément mais improprement appelée « vente ». L'on se focalise à tort sur la nature corporelle de moins en moins vraie du billet sportif. Mais sur quelle propriété porte ce contrat translatif ? Un service serait une chose ? Il s'agit d'un glissement sémantique déplorable qui se manifeste à travers l'emploi du mot « vente ». Cette situation conduit à une déformation conceptuelle : le billet se mue en chose⁵⁹.

Le contrat ici, c'est l'accès à la représentation d'un spectacle sportif. Il n'y a pas de transfert de propriété⁶⁰. Par conséquent, il y a une absence de contrat de vente⁶¹. C'est toute la différence entre la vente d'une chose⁶² et un contrat offrant un service contre un prix⁶³.

Le terme est inexact car l'acquisition de billet n'opère aucun transfert de propriété qui seul caractérise la vente. En outre,

⁵⁸ F. ALAPHILIPPE et J-P KARAQUILLO. *L'activité sportive dans les balances de la justice*, Tome I, Dalloz, Droit et Economie du Sport, 1985.

⁵⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2018, 10^e éd., n° 72.

⁶⁰ P.-Y. GAUTIER, « Il ne faut pas désespérer de la Cour de justice en matière de qualifications : « vendre » des billets n'en a que le nom trompeur, (note sous CJUE 31 mars 2022, aff. C-96/21, D. 2022. 700) », *RTD Civ.* 2022 p.412.

⁶¹ Article 1582 du code civil : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une

chose et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé ».

⁶² Article 1583 du code civil : « Elle est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé ».

⁶³ P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 67 ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, *Op. cit.*, n° 1403 : « ticket-contrat ».



l'expression « vente de services » parfois utilisée dans la pratique est inexacte et trompeuse. C'est pour cela que des auteurs relèvent qu'« il est important de toujours utiliser le mot juste »⁶⁴.

Le contrat de prestation de services est connu sous le nom de contrat d'entreprise ou encore de contrat de services. Il est défini à l'article 1710 du code civil sous le nom de « louage d'ouvrage »⁶⁵. Cette définition est trop large car prise ainsi, il est impossible de distinguer le contrat d'entreprise du contrat de travail ou du contrat de mandat⁶⁶. Aussi retient-on une autre définition envisageant le contrat d'entreprise comme le contrat par lequel une personne, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, charge une autre personne, l'entrepreneur ou le prestataire de services d'effectuer un travail moyennant rémunération, en toute indépendance contrairement au contrat de travail⁶⁷ et sans représentation à l'opposé du mandat⁶⁸.

Le contrat d'entreprise a vocation à rassembler de nombreuses activités humaines : celle de l'organisateur de

spectacles, du teinturier, du restaurateur, de l'éditeur, etc. La liste est longue et sans doute infinie⁶⁹, car la plupart des prestations de services peuvent se couler dans le moule juridique du contrat d'entreprise⁷⁰. Le contrat d'entreprise, en effet, est le contrat par lequel un entrepreneur s'engage moyennant rémunération à exécuter pour une personne, le client – le maître de l'ouvrage –, un ouvrage, un travail, de façon indépendante et sans pouvoir de représentation⁷¹.

Ce contrat réalise simplement un transfert de valeur, agrémenté d'une « valeur ajoutée » ou d'une plus-value⁷². Ce contrat est composé d'obligation de faire renvoyant à un travail humain, qui peut être purement intellectuel ou ayant pour objet un travail portant sur une chose : ce n'est pas l'objet de l'obligation qui importe, mais la mécanique de son exécution⁷³. Il y a lieu de constater qu'une telle relation contractuelle, qui porte essentiellement sur la cession d'un droit et non d'un bien, relève par défaut de la notion de contrat de service.

⁶⁴ P. MALINVAUD et N. BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, 22^e éd., LexisNexis, 2022, n° 59.

⁶⁵ Article 1710 du code civil : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix...* ».

⁶⁶ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 13^e éd. Dalloz 2022, p.555.

⁶⁷ Voir R. COGNARD, *Les contrats de travail dans le sport et l'e-sport*, 2^e éd. Juris Editions Dalloz 2022, 166 p

⁶⁸ Article 1984 du code civil : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne*

donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

⁶⁹ F. C. DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, C.-E. BUCHER, *Contrats civils et commerciaux*, 12^e éd. Dalloz 2023, p.716.

⁷⁰ Voir V. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002.

⁷¹ F. C. DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, C.-E. BUCHER, *Contrats civils et commerciaux*, *Op. cit.*, p.716.

⁷² D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 13^e édition, Dalloz, 2022, p.563.

⁷³ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, *Op. cit.*, p.563.



Il s'agit en réalité de la conclusion d'un contrat de prestation de services par lequel l'organisateur d'une manifestation sportive autorise son cocontractant à assister à la rencontre contre paiement d'un prix⁷⁴. C'est un contrat d'entreprise de la part de l'organisateur, qui peut également à titre accessoire louer un emplacement (siège) pour assister au match ou au spectacle sportif⁷⁵. En contrepartie de la prestation, le client paie un prix et s'engage à respecter les règles d'accès. C'est un contrat d'entreprise, mais aussi d'adhésion⁷⁶.

L'analyse permet de déterminer les deux parties au contrat d'accès dans l'enceinte sportive. La rencontre est organisée par une fédération⁷⁷ qui devient à ce titre, partie au contrat et l'autre partie, c'est le spectateur⁷⁸. Le contrat de prestation de service reçoit exécution au moment où le spectateur ayant payé le prix, entre dans l'enceinte sportive et il prend fin dès l'instant où le spectateur en sort. Il ressort de cela que l'organisateur doit garantir l'existence de la manifestation sportive. En revanche, il ne saurait en garantir la qualité dans la mesure où l'aléa

sportif l'interdit par hypothèse. Il ressort de cela que l'appréciation de la qualité d'une compétition ou manifestation sportive relève de la sensibilité et de la perception propres à chaque spectateur⁷⁹. Ainsi, le billet sportif constitue une preuve de l'existence du contrat de prestation de service.

2- Une preuve de l'existence du contrat de prestation de services fondée sur le billet

La déformation conceptuelle se retrouve aussi au niveau du titre d'accès à savoir le billet. Le billet matérialise l'existence d'un contrat de service (*instrumentum*) entre le spectateur et le producteur ou organisateur dont l'objet (*negotium*) est le droit d'accéder à la manifestation sportive contre le paiement du prix⁸⁰. Le billet ne constitue que la preuve de l'accord de volonté. Il reproduit parfois des extraits des conditions générales du premier (renforçant au demeurant *l'intuitu personae* recherché),

⁷⁴ J. CALAIS AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e éd Dalloz 2006, n° 199.

⁷⁵ F. BUY, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, PUAM préf. J Mestre 2002, n° 259.

⁷⁶ P.-Y. GAUTIER, « Du risque pénal à méconnaître la nature juridique de « billets-contrats », à l'occasion de leur revente », *Op. cit.*, p.82.

⁷⁷ En France, en football, les fédérations et les ligues sont considérées comme des tiers au contrat d'accès au stade. On pourra objecter que la fédération ou la ligue selon les cas n'est pas étrangère à l'organisation de la compétition dont la billetterie est

exploitée par le club recevant. En effet cette manifestation sportive constitue le plus souvent une épreuve, comptant pour un championnat qui se déroule sur plusieurs mois organisé par la fédération ou la ligue.

⁷⁸ V. THOMAS, « L'accès du public : Le billet contrat d'accès au stade », *Op. cit.*, p.142.

⁷⁹ V. THOMAS, « L'accès du public : Le billet contrat d'accès au stade », *Op. cit.*, p.142.

⁸⁰ E. PAPIN, « La protection juridique du spectacle vivant et de sa billetterie », *Op. cit.*, n°165.



mais ce n'est pas un bien en soi⁸¹. Le billet constitue pour le spectateur, le justificatif de son paiement et matérialise son droit d'accès au lieu de la compétition sportive. Il tient lieu de contrat et de reçu. Ce que la doctrine spécialisée nomme le « ticket contrat »⁸².

Ce n'est pas la propriété du papier matérialisant la preuve du contrat entre le spectateur et le producteur qui est l'enjeu de l'opération. Du billet sur support papier, l'on aboutit au billet sur support électronique qui a la même valeur probante que le billet papier selon l'article 23 de la Loi n° 2013-546 du 30 juillet 2013 relative aux transactions électroniques⁸³. Le billet, physique ou électronique est un contrat, accord de volonté entre deux parties, peu importe le support ou le caractère succinct⁸⁴.

C'est dans ce contexte que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a été saisie de la question de la billetterie et elle a délaissé le bien, pour retenir le service. En effet, un Allemand commande en ligne une place de spectacle auprès d'une entreprise

spécialisée dans la billetterie. Cependant, en raison des effets radicaux du virus en provenance de Chine, celui-ci est reporté. Un avoir est émis au profit du client ; toutefois, celui-ci le refuse et agite le droit de rétractation qui est reconnu aux consommateurs, notamment en matière de vente. Son cocontractant lui rétorque qu'il s'agit d'une prestation de services, pour laquelle cette prérogative exceptionnelle ne saurait être utilisée, au regard de ses spécificités, tenant essentiellement à l'accueil du public. Ainsi, la CJUE, après avoir rappelé les définitions respectives de la vente, transfert de propriété d'un bien contre un prix, et du contrat de service, fourniture d'une prestation contre une rémunération, qualifie la billetterie de spectacles comme entrant dans la seconde catégorie et non la première en ces termes : « *Il y a lieu de constater qu'une telle relation contractuelle, qui porte essentiellement sur la cession d'un droit et non d'un bien, relève par défaut de la notion de contrat de service* ».

La CJUE précise, pour dissiper la confusion

⁸¹ P.-Y. GAUTIER, « Du risque pénal à méconnaître la nature juridique de « billets-contrats », à l'occasion de leur revente », *JCP* 2019, n° 37.

⁸² F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, *Op. cit.*, n° 1388 et 1389. - Voir également G. SIMON et alii, *Droit du sport* : PUF, 2012, n° 509 : « billet-contrat d'entreprise ».

⁸³ Article 23 de la Loi n° 2013-546 du 30 juillet 2013 relative aux transactions électroniques, *Journal officiel de la république de Côte d'Ivoire* du 12

septembre 2013 : « *L'écrit sous forme électronique est admis comme mode de preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve de l'identification de la personne dont il émane et de sa conservation dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

⁸⁴ Voir J.-C. BASSON, *Sport et ordre public*, coll. La sécurité aujourd'hui, Paris, La Documentation française, 2001.



possible avec *l'instrumentum* de l'accord de volonté pour accéder au spectacle, que « le fait qu'un droit ou des autorisations sont constatés par des documents qui, comme tels, peuvent faire l'objet d'échanges, ne suffit pas pour les faire entrer » dans la qualification de biens et dans le champ de la libre circulation des marchandises.

En définitive, la billetterie sportive est incorporée dans un contrat de droit commun aux concepts déformés. Il a été démontré qu'il ne s'agit pas d'une vente mais plutôt d'une prestation de services. Ainsi, la preuve de l'existence du contrat de prestation de services est fondée sur le billet. De cela, l'on peut faire le constat d'une application imprécise du régime contractuel qui concerne aussi les prérogatives du droit spécial ayant des contours non définis.

B- Des prérogatives du droit spécial aux contours non définis

La billetterie sportive est incorporée dans la réglementation sportive qui octroie des prérogatives dont les contours ne sont malheureusement pas définis. Ces prérogatives proviennent du droit spécial qui accorde au producteur un monopole des droits d'exploitation (1) et au spectateur, un

accès sécurisé au spectacle sportif (2).

1- Un monopole des droits d'exploitation

Le producteur ou l'organisateur de la manifestation sportive est le propriétaire des droits d'exploitation. Le droit d'exploitation est toute forme d'activité économique ayant pour finalité de générer un profit. Le droit d'exploitation n'aurait pas d'existence si une manifestation sportive, dont elle est le prétexte, n'existait pas. Aussi, pour être caractérisée, l'atteinte à la propriété des droits de l'organisateur de manifestations sportives suppose une appropriation ou exploitation d'une compétition ou manifestation sportive. La billetterie étant l'une des prérogatives essentielles de l'organisateur d'une compétition sportive, le droit de propriété de l'organisateur sportif recouvre également le droit de commercialiser des billets pour assister à la compétition⁸⁵. Toutefois, le contenu et le contour des droits n'ont pas été définis par la loi.

L'organisateur ou producteur bénéficie d'un monopole d'exploitation sur la compétition sportive qu'il organise. Ce monopole lui permet d'autoriser ou d'interdire toute exploitation liée à la compétition en cause et d'en retirer tous les fruits selon l'article 99 de la loi ivoirienne n° 2014-856 du 22

⁸⁵ R. KILLY, « Coupe du monde de rugby : la billetterie au centre de la réussite de la compétition », *AJ Collectivités Territoriales*, 2023, p.211.



décembre 2014 relative au sport⁸⁶. L'octroi de ce monopole d'exploitation se justifie par les investissements engagés pour l'organisation de tels événements. En effet, les fédérations sportives, les associations et les sociétés sportives, ainsi que les structures délégataires peuvent légitimement espérer en tirer tous les bénéfices, l'exploitation de la compétition étant leur source principale de revenus.

Le producteur ou organisateur détenant les droits d'exploitation du spectacle, est le propriétaire, et donc le responsable de la billetterie du spectacle sportif. Il décide seul des modalités de commercialisation de son spectacle. L'autorisation est considérée comme une condition essentielle pour l'organisateur d'une manifestation sportive car, à défaut de pouvoir en déterminer les conditions, il ne saurait être en mesure ni d'en contrôler l'accès, ni d'en maîtriser l'organisation⁸⁷. Participant de la logique des droits exclusifs reconnus à l'organisateur d'une manifestation sportive, la nécessaire autorisation de l'organisateur

s'explique également par la particularité de la manifestation en cause qui s'adresse à un public qui, par l'acquisition d'un billet, sera physiquement présent lors de la manifestation⁸⁸.

Toutefois, la manifestation ou compétition sportive n'est pas protégée ni par le droit d'auteur⁸⁹, ni par les droits voisins au droit d'auteur.

Un événement sportif ne constitue pas une œuvre susceptible de bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur parce que son issue est aléatoire et incertaine. Cette protection n'est pas forcément adaptée compte tenu de la nécessité d'une originalité pour accéder à la protection⁹⁰.

Cette disposition inscrite dans la loi sur le sport et non pas dans la loi sur le droit d'auteur permet d'exclure que le législateur ait voulu créer un nouveau droit de la propriété intellectuelle.

C'est dans ce contexte qu'intervient la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt Murphy du 4 octobre 2011 en ces termes : « *Les rencontres sportives ne*

⁸⁶ Article 99 de la loi n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport : « *Les fédérations sportives, les associations et les sociétés sportives, ainsi que les personnes mentionnées à l'article 95 de la présente loi, sont les propriétaires originaires et exclusifs des droits d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent. Toutefois, elles peuvent céder à toute personne physique ou morale tout ou partie des droits d'exploitation audiovisuelle et multimédia sur ces manifestations ou compétitions sportives* ».

⁸⁷ J. CAREL, R. KILLY, X. PRES, « Institutions - Manifestations sportives - Le contentieux de la

billetterie dans le secteur sportif », *Jurisport* 2019, n°201, p.35.

⁸⁸ J. CAREL, R. KILLY, X. PRES, « Institutions - Manifestations sportives - Le contentieux de la billetterie dans le secteur sportif », *Op. cit.*, p.35.

⁸⁹ Voir A. S. LAUBOUÉ, « L'auteur en droit d'auteur ivoirien », *Revue RAMReS/S.J.P.*, Numéro spécial janvier 2023, p. 113 et s.

⁹⁰ P. FARGEAUD et O. HOARAU, « Le champ de la protection des propriétés olympiques : approche juridique et pratique », in *Les propriétés olympiques* (Dir. Skander KARAA et Jean-Pierre KARAKUILLO), éd. Dalloz 2024, p.111.

sauraient être considérées comme des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres au sens de la Directive sur le droit d'auteur. Cela vaut en particulier pour les matchs de football, lesquels sont encadrés par des règles de jeu qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur ... Dans ces conditions, ces rencontres ne sont susceptibles d'être protégés au titre du droit d'auteur »⁹¹.

Sur le droit voisin, le producteur de spectacles sportifs remplit le même rôle que les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes dans l'élaboration d'une œuvre. L'autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation de cette manifestation ou de ce spectacle a le même effet qu'un droit voisin. Cette disposition a pour effet de permettre au producteur, à l'organisateur ou au propriétaire des droits d'exploitation de la manifestation de contrôler entièrement la distribution des billets y donnant accès, et ce tant sur le marché primaire que secondaire⁹². En ce sens, le "pseudo" droit voisin est plus avantageux que ceux des producteurs de phonogrammes et

vidéogrammes, ce qui est tout de même paradoxal, dans la mesure où la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins ne reconnaît aucun droit au producteur de spectacles sportifs⁹³.

Cette qualification serait source d'une insécurité juridique malvenue. Les deux droits ont deux objets distincts : œuvre de l'esprit pour le premier et manifestation sportive, objet de sorte de droit voisin *sui generis* fondé sur l'investissement pour le second. La qualification de « spectacle vivant » ou d' « œuvre de l'esprit » qui ne bénéficie d'aucun fondement textuel serait source d'insécurité juridique⁹⁴. Par conséquent, faute de droits de propriété intellectuelle nés sur la tête du producteur ou acquis par lui à la suite de cessions, l'action en contrefaçon doit être écartée.

En somme, l'organisateur ou producteur bénéficie d'un monopole d'exploitation sur la compétition sportive. C'est un droit de propriété comme le droit d'auteur qui a vocation à octroyer un droit exclusif⁹⁵. C'est l'un des points communs avec les droits de propriété intellectuelle en ce que le

⁹¹ CJUE, 4 octobre 2011, Aff. C-403/08 et C-429/08), Disponible sur le site EUR-Lex.europa.eu.

⁹² A. CASANOVA, « La reconnaissance implicite d'un droit voisin au profit du producteur de spectacles », *Lexbase Affaires* n°335 du 18 avril 2013.

⁹³ A. CASANOVA, « La reconnaissance implicite d'un droit voisin au profit du producteur de spectacles », *Op. cit.*, n°335.

⁹⁴ M-C BOUTARD-LABARDE et F. FAJGENBAUM, « L'évènement sportif n'est pas une œuvre de l'esprit », *Jurisport* n° 149, janvier 2015, p. 35 et s.

⁹⁵ T. LACHACINSKI et F. FAJGENBAUM, Droit d'auteur et manifestations sportives : voyage en eaux troubles, *Jurisport* n° 144, août 2014, p.35 et s.



monopole d'exploitation reconnu au titulaire d'une œuvre de l'esprit doit faire l'objet d'une autorisation. Toutefois, nous notons une absence de droits de propriété intellectuelle car la loi ivoirienne n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport n'a pas défini le contenu et le contour des droits d'exploitation. Aussi, concernant le spectateur, il bénéficie d'un accès sécurisé au spectacle sportif.

2- Un accès sécurisé au spectacle sportif

L'organisateur de la manifestation sportive garantit au spectateur l'accès sécurisé au sein de l'enceinte sportive. Ainsi, la loi ivoirienne n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport précise les modalités de sécurité concernant le service d'ordre, en son article 97⁹⁶, et les installations sportives répondant aux normes techniques spécifiques en son article 98⁹⁷. Toutefois, les contours de cette prérogative n'ont pas été définis relativement à la nature de la responsabilité.

Il pèse sur l'organisateur une obligation de sécurité à l'égard du spectateur même si les dispositions de la loi ivoirienne n° 2014-856 sur le sport, n'ont pas envisagé de manière

expresse le spectateur. L'organisateur engage de ce fait sa responsabilité en cas de manquement à son obligation de sécurité. Cette responsabilité est de nature contractuelle. La Cour de cassation française considère en effet que le contrat passé par les organisateurs avec les spectateurs comporte, au profit de ces derniers, un engagement tacite quant à leur sécurité : le spectateur payant est lui-même bénéficiaire d'une obligation de sécurité mise à la charge de l'organisateur⁹⁸. Cette responsabilité est-elle de résultat. Cependant, la jurisprudence française écarte la responsabilité de l'organisateur lorsque le spectateur joue un rôle dans la survenance du dommage qu'il subit, par exemple si ce dernier ne respecte pas les consignes de sécurité⁹⁹. Le spectateur blessé par un matériel sportif peut se retourner contre l'auteur direct du dommage. Toutefois, sera également responsable, le groupement organisateur, dans le cadre de son obligation générale de sécurité. La faute de l'organisateur consiste le plus souvent à ne pas avoir respecté les prescriptions prévues réglementairement pour assurer la sécurité des spectateurs. La faute paraît en

⁹⁶ Article 97 de la loi ivoirienne n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport : « Les organisateurs de manifestations sportives sont tenus d'y assurer un service d'ordre dans les conditions prévues dans la décision d'autorisation ».

⁹⁷ Article 98 de la loi ivoirienne n° 2014-856 du 22 décembre 2014 relative au sport : « Les installations sportives utilisées doivent répondre aux normes

techniques spécifiques à la discipline sportive concernée et à l'accueil du public. Ces installations doivent en outre être homologuées par les autorités compétentes ».

⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1954, JCP 1954, 8331.

⁹⁹ CA Chambéry, 30 avr. 2002, n° 1999/01783, Resp. civ. et assur. 2002, comm. 263.



réalité exister dès lors que les organisateurs n'ont pas pris les mesures propres à prévenir des risques qui étaient prévisibles. Très souvent, cette faute consistera en un mauvais placement des spectateurs¹⁰⁰ ou en une mauvaise organisation des conditions d'évacuation du public¹⁰¹. L'objectif est ici d'obliger les organisateurs à justifier des mesures de sécurité prises (moyens humains, matériels et financiers).

Force est de reconnaître alors qu'une telle obligation n'est pas fondamentalement différente d'une obligation de résultat et fait en tout cas supporter aux organisateurs la réparation de dommages en réalité causés par autrui. On peut dès lors se demander s'il ne serait pas plus judicieux de considérer que l'obligation de sécurité des organisateurs est une obligation de résultat, dont ils ne pourraient s'exonérer que par la preuve d'un fait extérieur non imputable¹⁰². Au regard de l'accroissement des désordres causés par les supporters, les instances européennes et internationales du sport ont institué une responsabilité disciplinaire des clubs du fait de leurs supporters, dite

objective. Le juge français a reconnu ce type de responsabilité en droit positif, mais la conditionne à une exigence de proportionnalité du *quantum* des sanctions selon la gravité des faits¹⁰³. La responsabilité objective de l'organisateur résulte de la défaillance de l'obligation de sécurité. La responsabilité objective des organisateurs est la sanction de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations mises à la charge des organisateurs¹⁰⁴. Il peut être tentant pour la victime d'un dommage causé par un tiers membre d'un groupement sportif d'agir en responsabilité contre le groupement lui-même présumé plus solvable que l'auteur direct des faits.

La question présente un intérêt évident en cas de violences volontaires. En France, les décisions concernant la responsabilité des groupements sont appliquées à l'égard des spectateurs victimes au cours d'une action de jeu¹⁰⁵. C'est le cas d'un spectateur assistant à un match de hockey sur glace blessé par le palais projeté par un joueur

¹⁰⁰ V. par ex., pour une distance insuffisante entre les spectateurs et les joueurs, Civ. 1^{re}, 17 mai 1965, Bull. civ. I, n° 313, à propos d'un match de rugby.

¹⁰¹ Paris, 19 mai 1983, D. 1983. IR 508, obs. Alaphilippe et Karaquillo. – Civ. 1^{re}, 8 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 257, rejetant le pourvoi, à propos d'un match de tennis.

¹⁰² R. KILLY, « Coupe du monde de rugby : la billetterie au centre de la réussite de la compétition », *Op. cit.*, p.211.

¹⁰³ E. TESSIER, « La responsabilité objective des clubs du fait de leurs supporters peut légitimement

entraîner la suspension du stade », *LPA* 23 déc. 2016, n° 256, p.17.

¹⁰⁴ A. N. KOBI, « La réforme du sport au regard de la loi relative au sport en Côte d'Ivoire : Etude de droit comparé franco-ivoirien », *Op. cit.*, p.71.

¹⁰⁵ A. LACABARATS, « Contrôles juridictionnels communs (2) : juridictions civiles et commerciales », (Dir. : C. DUDOGNON, B. FOUCHER, J.-P. KARAQUILLO, A. LACABARATS), *Règlement des litiges dans le mouvement sportif*, éd. Juris édition, mai 2012, p.128.



depuis l'aire de jeu¹⁰⁶. C'est aussi le cas où la ligue de football française est assignée en responsabilité contractuelle par un spectateur blessé par un pétard lancé par une personne non identifiée¹⁰⁷.

Toutefois, en Côte d'Ivoire, l'organisateur d'une manifestation sportive est, en règle générale, tenu d'une obligation contractuelle de moyens même si les textes spécifiques au sport, ne le précisent pas. Il est reconnu civilement responsable s'il est rapporté la preuve d'une violation d'obligations légales, réglementaires ou fédérales : non-respect de règles de sécurité, absence des précautions réglementaires pour assurer la sécurité des spectateurs¹⁰⁸.

Pour résumer cette première partie, il faut noter que la billetterie sportive est intégrée dans un contrat de droit commun aux concepts déformés. La billetterie ne fait pas l'objet d'une vente mais plutôt d'une prestation de services, dont la preuve est fondée sur le billet. De cela, l'on peut faire la remarque d'une application imprécise du régime contractuel qui concerne aussi les prérogatives du droit spécial ayant des contours non définis. La billetterie sportive est incorporée dans la réglementation sportive qui octroie des prérogatives à

savoir un monopole des droits d'exploitation et un accès sécurisé au spectacle sportif dont les contours ne sont malheureusement pas définis. Il y a lieu de constater une application imprécise du régime contractuel de la billetterie sportive. En outre, il y a une appréciation nuancée de la protection de la billetterie sportive.

II- Une appréciation nuancée de la protection de la billetterie

Le billet formalise le contrat conclu entre l'organisateur du spectacle sportif et le spectateur par lequel l'organisateur s'engage en contrepartie d'un prix à assurer une compétition ou manifestation sportive à un spectateur. Apprécier, c'est déterminer la valeur d'une chose, une estimation. Il s'agit de défendre le billet sportif contre un danger, un mal, un risque. Il existe des risques majeurs tels que le prix exorbitant des billets, la tromperie sur la catégorie des billets et l'absence de garantie d'accès à l'événement, le billet invalide ou l'absence de billet sportif. Partant de cela, il y a nécessité de protéger le spectateur et aussi de protéger l'investissement des producteurs de manifestations ou compétitions sportives. Cela passe par des actions engagées devant les juridictions

¹⁰⁶ Civ 2^e, 16 sept 2010 n° 09-16843, Panorama de droit du sport, *D. 2011* p.711, obs G. Durand.

¹⁰⁷ Civ 1^{er} 18 novembre 1975, n° 74 12999 Bull civ I no 336 p 277.

¹⁰⁸ J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, 5^e éd. Dalloz 2024, p.5.



civiles ou pénales et fondées sur les dispositions de droit commun. La défaillance des parties entraînera la mise en œuvre de leur responsabilité contractuelle et délictuelle. La protection est assurée partiellement par les outils du droit civil (A) et cette protection est insuffisante sur le plan pénal (B).

A- Une protection assurée partiellement par les outils du droit civil

La protection de la billetterie sportive est assurée partiellement par les outils du droit civil. Le droit civil propose des remèdes lorsqu'il s'agit d'une violation des obligations contractuelles (1) et d'une violation des obligations délictuelles (2).

1- Une violation des obligations contractuelles

L'organisateur ou le producteur de compétitions sportives peut exiger à ce que le nom et les prénoms du spectateur soient mentionnés sur le billet sportif. Il s'agit d'un billet nominatif. Dans ce cas, l'organisateur insère dans l'offre au public une stipulation portant une sorte d'*intuitu personae* contractuel, à l'exclusion de tous

tiers auxquels celui-ci aurait des vellétés de le commercialiser, avec ou sans bénéfice. Les clauses contractuelles interdisent toute commercialisation de billets. Ces stipulations sont le plus souvent portées sur le billet ou par tout autre procédé électronique, de sorte qu'elles ne sauraient échapper à l'attention du spectateur¹⁰⁹. Le spectateur est engagé à partir du moment où il acquiert le billet. De ce fait, le spectateur ne respecte pas les conditions générales au cas où il cède son billet à une autre personne. Il viole ainsi la force obligatoire du contrat de l'article 1134 du code civil¹¹⁰. Pour toucher le grand public, les organisateurs de manifestations sportives font le plus souvent appel à des sociétés spécialisées dans la distribution de billets donnant accès à des spectacles sportifs. La chaîne de distribution des billets d'une compétition sportive est organisée par une succession de contrats de mandat ou de commissionnement¹¹¹. Par l'effet juridique du mécanisme de représentation, c'est l'organisateur ou le producteur qui contracte directement avec le spectateur. Or, nul n'a le droit de s'immiscer dans une relation contractuelle. Ainsi, les billets

¹⁰⁹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme des contrats*, LexisNexis, 2018, 2^e éd., p.148.

¹¹⁰ Article 1134 du code civil : « *Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* »

¹¹¹ Il existe *a priori* deux types de contrats de commercialisation de billetterie : le contrat de mandat dit « transparent » et le contrat de commission dit « opaque ». Même si le contrat « transparent » et le contrat « opaque » présentent des ressemblances, notamment dans l'exécution, il s'agit juridiquement de deux situations différentes.



nominatifs sont commercialisés par le biais du réseau de distribution à travers le site Internet et les points de vente physiques. Les billets sont commercialisés conformément à une grille tarifaire unique, les prix des billets étant fonction de la qualité des places proposées, laquelle est le plus souvent exprimée en catégories de places¹¹². Le choix du contrat est généralement opéré par le responsable de la billetterie, après négociation avec le distributeur. En tant que propriétaire de sa billetterie, il est celui qui est à même de déterminer le schéma juridique qu'il souhaite pour la commercialisation de sa billetterie¹¹³. De cela, il appert que l'authenticité d'un billet ne résulte pas des qualités intrinsèques de son support physique qui serait infalsifiable ou difficilement falsifiable mais de la fiabilité de la chaîne de traitement de l'information de la distribution du billet jusqu'au contrôle d'accès. Lorsqu'un acteur non-autorisé s'immisce dans cette chaîne, la confiance sur la fiabilité du billet ne peut plus être garantie au spectateur. La sanction contractuelle est considérée comme un remède destiné à réagir contre l'illicite et l'inexécution du contrat mais aussi comme

une mesure destinée à stabiliser le contrat¹¹⁴. Ainsi, commercialiser son billet à un tiers, c'est céder sa position de contractant, c'est-à-dire le droit d'accéder au stade ou au spectacle, avec une place numérotée ou non, de profiter de la sécurité, mais aussi de s'y soumettre. La cession est inopposable au cédé, pas de « liberté » qui tienne¹¹⁵. Le producteur de manifestations sportives peut sur ce fondement ne pas accepter d'accueillir le spectateur cessionnaire. Si cette mesure peut s'appliquer pour les billets nominatifs, ce n'est pas le cas pour les billets non nominatifs.

De tout ce qui précède, nous pouvons remarquer que la sanction de la violation des obligations contractuelles est un remède permettant de protéger la billetterie sportive. Ainsi, le droit civil fournit un moyen de protéger la billetterie sportive nominative en se fondant sur les obligations contractuelles du spectateur. Toutefois, cette mesure ne saurait s'appliquer aux billets non nominatifs. Il faut donc s'orienter vers d'autres mesures utilisées dans le cadre de la violation des obligations délictuelles.

¹¹²J.-R. COGNARD, « La billetterie des manifestations et des compétitions sportives », *Jurisport* 2012, n°126, p.38.

¹¹³ <https://comcom.fr/fiche/la-gestion-de-la-billetterie-dans-le-spectacle-vivant-3eme-partie/>.

¹¹⁴ J.-C. TAHITA, « L'efficacité de la sanction contractuelle civile », *Revue AFRILEX*, février 2015, p.11.

¹¹⁵ P.-Y. GAUTIER, Du risque pénal à méconnaître la nature juridique de « billets-contrats », à l'occasion de leur revente, *Op. cit.*, p.82.



2- Une violation des obligations délictuelles

Le producteur de manifestations sportives tire ses ressources quasi-uniquement de la commercialisation de la billetterie. Le principe est que la capacité de tirer un profit d'une entreprise est réservée à celui qui investit dans cette activité et en supporte les risques en cas d'échec. Ainsi, les règles de droit civil relatives à la concurrence déloyale permettent aux personnes s'estimant victimes d'actes de commercialisation des billets à des prix exorbitants, d'en demander réparation au juge sur le fondement des articles 1382 et suivants du code civil¹¹⁶. Ces dispositions définissent donc un cadre juridique sur la base duquel il appartient au juge d'apprécier souverainement les faits qui lui sont soumis, avec l'ensemble des intervenants afin de proposer des mesures adaptées. La concurrence déloyale, notamment sous sa forme parasitaire, est un phénomène qui se produit lorsque des personnes utilisent des méthodes déloyales pour s'enrichir au détriment des autres, créant un déséquilibre dans le marché à travers la commercialisation à des prix élevés de

billets sportifs. Les actions menées sur le fondement de la concurrence parasitaire reposent sur la responsabilité civile de droit commun¹¹⁷.

Il est de jurisprudence constante que le parasitisme est un comportement délictuel qui engage la responsabilité civile de son auteur. Le parasitisme se manifeste par l'exploitation du travail, des idées, des investissements, de la publicité ou de la notoriété d'autrui. Il vise à utiliser, pour son propre profit, le succès commercial et industriel d'un autre¹¹⁸. C'est dans ce cadre que la haute juridiction française a eu à se prononcer dans une affaire où la société Ticketbis SL (la société Ticketbis), société de droit espagnol, exploite le site « www.ticketsbisfr.com » par lequel elle met en relation des personnes qui commercialisent et des clients de billets donnant accès à des événements sportifs ou culturels, notamment des billets de matchs de football de l'équipe de France se déroulant en France¹¹⁹. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation française en date du 1^{er} juin 2022 a affirmé : « *Que commet des actes de parasitisme engageant sa responsabilité l'agent économique qui s'immisce dans le sillage*

¹¹⁶ Article 1382 du code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

¹¹⁷ P. COLLOMB, « Responsabilité des organisateurs », *Lamy Droit du sport 2023*, n° 664-5.

¹¹⁸ E. PAPIN, « La protection juridique du spectacle vivant et de sa billetterie », *Op. cit.*, n°165.

¹¹⁹ P. FARGEAUD, « Revente de billets de matchs sur Internet », *Jurisport 2022*, n°232, p.9.



d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ; qu'en affirmant que la société Ticketbis n'aurait pas commis de tels actes par le fait de tirer profit du marché secondaire des billets pour les manifestations sportives financées et promues par la FFF à l'organisation et au financement desquelles la société Ticketbis ne participait nullement, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 1240 du code civil »¹²⁰.

Le constat est que le parasitisme constitue une mesure de lutte contre l'enrichissement illégitime des personnes commercialisant les billets qui ne supportent aucun des coûts d'organisation de la manifestation sportive. Il est clair que l'expansion et la diversité de la pratique sportive, nous amène à être attentifs à la régularité des pratiques de commercialisation des billets sportifs sur les sites et les plateformes d'échange. Cela impose de mesurer l'ampleur du phénomène de fraude et d'envisager un renforcement des outils existants pour les rendre encore plus efficaces et dissuasifs.

En définitive, la protection de la billetterie sportive est assurée partiellement par les outils du droit civil qui propose des remèdes en cas de violation des obligations

contractuelles et en cas de violation des obligations délictuelles. De ce fait, le spectateur viole la force obligatoire du contrat de l'article 1134 du code civil en ne respectant pas les conditions générales au cas où il cède son billet nominatif à une autre personne. En outre, au niveau de la violation des obligations délictuelles, le parasitisme constitue une mesure de lutte contre l'enrichissement illégitime des personnes commercialisant les billets qui ne supportent aucun des coûts d'organisation de la manifestation sportive. Les remèdes proposés par le droit civil étant limités, il y a lieu d'avoir recours au droit pénal.

B- Une protection insuffisante sur le plan pénal

Le sport n'échappe pas au droit pénal. C'est dans ce cadre que s'inscrit la protection de la billetterie sportive avec les outils du droit pénal. Toutefois, l'on constate des limites des infractions existantes (1), d'où la nécessité d'adopter une infraction spécifique (2).

1- Des limites des infractions existantes

Il y a des cas où le droit pénal arrive à sanctionner certains faits, par contre, il y a des situations qui ne peuvent pas être

¹²⁰ Chambre commerciale de la Cour de cassation française, 1^{er} juin 2022 - n° 20-21.744, disponible sur le site Légifrance.

sanctionnées par le droit pénal.

D'une part, deux situations se présentent au droit pénal : la commercialisation illicite d'un vrai billet et la commercialisation d'un faux billet. Le droit pénal est limité à deux types d'infractions : l'escroquerie et l'abus de confiance constituent l'embryon d'un droit pénal des infractions contre les contrats¹²¹. Le consentement contractuel est la valeur protégée par ces deux incriminations. La pénalisation de la tromperie du consentement contractuel est classiquement et essentiellement le fait de ces deux grandes incriminations : l'escroquerie qui intervient au stade de la formation du contrat et l'abus de confiance qui intervient au moment de son exécution¹²².

Dans un premier axe, l'escroquerie intervient lorsque les spectateurs sont victimes de la commercialisation de faux billets. L'escroquerie protège le patrimoine

dans sa dimension juridique, et non dans sa dimension économique¹²³. C'est l'atteinte à la liberté de disposer de cette chose, de ce service, c'est-à-dire, l'atteinte à la liberté de consentir¹²⁴. L'escroquerie est aujourd'hui une infraction contre la liberté du consentement¹²⁵. Il s'agit de trouver des mesures au niveau pénal visant la protection du consentement¹²⁶. Il faut en déduire que le patrimoine n'est plus la valeur sociale principalement protégée par l'incrimination¹²⁷. Il y a lieu de déceler dans l'atteinte au consentement une présomption de préjudice économique¹²⁸. Et l'escroquerie se constate par les faux billets sportifs. Un faux billet est un billet qui n'est pas émis par l'organisateur de la compétition sportive. Il ne permet pas, en principe, d'accéder au stade¹²⁹. La commercialisation des faux billets constitue une escroquerie, prévue et réprimée sur le fondement de l'article 471 du code pénal¹³⁰.

¹²¹ J. LEAUTE, « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », in *Études juridiques, Mélanges en l'honneur du doyen Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243 et s., spéc. p. 252.

¹²² E. RASCHEL, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, 2014, n° 53 et s.

¹²³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, 2010, n° 845.

¹²⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, n° 67.

¹²⁵ R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970, n° 44.

¹²⁶ E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, Thèse de doctorat Droit, Bordeaux IV, 2011, n° 388 et s.

¹²⁷ En ce sens, A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011 n° 103.

¹²⁸ M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D. 2005*, p. 464 et s., spéc. p. 466.

¹²⁹ L. GODFRIN et J. CAREL, « Publicité pour la revente non autorisée de billets de spectacle : quelle responsabilité pour le service Google Ads ? », *Légipresse* 2023, p.232.

¹³⁰ Article 471 du code pénal : « *Est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 300.000 à 3.000.000 de francs, quiconque, soit en faisant usage de faux nom, de fausses qualités ou de qualité vraie, soit en employant des manœuvres frauduleuses, pour persuader de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou*

Dans un deuxième axe, l'abus de confiance concerne la commercialisation illicite de vrais billets. C'est le cas des billets récupérés lors de la Coupe d'Afrique des Nations (CAN) de football en janvier-février 2024 et distribués aux salariés pour assister gratuitement aux matchs. Ces salariés qui ont reçu gratuitement les billets ne vont pas assister aux matchs mais vont commercialiser ces billets sportifs. Il y a abus de confiance défini à l'article 467 du code pénal¹³¹. Il ressort de cela que l'abus de confiance semble tantôt se camoufler sous le pouvoir du détenteur à disposer des choses remises, tantôt se manifester exagérément dans le moindre manquement du détenteur à sa mission¹³². L'abus de confiance suppose l'existence d'un concours de droits hiérarchisés sur un même bien ou service, l'un relevant du propriétaire, l'autre du détenteur précaire. Cette situation, qui seule autorise le détournement, est instituée

par le biais d'une remise¹³³.

Il faut retenir que le droit pénal, à travers l'abus de confiance et l'escroquerie, propose des mesures pour lutter contre la commercialisation illicite d'un vrai billet et la commercialisation d'un faux billet sportif. Toutefois, dans certaines situations, le droit pénal est impuissant à assurer la dissuasion, et le cas échéant, la répression de certains comportements nuisibles¹³⁴. Cela s'explique par l'application du principe de légalité défini à l'article 14 du code pénal¹³⁵, de l'interprétation stricte de l'article 15 du code pénal¹³⁶, et enfin de l'application restrictive de la loi pénale régie par l'article 16 du code pénal¹³⁷. Les tribunaux sont confrontés aux principes de légalité des incriminations¹³⁸ et d'interprétation stricte¹³⁹ de la loi pénale. A l'égard du juge, le principe de la légalité apparaît comme un moyen de contrôler la

décharges et a par un de ces moyens, escroqué la totalité ou partie de la fortune d'autrui...».

¹³¹ Article 467 du code pénal : « Constitue un abus de confiance, le détournement, la dissipation ou la destruction, par une personne, au préjudice d'autrui, de fonds, de valeurs ou d'un bien meuble quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter, d'en faire un usage ou un emploi déterminé... ».

¹³² N. THOMASSIN, Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente), D. 2012 p.964.

¹³³ A. S. LAUBOUE, « L'abus de confiance dans le nouveau code pénal ivoirien », *RISJPO* 2022, N° 13, pp. 63-85.

¹³⁴ N. ALLIX, *Les sanctions pécuniaires civiles*, Lextenso, févr. 2022, n°353.

¹³⁵ Article 14 du code pénal : « Le juge ne peut qualifier d'infraction et punir un fait qui n'est pas légalement défini et puni comme tel. Il ne peut prononcer d'autres peines et mesures de sûreté que celles établies par la loi et prévues pour l'infraction qu'il constate ».

¹³⁶ Article 15 du code pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

¹³⁷ Article 16 du code pénal : « La loi pénale est d'application restrictive. L'application par analogie d'une disposition pénale à un fait qu'elle n'a pas prévu est interdite ».

¹³⁸ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », RSC 2007, p. 509, §6.

¹³⁹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, 1899, 2^e éd. 1932, t.1, n° 68, p.145.

qualité de l'activité pénale du législateur et un guide dans la mise en œuvre des textes en vigueur¹⁴⁰. Aucun texte pénal n'incrimine l'acquisition massive de billets et l'activité spéculative de ceux qui possèdent les billets sportifs et qui les commercialisent à des prix exorbitants. C'est la raison pour laquelle, il y a nécessité d'adopter une infraction spécifique.

2- Une nécessité d'adopter une infraction spécifique

Le droit commun, soumis au principe de légalité et son corolaire l'interprétation stricte, s'est révélé impuissant pour combattre les auteurs de troubles, de sorte qu'il a fallu créer une incrimination spécifique en France pour corriger les insuffisances de la législation antérieure. Le juge français a adapté le droit étatique aux particularités de cette pratique¹⁴¹.

Ainsi, en France, le législateur a institué un délit pénal¹⁴². La loi française n°2012-348 du 12 mars 2012¹⁴³ protège les spectateurs contre la commercialisation de billets par toute société ou personne physique non agréée par le producteur du spectacle. En application de l'article 313-6-2 du code pénal¹⁴⁴, il est interdit de commercialiser des billets de spectacles sportifs de manière habituelle, sans l'autorisation expresse du producteur du spectacle¹⁴⁵. Ce texte est fondé sur la volonté d'aider les organisateurs, par un effet de dissuasion, dans leur lutte contre le trafic de billets, comportant toutes sortes d'effets pervers. En outre, nous notons que la commercialisation hors circuit légal de tickets d'accès valables à un match est érigée, par la loi belge¹⁴⁶, en infraction et est, par conséquent, punie d'une peine de six mois à trois ans et d'une amende

¹⁴⁰ B. NIANG, « Le principe de la légalité de la répression au Sénégal », *Revue AFRILEX*, janvier 2018, p.32.

¹⁴¹ F. BELLAAROUSSI, « Réflexions sur les rapports entre le droit pénal et le sport : une question renouvelée », *Gaz. Pal.* 2004, 2, doct., p.2860.

¹⁴² J.-P. VIAL, « Le spectacle sportif à l'épreuve du risque pénal », *Revue Le Lamy Droit civil*, N° 97, 1^{er} octobre 2012.

¹⁴³Loi française n° 2012-348 du 12 mars 2012 tendant à faciliter l'organisation des manifestations sportives et culturelles : JORF n° 0068 du 20 mars 2012.

¹⁴⁴Article 313-6-2 du code pénal : « *Le fait de vendre, d'offrir à la vente ou d'exposer en vue de la vente ou de la cession ou de fournir les moyens en vue de la vente ou de la cession des titres d'accès à une manifestation sportive, culturelle ou commerciale ou à un spectacle vivant, de manière habituelle et sans l'autorisation du producteur, de*

l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation de cette manifestation ou de ce spectacle, est puni de 15 000 € d'amende. Cette peine est portée à 30 000 € d'amende en cas de récidive. Pour l'application du premier alinéa, est considéré comme titre d'accès tout billet, document, message ou code, quels qu'en soient la forme et le support, attestant de l'obtention auprès du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation du droit d'assister à la manifestation ou au spectacle ».

¹⁴⁵ X. DELPECH, « Droit pénal - Conformité à la Constitution du délit de vente irrégulière de billets de spectacle », *Juris Tourisme* 2019, n°217, p.10.

¹⁴⁶ Loi du 19 juin 2023 modifiant la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football et la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière, *M.B.* 06.07.2023, (entré en vigueur le 16 juillet 2023).

pécuniaire¹⁴⁷.

Ainsi, le législateur ivoirien pourrait s'inspirer des évolutions en France et en Belgique pour adopter une infraction spécifique qui est constitué par plusieurs actes et par l'absence d'autorisation du producteur ou organisateur de la manifestation sportive.

D'une part, il doit s'agir d'une infraction d'habitude. L'infraction d'habitude se définit comme "*l'infraction consommée par la répétition d'une opération matérielle unique qui n'est pas, isolément, délictueuse*"¹⁴⁸. C'est donc une série d'actes de nature identique, qui manifeste la probabilité de ce que celui qui s'y livre est déterminé à méconnaître la loi et les droits des tiers ; ici de volonté de commettre le délit. Il y faut plus d'un acte, parce que le premier serait à la fois insuffisant et équivoque pour être érigé à soi seul en infraction. La commercialisation de billets en est un, par la répétition des actes qui la composent, elle est la preuve sensible d'une volonté nuisible¹⁴⁹. Ce qu'un acte isolé ne livre pas de lui-même en perversité, un renouvellement rapproché peut le dévoiler,

permettant ainsi de se convaincre du caractère répréhensible du comportement¹⁵⁰. Ainsi, commercialiser une fois un billet, parce qu'on est malade ou indisponible peut être possible. Cependant, le refaire au prochain match ou au suivant, cela devient suspect. La Cour de cassation française a considéré que : « *l'habitude est suffisamment caractérisée par l'accomplissement de deux faits successifs* »¹⁵¹. Une courte habitude, certes, mais si elle est non équivoque, l'infraction est constituée : « *récidive intégrée* »¹⁵². Ces actes ne devront cependant pas être trop isolés dans le temps, l'un de l'autre : l'habitude est liée à une certaine fréquence¹⁵³.

D'autre part, il doit avoir une absence d'autorisation du producteur ou organisateur de la manifestation sportive. La commercialisation des billets ne sera prohibée que si elle s'effectue sans l'autorisation du producteur ou de l'organisateur. Il doit s'agir d'assurer la protection des détenteurs de droits sur des manifestations sportives. En effet, l'incrimination en cause doit permettre de

¹⁴⁷ L. DAVID, *La place du droit pénal dans le monde du sport : Analyse de la pratique en droit pénal belge*, Mémoire Master Droit, Université Catholique de Louvain 2016, p.43 ; G. ERVYN, « Aspects de droit pénal et disciplinaire dans le sport, Bruxelles », *Cahiers des sciences administratives*, 2004, n° 4.2.

¹⁴⁸ *Lexique des termes juridiques 2024-2025*, Dalloz, 14^e édition.

¹⁴⁹ A. LEBRUN, Note : DC 1941, p.78 : l'habitude est « un penchant ».

¹⁵⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 2018, 6^e éd., n° 174.

¹⁵¹ Cass. crim., 24 mars 1944 : D. 1944, p.75.

¹⁵² Y. MAYAUD et B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 2017, 25^e éd., n° 240.

¹⁵³ P.-Y. GAUTIER, « Du risque pénal à méconnaître la nature juridique de « billets-contrats », à l'occasion de leur revente », *Op. cit.*, p.82.



lutter contre l'organisation d'une augmentation artificielle des prix des billets sportifs. Le législateur ivoirien devra en faire un outil efficace dans la lutte contre les personnes qui commercialisent des billets sportifs à des prix élevés en l'absence d'autorisation des producteurs de compétitions sportives. Cela est utile pour lutter contre tous ceux qui commercialisent des billets sportifs sans autorisation, et ce, quelles que soient les méthodes de vente, d'incitation ou de cession auxquelles ils recourent. La commercialisation de billets à des fins spéculatives nuit à tout le système sportif.

Il ressort de cela que, le législateur ivoirien pourrait prévoir d'abord la sanction des actions isolées, freiner ou interdire l'acquisition massive de billets et donner les moyens aux organisateurs de contrôler l'identité des personnes qui entrent sur le site de la manifestation sportive. Ensuite, il ne faudrait pas que l'esprit du spectacle s'efface derrière une impossibilité à céder son billet en cas d'empêchement. Enfin, le législateur ivoirien pourrait imposer l'incrimination pour lutter contre l'activité spéculative des plateformes d'intermédiation¹⁵⁴.

CONCLUSION

L'étude sur la réglementation de la billetterie sportive nous a permis de constater qu'il y a une application imprécise du régime contractuel de la billetterie sportive d'une part, et d'autre part, une appréciation nuancée de la protection de la billetterie sportive.

L'application du régime contractuel à la billetterie sportive permet de découvrir que le contrat qui régit la billetterie n'est pas une vente mais plutôt d'une prestation de services dont la preuve est fondée sur le billet sportif. L'on assiste à une déformation des concepts du droit des obligations contractuelle à travers un glissement sémantique qui peut avoir des incidences sur la nature réelle du contrat. La billetterie sportive est incorporée dans le droit spécial du sport qui octroie au producteur un monopole des droits d'exploitation et au spectateur, un accès sécurisé au spectacle sportif dont les contours ne sont malheureusement pas définis.

Il va donc s'agir d'assurer la protection de la billetterie. Cette protection assurée partiellement par les outils du droit civil qui donnent des remèdes lorsqu'il s'agit d'une violation des obligations contractuelles et d'une violation des obligations délictuelles. Toutefois, ces remèdes comportent des limites. C'est la raison pour laquelle, l'on doit s'orienter vers le droit pénal. Le droit pénal propose l'abus de confiance et l'escroquerie pour lutter respectivement contre la commercialisation illicite d'un vrai

¹⁵⁴ K. ROUDIER, Commentaire - Manifestation sportive - Titres d'accès : *statu quo* et confusion, *Jurisport* 2019, n°203, p.35.

billet et la commercialisation d'un faux billet sportif. Toutefois, ces infractions présentent aussi des difficultés, d'où la nécessité pour le législateur ivoirien d'instaurer une infraction spécifique.

Cette infraction sera fondée sur la volonté d'aider les organisateurs, par un effet de dissuasion, dans leur lutte contre le trafic de billets sportifs, comportant toutes sortes d'effets pervers. L'incrimination doit viser à réduire voire enrayer l'organisation d'une augmentation artificielle des prix des billets sportifs.

LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES AU PRISME DU CONTRAT D'ADHÉSION

Par

AVEGNON Koffi Edem,

Maître-assistant à la faculté de droit de l'Université de Lomé.

Email : avegnone@gmail.com

Résumé

Cette étude postule à rechercher l'influence du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles. Comme tout contrat, les sûretés conventionnelles peuvent tomber sous la qualification du contrat d'adhésion. De la sorte, lorsqu'elles présentent les traits d'un contrat d'adhésion, couramment pratiqué par les prêteurs professionnels, elles se trouvent altérées. Toutefois, cette altération n'est qu'apparente, car les sûretés conventionnelles se rendent plus ou moins perméables à l'infiltration par le contrat d'adhésion. On note également une résistance des sûretés conventionnelles, relevant du droit spécial, au contrat d'adhésion qui est du droit commun.

Seulement, l'altération des sûretés conventionnelles au contact du contrat d'adhésion ainsi que leurs résistances n'empêchent pas une cohabitation des deux régimes. Il s'est alors avéré nécessaire d'envisager un agencement hiérarchisé des régimes. La discrimination positive en faveur du régime spécial prioritaire, n'exclut pas le régime subsidiaire, car il semble juste, équitable et logique d'interpréter le contrat contre celui qui en a imposé le contenu, de réviser ou de supprimer la clause créant un déséquilibre significatif. Cet ordonnancement des régimes éviterait le cantonnement du régime spécial à contre-courant des conséquences sociales de son application. Il aura le mérite d'articuler les contrats de sûretés avec le contrat d'adhésion sur une trame permanente de justice contractuelle.

Summary

This study aims to investigate the influence of the adhesion contract on conventional security. Like any contract, conventional security can fall under the classification of an adhesion contract. In this way, when they present the features of an adhesion contract, commonly practiced by professional lenders, they are altered. However, this alteration is only apparent, because the conventional securities become more or less permeable to infiltration into the adhesion contract. We note a resistance of conventional securities, falling under special law, to the adhesion contract which is under common law.

However, the alteration of the adhesion contract and the resistance of conventional security do not prevent the coexistence of the two regimes. It then proved necessary to consider a hierarchical arrangement of regimes. Positive discrimination in favor of the special priority regime does not exclude the subsidiary regime, because it seems fair, equitable and logical to interpret the contract against the one who imposed its content, to revise or delete the clause creating an imbalance significant. This ordering of the regimes would avoid the confinement of the special regime against the social consequences of its application. It will have the merit of articulating the security contracts with the adhesion contract on a permanent framework of contractual justice.



Introduction

Souvent le créancier titulaire de sûretés, prêteur professionnel¹, dicte le contenu des clauses contractuelles déterminées en plus des mentions légales obligatoires d'une sûreté. Même s'il offre un crédit aux conditions très alléchantes à l'image d'un miroir aux alouettes², il peut imposer un contenu comportant des insuffisances sur l'étendue de ses propres obligations ou celles du cocontractant. Ce contenu, généralement non négociable, subordonne l'octroi du crédit au débiteur ou constituant. L'on est alors dans l'hypothèse des sûretés conventionnelles qui méritent d'être analysées à la lumière du contrat d'adhésion. Elles intéressent la réflexion portant sur les sûretés conventionnelles au prisme du contrat d'adhésion.

Aux termes de l'article premier de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés³, la sûreté consiste dans « *l'affectation au bénéficiaire d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ». ⁴ L'AUS a réglementé les sûretés en distinguant d'une part les sûretés personnelles et d'autre part les sûretés

réelles⁵. Ces sûretés peuvent être légales, judiciaires ou conventionnelles. L'analyse portera exclusivement sur celles conventionnelles autrement désignées les contrats de sûretés qui sont des sûretés librement consenties par les parties.

Le contrat d'adhésion n'est pas défini par le Code civil français dans sa version de 1804 applicable au Togo. Aucune définition légale n'émerge du droit positif des obligations tirées de codifications endogènes de certains pays membres de l'OHADA⁶. En revanche, la loi fixant le régime général des obligations en République du Mali considère qu'il y a un contrat d'adhésion « *lorsque l'ensemble des clauses, rédigé à l'avance par l'une des parties, est proposé à l'autre qui ne peut que l'accorder ou le refuser* »⁷. Inspirés par cette définition du législateur malien, les rédacteurs de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA ont proposé de définir le contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance. Néanmoins, les parties peuvent lui adjoindre des conditions particulières sujettes à négociation* »⁸. La notion est évoquée en droit de la consommation communautaire UEMOA⁹ et CEMAC¹⁰.

¹ Par exemple, les banques et établissements financiers.

² F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, I, doctr. 3673, p. 197, n° 1.

³ L'Acte uniforme portant droit des sûretés dans l'espace OHADA, ci-après désigné AUS.

⁴ Cette définition a été jugée « laconique » et « insuffisante » : voir à ce sujet A. LOBA, « Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme des sûretés : un vrai « dolly » juridique », sur OHADA.com [en ligne], publié le 31 août 2011. Disponible sur www.ohada.com (consulté le 30 octobre 2024). La définition de la sûreté n'a d'ailleurs pas toujours fait l'unanimité au sein de la doctrine amenant certains à conclure à « l'introuvable définition » du concept de sûreté ; voir en ce sens M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 11^{ème} éd., LexisNexis, 2022, n°2, p. 8.

⁵ Art. 4 AUS.

⁶ Il s'agit notamment du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (ci-après COCC) et le Code civil (ci-après C.civ.) de Guinée Conakry de 1983.

⁷ Art. 27 al.2 Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987, ci-après désignée la Loi malienne.

⁸ Art. 26 de l'avant-projet ci-après désigné AUDGO.

⁹ Art. 39 et 40 Directive n°1/2023/CM/UEMOA relative à la protection du consommateur dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine adoptée le 16 juin 2023, ci-après désignée la Directive UEMOA.

¹⁰ Art. 88 de la Directive n° 2/19/UEAC-639-COM-33 du 8 avril 2019 harmonisant la protection du consommateur au sein de la CEMAC, ci-après désignée la Directive CEMAC.



Dans son environnement, le contrat d'adhésion peut, parfois, prendre la forme de contrat type¹¹. Celui-ci est une formule contractuelle rédigée par des organismes professionnels ou par une administration et qui peut ou doit être utilisée par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu¹². Le contenu du contrat d'adhésion peut consister en la reprise, facultative ou obligatoire, d'un contrat type, mais ce n'est pas nécessairement un contrat type. Le contrat d'adhésion s'oppose au contrat de gré à gré par l'impossibilité de négociation qui procède de la prédétermination unilatérale du premier, alors que le second résulte des clauses discutées individuellement et adoptées par les parties¹³.

L'histoire révèle que le contrat d'adhésion est le « plus vieux contrat du monde »¹⁴. Il est un fruit du capitalisme, du libéralisme économique, de la standardisation et une manifestation d'un des critères du droit commercial, la rapidité. L'on doit la notion de contrat d'adhésion à Saleilles qui a été indigné par les abus et les conséquences des déséquilibres contractuels¹⁵. Il ne proposa pas de règles correctives de ces déséquilibres. La doctrine contemporaine a repris cette notion en posant les premières pistes d'un régime de protection de la partie faible en vue de lutter contre les

déséquilibres contractuels et d'instaurer la justice contractuelle¹⁶. S'agissant des sûretés conventionnelles, un rappel historique révèle que de 1804 à nos jours, dans tous les pays de la zone franc, le droit des sûretés s'est profondément transformé¹⁷. À la faveur de la réforme de l'AUS en 2010, qui a remanié celui de 1997, on note une évolution nette de l'organisation des sûretés en droit OHADA¹⁸ et un renforcement de la pratique des garanties du crédit¹⁹.

En droit comparé, les articles 1110 du Code civil français et 1379 du Code civil du Québec ont consacré la notion de contrat d'adhésion en droit commun des contrats. Même si l'harmonisation du droit des obligations en droit OHADA reste encore une arlésienne²⁰, il convient de signaler que le contrat d'adhésion y a fait son entrée.

L'évolution constante des sûretés en droit OHADA²¹ et la récente réforme française traduisent une diversification des sûretés entraînant de diverses manifestations et de conséquences²². La transformation insidieuse du droit des sûretés ainsi que les méandres conceptuels du contrat d'adhésion rendent déjà l'étude entreprise périlleuse.

¹¹ P.-A. CREPEAU, « Contrat d'adhésion et contrat type », in *Mélanges L. BAUDOIN*, PU de Montréal, 1974, p. 67.

¹² T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, n°01, 2015 p. 199.

¹³ V. Art. 27 Loi malienne préc. ; art. 26 Avant-projet d'AUDGO ; al.1 art. 1110 C. civ. fr.

¹⁴ F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », préc.

¹⁵ R. SALEILLES, « De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand », *Pichon*, 1901, p. 229-230.

¹⁶ Pour un développement sur les idées de l'auteur, v. not. F. CHENEDE, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC*, 2012, p. 1017.

¹⁷ Sur l'histoire du droit africain des sûretés, v. F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I.Y. Ndiaye et M. Samb, *OHADA, Sûretés*, Bruylant 2002, n°1, p.1.

¹⁸ K. M. AGBENOTO, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », in *Mélanges Cossi Dorothé Sossa, Droit de l'investissement*, p. 53.

¹⁹ A. SAKHO et L. N'DIAYE, « Pratique des garanties du crédit », *Revue africaine des banques*, 1998, p. 17.

²⁰ A. AYEWOUDAN, « L'harmonisation du droit des obligations dans les pays membres de l'OHADA : une arlésienne », in *Mélanges Ph. DELEBECQUE, Ecrits sans esprits de système*, Lefebvre Dalloz, p. 81.

²¹ P. CROCQ (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, 2012, p. 2.

²² V. La réforme française du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, où par exemple, le cautionnement de dettes commerciales constitue, entre toutes personnes, un acte de commerce.



Sa pertinence se révèle dans l'analyse des régimes respectifs des sûretés conventionnelles à l'aune de celui du contrat d'adhésion et vice-versa. Leur point de rencontre ou de croisement est le contrat. L'approche croisée peut paraître aride d'autant plus que les deux concepts, bien qu'étant des contrats, sont marqués par un malaise et une rivalité de leurs régimes respectifs.

Sortie de son berceau qui l'a vu naître²³, l'introduction du contrat d'adhésion dans les législations africaine²⁴, française²⁵ et québécoise²⁶ entraîne sa généralisation à tous les contrats²⁷. Cette entrée du contrat d'adhésion ne suppose ni l'entrée des clauses abusives en droit commun²⁸ ni la remise en cause desdites clauses en droit de la consommation. Par contre, elle implique qu'en plus des contrats de masse, un contrat unique, comme une sûreté conventionnelle entre partenaires d'affaires, pourrait être qualifié de contrat d'adhésion. La protection de l'adhérent est ainsi étendue aux contrats conclus entre deux professionnels²⁹.

Ce vent de généralisation n'épargne guère sa rencontre avec les sûretés conventionnelles qui affiche une relation enchevêtrée et bien mouvementée. Le régime des sûretés conventionnelles ne peut pas se soustraire des interférences du contrat d'adhésion. Le rapport entre ces

deux régimes n'est pas celui d'un long fleuve tranquille. Ils s'opposent, tant à travers les conditions d'existence que dans leurs philosophies respectives.

D'un côté, l'on semble retrouver les traits caractéristiques du contrat d'adhésion dans les sûretés conventionnelles. Or, au sein du système des sûretés du droit OHADA³⁰, tout comme en droit français, la liberté contractuelle des parties se réduirait à une simple adhésion aux règles légales du droit des sûretés³¹. Plus explicitement, la loi impose le contenu des différents contrats de sûretés.

De l'autre, les sûretés, strictement organisées par l'AUS, s'éloignent du contrat d'adhésion, car elles proposent des outils spécifiques efficaces pour protéger le crédit. Cette approche ontologique des sûretés, distincte de celle du contrat d'adhésion, résulte du régime spécial défini par l'AUS qui fixe leurs conditions de validité ou d'existence, en plus des conditions générales des contrats applicables au contrat d'adhésion. Le régime juridique propre au contrat d'adhésion, quoiqu'il soit jugé embryonnaire³², se distingue par sa règle principale qui est l'interprétation du contrat en faveur de l'adhérent³³. Cette lutte idéologique antinomique explique la difficulté cognitive.

²³ V. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229-230 : SALEILLES proposa d'« appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion », tous les contrats de masse tels que les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemin de fer, et de tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective (tels les contrats proposés par les puissantes compagnies d'assurance).

²⁴ V. not. al. 2 art. 27 Loi malienne, art. 26 Avant-projet AUDGO, art. 42 Directive UEMOA.

²⁵ Art. 1110 C. civ.

²⁶ Art. 1379 C. civ.

²⁷ T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC* 2019, n° 12.

²⁸ S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *C.C.C.* 2016, ét. 5, spéc. n° 7.

²⁹ Rappr. D. MAZEAUD, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012, p. 276.

³⁰ K. M. AGBENOTO, « L'impérativité du droit Ohada », in *Mélanges J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 1.

³¹ J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés », *Revue Penant*, 2010, n° 805, p.150.

³² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} éd., PUF, 2021, p. 287, n° 358.

³³ V. art. 103 du COCC du Sénégal, art. 75 Loi malienne, art. 173 Avant-projet AUDGO, art. 1190 du C. Civ fr. et 1432 C. civ. Québ.



Conséquemment, il s'en dégage que le régime du contrat d'adhésion ne semble avoir aucune place dans les sûretés conventionnelles. L'application de ce régime entraînerait un risque de doublon avec les règles du droit spécial des sûretés. Leur champ d'application pourrait se réduire comme une peau de chagrin en face du régime spécial. Incidemment, le régime du contrat d'adhésion serait voué à l'inutilité, car il semblerait inopportun aux sûretés conventionnelles, étant donné que *speciala generalibus derogant*³⁴. Toutefois, il n'est pas exclu que le recours au régime du contrat d'adhésion en droit des sûretés puisse pallier certaines injustices.

De ce tableau affichant un résultat contrasté, s'induit l'interrogation suivante : quelle est l'influence du régime de droit commun du contrat d'adhésion sur celui spécial du contrat de sûretés ? En d'autres termes, il est question de rechercher si l'influence du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles est décisive. Cette interrogation, au cœur de cette étude, n'appelle pas une réponse tranchée.

Dans la démarche de son traitement, il paraît important de combiner l'approche dogmatique et celle réaliste³⁵, car aucune de ces deux approches de la théorie générale du contrat ne permet à elle seule

de trouver la solution à l'interrogation posée³⁶. C'est peu dire que l'étude entreprise est intéressante à plusieurs titres. Il l'est en théorie et en pratique.

Théoriquement, à ce jour, quoique riche en littérature, le droit des sûretés ne comporte que de manière éparse des développements sur le contrat d'adhésion³⁷. Il n'existe de trace d'aucune étude qui traite spécifiquement et de manière globale du contrat d'adhésion en droit des sûretés. Cette étude se propose de jeter les bases de l'articulation entre les régimes du contrat d'adhésion et des sûretés conventionnelles.

L'enjeu pratique en étudiant ce sujet consiste à susciter l'éveil des parties au contrat de sûretés sur les bonnes pratiques en vue des rapports juridiques apaisés, car le contrat d'adhésion est l'acte juridique couramment utilisé par les prêteurs professionnels. La pratique, étant à couteaux tirés avec les tribunaux³⁸, l'étude entreprise se propose d'évoquer les pistes d'interaction de la théorie générale du contrat d'adhésion en droit des sûretés.

L'objectif de cette étude est double. Il s'agit de souligner le rôle perturbateur de l'opposition entre les régimes et de rechercher un ordonnancement optimal pour une coexistence juridique plus harmonieuse.

³⁴ En français, les lois spéciales dérogent aux lois générales.

³⁵ L'approche dogmatique consiste à étudier des normes juridiques sans discussion de leurs valeurs. En revanche, l'approche réaliste résultant du réalisme juridique tend à comprendre la décision judiciaire comme le véritable moment de détermination du droit. En d'autres termes, ce sont les faits qui intéressent les réalistes.

³⁶ L'approche dogmatique seule conduirait à entretenir l'opposition entre le régime de droit commun du contrat d'adhésion sur celui spécial du contrat de sûretés. De même, l'approche réaliste conduirait à privilégier l'interprétation *ad favorem* au détriment de l'ordre public de protection des sûretés.

³⁷ M. BOURASSIN, « Résistance du droit des sûretés au droit de la consommation », [en ligne], sur *Hal open science*, publié le 30 janv. 2024.

Disponible sur <https://hal.science/hal-04427454v1> (consulté le 01 décembre 2024).

³⁸ CCJA, arrêt n° 087/2018 du 29 mars 2018 : la Cour a annulé la garantie autonome pour des irrégularités formelles ; Dans le même sens voir CCJA, arrêt n° 159/2020 du 30 avril 2020 ; En droit comparé, voir Com. 24 mars 2021, n° 19-14.082, *JCP E* 2021, 1352, n° 18 obs. D. Senanedj : La chambre commerciale a déclaré nulle une lettre de garantie ; Dans le même sens Com. 5 avr. 2023, n° 21-20.905 : Cour de cassation française a décidé que l'inobservation de la mention manuscrite par un dirigeant caution d'une société entraînait la nullité du cautionnement. Dans un sens contraire, voir C. A. Ouagadougou, arrêt n°091 du 06 nov. 2020, la Cour d'appel a requalifié en garantie « *sui generis* », des actes intitulés « caution d'avance de démarrage »

Les règles communes à tous les contrats ont, par définition, vocation à régir tous les accords contractuels. À l'observation de la rencontre entre le contrat d'adhésion et les sûretés conventionnelles, souvent antérieures ou concomitantes à l'octroi d'un prêt ou de la créance, il se dégage une altération des sûretés conventionnelles au contact du contrat d'adhésion (I). Une pareille altération, entraînant une opposition entre les régimes, n'est pas bénéfique pour la justice contractuelle. Il est donc nécessaire de songer à une cohabitation harmonieuse entre les régimes (II).

I. L'ALTÉRATION DES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES PAR LE CONTRAT D'ADHÉSION

Le régime du contrat d'adhésion relevant du droit commun des contrats et celui spécial des sûretés conventionnelles sont opposés. Toutefois, lorsqu'on analyse les sûretés conventionnelles à la lumière du contrat d'adhésion, c'est-à-dire lorsque les sûretés conventionnelles tombent dans la catégorie du contrat d'adhésion, il se produit une altération sous la forme d'un envahissement du premier par le deuxième (A). Cette altération ou encore cette influence n'est pas cependant absolue. Elle mérite d'être relativisée, car elle est atténuée par les originalités des sûretés conventionnelles (B).

A. L'altération avérée

La convergence sur la nature contractuelle ainsi que des conditions générales des sûretés conventionnelles et du contrat d'adhésion n'est pas remise en cause. Au-delà de cette convergence des conditions générales, les exigences particulières se superposent de sorte qu'elles entretiennent un dialogue alambiqué entre attirance et rejet. De la sorte, les conditions de

qualification du contrat d'adhésion, en compétition avec celles des sûretés conventionnelles, ont de l'emprise sur celles-ci (1). Ce qui favorise, bon gré mal gré, l'infiltration du régime de protection du contrat d'adhésion (2).

- *L'emprise de la qualification du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles*

D'emblée, il y a lieu de cadrer l'originalité du contrat d'adhésion. La particularité des conditions d'appréciation de ce contrat s'induit des articles 41 et 42 de la Directive de l'UEMOA. La particularité rejaille davantage de la définition donnée par le deuxième alinéa de l'article 27 de la Loi malienne ainsi que le deuxième alinéa de l'article 26 de l'Avant-projet AUDGO. Concrètement, il en résulte que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance. L'article 26 sus-indiqué, en définissant le contrat d'adhésion, ne s'est limité qu'aux termes de « conditions générales ». L'article 82 de la Directive de la CEMAC s'en est démarqué en évoquant en plus des conditions générales, « *les conditions particulières* ».

Il est utile de relever que la définition de l'article 26 suscitée n'est pas une copie intégrale de celle figurant à l'article 1110 du Code civil français. L'expression « conditions générales », effrayante pour les plus libéraux, a été jugée maladroite³⁹. Elle a été donc, plus tard, remplacée par celle d'« un ensemble de clauses »⁴⁰. On peut toujours douter de la formule, car un ensemble de clauses suppose une pluralité de clauses, alors qu'une seule clause non négociée et prédéterminée peut engendrer un déséquilibre contractuel. Néanmoins, des points communs demeurent entre ces différents textes. En phase avec la doctrine⁴¹, l'on retient que les législateurs

³⁹ Sur ce point, voir M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p. 285, n° 354.

⁴⁰ Art. 1110 issu de la Loi du 20 avril 2018 préc.

⁴¹ Y. R. KALIEU ELONGO, « La réception du contrat d'adhésion dans les législations



contemporains semblent unanimement rejeter le critère subjectif, celui de la partie faible, pour fonder la qualification du contrat d'adhésion sur un critère objectif.

Bien que ce cadrage légal du contrat d'adhésion ait été jugé réducteur⁴², l'existence d'un contrat d'adhésion n'implique pas nécessairement qu'une partie au contrat soit dans une position de faiblesse par rapport à l'autre, même si l'une a le pouvoir de fixer seule le contenu du contrat et de l'imposer à l'autre. L'abandon du critère de l'inégalité des parties ou de l'existence d'une partie faible au contrat constitue le point essentiel de démarcation entre le contrat d'adhésion et le contrat de consommation. En conséquence, il n'est pas exagéré d'affirmer que la qualification de contrat d'adhésion pourrait être retenue dans les contrats de sûretés conclus entre professionnels⁴³.

Ces précisions faites, il est alors opportun de rappeler les critères légaux spécifiques, inspirés de la définition proposée par la doctrine⁴⁴, qui fondent l'appréciation du contrat d'adhésion. Synthétiquement, le contrat d'adhésion est caractérisé par la pré-rédaction des clauses du contrat, encore désigné imposition des stipulations essentielles du contrat, d'une part, et la soustraction du contrat à la négociation, d'autre part. Un auteur a pu dire que le

contrat d'adhésion est rédigé *in globo* et *ne varietur*⁴⁵.

Cependant, il est permis d'hésiter sur la nature du contrat d'adhésion. Sans exagération, il serait un faux contrat en raison de la prédétermination unilatérale et définitive de son contenu, car il ne résulte pas de la rencontre des volontés des parties. L'adhérent ne peut refuser sans renoncer à la conclusion du contrat. Celui-ci n'a de choix que d'accepter ou de refuser en bloc le contrat⁴⁶, sans possibilité de négociation⁴⁷.

Malgré sa singularité, il n'est pas surprenant de constater le mariage des sûretés conventionnelles avec toutes les caractéristiques du contrat d'adhésion. Ce contrat, en effet, cache mal ses rapports étroits avec les sûretés conventionnelles. La pratique des sûretés révèle qu'à l'exclusion des mentions obligatoires, la libre détermination du contenu des sûretés, en vertu de la liberté contractuelle, en droit des sûretés⁴⁸, peut être gravement réduite⁴⁹. Cela étant, le contenu des sûretés peut être prédéterminé et soustrait à la négociation de la caution, du garant ou du constituant d'une sûreté réelle, à l'image de l'adhérent dans un contrat d'adhésion.

À titre d'exemple, il a été observé des pratiques de stipulations de sûretés dans les conventions de crédit qui prévoient « *unilatéralement le maintien du cautionnement en cas de renouvellement*

contemporaines », *Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique*, 2017-1, Jan/Mars 2017, p. 18.

⁴² R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion, in projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC*, 2012, n° 3, p. 736.

⁴³ Il n'est nullement étrange qu'une société consente une sûreté afin de garantir les dettes d'une autre société membre d'un groupe ou d'une autre société partenaire d'affaires ; v. également, C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, Th. Univ. Paris Descartes, 2015, p.1 et s.

⁴⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion, Bibliothèque de droit privé*, T. 132, LGDJ, 1973, p. 27.

⁴⁵ F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *La semaine juridique*, éd. G., n°27, 4 juil. 2016, p. 1334.

⁴⁶ M.-A. PICOTTE, *Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, Univ. Montréal, 2018, p. 2.

⁴⁷ S. PELLET, « Contrat d'adhésion et négociation », *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises, Thèmes & Commentaires*, Dalloz, 2018, p. 75 et s.

⁴⁸ J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés », préc., n°805, p.150.

⁴⁹ Par exemple, le créancier titulaire de sûretés peut imposer à son cocontractant de nombreuses clauses de sorte que ce dernier n'ait d'autre choix que de les accepter sans possibilité de négociation.



du contrat principal, de novation de l'obligation garantie, de disparition de la société créancière ou encore de changement de débiteur consécutif à une cession de contrat ou de dette »⁵⁰. On l'a également déniché en matière d'hypothèque⁵¹. Manifestement, ces clauses ne sont pas négociables⁵².

Pour s'en convaincre davantage, il suffira de citer, en matière de sûretés réelles, l'exemple du gage de choses fongibles ou du nantissement d'instruments financiers dans lesquels les établissements de crédit imposent unilatéralement la clause dite « *d'arrosage* »⁵³. Le constituant y adhère sans possibilité de négociation. On ajoutera la clause pré-rédigée et imposée dite « *clause d'accroissement* » par laquelle le créancier prévoit l'affectation supplémentaire d'assiette gagée ou nantie dans l'hypothèse d'une augmentation du montant de la dette garantie⁵⁴. De plus, l'interdiction de principe du pacte comissoire s'explique par la crainte que le créancier impose l'attribution conventionnelle au constituant au moment où celui-ci était sous l'empire d'un besoin financier moyennant une estimation inférieure de la valeur de la chose⁵⁵. Son admission exceptionnelle à l'article 104 AUS en ce qui concerne les professionnels⁵⁶, ne devrait pas exclure la négociation entre les parties.

En synthèse, l'emprise des conditions de qualification du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles n'est pas

invraisemblable. Les éléments caractéristiques du contrat d'adhésion se trouvent réunies dans les sûretés conventionnelles. Les stipulations essentielles supplémentaires insérées, en plus des mentions légales obligatoires, servent de piste d'atterrissage du contrat d'adhésion dans la tanière des sûretés conventionnelles, en dépit de l'originalité de celles-ci. Cette emprise favorise l'infiltration du régime de protection du contrat d'adhésion dans les sûretés conventionnelles.

2. *L'infiltration du régime de protection du contrat d'adhésion dans les sûretés conventionnelles*

La première préoccupation liée à l'infiltration est celle de cerner la substance du régime de protection du contrat d'adhésion. Le régime consiste à interpréter le contrat d'adhésion en faveur de l'adhérent. L'article 174 de l'Avant-projet d'AUDGO va au-delà en prévoyant d'interpréter la clause douteuse en faveur de la partie faible, seulement si une loi spéciale assure la protection de cette dernière. Dans le même sens, et plus explicite, l'article 84 de la Directive de la CEMAC consacre un régime identique d'interprétation en faveur du consommateur, la partie faible.

À y regarder de près, contrairement à ce qui a été pensé en doctrine⁵⁷, il faut oser affirmer que le régime du contrat d'adhésion n'est pas exactement celui établi pour les clauses abusives en vue de la protection de la partie faible. Ce n'est pas peu dire que le régime des clauses abusives s'établit sur la base du critère subjectif, la partie faible, abandonnée par le régime applicable au contrat d'adhésion. Même si *in fine*, celui du contrat d'adhésion pourrait contribuer à protéger éventuellement la partie faible, la nuance n'est pas des moindres, car il a été démontré la résistance du

⁵⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Effet perturbateur du droit de la consommation et droit des sûretés », *Les actes d'ateliers du CEDCACE*, [en ligne].

⁵¹ J. KAMGA, *Droit et pratique hypothécaires dans l'espace Ohada*, Falis, 2020, n°28 : La clause permet de contourner le principe de spécialité de l'hypothèque en indiquant que l'hypothèque initiale garantirait automatiquement toute nouvelle créance après l'extinction de la créance primitive.

⁵² Cette affirmation résulte des entretiens individuels avec certains banquiers au Togo et en Côte d'Ivoire ainsi que le dépouillement de certains contrats de sûretés.

⁵³ La clause d'arrosage impose au constituant d'affecter de nouveaux biens corporels ou incorporels en cas de diminution de la valeur de ceux initialement.

⁵⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Effet perturbateur du droit de la consommation et droit des sûretés », préc.

⁵⁵ L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 11^e éd., 2017, p. 311.

⁵⁶ V. les art. 104 al. 3 et 199 AUS.

⁵⁷ Y. R. KALIEU ELONGO, « La réception du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines », préc., p. 18.

droit des sûretés au droit de la consommation⁵⁸, deux droits spéciaux. Seulement, la résistance a-t-elle la même intensité à l'égard du régime du contrat d'adhésion, un régime de droit commun ?

Cette interrogation annonce ainsi la seconde préoccupation relative à la manifestation de la soumission des sûretés conventionnelles au régime du contrat d'adhésion. Il convient de relever que les articles 75 de la Loi malienne et 173 de l'Avant-projet d'AUDGO visent le débiteur en faveur duquel s'interprète la clause douteuse. Or, la notion de débiteur dans un contrat, même en matière de sûretés, revêt une double facette. Elle peut désigner, soit le débiteur de l'obligation principale, soit le débiteur d'une obligation inexécutée. L'esprit du législateur africain, à la différence des législateurs français et québécois⁵⁹, est de protéger d'une manière générale le débiteur. Seulement, ce double aspect de la notion de débiteur le rend flou et instable au contact des sûretés conventionnelles. Deux hypothèses mettent en exergue ce constat.

Dans la première, le débiteur de l'obligation principale en matière de sûreté serait le débiteur principal, la caution, le constituant d'une sûreté réelle ou même le garant pour ce qui est de la garantie autonome. Pourtant, ce dernier est l'établissement de crédit stipulant. En l'espèce, la qualité d'adhérent revient aux donneurs d'ordre. Ceux-ci, en raison de la gravité de cette sûreté, ne peuvent être des personnes physiques⁶⁰. Ce contraste rend illisible la notion de débiteur de l'obligation principale qui semble inclure, pour certaines sûretés, le créancier-stipulant. Par exemple, lorsque la banque est garante, dans ses rapports avec le bénéficiaire de la garantie autonome, elle est débitrice. Mais dans son rapport avec le donneur d'ordre, elle est créancière.

En deuxième hypothèse, le débiteur de l'obligation inexécutée pourra, selon le cas, être le créancier ou encore le débiteur principal, la caution, le constituant, le garant ou le donneur d'ordre. On ne saurait donc dire avec exactitude que la notion de débiteur soit consacrée pour la partie faible étant

donné que le créancier-stipulant pourrait éventuellement être débiteur. Cependant, en droit comparé français et québécois, le principe de l'interprétation en faveur de l'adhérent contre le stipulant est clairement posé.

Nonobstant la confusion et la gêne autour de la notion de débiteur, le régime du contrat d'adhésion étend ses tentacules aux sûretés. Au-delà de cette confusion, ne devrait-on pas rechercher la vision du législateur africain ?⁶¹ Sa vision du débiteur en matière de contrat d'adhésion paraît résulter d'une approche plurielle du droit africain⁶², et ne semble pas se restreindre forcément à l'adhérent. Elle permettrait de l'étendre au débiteur professionnel en matière de sûretés afin de corriger les injustices de ce droit⁶³. L'étendue de cette vision conforte davantage la définition légale du contrat d'adhésion caractérisée par le critère objectif.

La jurisprudence française, évoluant dans une vision similaire, a admis que le non-respect de l'exigence de transparence à l'égard des consommateurs autorise un contrôle des clauses relatives à l'objet principal du contrat⁶⁴. Chacun sait que l'obligation de transparence suppose celle de négociation du contrat de sorte que l'absence de transparence traduit le défaut de négociation. En termes d'enseignement, la solution a le mérite de considérer *ipso facto* les clauses non transparentes et non négociées relatives à une sûreté comme déséquilibrées justifiant l'application du régime général du contrat d'adhésion. Cette vision renouvelle la richesse de la logique de protection générale du contrat d'adhésion et révèle ses triples finalités.

D'abord, la protection instituée pour le contrat d'adhésion vise à contrôler le contenu du contrat. De la sorte, lorsque le déséquilibre d'une sûreté est significatif, excessif ou déraisonnable, le régime du contrat d'adhésion, bien que jugé

⁵⁸ M. BOURASSIN, « Résistance du droit des sûretés au droit de la consommation », préc.

⁵⁹ Les articles 1190 C. civ. fr. et 1432 C. civ. québ. ont clairement posé le principe de l'interprétation en faveur de l'adhérent contre le stipulant.

⁶⁰ Il s'agit d'une protection organisée par le droit des sûretés au profit des personnes physiques.

⁶¹ J. P. BOUKONGOU, « L'esprit des droits africains », *Mélanges P. G. Pougoué*, CREDIJ, p.165.

⁶² A. CISSE, « Pour approche plurielle du droit africain », *loc.cit.*, p.1.

⁶³ Pour une telle critique, v. R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion, in projet d'ordonnance

portant réforme du droit des contrats », préc., p. 716 : L'auteur au sujet de l'injustice de la protection du droit de consommation considère que l'avocat qui achète un lave-vaisselle pour son logement est protégé, contrairement au paysan qui achète un tracteur pour son activité.

⁶⁴ Civ. 1^{re}, 20 avr. 2022, n° 20-16316 : le non-respect de l'exigence de transparence à l'égard des consommateurs autorise un contrôle des clauses relatives à l'objet principal du contrat (ou à l'adéquation du prix ou de la rémunération) et permet même de les considérer *ipso facto* comme déséquilibrées.



embryonnaire⁶⁵, pourra recevoir application. Substantiellement, le régime permet la protection contre les clauses créant un déséquilibre significatif, c'est-à-dire une situation où l'absence d'équilibre est d'une importance contestable⁶⁶.

Ensuite, il faut relever que la logique de protection du contrat d'adhésion comporte un régime de sanction du déséquilibre significatif contractuel. À la différence des droits français et québécois qui ont opté pour le régime de nullité et réduction de l'obligation⁶⁷, le droit uniforme africain propose le régime de sanction individuelle de la révision et de la suppression⁶⁸. S'il est permis d'hésiter sur la nature de ces sanctions, il y a lieu néanmoins de leur reconnaître une portée économique pour le sauvetage du contrat⁶⁹.

Enfin, la logique de protection s'étend, au-delà du contenu du contrat, à l'interdiction des clauses incompréhensibles et illisibles du contrat⁷⁰. L'absence d'équilibre peut être constatée, par exemple, dans les conditions générales d'une banque qui ne figurent pas dans l'*instrumentum* de la sûreté. Dans la pratique, en droit OHADA⁷¹ comme en droit français⁷², il est constant que le pacte comissoire résulte, *contra legem*, d'un accord postérieur. Or selon l'AUS, le pacte comissoire doit être contenu dans la sûreté conventionnelle⁷³. L'inintelligibilité du cautionnement n'est pas couverte par l'exigence de la mention manuscrite. Chacun sait que cette exigence répond à un souci de conscience de la caution sur la nature et l'étendue de l'engagement. Or, le caractère incompréhensible d'une clause

ou du contenu se rapporte à la présence des termes qui ne sont pas faciles à saisir particulièrement par une personne raisonnable⁷⁴. L'illisibilité concerne la présentation matérielle du contrat et l'emplacement des clauses dans le contrat⁷⁵.

En somme, la substance de la logique du contrat d'adhésion permet d'interpréter le contrat contre celui qui en a imposé le contenu, de réviser ou de supprimer la clause créant un déséquilibre significatif. Désormais, l'adhérent-débiteur dispose d'un régime général de protection à la faveur de la transversalité du régime du contrat d'adhésion. Seulement, les sûretés conventionnelles, bien que tombant dans la catégorie du contrat d'adhésion, semblent imperméables. L'influence n'est pas considérable. L'altération serait donc limitée.

B. L'altération limitée

La montée en puissance du contrat d'adhésion en droit commun accrédite la thèse d'une justice transversale applicable à tous les contrats. Toutefois, il y a lieu de ne pas exagérer le débordement du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles. L'emprise des conditions de qualification du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles mérite d'être relativisée (1). De plus, l'infiltration ou l'emprise du régime de protection du contrat d'adhésion est limitée par la résistance de celui de protection du crédit inhérent aux sûretés conventionnelles (2).

⁶⁵ R. BOFFA, « Article 1108 : le contrat d'adhésion, in projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », préc., p. 737.

⁶⁶ E. GICQUARD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com*, 1994, p. 267.

⁶⁷ V. art. 1190 C. civ. fr. et 1457 C. civ. Québ.

⁶⁸ V. art. 113 Avant-projet AUDGO.

⁶⁹ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, n°21.

⁷⁰ V. art. 41 et 42 Directive UEMOA.

⁷¹ J. KAMGA, *Droit et pratique hypothécaires dans l'espace Ohada*, op.cit., n°560.

⁷² C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, Dalloz, 2019, p. 128.

⁷³ V. les articles 104 et 199 de l'AUS.

⁷⁴ Y. R. KALIEU ELONGO, « La réception du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines », préc., p. 43.

⁷⁵ V. art. 82 Directive CEMAC.



1. *L'emprise limitée de la qualification du contrat d'adhésion sur les sûretés conventionnelles*

Plusieurs traits distinctifs révèlent la singularité des prérequis pour la formation des sûretés conventionnelles. Plus exactement, il est question des conditions particulières exigées pour la validité, l'efficacité ou l'opposabilité des sûretés. Ces conditions n'ont rien à voir avec celles du contrat d'adhésion. Certaines d'entre elles ne résistent pas à l'attraction du contrat d'adhésion, alors que d'autres lui affichent une résistance.

Le premier trait distinctif, indifférent à l'attraction du contrat d'adhésion, résulte de l'exigence légale des règles de forme en matière de sûreté. L'article 14 de l'AUS exige la mention manuscrite de la caution et, pour ce qui est de la caution qui ne sait ni lire ni écrire, l'assistance obligatoire de deux (2) témoins certificateurs. À rebours en droit français, il est exigé un engagement exprès de la caution⁷⁶, l'adhérent. L'ensemble de ces formalités visent à le protéger étant donné qu'il s'engage pour la dette d'autrui. En matière de sûretés réelles, certaines de ces exigences légales de forme secrètent des règles de preuve⁷⁷ et d'autres concernent des exigences informatives⁷⁸, innervées par un ordre public de protection.

À la croisée des chemins du contrat d'adhésion, la question suivante se dégage de l'analyse de ces normes : les formalités en droit des sûretés ne devraient-elles pas écarter l'impossibilité de négociation dont peut se prévaloir le débiteur ou l'adhérent dans la perspective de qualification d'un contrat d'adhésion ? À cette interrogation,

on songe à répondre par la négative. Les mentions légales obligatoires visent à protéger la caution⁷⁹, le garant ou le constituant d'une sûreté réelle et même parfois le créancier, mais elles ne contiennent substantiellement aucune obligation de négociation de la part du stipulant. De plus, elles n'impliquent nullement que l'adhérent ait négocié le contrat. La mention manuscrite de la caution ou son engagement exprès ne signifie pas qu'il y a eu négociation pour faire échec à la qualification d'un contrat d'adhésion.

Dans le même sens, il est courant dans la pratique des affaires que l'hypothèque conventionnelle soit pré-rédigée par un notaire indiqué par l'établissement de crédit⁸⁰. Parfois, lorsque l'établissement financier laisse le soin au débiteur de faire proposer l'hypothèque par son notaire, il veille toujours avant la conclusion définitive du contrat à y insérer des clauses non négociables, souvent incompréhensibles, visant à accroître la certitude du paiement de sa créance⁸¹. L'hypothèque échappe donc à la négociation avec le constituant, malgré les obligations d'information et de conseil à la charge du notaire. Il n'est nullement question de remettre en cause ces obligations du notaire dans la rédaction d'un acte authentique. C'est dire que l'intervention du notaire est un gage de sécurité juridique⁸², seulement qu'elle ne suppose guère la négociation de l'acte. Pour preuve, des pratiques mal articulées, en particulier celles relatives à la clause dite de maintien d'hypothèque, portant entorse au principe de la spécialité de

⁷⁶ Art. 2015 C. civ. fr.

⁷⁷ L'exigence de l'écrit et les mentions obligatoires du gage (art. 96 et 97 AUS), des nantissements (not. art. 127, 141 AUS) et de l'hypothèque (art. 205 AUS).

⁷⁸ L'exigence légale des règles d'information préalable de la caution et l'explication des engagements dans l'hypothèque par le notaire.

⁷⁹ Par ex. la caution non avertie et la caution illettrée.

⁸⁰ Ph. DELEBECQUE, « Le régime des hypothèques », *JCP éd. G.* 2006, n°20, I, n°23.

⁸¹ Cette affirmation résulte non seulement des entretiens individuels avec certains banquiers du Togo et de la Côte d'Ivoire, mais aussi avec des notaires.

⁸² L. COSSETTE, « Des actes authentiques », *Les cahiers de droit*, Vol. 3, n°1, 1957, p. 76.

l'hypothèque, ont été décelées dans l'espace OHADA⁸³. Le constituant de l'hypothèque, sous la pression du besoin financier, adhère à ces clauses parfois défavorables et non transparentes imposées par le créancier. Dans tous les cas, l'intervention d'un conseil juridique n'exclut pas la possibilité de qualification d'un contrat d'adhésion comme l'indique l'article 1379 du Code civil québécois. Il s'en dégage incidemment que ce premier trait particulier des sûretés conventionnelles n'empêche pas la qualification du contrat d'adhésion.

Le deuxième trait distinctif des sûretés conventionnelles s'extirpe de la nature accessoire consacrée à l'article 2 de l'AUS. Apparemment, on peut penser, à tort, que cette nature accessoire des sûretés exclut le contrat d'adhésion. Concrètement, l'analyse pose le problème de la parenté entre le caractère accessoire des sûretés et le contrat d'adhésion. Le caractère accessoire n'exclut pas la qualification du contrat d'adhésion de sorte que cette singularité des sûretés conventionnelles n'est qu'apparente. Une parenté existe bel et bien entre les deux techniques contractuelles. Nul n'ignore que la plupart des sûretés sont des contrats types et on connaît, sans doute, la similarité entre le contrat d'adhésion et le contrat type. Partant, la singularité relative au caractère accessoire des sûretés n'exclut pas sa qualification de contrat d'adhésion.

Le caractère de contrat unilatéral de certaines sûretés, le troisième trait d'originalité, contrairement aux deux premiers, postule le rejet de la qualification du contrat d'adhésion. Ce caractère fait échec à l'alliance avec le contrat d'adhésion. Le cautionnement illustre remarquablement le caractère unilatéral du

contrat qui ne contient que l'engagement de la caution envers le créancier⁸⁴. Or, le contrat d'adhésion suppose l'existence des engagements réciproques entre le stipulant et l'adhérent. La réciprocité de l'engagement expliquerait l'essence de déséquilibre entre les prestations des parties. Toutefois, l'unilatéralité du cautionnement ne fait pas échec à la qualification du contrat d'adhésion, car il suffit que le contrat soit rédigé par le créancier et soumis à l'acceptation ou au rejet de celui qui contracte l'obligation.

Dans le même registre, s'agissant des sûretés réelles, la doctrine a pu affirmer, sans réserve, que l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement du créancier, n'a pas de contrepartie⁸⁵. Bien que cette affirmation suscite une hésitation, il demeure tout de même qu'il y ait un malaise à la pénétration du contrat d'adhésion en raison de cette particularité des sûretés conventionnelles. En conséquence, la qualification du contrat d'adhésion reste hésitante.

La dernière singularité des sûretés conventionnelles tient à l'introduction de la notion de débiteur professionnel à l'article 3 de l'AUS. Elle semble marquer la rupture des sûretés conventionnelles avec le contrat d'adhésion. Sans ambages, la notion de débiteur professionnel renvoie à celle de consommateur et de non-professionnel. Celle-ci repose sur un critère subjectif. Ce débiteur, dont la dette résulte de l'exercice de sa profession ou est en rapport direct avec son activité professionnelle, se trouve en droit des sûretés protégé faiblement dans certaines circonstances⁸⁶, que le consommateur ou le non professionnel. Or, la définition du contrat d'adhésion exclut le critère subjectif⁸⁷. Il s'en infère que les sûretés

⁸³ J. KAMGA, *Droit et pratique hypothécaires dans l'espace Ohada*, op.cit., n°28.

⁸⁴ Com. 8 avr. 2015, n°13-14447.

⁸⁵ M. BOURASSIN, « Résistance du droit des sûretés au droit de la consommation », préc.

⁸⁶ L'art. 104 al. 3 AUS reconnaît la validité du pacte comissoire si le débiteur est un débiteur professionnel.

⁸⁷ Le contrat d'adhésion est indifférent à la qualité des parties. Cela ne signifie pas qu'un contrat entre professionnels ou entre professionnel et

restent attachées au critère subjectif mis à l'écart dans le contrat d'adhésion.

Au total, les conditions de qualification des sûretés conventionnelles s'accommodent peu ou prou difficilement à l'influence du contrat d'adhésion. La singularité de la protection du crédit, innervant les sûretés conventionnelles, favorise sa résistance à l'infiltration du régime du contrat d'adhésion.

2. La résistance du régime de protection du crédit au contrat d'adhésion

La résistance du régime de protection du crédit au contrat d'adhésion se dégage des variantes de ce même régime. Ce régime comporte des mécanismes propres, car les sûretés conventionnelles ne sont pas des lieux de rencontre et de conciliation d'intérêts divergents, mais souvent le moyen pour la partie la plus forte, le créancier, de dicter ses propres conditions à la partie faible⁸⁸. De manière simple, il se pose une difficulté relative à la réceptivité du régime du contrat d'adhésion en droit des sûretés étant donné qu'il existe des mécanismes de protection propres aux sûretés.

Plus exactement, ces mécanismes organisent la protection du crédit qui oscille entre la protection du créancier et celle du constituant. Cela étant, le droit des sûretés met en place objectivement un ordre public de protection indifféremment de la qualité de créancier et de débiteur ou même de celle de la partie forte ou faible. Il est évident qu'une protection excessive du créancier serait nuisible au crédit et limiterait le financement ainsi que le développement du crédit. Il serait également regrettable de pencher le balancier d'un côté en détachant le

consommateur ne puisse pas être un contrat d'adhésion. Il n'y a pas une incompatibilité.

⁸⁸ Sur la protection de partie faible, voir J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-MANMELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, Rapport fr., in *La protection de la partie faible dans les rapports*

financement de l'accès au crédit. Simplement, la facilité d'accès au crédit et le financement par les créanciers évoluent de pair. Dans ce constat d'enchevêtrement, il ressort deux dynamiques antagonistes au sein des sûretés ; celles de la protection du garant ou du constituant et la sauvegarde des intérêts du créancier⁸⁹. Tout compte fait, ces mécanismes organisent la protection de l'intérêt du créancier qui implique directement la protection du crédit, duquel rejaillit indirectement la protection du constituant.

Directement, la protection du crédit intéresse la sauvegarde de l'intérêt du créancier, souvent professionnel et institutionnel. Les sûretés répondent comme cela à la préoccupation de sécurisation et de dynamisation des affaires en général et celle des entreprises en particulier, afin de soutenir la croissance économique⁹⁰. L'intérêt du créancier, en effet, est de recourir à une sûreté et de se prémunir contre les pertes pécuniaires pouvant résulter de l'insolvabilité du débiteur. Le créancier peut alors solliciter l'intervention d'un garant ou l'affectation d'un bien en guise de garantie. À ce titre, les mécanismes relevant du droit des sûretés offrent une protection fondamentale des intérêts du créancier dans ses relations professionnelles et personnelles. L'utilité, pour un créancier, de bénéficier d'une sûreté est de gérer, par anticipation, le risque d'insolvabilité de son partenaire, ou tout au moins de renforcer ses chances d'être payé en aménageant des mécanismes propices à développer sa confiance en son débiteur.

Inversement, le créancier dépourvu de sûretés, appelé créancier chirographaire, ne

contractuels, comparaisons franco-belges, (Dir.) J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, T. 261, n°1.

⁸⁹ K.M. AGBENOTO, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *loc.cit.*

⁹⁰ M. BOURASSIN, « La spécialisation du droit des sûretés personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs », *RIDC*, Vol. 66 n°2, 2014, p. 435.

jouit pas du même niveau de protection. Le droit de gage général, dont il dispose, n'offre qu'une protection bien mince à plusieurs titres par rapport aux créanciers munis de sûretés. Un créancier non muni de sûretés se voit doubler par celui qui en est muni. Plus prudent, ce dernier exerce un droit de suite et de préférence sur le patrimoine du débiteur ou se fait attribuer conventionnellement⁹¹ ou judiciairement le bien retenu, le cas échéant, procède à la vente forcée⁹². Le deuxième alinéa de l'article 109 de l'AUS a prévu la possibilité pour le créancier gagiste sans dépossession de solliciter un complément de gage lorsque le constituant venait à manquer à son obligation de conservation. Ces mesures augmentent les chances du créancier d'entrer dans ses droits. Toutefois, la fonction sécurisante des sûretés, dans l'intérêt des créanciers, peut se révéler bénéfique au constituant.

Indirectement, la protection du crédit implique la protection du constituant, souvent consommateur, non professionnel et institutionnel. Celui-ci, en effet, obtient ce qu'il désire grâce à la sûreté proposée au créancier, mais également bénéficie d'une protection légale. Cette protection se structure autour des mesures d'exclusion, d'information, de limitation et de prévention.

D'abord, s'agissant du pacte comissoire, on note une convergence des articles 104 et 199 de l'AUS en ce qu'il se dégage une volonté du législateur de protéger le débiteur non professionnel. Pareillement, l'exclusion des personnes physiques de la catégorie des donneurs d'ordre en raison

des conséquences très graves de la garantie autonome s'apparente à une mesure de protection spécifique⁹³. La mise en œuvre du régime de protection de cette sûreté conduit à des solutions déroutantes de l'approche de protection de l'adhérent.

Ensuite, l'AUS comporte des dispositions impératives protectrices prescrivant un formalisme informatif ainsi que des mentions obligatoires⁹⁴. À ce titre, plusieurs dispositions de l'AUS, par exemple, réaffirment de manière ferme et absolue le caractère d'ordre public à travers la sanction des clauses contraires qui sont « *réputées non écrites* »⁹⁵. Ces mesures spécifiques, se superposant à celles générales du contrat d'adhésion, ce qui soulève la difficulté de leur réceptivité. L'impénétrabilité du régime de protection des sûretés ferait échec à l'application de celui du contrat d'adhésion. Plus explicitement, le régime de protection des sûretés est imperméable à celui contrat d'adhésion.

Enfin, l'article 14 de l'AUS proscrivant l'engagement illimité de la caution et l'article 196 de l'AUS fixant la durée maximale de l'inscription d'hypothèque énoncent des mécanismes de protection orientés sur la limitation de l'engagement. De plus, les dispositions de l'article 24 de l'AUS édictent une mesure de prévention. Cette mesure vise à éviter à la caution de payer des pénalités ou des intérêts de retard échus entre la date de cet incident et la date à laquelle elle en a été informée. En dépit de ces mesures de limitation et de prévention, la pratique révèle que les créanciers sont enclins à rechercher

⁹¹ La possibilité pour les parties de convenir d'un pacte comissoire, v. K. WOLOU, « Le pacte comissoire et la dation en paiement », in *Mélanges C. D. SOSSA, op. cit.*, p. 329.

⁹² Art. 104 AUS en ce qui concerne la réalisation du gage.

⁹³ J. ISSA-SAYEGH, Commentaires sous article 40 AUS, in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*.

⁹⁴ V. not. l'AUS : art. 25 relatif à l'obligation d'information de la caution en l'absence

d'incidence ; art. 41 pour la garantie autonome ; art. 81 pour la cession de créance à titre de garantie ; art. 88 pour le transfert fiduciaire d'une somme d'argent ; art. 96 pour ce qui est du gage ; art. 141 pour le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières ; art. 204 s'agissant de l'hypothèque conventionnelle.

⁹⁵ V. not. l'AUS les art. 19 al. 3, 24 al. 3, 25 al. 3, 74 al. 4, 86, 104, 105, 135 et 200 al. 2.



d'autres mécanismes de protection parfois excessifs, déséquilibrés et abusifs⁹⁶, entraînant un certain gel du crédit. Il en est ainsi de la clause d'arrosage, d'accroissement, de renoncement aux exceptions ou fin de non-recevoir tirée des relations juridiques entre le débiteur et le créancier ou de celle qui réserve au créancier titulaire de la sûreté le droit d'en modifier unilatéralement les conditions.

Au demeurant, la justification fondamentale et essentielle du recours aux sûretés réside dans la volonté de rassurer le créancier face aux risques d'impécuniosité de son débiteur, sachant que la satisfaction de ce dernier résulte indirectement du financement du crédit. Seulement, la dynamique d'évolution du droit des sûretés, à la recherche d'un équilibre favorable au développement du crédit, ne devrait pas exclure le régime transversal du contrat d'adhésion⁹⁷. Nonobstant la rivalité des conditions d'existence ainsi que la finalité antagoniste, l'influence du contrat d'adhésion sur les sûretés n'est pas indéniable. Au lieu de la concurrence, compétition et résistance, il est souhaitable d'envisager une cohabitation articulée entre les régimes.

II. LA COHABITATION DES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES AVEC LE CONTRAT D'ADHÉSION

Idéalement, les régimes des sûretés conventionnelles et du contrat d'adhésion ne devraient pas s'exclure. Dans leur logique de rivalité, d'opposition ou de résistance, leurs sorts étant scellés, ils doivent coexister, c'est-à-dire cohabiter. Pour éviter la rivalité conflictuelle, la cohabitation favoriserait une applicabilité distributive des régimes selon la philosophie aristotélicienne⁹⁸. La

cohabitation ou la coexistence ou encore la superposition envisagée rendrait nécessaire l'agencement fonctionnel des régimes (A). Une telle articulation nécessiterait également le fléchissement structurel du régime des sûretés conventionnelles (B).

A. L'agencement fonctionnel des régimes

Les deux régimes entretiennent un rapport plus ou moins tumultueux. Ils évoluent en rang dispersé c'est-à-dire que chaque régime obéit à une logique particulière différente de celle de l'autre. Seulement, cela n'exclut pas la complémentarité opérationnelle nécessaire à l'apaisement de la rivalité entre les régimes. Cette dynamique d'interaction entre ces régimes consisterait à accorder la priorité au régime spécial applicable aux sûretés (1), tout en réservant une fonction subsidiaire à celui du contrat d'adhésion (2).

1. La priorité du régime spécial du droit des sûretés

La hiérarchisation implique la priorité et même la primauté. La préférence du régime des sûretés ne doit pas être comprise comme s'il était le meilleur et que celui du contrat d'adhésion ait été sacrifié à son profit. En vrai, le débat ne consiste pas à rechercher le meilleur, mais à articuler les régimes de sorte à asseoir une cohabitation fonctionnelle. L'articulation évitera l'effet de doublon ou de neutralisation absolu.

Il est indéniable que les sûretés conventionnelles, qu'elles soient personnelles ou réelles, sont des mécanismes conçus spécifiquement dans la finalité de garantir le paiement d'une créance⁹⁹. Sans cet objectif, les sûretés n'auraient pas raison d'être. Il est

⁹⁶ J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, p. 439.

⁹⁷ Sur l'évolution des sûretés, voir L. AYNES et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 27, n°20.

⁹⁸ V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Chapitre IV, IV^e av. J.C.

⁹⁹ M. BOURASSIN et V. BREMOOND, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Sirey, 2020, n°8.



nécessaire que la cohabitation interactive envisagée entre les deux régimes ne réduise pas à néant ce but ontologique. Même à supposer qu'il doit y avoir une neutralisation de la finalité, elle ne peut qu'être partielle afin de faciliter l'interaction. Pour cette raison, un tour de faveur semble utile pour l'opérationnalisation interactive des deux régimes. Les fondements, de part et d'autre, ne sont pas des moindres.

D'un côté, la recherche de la raison d'être de l'application prioritaire du régime spécial des sûretés se résume à l'interrogation suivante : pourquoi accorder la priorité au régime des sûretés sur celui du contrat d'adhésion ? Il est évident que les sûretés conventionnelles, des contrats spéciaux, obéissent à des génies spéciaux selon la formule du Doyen Carbonnier¹⁰⁰. L'autonomie du droit spécial des sûretés suppose qu'il ait une cohérence propre, une logique qui lui appartient sans avoir besoin de se référer à un quelconque droit commun¹⁰¹. Cette approche d'autonomie de la norme spéciale neutralise les autres normes externes. Elle est contraire à celle de la hiérarchisation qui consiste à se focaliser sur les mesures intrinsèquement propres.

Il existe, en effet, des mesures de protection de la partie faible propres au droit des sûretés. On citera, pour ce qui est de la protection dans le cautionnement, l'exigence de mention manuscrite, la proportionnalité ainsi que les obligations d'information, de mise en garde¹⁰², l'opposabilité des exceptions. S'agissant

de la protection inhérente à la garantie autonome, l'exemple de l'exclusion des personnes physiques et l'exigence des mentions de l'article 41 de l'AUS suffiront. L'autonomie de ces mesures propres aboutirait à une application mécanique du régime des sûretés sans se soucier forcément des conséquences sociales à contre-courant de la loyauté, la solidarité et la fraternité dans le rapport contractuel.

L'idée d'autonomisation absolue du régime spécial¹⁰³, contraire à l'approche de hiérarchisation interactive souhaitée, a inspiré les magistrats de la CCJA qui ont annulé plusieurs garanties autonomes pour des irrégularités formelles¹⁰⁴. En réalité, l'annulation de cette sûreté profitait au garant-stipulant dont la garantie est éteinte. Point besoin de faire beaucoup d'efforts pour constater l'iniquité de la solution. Ce constat est alarmant pour des raisons d'équité. Il est légitime de se demander si le garant stipulant n'était pas censé connaître les exigences formelles de l'article 41 de l'AUS. Comment pourrait-il les ignorer ? Cette ignorance est-elle de bonne ou de mauvaise foi ? Autant de questionnements qui révèlent la curiosité de ces décisions. On regrettera ces solutions d'annulation systématique des sûretés, car elles compromettent le crédit. Or, telle n'est pas la vocation des sûretés.

Il apparaît donc nécessaire de dépasser ce dogme poussiéreux d'autonomisation des droits spéciaux, car ses suites ne militent pas en faveur du solidarisme contractuel, une valeur supérieure à préserver. Pour se

¹⁰⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 313.

¹⁰¹ G. CHANTEPIE, « Les conflits entre droits particuliers, manifestation d'une dissolution du rapport au droit commun en droit privé ? », *Les nouvelles échelles du droit commun*, M. BOUMGHAR, V. DURAND, (dir.), Code économique européen, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 62.

¹⁰² M. MIGNOT, « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter », *Le crédit, Aspects juridiques et économiques*, 2012, p. 87, n° 21.

¹⁰³ R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, janv. 1961, p. 91, n° 2.

¹⁰⁴ CCJA, arrêt n° 087/2018 du 29 mars 2019 ; CCJA, arrêt n° 159/2020 du 30 avril 2020.

dégager de cette obédience dogmatique d'autonomisation des lois spéciales, il convient de concert avec Mazeaud de prôner « *la reconnaissance définitive d'une devise « loyauté, solidarité, fraternité » comme ligne force et directrice de notre droit contractuel contemporain* »¹⁰⁵, même s'il ne fait pas l'unanimité¹⁰⁶. La thèse du solidarisme contractuel se satisfait d'une obligation de collaboration entre les parties¹⁰⁷ et postule au recul de l'autonomisation des droits spéciaux. Ce recul s'explique par l'origine contractuelle des sûretés qui ne peuvent évoluer de manière autonome. Dans ce sens, elles sont soumises à la théorie générale du contrat, notamment aux règles gouvernant le contrat d'adhésion.

En conséquence, les sûretés conventionnelles ont une frontière avec le régime du contrat d'adhésion. Le constat est que cette frontière ne lui est pas hermétiquement fermée. Incidemment, elles ne peuvent revendiquer une autonomie absolue. Elles ne sont pas sur des îles totalement déconnectées du continent. La frontière serait semi-ouverte de sorte à instaurer un dialogue entre les régimes¹⁰⁸ ; d'où l'articulation des régimes¹⁰⁹. Pour y arriver, la primeur du régime spécial devrait s'imposer au droit commun, mais pas dans l'absolu.

D'un autre côté, il convient de s'attarder sur la modalité de la préséance. Le fait pour la norme générale de céder la place à celle spéciale repose sur la maxime *speciala generalibus derogant*. Cela tient à

l'opposabilité des dispositions légales de l'AUS à l'adhérent. Lesdites dispositions sont des clauses légales auxquelles aucune dérogation n'est permise¹¹⁰. Plus spécifiquement, l'adhérent ne saurait se réfugier sous le contrat d'adhésion pour écarter le régime spécial des sûretés. Le juge doit alors interpréter la clause ambiguë du contrat conformément au droit des sûretés d'abord, en vertu de la dérogation de la loi spéciale, avant de recourir, pour les besoins d'équité, au régime de droit commun. Le recours prioritaire droit des sûretés ne doit pas s'analyser en une interprétation au profit de celui qui l'a rédigé. L'idée consiste à rechercher la solution équitable prioritairement en droit des sûretés. Si ce droit n'offre pas une solution juste, l'on pourra alors la rechercher en droit commun en ayant recours au régime de protection du contrat d'adhésion.

En définitive, cette construction relative à l'agencement hiérarchisé des régimes aboutit au résultat de la discrimination positive en faveur du régime des sûretés. Ceci n'est pas sans risque pour l'effectivité du régime du contrat d'adhésion qui conservera une place subsidiaire dans l'ordonnement des régimes.

2. La subsidiarité du régime de droit commun du contrat d'adhésion

La rivalité entre les régimes impose un arbitrage entre le principal et l'accessoire. La subsidiarité d'un régime à un autre devient nécessaire lorsqu'elle est invoquée pour éviter les conséquences de la confrontation plus ou moins pacifique.

¹⁰⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz-PUF, 1999, p. 603.

¹⁰⁶ V. not. Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 247.

¹⁰⁷ D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges J. Hauser*, Dalloz, 2012, p. 905.

¹⁰⁸ J.-P. PIZZIO, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, n° 1, p. 55.

¹⁰⁹ F.-X. LICARI, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy droit civil*, janv. 2017, n° 144, p. 11.

¹¹⁰ Th. REVET, « La clause légale », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 277.

Partant, l'application subsidiaire du régime du contrat d'adhésion vise à corriger les iniquités de la mise en œuvre du régime prioritaire.

Dans un sens défavorable à la subsidiarité, les juridictions du fond, ignorant les réalités qui forment l'âme du contrat d'adhésion, veillent scrupuleusement au respect de la lettre des dispositions de l'AUS¹¹¹. Elles se cantonnent à la sanction de nullité prévue par l'AUS. On peut déplorer un cantonnement similaire de la CCJA qui avait décidé que la sûreté en cause n'est conforme à aucune autre sûreté prévue par le même Acte uniforme¹¹². Mais, ne pouvait-on pas opportunément la rattacher à une autre catégorie en droit commun ? Les juges n'ont pas adhéré à cette analyse peut-être par crainte de porter atteinte à la liberté contractuelle. Dans une autre affaire relative à la confusion sur l'identité du bénéficiaire et l'absence de référence à la convention de base, la CCJA avait déclaré nulle une lettre de garantie¹¹³. Cette constance jurisprudentielle est maintenue en droit comparé¹¹⁴. Elle sert de sève nourricière des juridictions de fond¹¹⁵.

Seulement, l'application stricte et systématique de la sanction relative de l'inobservation du formalisme conduit à une solution funeste au crédit. Elle ne profite pas nécessaire au stipulant. À preuve, la Cour de cassation française a décidé que l'inobservation de la mention manuscrite par un dirigeant caution d'une société entraînait la nullité du cautionnement¹¹⁶. Il est pourtant curieux qu'une caution dirigeante, à qui profite la nullité, soit à l'origine d'une telle

irrégularité formelle¹¹⁷. Ne pouvait-elle pas aller au-delà de son cantonnement pour convoquer subsidiairement le régime du contrat d'adhésion afin de protéger le crédit ?

Dans un sens favorable à la subsidiarité, la CCJA fait montre de souplesse en décidant qu'une sûreté improprement désignée « cautionnement hypothécaire » est constitutive d'une sûreté réelle. En conséquence, selon la haute juridiction, l'inobservation de la mention manuscrite de cette affectation hypothécaire ne saurait constituer un manquement grave de nature à entraîner la nullité de l'acte authentique¹¹⁸. Ici, il est observé que la CCJA ne s'est pas cantonnée à l'application systématique de la nullité. Dans une logique d'extension, la Cour d'appel de Ouagadougou avait requalifié en garantie « *sui generis* », des actes intitulés « caution d'avance de démarrage »¹¹⁹. Mais cette décision a été censurée par la CCJA¹²⁰.

Pourtant, le régime du contrat d'adhésion peut être au service des sûretés en vue du développement du crédit et de la consolidation de la confiance de part et d'autre. Ceci étant, la tension entre les régimes ne doit pas être exagérée, car le phénomène d'internormativité s'observe dans d'autres rapports juridiques¹²¹. Ainsi le Doyen Ripert est arrivé à montrer l'interaction dans le rapport du droit et de la morale en les réconciliant. En conséquence, la morale, logée en dessous

¹¹¹ Trib. com. Niamey, jug. n°22, du 31 jan. 2023 ; CA Abidjan, arrêt n° 184 du 21 fév. 2003, *Ohadata* J-03-230.

¹¹² CCJA, arrêt n° 076/2016 du 28 avr. 2016.

¹¹³ CCJA, arrêt n° 087/2018 préc.; CCJA, arrêt n° 159/2020 préc.

¹¹⁴ Com. 24 mars 2021, préc.

¹¹⁵ Trib. com. Lomé, jug. 240/2021, 14 avr. 2021 ; Trib. com. Niamey, jug. n° 22, 31 jan. 2023.

¹¹⁶ Com. 5 avr. 2023, n° 21-20.905.

¹¹⁷ D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », in *Mélanges B. Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz 2007, p. 601.

¹¹⁸ CCJA, 1^{er} ch. arrêt n°359/2020 du 26 nov. 2020.

¹¹⁹ C. A. Ouagadougou, arrêt n°091 du 06 nov. 2020.

¹²⁰ CCJA, arrêt n° 211/2021 du 25 nov. 2021.

¹²¹ A.-C. ROUAUD, « La concurrence normative », *Recueil de leçons de 24 heures, agrégation de droit privé et de sciences criminelles*, 2015, LGDJ, p. 296.

du droit, l'irrigue en permanence¹²². Dans la même logique, il faut céder la plume au Doyen Carbonnier qui, dans l'hypothèse du non droit, soutient qu'à certaines occasions, le droit doit laisser la place à la morale¹²³. Ce passage du droit à la morale explique le glissement souhaité entre les régimes. Il incombe donc au juge, dont il est attendu plus de souplesse, de veiller à ce que le premier soit relayé par le second.

En termes de portée de la subsidiarité sur le plan juridique, on pense à l'efficacité du crédit ainsi qu'à la sécurité des parties prenantes, sans parti pris pour le créancier ou le constituant. Cette analyse éclairerait la double facette de la notion de débiteur visée aux articles 75 de la Loi malienne et 173 de l'Avant-projet¹²⁴. Plus explicitement, le débiteur pourra être soit le créancier, soit le constituant. Ce faisant l'interprétation au profit du débiteur, visée aux articles ci-dessus, sera éventuellement en faveur soit du créancier, soit du constituant, car il n'est pas exclu que celui-ci puisse également pré-rédigé la sûreté sans possibilité de négociation.

Evidemment, le régime du contrat d'adhésion s'allie à la protection du crédit pour assurer l'équilibre tant recherché en droit des sûretés. Cette alliance n'est pas périlleuse, car elle est au service des objectifs du Traité de l'OHADA¹²⁵. L'exclusion de l'application subsidiaire du régime du contrat d'adhésion, inversement, rendrait moins sûres les affaires dans l'espace OHADA. Les rédacteurs du Traité ont entendu notamment réduire le risque

d'insécurité juridique et instaurer un climat de confiance afin de faciliter l'attractivité des investisseurs¹²⁶.

Dans ce même registre, la vision utilitariste de l'approche de hiérarchisation permettrait utilement, en lieu et place de la nullité systématique, de requalifier l'acte de sûreté par la technique de la conversion par réduction en application du réputé non écrit. Selon une opinion qui mérite l'adhésion, l'acte de garantie litigieux aurait pu être qualifié de cautionnement par l'application de la théorie de la conversion par réduction¹²⁷.

Economiquement, la subsidiarité du régime du contrat d'adhésion pallierait l'instrumentalisation des sûretés. Les juges pourraient, de la sorte, à travers le régime de droit commun du contrat d'adhésion, vérifier si les règles spéciales appliquées aux sûretés sont adaptées à leurs fonctions économiques. Cette approche fonctionnelle favoriserait l'analyse économique des contrats¹²⁸.

Dans la pratique, l'iniquité observée invite le juge à agencer les régimes. Le régime du contrat d'adhésion participe au renouvellement de celui des sûretés conventionnelles et à son ajustement aux enjeux contractuels contemporains. L'opérationnalisation de la subsidiarité du régime du contrat d'adhésion par le juge passera nécessairement par une discrimination négative¹²⁹, mais utile pour la pratique des sûretés confrontée à la sagacité des juges.

¹²² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2013, LGDJ, p. 424.

¹²³ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, op.cit.*, p. 496.

¹²⁴ La notion de débiteur peut désigner le débiteur de l'obligation principale ou le débiteur d'une obligation inexécutée.

¹²⁵ P-G POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, p. 1.

¹²⁶ L. B. YONDO, « L'enjeu économique de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit et patrimoine*, nov. 2010, n° 197, p.10.

¹²⁷ J. ISSA-SAYEGH, obs. ss CA Abidjan arrêt n° 184 du 21 fév. 2003, préc.

¹²⁸ C. LUCAS de LEYSSAC et M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? » *RDC* 2009, p. 1271 ; M. NGOM, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Th. Univ ; Nantes, 2007, p. 1 et s.

¹²⁹ La discrimination négative, contrairement à la discrimination positive, consiste à donner plus à ceux qui ont moins.



Au total, à tout point de vue, rien n'expliquerait l'exclusion de l'application subsidiaire du régime du contrat d'adhésion. Ce régime, en continuité avec la protection du crédit, permettrait d'éviter les conséquences iniques de l'application cantonnée du droit des sûretés. Cette alliance harmonieuse et interactive, outil entre les mains des juges, aboutirait au fléchissement du régime des sûretés conventionnelles.

B. Le fléchissement structurel du régime des sûretés conventionnelles

L'articulation complémentaire des régimes est inévitable pour une cohabitation harmonieuse de l'alliance entre le régime des sûretés conventionnelles et celui du contrat d'adhésion. Elle favoriserait l'application généralisée de la norme de l'interprétation *ad favorem* (1) et une resubstantialisation du régime des sûretés conventionnelles en vue d'une justice contractuelle (2).

1. L'application généralisée de l'interprétation *ad favorem*

Celui qui tient la plume, en sachant qu'il ne sera pas contredit par son cocontractant, serait parfois conduit à avantager sa condition dans le contrat, et non celle de l'autre partie. Lorsqu'il existe des clauses obscures, douteuses ou équivoques dans le contrat, la norme interprétative *ad favorem* consisterait à interpréter ces clauses dans un sens plus favorable à l'adhérent¹³⁰. À travers cette méthode d'interprétation autonome, le juge ne recherchera pas subjectivement la commune intention des parties, mais en revanche, il devra objectivement interpréter la clause non négociable et obscure en faveur de l'adhérent.

À l'égard de cette règle, d'après la doctrine, la Cour de cassation française a

une attitude officiellement rigide¹³¹. Elle refuse de contrôler l'interprétation des contrats d'adhésion, car l'interprétation des actes juridiques, question de fait, ne relève pas de la compétence de ladite cour¹³². Pourtant, à l'heure actuelle où les besoins de financement en vue de la croissance des activités et des investissements se fait plus ressentir, cette règle a été généralisée dans les législations contemporaines.

Premièrement, on la retrouve au deuxième alinéa de l'article 103 du COCC du Sénégal, au troisième alinéa de l'article 75 de la Loi malienne et à l'article 173 de l'Avant-projet. L'article 1432 du Code civil québécois contient la même règle d'interprétation en faveur de l'adhérent. Le droit allemand, plus expressif sur le bénéfice de cette norme, dispose à l'article 5 de la Loi du 9 décembre 1976 portant sur les conditions générales des contrats qu'en cas de doute sur l'interprétation des conditions douteuses, le juge doit retenir l'interprétation la plus défavorable au professionnel¹³³. L'article 1190 du Code civil français s'inscrit dans une logique similaire. Le droit anglais consacre une solution identique de l'application de la règle dite *contra proferentem*¹³⁴. Synthétiquement, il résulte de toutes ces dispositions que l'interprétation se fait contre le stipulant, c'est-à-dire une interprétation bienveillante en faveur de l'adhérent ou du débiteur.

À ce stade, une question mérite d'être soulevée. Ces dispositions faisant office d'un principe général d'interprétation *ad favorem* ou *contra proferentem* sont-elles d'ordre public ? Les parties peuvent-elles y renoncer dans un contrat de sûreté ? Il est permis de douter du caractère d'ordre public de ces dispositions. Elles ne seraient, en dépit des avis contraires, qu'une invitation ou du moins une

¹³⁰ A. ETIENNEY de SAINTE MARIE, « L'interprétation du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, p. 146, n° 2.

¹³¹ F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », préc. p. 197.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Rappr. BGB, art. 157.

¹³⁴ F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », préc. p. 198.



directive à l'attention du juge qui retient la qualification d'un contrat d'adhésion.

Inversement, ces dispositions rempliraient une fonction subjective de protection de la partie faible contre le déséquilibre contractuel si elles étaient impératives. Or, de la définition du contrat d'adhésion, on retient que les législateurs contemporains ont opté pour une conception objective dudit contrat. Ce qui exclut la protection de la partie faible et confirme qu'elles ne peuvent pas être impératives. Mais, dans ce cas, une difficulté pratique demeure. Elles n'auront qu'un faible rayonnement entre les mains des juges qui sont déjà enclins à une application rigoureuse des dispositions impératives en matière de sûretés.

Deuxièmement, il faut souligner la présence de la règle de l'interprétation *ad favorem* aux articles 40 et 84 respectivement des directives de l'UEMOA et de la CEMAC et l'article 174 de l'Avant-projet d'AUDGO. Selon ces textes, lorsqu'une loi spéciale assure la protection des intérêts d'une partie, le contrat doit être interprété en faveur de celle-ci s'il a été établi sous l'influence dominante de l'autre. Indubitablement, on n'est plus en présence d'une disposition générale d'interprétation de droit commun, mais plutôt d'une disposition particulière d'ordre public de protection de la partie faible contre les clauses abusives.

Conséquemment, il faut y voir, une généralisation de la règle d'interprétation bienveillante aux hypothèses de clauses abusives dans les contrats de sûretés. En France, cette règle avait été très tôt adoptée en jurisprudence¹³⁵, avant d'être consacrée, un siècle plus tard, dans le Code de la consommation français¹³⁶. Elle suscite pourtant, de la part de la doctrine, la crainte de l'arbitraire¹³⁷. Au vrai, lorsque le juge

doit interpréter une clause supposée abusive dans un contrat de sûretés, il est confronté à deux ordres publics, à savoir celui des clauses abusives qui protège la partie faible, et celui des sûretés focalisées sur la protection du crédit. Dans ce cas, la tension semble plus vive. Toutefois, elle n'est que d'apparence, car le régime des sûretés ne secrète pas de normes d'interprétation. Le juge, confronté à une clause obscure, incompréhensible ou équivoque imposée à une partie faible, ferait recours à l'interprétation en faveur de celle-ci.

Troisièmement, la généralisation de la règle d'interprétation *ad favorem* soulèverait une inquiétude relative aux contrats de sûretés unilatéraux à l'instar du cautionnement. Sans assimiler le contrat unilatéral à un acte unilatéral, il convient tout de même de relever que le deuxième aliéna de l'article 163 de l'Avant-projet fournit une piste de réponse lorsqu'il prévoit que « ..., dans l'acte unilatéral, on doit faire prévaloir l'intention réelle de son auteur ». Méthodiquement, le juge doit d'abord rechercher l'intention du titulaire de la sûreté et ensuite procéder à l'interprétation bienveillante en faveur de l'adhérent.

Quatrièmement, la formule générale de l'article 169 de l'Avant-projet d'AUDGO, selon laquelle le contrat s'interprète à raison et en équité, ouvre la voie de la généralisation de cet outil d'interprétation aux suites naturelles du contrat comme observé dans la protection du consommateur en droit des transports¹³⁸. Dans un cas de figure d'une part d'inégalité entre le titulaire de la sûreté et le constituant, et d'autre part de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, on estime que le rédacteur du contrat a failli à son devoir de clarté, de

¹³⁵ Cass. req., 16 déc. 1895, *S.* 1899, 1, p. 387; Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974, n° 73-13.482, *Bull. civ.* 1974, I, n° 271.

¹³⁶ L. n° 95-96, 1^{er} févr. 1995; C. consom., art. L. 211-1, al. 2.

¹³⁷ C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 156.

¹³⁸ K. M. AGBENOTO, « Le passager, un nouveau consommateur », *LPA*, 16 mai 2011, n° 96, p. 5.



renseignement et de transparence. L'idée est de responsabiliser le rédacteur de l'acte¹³⁹. Si ce dernier souhaite éviter une intervention rédhibitoire du juge, il aura tout intérêt à être attentif aux mots employés, à leur sens et à leur syntaxe¹⁴⁰.

En définitive, la généralisation de la règle d'interprétation bienveillante en faveur de l'adhérent suppose l'uniformisation de la règle à tous les contrats d'adhésion et les contrats types¹⁴¹ ainsi que son extension objectivement aux contrats de sûretés. La généralisation de la règle d'interprétation *ad favorem* dicte la recherche de la justice contractuelle à travers la resubstantialisation du régime des sûretés conventionnelles.

2. La resubstantialisation du régime des sûretés conventionnelles

L'articulation des régimes n'aura de chance d'efficacité qu'autant qu'elle se double des modifications matérielles dans le régime des sûretés. Cette trajectoire impose la resubstantialisation du régime des sûretés conventionnelles. Ce régime resubstantialisé, c'est-à-dire métamorphosé matériellement sous le prisme du contrat d'adhésion, s'en tient essentiellement à la justice contractuelle.

Dans cette dynamique, le phénomène juridique, loin de se cantonner, subit ainsi des transformations dues à des paradigmes et à de nouveaux repères sous l'effet de la quête de la justice. Les changements envisagés dans le régime des sûretés consisteraient, à la manière de la rationalité weberienne¹⁴², d'introduire la possibilité de conversion par réduction. Cette faculté laisserait subsister un engagement qualifié autrement et abandonné à l'appréciation souveraine des juges. Il est préférable que

la conversion par réduction fasse son entrée en droit des sûretés par le biais d'une réforme législative. Cette option aura l'avantage de fournir au juge un fondement légal.

En ébauche, lorsque le formalisme prévu à l'article 14 de l'AUS fait défaut, la nullité ne frapperait que l'acte de cautionnement laissant subsister, grâce à la conversion par réduction, une obligation conjointe ou solidaire ou encore une promesse de portefort. De même, l'omission d'une mention obligatoire prévue à l'article 41 de l'AUS sera sanctionnée par la nullité de la garantie autonome, mais pourrait laisser subsister un engagement dont la qualification serait laissée à la discrétion des juges. L'esquisse de la conversion par réduction serait également envisagée pour le transfert fiduciaire d'une somme d'argent et le gage avec dépossession. Au lieu que la nullité emporte totalement le gage par son effet, on imaginerait une possibilité de conversion en droit de rétention de sorte à ne pas fragiliser l'efficacité de cette sûreté. Le régime de l'interprétation *in favorem* trouverait ainsi un terreau fertile dans la conversion par réduction.

Ces changements esquissés ont le mérite, parfois, de pallier la situation d'injustice imposée par le prêteur, en position de force dans le contrat de sûreté, à l'emprunteur ou au constituant.

Parfois, il n'est pas exclu que la conversion, au lieu de la nullité, protège le prêteur qui à défaut de requalification s'expose purement et injustement à la nullité de sa sûreté.

Cette injustice peut ne pas être présente dans tout le contrat. Toutefois, elle peut se

¹³⁹ C. COUTANT-LAPALUS, « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 182.

¹⁴⁰ H. VILLAIN, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise*, th. Univ. Lille, 2022, p. 459.

¹⁴¹ T. REVET, « L'uniformisation de

l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », préc., n° 10, p. 202.

¹⁴² Sur l'idée de rationalisation, v. M. WEBER, *Économie et société : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Agora, Paris, 1995, p. 11 et s ; M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, Laval, 1995, p. 91.



loger dans certaines clauses non négociables, obscures et incompréhensibles qui visent à accroître la certitude du paiement de la dette. On permet ainsi au juge, ayant le contrat d'adhésion comme un outil de justice entre ses mains¹⁴³, de rechercher la transparence dans les sûretés conventionnelles. Le manque de transparence entacherait la sûreté de déloyauté. Celle-ci est synonyme d'injustice.

Le droit des sûretés, traditionnellement en quête d'équilibre¹⁴⁴, et dorénavant influencé par l'idée de justice, devrait sans priver d'efficacité le formalisme sanctionné par la nullité, concilier ces deux finalités. On conjuguerait comme cela l'élimination du déséquilibre structurel¹⁴⁵ avec celle du déséquilibre significatif¹⁴⁶. Lorsqu'une sûreté conventionnelle est qualifiée de contrat d'adhésion, la satisfaction de l'équilibre structurel entre les intérêts concurrents des acteurs du crédit doit s'allier à la satisfaction de l'équilibre significatif reposant sur la justice. La recherche de la justice correctrice à travers la rematérialisation substantielle du régime des sûretés conventionnelles repose sur plusieurs fondements.

Prima facie, ontologiquement, au cœur du contrat d'adhésion se retrouve l'idée de justice correctrice et distributive, par opposition à la justice commutative, prédominant la conception classique de la justice contractuelle. Selon Ghestin, la justice distributive est sous-jacente en droit des contrats dans la mesure où elle permet notamment au législateur d'accorder une

protection spécifique à une catégorie socioprofessionnelle particulière¹⁴⁷, comme les consommateurs de crédit ou le constituant d'une sûreté. Sa manifestation résulte, par conséquent, d'une répartition et non d'un échange, et se traduit par une égalité géométrique, c'est-à-dire une proportionnalité et non une stricte équivalence¹⁴⁸. Sa recherche serait bénéfique pour l'adhérent dans les sûretés conventionnelles, car elle assure sa sécurité, autrement désignée la sûreté.

Cette logique séduisante de la justice contractuelle dans sa conception moderne, qui innerve le contrat d'adhésion, vise à corriger les défauts d'équivalence dans les prestations contractuelles d'une sûreté. Elle permet, de la sorte, au contrat d'adhésion d'assurer une fonction de gardien de l'équilibre du contenu du contrat de sûretés¹⁴⁹. Plus explicitement, elle contribue à la lutte contre les déséquilibres dans le contenu obligationnel des sûretés conventionnelles.

Dans cet esprit, *secundo*, la quête de la justice contractuelle, sinon de l'équilibre, se retrouve à la croisée des chemins de la vocation du contrat d'adhésion et des sûretés. Si le droit est une question d'équilibre, alors il ne saurait exister de droit « absolu » pouvant être exercé de manière totalement égoïste au profit du créancier titulaire de la sûreté, sans considération des conséquences que cet exercice entraînerait pour le constituant. En revanche, il existerait des droits relativisés par les droits des autres. Plus explicitement, les droits du titulaire de la sûreté, le stipulant, doivent être relativisés

¹⁴³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n°355, p. 286.

¹⁴⁴ K. M. AGBENOTO, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *loc.cit.*

¹⁴⁵ Le régime des sûretés vise à combattre le déséquilibre structurel.

¹⁴⁶ Le régime du contrat d'adhésion contribue à éliminer le déséquilibre significatif entre les prestations des parties à un contrat.

¹⁴⁷ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, n° 1, p. 5.

¹⁴⁸ E. CHARPENTIER, « Les fondements historiques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *C. de D.*, mars 2004, vol. 45, n° 1, p. 72.

¹⁴⁹ H. VILAIN, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise, op. cit.* p. 13.

par ceux du débiteur-adhérent. Comme le dit si bien Saint Thomas d'Aquin, au sujet de l'équilibre dans les rapports juridiques, le *jus positivum* ne saurait être juste et légitime que s'il a en vue le bien commun¹⁵⁰.

Tertio, la loyauté ainsi que le solidarisme contractuel ne sauraient se détacher des fondements de la justice contractuelle¹⁵¹. Celle-ci s'en nourrit et s'en sert comme un support¹⁵². La bonne foi est un instrument de la justice contractuelle¹⁵³. Le rôle indéniable joué par la bonne foi dans les rapports contractuels consolide la justice contractuelle. La bonne foi interdit au stipulant de faire usage de mensonges, de malice ou de manœuvres pour arriver à ses fins, même nobles comme celles d'assurer sa sécurité contre les risques de non-remboursement du crédit. Sa présence sous un double aspect participe activement à la justice contractuelle. Elle se dédouble, tantôt comme mécanisme de protection du constituant¹⁵⁴, tantôt comme un moyen limitant le recours aux règles de protection qui lui sont offertes¹⁵⁵.

Tous ces fondements de la resubstantialisation du régime des sûretés conventionnelles ne sont pas anodins. L'exigence de la transparence dans le rapport contractuel intéresse la consolidation de la justice. Les fondements concourent à la maturation et à la stabilisation du droit des sûretés en quête constante d'équilibre. Sans fragiliser cet équilibre, ils sont, en revanche, bénéfiques pour l'apaisement de la crise constante interne au droit des sûretés entre la sécurité des prêteurs et l'accès au crédit. Utilement,

ces fondements concourent à l'articulation envisagée.

En somme, le déséquilibre contractuel, qu'il soit structurel ou significatif, est rétabli par la justice contractuelle grâce à la conversion par réduction. Elle joue, à cet effet, éminemment, un rôle de standard de contrôle de la négociation des contrats de sûretés et de rempart contre les clauses abusivement imposées par l'une des parties à l'autre.

Conclusion

Au terme de cette étude, l'on retient que le régime des sûretés conventionnelles et du contrat d'adhésion forme un couple en rivalité et dont le ménage n'est pas stable et harmonieux. Alors que le premier, relevant du droit spécial, s'attèle à la recherche d'un équilibre favorable au développement du crédit, le second, s'inscrivant dans le droit commun, se focalise sur la justice contractuelle. Comme tout contrat, les sûretés conventionnelles peuvent tomber sous la qualification du contrat d'adhésion. Cette qualification altère les contrats de sûretés. Toutefois, cette altération est surmontable, car les sûretés conventionnelles se rendent plus ou moins perméables au contrat d'adhésion.

L'altération n'empêche pas une cohabitation des deux régimes. Il s'est alors avéré nécessaire d'envisager un agencement hiérarchisé des régimes des sûretés conventionnelles et du contrat d'adhésion. La discrimination positive en faveur du régime spécial prioritaire, n'exclut pas le régime subsidiaire, car il

¹⁵⁰ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Chapitre III. *La doctrine du droit de Saint Thomas*, PUF, p. 149.

¹⁵¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », préc.

¹⁵² Y. LEQUETTE, « Bilans des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Études de droit privé, Economica, 2008, n° 37, p. 287.

¹⁵³ B. LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme

norme de comportement », *Développements récents en droit des contrats*, éd. Y. Blais, 2000, p. 9.

¹⁵⁴ Par exemple, l'opposabilité des exceptions de la caution au créancier.

¹⁵⁵ M. BLONDEL, « La bonne foi en droit des sûretés » [en ligne], sur *Lextenso*, publié le 04 avr. 2022. Disponible sur <https://www.actu-juridique.fr/civil/suretes-garanties/la-bonne-foi-en-droit-des-suretes/> (consulté le 05 novembre 2024).

semble juste, équitable et logique d'interpréter le contrat contre celui qui en a imposé le contenu, de réviser ou de supprimer la clause créant un déséquilibre significatif. Cet ordonnancement des régimes éviterait le cantonnement du régime spécial à contre-courant des conséquences sociales de son application. Pour une alliance harmonieuse et interactive, la généralisation de la règle d'interprétation *ad favorem* du contrat d'adhésion semble inéluctable. Elle aura le mérite d'articuler les contrats de sûretés avec le contrat d'adhésion sur une trame permanente de justice contractuelle.

DU STATUT « INFÉRIEUR » DE LA FEMME INDIGÈNE : MARGINALISATION OU RESPECT DE L'ÉQUILIBRE SOCIAL

Par
Gane DIOUF,

Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences juridiques
et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop.

En Afrique, les relations sociales sont conçues en termes de parenté. Les rapports internes aux groupes sont privilégiés et ces derniers restent relativement clos sur eux-mêmes. Toutefois, certaines ouvertures sont nécessaires et des groupements s'allieront en concluant des alliances matrimoniales notamment. C'est ce qui fait que toute relation découle soit d'un lien de parenté soit d'un lien matrimonial.

L'autorité des parents sur les enfants est l'ensemble des droits, des pouvoirs, mais également des obligations dont disposent les parents en vue d'élever leurs enfants, de mener à bien leur mission de protection et de les préparer à la vie des adultes.

Toutefois, il convient de préciser dès à présent que l'autorité parentale a des particularités en Afrique noire traditionnelle. En effet, la conception africaine de l'autorité parentale s'oriente plus vers un ensemble de droits, de prérogatives et de pouvoirs dont disposeraient les parents sur leurs enfants. Il s'agit donc moins d'une mission de protection de l'enfant que d'un ensemble de contraintes auxquelles est soumis l'enfant.

S'agissant de l'autorité du mari sur sa femme, il s'agit simplement d'une substitution du père par le mari, le mariage entraînant le transfert de tous les pouvoirs qui

étaient exercés par le père au mari. En effet, dans la tradition africaine, alors que les hommes font partie intégrante du groupe familial et ne peuvent s'en séparer, la femme est au contraire un élément destiné à ne pas demeurer dans sa famille d'origine.

Dès sa naissance, la femme est destinée à une autre famille. Jamais en principe, elle n'est maîtresse de sa destinée. Son mariage ne sera pas la conséquence de son inclination personnelle, mais il sera le résultat d'une tractation entre deux chefs de famille¹.

Partant de ce qui précède, il convient de comprendre la démarche qui va suivre et qui imposera une étude distincte du statut de la jeune fille et de celui de la femme mariée.

Avant son mariage, la femme est placée traditionnellement sous l'autorité de ses parents (généralement son père, ou son oncle). Après son mariage, la femme devra se soumettre à une autre autorité, celle de son mari.

De la sorte, le colonisateur a pu remarquer que le statut de la femme n'était pas enviable. Ainsi constatera-t-il une inégalité, une sorte d'injustice voire une marginalisation de la femme indigène dans les sociétés traditionnelles africaines. Et pour remédier à ce mal profond, le législateur colonial envisagea des réformes du droit

¹ ROBERT (A. P.), **ROBERT (A. P.)**, *Attitude du législateur français en face du droit coutumier*

d'Afrique noire, RJPUF, 1955, n°4, p. 749.

coutumier relativement au statut de la femme. La femme ne pouvait être considérée comme une éternelle mineure soumise à la tutelle de son père ou de son mari.

Aussitôt, des initiatives extrêmement importantes allaient être entreprises en faveur d'une libération de la femme et de l'élévation de son statut².

Mais ces initiatives européennes avaient rencontré évidemment une certaine opposition en Afrique. L'organisation de la société africaine est si ancrée qu'on ne pouvait s'attaquer à l'institution familiale sans se heurter au socle sur lequel repose la société africaine. Le rôle et la place de chacun sont si figés que prétendre améliorer le statut de la femme indigène en s'attaquant à des coutumes qui lui seraient défavorables risquerait de bouleverser toute l'organisation socio-économique de la famille africaine.

La volonté du colonisateur français sera-t-elle suffisante pour changer le statut et l'image de la femme dans le sens de son amélioration ?

La réponse à cette question pourrait nous permettre de mieux comprendre le dynamisme du collectivisme des sociétés africaines, d'apprécier les relations familiales et la place qui est réservée à chaque membre. Par ailleurs, l'étude pourrait nous apporter des éléments de réponse à la question du véritable statut de la femme africaine qui a fait l'objet de débats et de controverses et qui continue de nos jours à nourrir les réflexions à travers la question du genre.

Dans les éléments de réponse qui vont suivre, il sera aisé de constater qu'il a été très difficile d'améliorer le statut de la jeune

filles au regard de l'autorité absolue dont dispose son père sur elle (I).

Par contre, pour le statut de la femme mariée, l'évolution s'est opérée vers une promotion du statut de l'épouse (II). Cette évolution a été possible certainement grâce à une large convergence des coutumes locales et du droit occidental sur beaucoup d'aspects intéressant les rapports conjugaux, mais aussi à une influence non négligeable de l'Islam.

I/ Du statut de la jeune fille

L'analyse du consentement et de la dot détermine les caractéristiques des relations d'autorité qui existent entre parents et enfants. Elle projette une vue assez nette du statut de la jeune fille.

On notera que celle-ci demeure subordonnée, et de façon absolue, à son père ou à celui qui incarne l'autorité parentale. Par conséquent, le père dispose de pouvoirs très étendus sur sa fille (B) ; pouvoirs fondés à la fois sur la conception traditionnelle de l'autorité parentale et sur le statut de la femme dans la société traditionnelle africaine (A).

A) Les fondements des pouvoirs du père sur sa fille

Les larges pouvoirs dont dispose le père sur sa fille se justifient d'une part par la conception absolutiste de l'autorité parentale et d'autre part par le pouvoir arbitraire dont dispose le père sur sa fille.

1) Une conception absolutiste de l'autorité parentale

L'autorité des parents sur les enfants est l'ensemble des droits, des pouvoirs, mais également des obligations dont disposent les

² Initiative de Sœur Marie André du Sacré Cœur à travers son livre sur la femme noire.

parents en vue d'élever leurs enfants, de mener à bien leur mission de protection et de les préparer à la vie des adultes.

Mais, cette autorité parentale a des particularités en Afrique noire traditionnelle. En effet, la conception africaine de l'autorité parentale s'oriente plus vers un ensemble de droits, de prérogatives et de pouvoirs dont disposeraient les parents sur leurs enfants. Il s'agit donc moins d'une mission de protection de l'enfant que d'un ensemble de contraintes auxquelles est soumis l'enfant.

En Afrique, on peut constater que les parents disposent de pouvoirs réels beaucoup plus étendus à l'égard de leurs enfants dans l'exercice de l'autorité parentale par rapport à d'autres systèmes juridiques dont notamment le système européen.

En effet, en Europe, l'enfant même en bas âge dispose d'un certain nombre de droits et d'une certaine liberté d'expression et d'action, disons en un seul, mot d'une personnalité juridique autonome non incarnée entièrement par les parents, et cela quel que soit son âge, son sexe ou son statut. Il fait l'objet de plus de protection que de soumission ou de contraintes.

D'autre part, on note dans l'exercice de l'autorité parentale en Occident que les institutions étatiques réglementent minutieusement le champ d'intervention des parents, avec ses droits certes, mais aussi et surtout ses obligations et ses limites.

En Afrique noire traditionnelle par contre, l'exercice de l'autorité parentale ne fait l'objet d'aucune réglementation. Les parents soumettent librement leurs enfants à différentes épreuves qu'ils jugent nécessaires à la formation, à l'éducation et à l'encadrement de l'enfant.

Voilà peut-être un premier fondement sur

lequel on peut se baser pour justifier les pouvoirs très étendus reconnus aux parents sur leurs enfants. L'absence d'une réglementation dans ce domaine tend à renforcer l'autorité absolue des parents sur les enfants puisqu'aucun moyen de contrôle ou de contrainte n'est prévu en cas de manquement ou de déviation dans l'exercice de l'autorité parentale.

De ce point de vue, les parents sont juge unique de tout le présent et de tout l'avenir de leurs enfants. Il n'y a donc pas, en principe, de voies de recours aux décisions des parents. Cette généralité étant faite concernant l'autorité des parents sur leurs enfants, on peut aborder le point relatif aux pouvoirs des pères sur leurs filles.

2) Un absolutisme arbitraire de l'autorité paternelle

Précisons d'abord que sur les garçons, l'autorité du père se manifeste généralement par un apprentissage pratique de la vie des hommes, avec des corrections ponctuelles à chaque fois que nécessaire. Et il faut ajouter que dès l'âge de la puberté (vers quinze ans, dès que l'enfant est circoncis), le père commence à accorder au jeune garçon une certaine liberté. Il le considère à partir de cet âge comme capable de se prendre en charge et de mener à bien sa vie, ses rapports avec la nature et les hommes.

Les seuls liens d'autorité qui subsistent entre le père et son fils sont le respect et la confiance faite aux aînés et les liens sanguins qui établissent une relation spirituelle entre l'enfant et son père.

On ajoute à ces rapports les règles de la famille élargie qui veulent que tous les ménages issus d'une même famille soient socialement et économiquement interdépendants avec à leurs têtes un seul

chef³.

Quant à la mère, elle ne dispose presque pas d'autorité sur son fils, ou du moins lorsque ce dernier atteint l'âge de la conscience (vers sept ou huit ans). Les coutumes ne lui reconnaissent auprès de son fils que le rôle de mère nourricière.

Or, on sait qu'à cet âge (moins de cinq ans), aucune autorité n'est susceptible d'être exercée sur l'enfant. Donc en parlant d'autorité parentale en droit coutumier, on s'adresse exclusivement aux pouvoirs paternels.

Sur les filles par contre, le père dispose d'une plénitude de pouvoirs. Si la garde, la surveillance, l'éducation et la protection de la jeune fille sont généralement confiées à la mère, l'autorité parentale traditionnelle qui est composée essentiellement de pouvoirs réels d'agir sur l'enfant, de prendre des décisions contraignantes et de les lui imposer est incarnée en quasi-totalité par le père.

Les justifications qu'on peut donner par rapport aux pleins pouvoirs du père sur sa fille sont de deux ordres :

D'un côté, le mari étant traditionnellement reconnu comme chef de ménage, il est tout à fait normal que les filles issues du couple, au même titre que toutes les autres personnes appartenant au même ménage, soient soumises à l'autorité du père chef de ménage. De ce fait, mêmes les décisions que peut prendre la mère vis-à-vis de sa fille restent soumises à l'approbation du mari. C'est lui qui autorise toujours la mère à agir sur sa fille même si cet accord est global, la mère n'ayant pas toujours à solliciter l'avis du père pour chaque acte ou décision qu'elle souhaite

prendre. Seules certaines décisions importantes sont soumises à un accord spécifique du mari.

D'un autre côté, en analysant de près la nature et l'étendue des pouvoirs du père sur sa fille, l'on pourrait noter une certaine particularité. En effet, en dehors des pleins pouvoirs dont dispose le chef de ménage sur tout ce qui gravite autour du ménage (les filles y comprises), on note une certaine permanence remarquable de l'autorité paternelle sur sa fille. Dès lors, les liens hiérarchiques qui existent entre le père et la fille doivent avoir un fondement particulier.

On sait qu'entre la femme et son mari, les rapports d'autorité qui existent prennent leurs sources dans le contrat de mariage. De même, on a déjà montré les limites temporaires de l'autorité parentale sur les garçons. Alors pourquoi les filles restent-elles soumises, même lorsqu'elles auraient atteint un certain âge normalement « libérateur » (maturité) ? La justification apportée à cette question est toute simple. Le droit coutumier n'envisage pas une maturité de la femme. Quel que soit son âge, la femme ne peut jamais être considérée comme majeure, au point de prétendre pouvoir évoluer seule, sans encadrement. Elle doit toujours être placée sous la direction, sous l'autorité d'une personne.

Cet état de dépendance juridique et économique de la femme lui prive de certains droits naturels. En matière successorale par exemple, on note l'exclusion des filles de tout héritage, quel que soit le système de filiation. Le sexe féminin n'a donc pas vocation à hériter. La succession n'est ouverte que pour

³ L'enfant, quel que soit sa force ou son statut ne peut occuper cette place du vivant de son père.

les descendants de sexe masculin. Il en va de même de la veuve qui n'est pas conviée au partage des biens de son mari défunt.

Ces deux exclusions signalées traduisent une certaine marginalisation de la femme quant aux droits des successions.

Toutefois, l'islam avait bien corrigé cette forme d'injustice qui était soulevée par l'autorité coloniale. En effet, le droit des successions musulmanes, en plus de reconnaître aux filles la possibilité d'hériter des biens de leur père a également reconnu à la veuve un droit successoral sur les biens de son mari défunt.

De la sorte, l'islam haussait le statut social des femmes en leur accordant des droits successoraux⁴.

La répartition des parts successorales en droit musulman est cependant assez complexe. Mais quelle que soit le lien de la femme avec le de cujus (veuve, fille, sœur, mère), son droit successoral n'est pas exclu. Il est même absolu dans certains cas (la veuve sur le patrimoine de son mari défunt,⁵ la fille sur les biens de son père défunt⁶), relatif dans d'autres (la sœur sur les biens de son frère défunt ou de sa sœur défunte, la mère sur le patrimoine de son fils défunt ou de sa fille défunte)⁷.

De ce fait, dans la tradition africaine, la femme ne peut jamais être considérée comme majeure, et par conséquent, elle demeure éternellement une mineure et l'on doit veiller sur elle et sur tout ce qu'elle fait, pour ne pas dire décider et agir à sa place.

⁴ DIOUF (S.), *Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman d'après la jurisprudence musulmane sénégalaise aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en droit, UCAD, décembre 2000, p. 223.

⁵ La veuve a droit soit au 1/4, soit au 1/8 des parts successorales des biens de son mari défunt.

Ce fondement traditionnel des pouvoirs du père sur sa fille s'est adjoint un fondement religieux. L'islam, en considérant la jeune fille comme incapable, l'a placée sous la tutelle de son père qui est censé connaître mieux là où réside l'intérêt de l'enfant.

Même si la loi musulmane ne reconnaît pas au père un pouvoir général et absolu sur sa fille à l'image des coutumes, dans grand nombre de domaines, c'est le père qui agit en lieu et place de sa fille et ses décisions sont réputées correspondre à la volonté de la jeune fille.

Ainsi en est-il dans le domaine du mariage où la jeune fille peut être engagée par son tuteur matrimonial (généralement son père) dans les liens conjugaux sans ou même contre son consentement.

Toutefois, la loi coranique, contrairement aux coutumes, impose un certain nombre d'obligations auxquelles les parents doivent s'acquitter vis-à-vis de leurs enfants. Les pouvoirs du père sur sa fille se trouvent à cet effet encadré voire limités. Le père conserve néanmoins une grande emprise sur l'existence de sa fille.

Ces soubassements traditionnels et religieux qui fondent les pouvoirs du père sur sa fille, ou du moins de celui qui est investi de l'autorité parentale, l'oncle par exemple, justifient parfaitement l'étendue de ces pouvoirs.

B) L'étendue des pouvoirs du père sur sa fille

Le père dispose sur sa fille d'un pouvoir de direction générale dès son bas âge jusqu'à

⁶ La femme a droit à une demi-part des parts successorales des biens de son père défunt.

⁷ Voir sur ce point DIOUF (S.), *Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman*, op.cit., pp. 217 à 224.

son adolescence. A partir de la puberté, ce pouvoir s'élargit à la tutelle matrimoniale en cas de mariage.

1) Un pouvoir de direction générale

En droit traditionnel africain, le père dispose de pleins pouvoirs sur sa fille. La nature et l'étendue de ces pouvoirs dépendent généralement de l'âge de la jeune fille. Mais on retiendra d'avance que la puissance paternelle porte tout à la fois sur la personne et sur les biens de l'enfant.

Pour les filles en bas âge, c'est-à-dire avant l'âge de cinq ans, le père n'intervient généralement pas dans la vie de celle-ci. On peut même dire à la limite qu'il ignore l'existence de sa fille. A cet âge, la mère est exclusivement responsable de l'existence (matérielle notamment) de sa fille.

Mais dès que la fille commence à devenir active, productrice et rentable, le père commence aussi à s'intéresser petit à petit à elle. Il intervient directement en donnant à la jeune fille des directives, des ordres et des chemins à suivre. Mais dans la plupart du temps, le père se contente de s'entretenir avec la mère de la fille sur la direction et l'avenir qu'il souhaite tracer pour sa fille. Et quand on sait déjà que la femme, mère des enfants était elle-même soumise à l'autorité de son mari, alors on comprend que les ordres reçus de son mari concernant la vie de sa fille seront respectés à la lettre.

Pour une fille âgée de cinq à douze ans, le père avait sur elle un droit d'exploitation absolu. Il pouvait la faire travailler ou proposer ses services à un employeur qui lui versera la totalité du gain constituant la contrepartie de la prestation fournie par la

filles. Les fruits du travail de la jeune fille revenaient donc au père qui en faisait sa propriété et par conséquent, il les utilisait à sa guise.

Le père pouvait utiliser les fruits du travail de sa fille pour l'entretien du ménage. Il pouvait les utiliser pour augmenter sa richesse (en achetant quelques têtes de bétail), ou encore pour payer la dot de ses fils qu'il souhaite engager dans des liens conjugaux.

Cette dernière option était déjà en vogue à l'époque coloniale avec l'introduction du travail salarial. Les services des jeunes filles sont requis notamment dans les grands centres urbains. Au Sénégal, on n'ignore pas le phénomène de l'exode rural massif des jeunes filles vers les villes où elles s'occupent à des travaux domestiques⁸.

La jeune fille pouvait donc constituer pour son père une source de revenus importante.

Une autre option qu'avait le père sur la destinée de sa fille consiste à la maintenir chez lui et la mettre à la disposition de la famille, de la mère en particulier, où elle pouvait accomplir les tâches les plus diverses et les plus difficiles : préparer les repas, faire la lessive, assister aux travaux ménagers, aider aux travaux champêtres, etc. Ces travaux domestiques la formeraient à sa future vie d'épouse et femme au foyer.

On peut ajouter, entre autres options, que le père avait même la possibilité de confier sa fille à un de ses parents, généralement à la grand-mère de la jeune fille ou à une de ses tantes. Il pouvait même donner la fille de façon définitive. Il rompait dès lors les liens sanguins qui la rattachaient à ses frères et sœurs consanguins. La fille deviendra

⁸ L'expression communément utilisée pour nommer ces jeunes filles est « bonnes ».

désormais, à partir de ce transfert d'autorité, fille du nouvel acquéreur et toute son existence juridique, matérielle et spirituelle dépendra de sa nouvelle famille et de ses nouveaux parents. Cette pratique était fréquente notamment lorsqu'un parent du père (une de ses sœurs notamment) n'a pas pu obtenir d'enfants après plusieurs années de mariage (hypothèse de la stérilité par exemple). Cette pratique peut être assimilée au concept moderne d'adoption plénière. Dès que la fille atteint l'âge matrimonial, le père est autorisé à lui trouver un partenaire conjugal et à négocier son mariage.

2) Un pouvoir de tutelle matrimoniale

Lorsque la jeune fille avait atteint l'âge de se marier (vers l'âge de 13 à 14 ans)⁹, les pouvoirs du père ne subissaient ni contraintes ni obstacles encore moins de limites du fait de son âge et de sa croissance physique. C'est pourquoi d'ailleurs, le Doyen Kéba Mbaye affirmait que dans la société africaine traditionnelle, la majorité n'existe pas pour la femme¹⁰.

En effet, le père dispose toujours d'un pouvoir de décision sur l'avenir de sa fille. Ainsi, il pouvait la donner en mariage sans avoir requis au préalable son avis et qu'elle ait exprimé explicitement son consentement. Tout au plus, le père pouvait la donner en mariage contre son gré¹¹.

Des témoignages rapportent des cas où la fille

était emmenée « manu militari » au domicile de son mari pour consommer de force le mariage. C'était donc le père qui choisissait dans ce contexte la personne avec qui sa fille allait s'unir¹².

Toutefois, il faut noter que ce pouvoir du père quant au choix du conjoint de sa fille n'est pas sans tempérament. On peut même dire qu'il est simplement théorique. En effet, dans la réalité, un homme consentira rarement à donner sa fille à un prétendant qui n'agrée pas son ou ses épouses¹³.

Dans le cas où par exemple, le prétendant aurait oublié d'être également prodigue envers les mères de la jeune fille à marier, les épouses feront pression sur leur mari pour que leur jeune fille soit donnée à un autre homme. Si le mari persiste dans son choix, il risque non seulement de voir ses épouses se liguer contre sa personne, mais surtout il est à craindre que ses épouses fassent tout pour que leur fille puisse être « volée »¹⁴ par un prétendant de leur choix.

En revanche, précise Marc-Eric Gruénais, lorsqu'un homme parvient à nouer une amitié solide avec une femme, en lui faisant des cadeaux, en l'appelant « mère » ..., il y a peu de chance que cet homme ne devienne pas le mari d'une des filles de cette femme en cas de tractations allant dans ce sens¹⁵.

Dans toutes les sociétés africaines, le rôle des femmes dans le choix du conjoint de leur fille

⁹ Cet âge correspond à peu près à l'âge matrimonial en droit coutumier. Le droit coutumier appréciait le développement physique : développement de la poitrine chez la fille.

¹⁰ MBAYE (K.), MBAYE (K.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, Paris, Larose, 1968, p. 31.

¹¹ DECCOTIGNIES (R.), *Requiem pour la famille africaine*, Annales Africaines, 1965, p. 264.

¹² Ibidem.

¹³ Chez certaines populations africaines, le consentement des époux était obligatoire. Du moins, c'est ce qu'a constaté Geismar dans son recueil des coutumes civiles des races du Sénégal où il note que la formation du mariage exige impérativement le consentement des intéressés, femme aussi bien qu'homme.

¹⁴ Nous faisons référence au mariage par enlèvement ou rapt.

¹⁵ GRUENAIS (M. E.), *Age, pouvoir et société en Afrique noire*, Karthala, 1985, p. 240.

est très important. C'est pourquoi, pour conquérir la fille, il faut d'abord conquérir la mère¹⁶.

Toutefois, il est important de noter que la femme ne pouvait avoir un pouvoir de décision s'agissant du mariage de sa fille. Même dans les sociétés à filiation matrilineaire où l'enfant appartient à la famille de la mère, celle-ci ne peut donner sa fille en mariage. Le pouvoir de décision revient dans ce cas à l'oncle maternel. Maurice Bourjol donne l'exemple des sérères de la petite côte (Sénégal), une société à filiation matrilineaire, en précisant à propos des pouvoirs de l'oncle maternel qu'il possède le droit de contrôle sur tous les membres de la « gens », il décide du mariage de ses nièces, fixe le montant de la dot, possède le droit de contrainte. A l'égard de ses neveux et nièces, il exerce un droit de commandement¹⁷.

Un autre pouvoir dont disposait le père au moment du mariage de sa fille, ou plutôt un bénéfice, car c'est de cela qu'il s'agit réellement, est constitué par la dot. En effet, la dot était versée au père de la future épouse qui en conservait la gestion. Et quand on connaît la valeur économique certaine que constituait la dot, l'on ne peut ignorer que celle-ci fut un stimulant pour que se constitue une épargne.

La dot traditionnelle était constituée de têtes de bétail, de tissus, d'anneaux et de bracelets en argent ou en or. A l'époque contemporaine, la dot se compose d'importantes sommes

d'argent complétées d'objets et de biens de lux. La dot est sans doute une source de revenus non négligeable pour le père qui en bénéficie à l'occasion du mariage de sa fille. Les pouvoirs du père sur sa fille peuvent s'étaler même au-delà de la période de négociation et de conclusion du mariage. Précisément, le père dispose d'un pouvoir d'intervention sur sa fille mariée en ce qui concerne même les rapports de sa fille avec son mari ou avec la famille de ce dernier notamment lorsque les liens conjugaux sont en jeu.

Il pouvait par exemple agir sur sa fille en lui donnant des ordres lorsqu'un conflit conjugal dans lequel cette dernière est partie survient. Il peut lui sommer d'arrêter telle attitude ou d'adopter tel comportement envers son mari ou tout membre de la famille de celui-ci.

Mieux encore, le père peut l'obliger à rejoindre le domicile conjugal si la fille mariée avait fugué pour une quelconque raison qu'il juge insuffisante pour quitter le domicile conjugal. Mais il peut aussi l'obliger à divorcer notamment en cas de non-paiement du reliquat de la dot ou même d'un litige quelconque opposant les deux familles. Cette dernière hypothèse est tout de même rare dans la tradition et illégale au regard de la loi musulmane.

En définitive, on peut constater sur ce point que le père avait des pouvoirs très larges sur sa fille. Il faut ajouter d'ailleurs que le père pouvait renvoyer sa fille de la demeure familiale lorsque cette dernière mettait en

¹⁶ Généralement la mère de la future épouse sondait les intentions de sa fille pour savoir si le garçon prétendant lui plaisait ou non. La fille disposait de plusieurs moyens pour exprimer son désaccord au projet de mariage. Ainsi par exemple, le fait de s'absenter le jour de la visite du groupe prétendant, ou de refuser de remettre

elle-même à ses parents les dons apportés par les visiteurs révélait l'hostilité de la fille aux négociations.

¹⁷ BOURJOL (M.), *Essai sur les transformations et l'évolution dialectique de la famille africaine de la « gens » au « ménage*, RJPUP, 1957, p. 89.

cause l'honneur de la famille par son attitude, son comportement, sa désobéissance, ses manquements ou autres.

A titre d'exemple, le père pouvait chasser la fille de la maison familiale lorsque cette dernière refusait un mariage déjà promis par ses parents à une famille. De même, une fille qui tombait enceinte sans être mariée engageait l'honneur de toute la famille pouvant pousser ainsi le père à l'expulser de la maison.

A l'époque coloniale, l'une des premières réactions du colonisateur dans sa lutte contre la coutume africaine fut de montrer l'inhumanité de la condition de la femme indigène. Ainsi, pour assurer la dignité de la femme dans une société plus évoluée, le législateur colonial est intervenu pour protéger certains aspects de la vie juridique de celle-ci et de sa personnalité juridique.

Ainsi par exemple, en matière de mariage, les décrets du 15 juin 1939 appelé « décret Mandel »¹⁸ relatif au consentement de la femme mariée et du 14 septembre 1951 appelé « décret Jacquinet » portant suppression, ou du moins, limitation de la dot, avaient pour ambition de libérer la femme dans le domaine du mariage.

Le décret Mandel prenait une position énergique et très nette sur la question relative au consentement au mariage¹⁹. Ce décret qui

concernait aussi bien les colonies françaises de l'A.O.F. que celles de l'A.E.F. posait la condition relative au consentement expresse des futurs époux à leur mariage, conformément à l'article 146 du code civil français. Par ailleurs, il déclare nul de plein droit tout mariage concernant une fille majeure n'ayant pas au préalable consenti personnellement à son union²⁰. Il déclare également nulle de plein droit, toute convention matrimoniale concernant la fillette impubère (consentante ou non)²¹. Mais ce décret est resté lettre morte dans toute l'Afrique²². Il n'a jamais pu recevoir une application systématique et généralisée en raison de la résistance des coutumes²³.

Quant au décret Jacquinet, il réglementait la dot surtout dans ses incidences sur le consentement de la femme et instituait l'option de monogamie. Il venait compléter le décret du 15 juin 1939 (décret Mandel) en ajoutant que le défaut de consentement des parents, s'il est provoqué par des exigences excessives de leur part, ne peut avoir pour effet de faire obstacle au mariage d'une fille majeure de vingt-et-un an ;²⁴ et il y a exigences excessives chaque fois que le taux de la dot réclamée dépasse le montant déterminé suivant les régions par le chef du territoire²⁵.

Mais l'action du législateur colonial se heurta à la force d'inertie opposée par la

¹⁸ ROBERT (A. P.), *L'évolution des coutumes de l'ouest africain et la législation française*, Encyclopédie d'Outre-Mer, 1955, pp. 87-88.

¹⁹ LAURENTIE (H.), *La coutume familiale et sociale*, PENANT, 1945, p. 16.

²⁰ La Cour d'Appel de Dakar en a fait application en décidant que tout mariage célébré sans le consentement de la fille devrait être nul. Arrêt n°33, greffe de la Cour, arrêts de la chambre d'annulation, registre des années 1947 à 1949.

²¹ Art. 2 du décret Mandel.

²² LAURENTIE (H.), *La coutume familiale et sociale*, op. cit. p. 16.

²³ BADJI (M.), *La diffusion du code civil au Sénégal. Genèse et confrontation de la règle de droit écrit et de la règle de droit d'origine coutumière dans un confetti de l'Empire français*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Droit sénégalais Numéro 5- Novembre 2006, p. 98.

²⁴ Ibidem, pp. 98-99.

²⁵ ZOEGGER (B.), *Aspects du problème de la dot dans le sud du Cameroun*, RJP UF, 1958, N°1, p. 178.

coutume²⁶. Et le professeur Solus dut noter à ce propos que le législateur, sous peine d'énervier la force et l'autorité de la loi, doit s'abstenir d'édicter des textes dont il sait qu'il ne sera point capable d'en assurer l'exécution²⁷.

En effet, c'est sans compter sur les conceptions traditionnelles et notamment le rôle et la place de chaque personne dans la société africaine que le colonisateur français a engagé ce combat²⁸. La femme africaine elle-même ne s'est pas sentie autant lésée. Elle ne conteste pas le statut que lui réservent les coutumes. Au contraire, la femme se sent heureuse lorsqu'elle est réputée obéissante, assujettie à son père ou à son mari.

Ainsi, rejoindra-t-on un auteur²⁹ qui écrivait que les femmes indigènes étaient plus libres que les femmes d'Europe sous certains aspects, vu la satisfaction qu'elles tirent du traitement qui leur est réservé et auquel elles adhèrent en totalité.

C'est pourquoi le combat colonial pour l'amélioration du statut de la femme n'a pas connu tout le succès espéré. Même si des changements sont intervenus dans le sens de la libération de la femme, ces changements ne sont pas à la hauteur des dénonciations et des manquements relevés dans la société africaine par l'administration coloniale.

En fin de compte, on constate que le statut de la jeune fille n'a pas été profondément transformé. Son père incarne en quelque sorte sa personnalité juridique dans bien des domaines.

Mariée, la femme ne s'affranchit pas car même si elle échappe à l'autorité de son père, elle demeure soumise à une autre autorité, celle de son mari.

II/ Du statut de la femme mariée

Il faut peut-être préciser que l'étude séparée du statut de la femme selon qu'elle est mariée ou non a bien son importance car, en effet, le traitement réservé à la femme variait peu en fonction de son âge. Les précédents développements ont déjà montré que la femme, tant qu'elle ne s'était pas mariée, demeurait soumise à l'autorité de son père quel que soit son âge.

Par le mariage, la femme change de statut. Ses droits et ses obligations ne sont plus déterminés dans les mêmes conditions que celles d'avant mariage. C'est pourquoi on a jugé plus commode de distinguer le statut de la jeune fille de celui de l'épouse.

Pour analyser la position du droit coutumier à l'égard de l'épouse et l'impact des réactions du colonisateur quant au relèvement du statut de la femme mariée, une distinction doit être opérée entre les droits de l'épouse dans les rapports patrimoniaux du mariage (A) et ceux dans les rapports extrapatrimoniaux (B).

A) La femme dans les rapports patrimoniaux du mariage

La capacité juridique de la femme africaine est souvent contestée. Dans la réalité, même si l'épouse n'est pas frappée d'une incapacité,

²⁶ ROBERT (A. P.), *Attitude du législateur français*, p. 750.

²⁷ SOLUS (H.), *Le problème actuel de la dot en Afrique noire*, R.J.P.U.F., 1950, p. 467.

²⁸ La jurisprudence elle-même, à travers un arrêt de la Cour d'Appel de l'A.O.F. avait déjà fini de mettre

explicitement en garde toute tentative d'attaque portée contre certaines institutions familiales. Arrêt du 30 juin 1914.

²⁹ BINET (J.), *Le mariage en Afrique noire*, Paris, éd. Du cerf 1959, p. 37.

elle demeure tout de même assujettie à son mari. C'est pourquoi la capacité juridique de l'épouse est limitée. Ce qui la rend économiquement dépendante.

1) Une capacité juridique limitée de l'épouse

Concernant le statut de l'épouse, il convient de noter qu'il sera désormais, dès qu'elle quitte ses parents pour rejoindre son domicile conjugal, déterminé par ses rapports avec son mari.

En droit africain, les rapports entre époux tournaient en grande partie en faveur de l'époux. L'épouse était plus soumise à des obligations, mais elle gardait néanmoins un certain nombre de droits fondamentaux.

Toutefois, ces droits reconnus à la femme mariée étaient tellement encadrés que leur existence échappait à la connaissance du colonisateur. C'est pourquoi le colonisateur français a jugé que le traitement réservé à l'épouse par les coutumes était injuste, discriminatoire et inacceptable. Il a suggéré que le statut de la femme mariée soit révisé afin qu'elle puisse bénéficier d'un traitement équitable³⁰.

En effet, s'agissant de dresser un statut à la femme africaine, toute la doctrine coloniale était unanime à l'archaïsme qu'on trouvait et qu'on ne pouvait tolérer dans les contrées, même lointaines, soumises à la souveraineté française³¹.

Ainsi, les mots pour qualifier le statut de la femme dans les sociétés africaines parlaient

d'eux-mêmes.

Certains parlent de « simple objet » intégré au patrimoine du mari, sans aucune personnalité juridique, ³² d'autres voient en la femme indigène un « animal domestique »³³. D'où la justification de la qualification de la dot comme prix d'achat de celle-ci ³⁴.

De ces différentes qualifications niant une existence juridique quelconque de la femme africaine se superposent des droits absolus du mari sur elle, et c'est ce qui est le plus abominable, allant de la fructification (vente, prêt, marchandage, exploitation de la force de travail) jusqu'au droit le plus absolu.

En effet, note Sœur Marie André du Sacré-Cœur, l'autorité du chef de famille s'exerce avec un droit absolu de vie et de mort³⁵. Ce droit était d'autant plus solide que la mort du mari ne le faisait pas disparaître. A la mort du mari, les droits du défunt passent à son successeur (généralement son frère) qui disposera désormais, par cet héritage, de droits absolus sur sa nouvelle propriété³⁶.

Toutefois, il faut noter qu'en réalité, même si le statut de la femme mariée n'est pas comparable à celui du mari, ces qualificatifs très négatifs du statut de celle-ci donnés par la doctrine coloniale sont altérés. Le statut de la femme mariée n'a été aussi bas que le prétendent certains administrateurs coloniaux.

Effectivement, les coutumes africaines placent la femme mariée sous la tutelle totale de son mari. Ce principe coutumier détermine

³⁰ Recommandation de la Conférence de Brazzaville, rapport de la commission de la coutume familiale et sociale et du travail, ANSOM, affaires politiques, carton 2201, dossier 1.

³¹ NGOM (P.), *L'école de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en Afrique occidentale française*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Dakar, 1993, p. 245.

³² Sœur Marie André du Sacré-Cœur, *La femme noire en Afrique Occidentale*, Paris, Payot 1939, pp. 27 et s.

³³ HARDY (G.), Préface à la femme noire en Afrique Occidentale de Sœur Marie André du Sacré-Cœur.

³⁴ Sœur Marie André du Sacré-Cœur, *La femme noire*, op.cit., pp. 30 et suivantes.

³⁵ Sœur Marie André du Sacré-Cœur, op.cit., p. 49.

³⁶ NGOM (P.), *L'école de droit colonial*, op.cit. p. 249.

largement la situation économique de celle-ci. Il influe largement sur l'étendue et les limites des pouvoirs de l'épouse sur ses propres biens et sur les biens du couple.

Toutefois, contrairement à ce qui est écrit et proclamé par le colonisateur, le mariage d'une femme n'entraîne pas une dissolution totale des biens de celle-ci dans le patrimoine de son mari.

Certaines affirmations selon lesquelles les femmes sont dépourvues de la personnalité juridique et qu'elles ne peuvent pas posséder ne sont donc pas exactes³⁷.

En effet, l'épouse dispose toujours d'un patrimoine qui lui est propre et d'une certaine autonomie dans la gestion de ses biens. D'ailleurs, dans le même coutumier juridique de l'A.O.F. où ces notes sont inscrites, nous lisons le contraire lorsque plus loin, il est écrit que les fruits du travail exécuté par la femme mariée les lundis et vendredis lui appartiennent en propre et constituent son patrimoine privé³⁸.

Il y est fait également mention à propos de la société wolof (Sénégal) que la femme peut posséder ; elle peut acquérir à titre onéreux, à titre gratuit et par son travail³⁹. Par ailleurs, traitant des bambaras (Mali), le coutumier confirme que les femmes comme les hommes peuvent posséder des biens individuels.⁴⁰

S'agissant de l'autonomie de l'épouse dans la gestion de ses biens, elle se manifeste par une certaine liberté de gestion de son patrimoine. C'est ce que note le coutumier juridique de l'A.O. F lorsqu'il dispose qu'elle administre ses biens propres, en dispose librement, peut

contracter à leur sujet...⁴¹. La liberté de la femme dans l'administration et la gestion de son patrimoine est donc réelle et reconnue par les coutumes africaines.

Toutefois, ces garanties économiques dont bénéficie la femme mariée ne sont pas totalement admises dans la pratique. En effet, la force économique et l'indépendance économique de l'épouse restent limitées par les principes de base qui gouvernent la famille africaine en général et la vie du couple en particulier.

D'abord la répartition des tâches entre les différents membres de la famille rend la femme entièrement responsable des tâches ménagères. Dans la plupart des sociétés traditionnelles africaines, femme mariée rime avec entretien du ménage avec toutes les tâches qu'il englobe (cuisine, entretien des enfants, entretien de la maison, etc.). Or, on sait que ces activités ménagères ne sont ni des activités de production ni des activités de location de force de travail (rémunérées). On ne peut même pas les classer dans la catégorie des activités économiques.

On peut en déduire alors que la femme mariée ne dispose pas de temps de travail, d'une liberté périodique suffisante pour mener des activités lucratives et former ou augmenter son patrimoine.

Son statut se limitant généralement à celui d'une domestique, elle n'a pas l'autonomie nécessaire pour assurer son indépendance et sa force économique.

Une autre limite est liée à la nature des activités lucratives dans les sociétés

³⁷ AUBERT (A.), Administrateur des colonies dans le Coutumier juridique de l'A.O.F., Tome 1 Sénégal, Paris, Larose, 1939, p. 147.

³⁸ Ibidem, p. 192.

³⁹ GEISMAR (L.), *Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal*, Saint Louis, Impr. du Gouvern., 1933, p. 161.

⁴⁰ Coutumier juridique de l'A.O.F., p. 201.

⁴¹ Ibidem, p. 161.

traditionnelles africaines. Ces activités économiques de base sont constituées essentiellement de l'agriculture et de l'élevage⁴². Quand on sait que ces activités étaient des activités collectives faisant intervenir en commun presque tous les membres d'un même groupe et sous la direction et la coordination du chef de ménage (qui est forcément un homme)⁴³, la femme mariée ne manquera pas de collaborer et d'apporter sa contribution. Les bénéfices tirés de ces travaux communautaires dans l'agriculture sont généralement placés sous la gérance et le contrôle exclusif, pour ne pas dire la propriété du chef de famille ou du chef de ménage⁴⁴.

La femme est donc exclue des bénéfices qu'engendre cette activité économique principale. Elle ne pouvait avoir droit qu'à une petite parcelle de terrain à cultiver et à exploiter pendant les heures non consacrées aux travaux du champ familial.

Ainsi, chez les sérères (Sénégal), la femme a généralement un petit champ de mil et un petit champ d'arachide.

Mais ces pécules qu'elle tire de l'exploitation agricole sont très insuffisants pour amasser des richesses et assurer son indépendance économique.

La deuxième activité économique traditionnelle, l'élevage, s'oriente à peu près dans la même dynamique organisationnelle que l'activité agricole. Ce sont les hommes qui tenaient les troupeaux et en assuraient totalement la gestion, aux femmes de

commercialiser le lait. Mais les recettes tirées de cette commercialisation du lait ne revenaient pas à la femme. Elle devait les utiliser pour assurer et enrichir les repas quotidiens, et le reste devait être versé au responsable du troupeau.

Enfin, on note que les activités commerciales, du moins les plus importantes et les plus lucratives étaient étrangères aux femmes du fait que ces dernières ne disposaient pas d'une liberté suffisante pour effectuer les déplacements nécessaires pour se rendre dans les grands centres commerciaux. La femme ne se limitait qu'à son petit commerce de condiments.

A tout cela il faut ajouter l'exclusion de la femme des successions que nous avons déjà abordé ci-dessus.

La dernière limite qu'on peut évoquer quant à l'autonomie et l'indépendance économique de la femme mariée concerne la liberté de gestion. Les coutumes africaines placent la femme sous la tutelle de son mari. Par conséquent, elle ne peut généralement pas accomplir valablement certaines opérations, ni engager son propre patrimoine (pour des sommes assez importantes) sans l'autorisation préalable de son mari. Cette autorisation requise auprès du mari se transforme souvent en une représentation pure et simple de la femme par son mari.

En effet, il n'est pas rare de voir son mari prendre sa place en guise de mandataire pour l'accomplissement de certains actes assez importants. De ce fait, quel que soit son poids

⁴² ROUILLE D'ORFEUIL (H.), *Economie, le réveil des citoyens : les alternatives à la mondialisation libérale*, Editions La Découverte et Syros, Paris, 2002, p. 20

⁴³ SIVOMEY, (M.), *La civilisation de la femme dans la tradition africaine*, Colloque d'Abidjan 1972, Paris, Présence Africaine, 1975, p. 500.

⁴⁴ 2 BOURJOL (M.), *Essai sur les transformations et l'évolution dialectique de la famille africaine de la « gens » au « ménage »*, RJPULF, 1957, p. 90.

économique, la femme mariée demeure assujettie à son mari.

Il en va de même lorsqu'il s'agit de la gestion du ménage. L'épouse demeure assujettie à l'autorité de son mari, ce qui la place sous une dépendance économique quasi-totale.

2) Une dépendance économique abusive de l'épouse

S'agissant des biens du couple, sans surprise, le mari en assure la garde et la gestion. Ce principe n'est d'ailleurs que le corollaire de la tutelle qu'assure le mari sur sa femme et du principe selon lequel le mari est le chef du ménage. Les biens du couple sont même souvent confondus avec les biens propres au mari.

La séparation entre le patrimoine du mari et celui commun aux époux est très difficile à opérer. Elle est même inutile dira-t-on, puisque le mari a les mêmes droits sur le patrimoine commun que ceux qu'il a sur ses propres biens⁴⁵.

La femme n'a aucun droit sur la gestion des biens à l'acquisition desquels elle a contribué comme son mari. Elle n'a ni un droit d'usage (sauf sur autorisation du mari) ni un droit de regard, encore moins un droit de contrôle sur l'utilisation qu'en fait son mari. La seule contrepartie dont elle peut bénéficier se trouve dans le fait que c'est le mari qui est entièrement responsable des charges du ménage⁴⁶. Il les satisfait soit par ses propres moyens, soit par les biens du couple. De toute façon, la distinction entre ces deux patrimoines n'est pas visible, ou du moins, elle n'est pas observée.

Cette inégalité entre époux au plan économique a été dénoncée par le colonisateur. Ce dernier, dans les rapports patrimoniaux du mariage, prône un redressement de la condition économique de la femme.

D'abord sur son droit de possession, l'administration coloniale française pense que l'introduction de certaines dispositions du code civil français garantirait mieux ce droit à l'épouse en accordant à cette dernière une pleine capacité d'exercice. La femme s'affranchira de la tutelle excessive de son mari et elle pourra accomplir valablement d'importantes opérations juridiques utiles à la bonne gestion de son patrimoine.

Ensuite, concernant le régime matrimonial, l'application de la législation française permettra à l'épouse de bénéficier d'un certain nombre de garanties. En cas d'option pour la séparation des biens, une distinction nette sera faite entre les patrimoines des époux. En plus, certaines restrictions notées dans la liberté de gestion de l'épouse ne seront plus admises. Mais la reconnaissance par le droit français de la toute-puissance maritale n'est-elle pas en soi même une limite à la liberté de gestion de la femme mariée ?

En cas d'option en faveur de la communauté de biens, l'épouse doit être nécessairement associée dans la gestion des biens du couple. Toute opération engageant le patrimoine des époux doit être au préalable discutée et avalisée par les époux, aussi bien par le mari que par la femme.

En cas de divorce, le patrimoine commun doit

⁴⁵ BOUREL (P.), *Le droit de la famille au Sénégal : Successions, Régimes matrimoniaux, Libéralités*, Paris, Economica, 1981, p. 161.

⁴⁶ DELAFOSSE (M.), *Enquête coloniale dans l'Afrique Française Occidentale et Equatoriale sur*

l'organisation de la famille indigène, les fiançailles, le mariage, etc., Paris, Soc. Editions géographiques, maritimes et coloniales, 1930.

être partagé entre les époux. Mais la même question revient à savoir si le statut de chef du ménage reconnu au mari n'est pas incompatible avec une égalité parfaite de droits entre époux et épouse dans la gestion des biens communs.

En fin de compte, quel que soit le régime matrimonial choisi (séparation ou communauté), l'épouse ne peut être aussi libre que son mari en matière de gestion de patrimoine. Le code civil n'annonce-t-il pas, lui-même, cette impossible égalité de droits en accordant au mari, d'une part un droit de regard sur la gestion du patrimoine de sa femme en cas de séparation des biens, d'autre part en déclarant ce dernier comme administrateur unique des biens communs et en ne soumettant pas au mari à une obligation de rendre compte à son épouse.

Ces critiques formulées à l'encontre du droit français paraissent si fondées qu'il semblerait que les changements prônés peuvent s'avérer inutiles si leur succès dépendait dans une large mesure des relations d'autorité qui existent entre mari et femme.

En Afrique particulièrement, les larges pouvoirs reconnus au mari sur sa femme videraient de toutes leurs substances les changements annoncés.

En outre, les changements préconisés par le colonisateur français ne pouvaient se réaliser dans toutes leurs directions et avec toute leur étendue et toute leur portée. Il convient de constater qu'en effet, ces changements ne s'imposaient pas effectivement car, en réalité, la condition

économique de la femme mariée n'était pas aussi déplorable que le pense le colonisateur.

La réalité c'est que le colonisateur français n'était pas très imprégné des relations patrimoniales qui existaient au sein des groupes. La femme mariée pouvait posséder d'importantes ressources économiques et former un patrimoine assez riche. Seulement, la pratique coutumière voulut que ses biens soient entre les mains d'un membre de sa famille d'origine et non gérés par elle-même. L'objectif était de lui éviter d'éventuels abus de la part de son mari. C'est pourquoi il revenait généralement au frère d'assurer la gestion du patrimoine de sa sœur mariée⁴⁷.

De ce fait, les coutumes instaurent une protection des biens de la femme mariée et l'administration coloniale n'a pas pu apprécier convenablement cette mesure.

D'autre part, il existait pour chaque groupe un patrimoine familial alimenté par les différents membres de la famille. La femme mariée appartenant toujours après son mariage⁴⁸, non à la famille de son mari, mais à sa famille d'origine, celle de son père ou de sa mère, elle contribuait au même titre que tous les autres membres de sa famille à la constitution et à l'enrichissement du patrimoine familial⁴⁹. En contrepartie, elle continuait à bénéficier de la protection économique de sa famille d'origine et c'est à cette dernière de satisfaire certains de ses besoins, notamment en cas de traitement insatisfaisant par son mari ou en cas de divorce⁵⁰.

⁴⁷ KOUASSIGAN (G. A.), *Quelle est ma loi ?* p. 239.

⁴⁸ Coutumier juridique de l'A.O.F., op.cit. p. 204

⁴⁹ Ce patrimoine familial était plus important que toute autre possession personnelle. Elle servait à satisfaire certains besoins familiaux, notamment les dépenses

nécessaires à certains événements (mariage, baptême, funérailles).

⁵⁰ DIOP (A. B.), *La famille wolof : Tradition et changement*, Paris, Karthala, 1985, p. 153.

Le professeur Cheikh Anta Diop, appréciant cette organisation socio-économique africaine, en tire des avantages certains. Il précise que si l'Afrique ne connaît pas réellement la détresse, bien que le continent africain soit le plus faible du monde, c'est parce que le continent africain est heureusement caractérisé depuis le temps des ancêtres par une sorte de collectivisme social ayant comme corollaire la quiétude allant jusqu'à l'insouciance du lendemain, une solidarité matérielle de droit pour chaque individu qui fait que la misère matérielle ou morale est inconnue jusqu'à nos jours. Il y a des gens pauvres, mais personne ne se sent seul, personne n'est angoissé⁵¹.

Abdoulaye Bara Diop aborda dans le même sens lorsqu'il nota que si la hiérarchie différencie les statuts des membres qu'elle rend inégaux, le communautarisme, fondement de l'existence du groupe, rapproche les individus dans une nécessaire solidarité de survie et atténue l'inégalité des statuts⁵².

Contrairement au patrimoine individuel qui ne comptait que quelques biens de moindre valeur⁵³, le patrimoine familial était un élément non négligeable dans l'existence socio-économique de l'individu et tous les membres d'un même groupe devaient en tirer profit⁵⁴. Aussi la femme mariée ne restait-elle pas moins protégée socialement et économiquement par celui-ci.

Le professeur Paul Ngom dira à juste raison que la liberté individuelle, l'autonomie de la volonté, la libre disposition des biens par

leurs propriétaires sont autant de notions qui étaient connues en Afrique, mais sur lesquelles a prévalu un ensemble de principes opposés, puisque reposant sur une conception spécifique de la vie en société⁵⁵.

En définitive, on peut noter sur ce point relatif aux rapports patrimoniaux du mariage que le colonisateur français avait une fausse compréhension des rapports patrimoniaux qui existaient dans les sociétés traditionnelles africaines et par conséquent, il ne pouvait pas apprécier avec exactitude la condition économique de la femme mariée. L'apparence ne correspondait pas toujours à la réalité.

Finalement, en ce qui concerne les rapports patrimoniaux du mariage, on retiendra que la méconnaissance du droit coutumier avait poussé l'administration coloniale à envisager d'entreprendre des réformes sur ce point.

Mais une bonne compréhension des coutumes locales montre qu'on ne pouvait pas modifier le droit coutumier sur cet aspect sans bouleverser totalement les fondements des relations familiales. Cet aspect du mariage était par exemple étroitement lié à la filiation et au droit des successions.

C'est pourquoi les changements préconisés n'ont jamais pu se réaliser dans la pratique. En dehors de quelques améliorations apportées à la condition de la femme mariée (renforcement de la capacité juridique, liberté d'entreprendre) et ne touchant absolument pas au droit de la famille, les règles coutumières continuaient à régir tous les rapports patrimoniaux qui existaient non

⁵¹ DIOP (C. A.), *L'unité culturelle de l'Afrique Noire*, Présence Africaine, Paris, 1959.

⁵² DIOP (A. B.), op.cit., p. 153.

⁵³ THIAM (S.), *Introduction historique au droit en Afrique*, Harmattan, Paris, 2011, p. 156.

⁵⁴ KOUASSIGAN (G. A.), *L'homme et la terre. Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique Occidentale*, Paris, O.R.S.T.O.M, 1966.

⁵⁵ NGOM (P.), *L'école de droit colonial*, p. 261.

seulement entre mari et femme mais également toute relation patrimoniale dérivée du droit de la famille.

D'un autre côté, l'état d'époux entraînait des effets extrapatrimoniaux vis-à-vis des époux. Ainsi, le mariage engendrait des liens non pécuniaires et de ces rapports naissaient des droits et des obligations au profit ou à la charge des parties au mariage.

B) La femme dans les rapports extrapatrimoniaux du mariage

L'étude des rapports extrapatrimoniaux du mariage mène à une analyse de la relation d'autorité qui existe entre mari et femme et à faire le point sur le devoir de fidélité qu'impose le contrat de mariage d'une part, à faire un petit détour sur les particularités de la polygamie en Afrique d'autre part.

1) Des devoirs d'époux inégalitaires et non réciproques

En Afrique noire traditionnelle, les relations entre mari et femme se présentent de prime abord sur le modèle domination - soumission. Le mari étant reconnu comme chef de la famille ou du ménage, il jouit d'une pleine autorité sur sa femme et ses enfants.

Ainsi, sur sa femme et sur les enfants, le mari dispose d'un pouvoir de direction générale assorti d'un droit de correction.

Le pouvoir de direction implique un contrôle des mouvements de la femme. Elle n'a donc pas la liberté d'aller et de venir, elle ne peut voyager, rendre visite à un parent ou un proche sans l'autorisation préalable de son mari.

On peut dire en somme que la femme ne peut quitter son domicile conjugal pour une

quelconque raison, contre ou sans la permission de son mari.

La femme mariée est faite pour rester dans son foyer conjugal. Elle demeure la principale responsable du foyer et par conséquent, elle doit passer l'essentiel de son temps à son domicile conjugal.

Dans la tradition africaine, tout déplacement inhabituel de la femme mariée sans l'autorisation de son mari peut être qualifié d'abandon du domicile conjugal. Or, on sait que la liste des motifs d'abandon du domicile conjugal est limitative. La femme doit avoir une cause réelle et sérieuse pour fuguer (par exemple en cas de mauvais traitements infligés par son mari, de sévices, de défaut d'entretien du ménage, d'une mésentente profonde et prolongée avec son mari ou un membre de sa famille).

L'abandon du domicile conjugal doit avoir un fondement solide. Le mari devait en tout état de cause être coupable d'exactions excédant ses droits et ses pouvoirs sur sa femme.

La femme peut être tenue coupable d'abandon illégal du domicile conjugal et encourir d'éventuelles sanctions si elle s'absente du domicile conjugal pour une raison inhabituelle sans l'autorisation préalable de son mari, ou pour une raison qu'elle ne tient pas des coutumes⁵⁶.

Le pouvoir de direction implique également le droit pour le mari de veiller sur les relations que son épouse entretient avec toute personne étrangère au ménage ou à la famille. Le mari peut lui indiquer des connaissances à fréquenter, à respecter et à écouter. Il peut lui interdire d'autres connaissances à éviter ou à ne nouer avec elles aucune relation de

encourait aussi une correction par son mari ou même par ses propres parents.

⁵⁶ Si elle se rendait chez ses parents, elle risque d'être rapatriée de force à son domicile conjugal. Elle

quelque nature que ce soit. Le mari peut aussi interdire sa femme de fréquenter certains lieux (places publiques ou même des maisons voisines).

De ce qui précède, concernant le pouvoir de direction du mari sur sa femme, on peut en déduire que le mari dispose sur son épouse d'un pouvoir de commandement avec obligation d'obéissance.

En outre, la femme doit traiter son mari avec beaucoup de respect, qu'ils soient en intimité ou en public. C'est ce respect exigé de la femme à l'égard de son mari, poussé jusqu'à l'extrême, qui fait qu'il n'y a pas une certaine familiarité entre mari et femme comme cela devait être de mise.

On note un sentiment de honte, de réserves entre conjoints. L'amitié et la complexité des relations entre mari et femme sont encadrées, limitées voire évitées de peur pour la femme d'être indexée d'épouse insoumise, désobéissante et non respectueuse de son mari.

L'autre pouvoir reconnu au mari est le droit de correction. Le droit de correction a un fondement coutumier doublé d'un fondement religieux. En effet, aussi bien les coutumes africaines que la loi musulmane autorisent au mari le droit de correction sur sa femme.

M. Seydou Diouf a donné confirmation de la reconnaissance de ce droit en s'appuyant sur une jurisprudence dans laquelle le droit de correction était explicitement ou implicitement reconnu au mari. Toutes les décisions de justice qu'il a fournies écartent soit l'hypothèse d'une sanction quelconque à l'encontre du mari, soit elles relativisent la sanction en se bornant juste à reconnaître à la

victime le droit de divorcer⁵⁷.

On peut citer à titre d'exemple de la légèreté de la sanction encourue par le mari en cas de culpabilité d'excès de correction, l'affaire rapportée par le même auteur et opposant un tirailleur sénégalais (Demba S.) à son épouse (Ramata L.). Cette dernière avait fugué suite aux violences corporelles portées sur sa personne par son mari. L'affaire atterrit devant deux juridictions différentes : la juridiction coloniale et la juridiction musulmane.

Le premier juge ordonna l'arrestation du prévenu. Ce qui veut dire qu'il a qualifié les faits d'infraction pénale.

Le second juge accorda à la victime la faculté d'opter pour le divorce.⁵⁸

Comparativement, les deux sanctions prononcées sur la même affaire n'équivalent nullement. Une sanction pénale ne peut être aussi légère qu'une sanction civile qui, de surcroît n'est même pas encore effective.

Mais on peut considérer d'ailleurs cette décision comme un effort de la part du juge musulman par rapport à d'autres décisions relatées dans le même domaine où le juge musulman a tout simplement déclaré la régularité des actes de violence commis par le mari sur sa femme.

Les coutumes locales en diraient autant voire plus, l'hypothèse d'une absence totale de sanctions pouvant prévaloir sinon même une sanction à l'encontre de la femme. Elle pouvait être contrainte de rejoindre son domicile conjugal malgré les sévices qu'elle reçoit.

Ce droit de correction reconnu au mari sur sa femme remet en cause toute idée de respect

⁵⁷ DIOUF (S.), Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman, pp. 229 à 234. Annexes des jugements n°100, 101, 102, 103, 104, 105.

⁵⁸ DIOUF (S.), op.cit. p. 229. Annexe des jugements, n°100.

du mari vis-à-vis de sa femme. Le droit de correction est en effet incompatible avec le devoir de respect.

La coutume, en accordant au mari le droit de corriger sa femme, quel que soit le motif de la correction, autorise un abus qui ne se justifie nullement et qui n'exprime aucun respect à l'égard de celle-ci.

Le devoir d'amitié et de respect mutuel qui devait exister entre mari et femme n'est donc pas observé, ou du moins, pas dans tous les sens. Il ne joue qu'à l'égard de la femme.

Ensuite, le devoir de fidélité, une autre obligation normalement réciproque et s'imposant aux époux, s'oriente dans la même logique que le droit de commandement et d'obéissance et celle du devoir de respect. En effet, le devoir de fidélité pèse beaucoup plus sur la femme que sur le mari. Et pourtant, le droit coutumier reconnaît que l'adultère est indéniablement une faute grave, quel que soit le conjoint qui s'en rend coupable. Hommes et femmes sont liés par le même code d'honneur.

Des exemples ne manquent pas pour illustrer le caractère fautif d'un conjoint (femme tout comme mari) qui serait coupable d'adultère. Ainsi, Eric Pollet et Grace Winter notent à propos de la société traditionnelle soninké que les droits sexuels des conjoints sont en principe réciproques et identiques : l'épouse est donc fondée à se plaindre de l'adultère de son mari⁵⁹.

Il en va de même dans la société traditionnelle ivoirienne où chez les Adioukrou, la coutume

punit l'adultère aussi bien de l'homme que de la femme. Le conjoint surprénant l'autre en flagrant délit d'adultère peut le tuer impunément⁶⁰. S'il n'a que des présomptions, il les porte devant l'assemblée des notables⁶¹.

Toutefois, chez la plupart des peuples africains, l'obligation de fidélité pèse beaucoup plus sur la femme que sur le mari. L'homme est généralement exonéré de cette obligation qu'il peut violer sans aucune poursuite ni conséquence majeure.

La seule justification qu'on puisse trouver à cette indulgence des coutumes à l'égard de l'homme se trouve dans la polygamie.

En effet, la polygamie constitue un obstacle au devoir de fidélité du mari. C'est peut-être la raison fondamentale pour laquelle la « liberté sexuelle » de l'homme n'est pas bannie avec toute la rigueur qu'exige le devoir de fidélité.

Chez les wolofs par exemple, en cas d'adultère de la femme, le mari peut demander le divorce...en cas d'adultère du mari, la femme ne peut rien réclamer⁶².

Le même constat est fait chez les sérères où l'adultère du mari n'a aucune importance et la coutume ne la sanctionne pas. Par contre l'adultère de la femme est considéré comme très grave⁶³.

Il faut noter tout de même que la jalousie affichée est aussi blâmable, au même titre que l'adultère. En effet, ce serait faire injure au conjoint que de le surveiller, l'espionner, l'empêcher de sortir ou l'accuser à

⁵⁹ POLLET (E.) et WINTER (G.), *La société soninké*, Bruxelles, Editions de l'Institut de sociologie, 1973, p. 431.

⁶⁰ DELAFOSSE (M.), *Enquête coloniale dans l'Afrique française occidentale et équatoriale sur l'organisation de la famille indigène, les fiançailles, le*

mariage, etc., Paris, Soc. Editions géographiques, maritimes et coloniales, 1930, p. 206.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Coutumier juridique de l'A.O. F, op.cit. p. 160.

⁶³ Ibidem, p. 262.

l'aveuglette d'adultère ou d'intention d'adultère. De tels comportements signifiant qu'on n'a pas foi à l'intégrité morale de l'autre, on met en cause ce qui tient le plus à cœur à la personne dans toutes les sociétés traditionnelles africaines : sa réputation et son honneur.⁶⁴

Les accusations légères d'adultère suivies parfois de répudiation sont déplorées voire condamnées par les coutumes.

Mais, ces stipulations rencontrent des difficultés à s'épanouir. En effet, que ce soit le droit coutumier ou le droit musulman, un droit de regard et de contrôle est toujours reconnu au mari sur sa femme.

Or, un tel droit, déplacé sur le terrain du devoir de fidélité, autoriserait au mari dans une certaine mesure, à se plaindre de la liberté de mouvement de sa femme et à faire peser des soupçons d'adultère sur elle.

Et en cas de conflit, il est fréquent que le juge autochtone (cadi ou chef coutumier) se prononce en faveur du mari conformément à la coutume ou à la loi religieuse. La femme serait alors astreinte à une restriction de liberté. C'est en tout cas ce qu'approuve M. Seydou Diouf qui a fourni à titre de preuve une jurisprudence abondante sur cette question⁶⁵.

A titre illustratif, on citera une décision en date du 26/07/1932. Suivant cette décision, le juge (cadi) saisi a considéré que selon le droit musulman (donc le litige opposé des autochtones musulmans), la femme ne doit quitter son domicile conjugal qu'après

autorisation de son mari, et qu'à défaut de respecter cette consigne, elle pouvait être contrainte à y demeurer⁶⁶.

Ces conceptions africaines en matière de relations conjugales ont été inconcevables dans l'esprit du colonisateur. Ce dernier considérait en effet que l'épouse était victime d'une discrimination, à un certain égard, dans ses relations de couple, notamment dans les cas où la coutume condamne l'adultère de la femme et n'en faisait pas autant pour le mari. Par conséquent, il a voulu rétablir l'égalité de droits et assurer par ailleurs la protection de la femme.

Ainsi, en matière d'adultère et de divorce, il prônait la réciprocité de droits et d'obligations. Mais il dut constater rapidement que la mise en œuvre de tels principes, au lieu de protéger la femme dans ses rapports conjugaux, constituerait un facteur de destruction de la famille conjugale. C'est pourquoi des recommandations dans le sens d'un retour à la source furent formulées. Le gouverneur Félix Eboué prenait position en faveur d'un rétablissement de la tradition. Concernant l'adultère, il disait qu'il nous appartiendra de ne pas leur inculquer nos conceptions mais simplement de contrôler la juste application des leurs, en espérant qu'elle puisse évoluer sous l'influence notamment de la religion chrétienne⁶⁷.

Finalement, en matière d'adultère, on ne peut pas affirmer qu'un ordre juridique l'ait emporté sur l'autre. Certes, certaines règles ont évolué, mais les grands principes

⁶⁴ KANDJI (S. S. M.) et CAMARA (F. K.), *Des droits de la femme africaine d'hier à demain*, Edition Xamal-Saint-Louis, 1997.

⁶⁵ DIOUF (S.), *Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman*, pp. 172 à 185. Annexes des jugements n°75, 76, 77, 78,79.

⁶⁶ Ibidem., pp. 148-149.

⁶⁷ EBOUE (F.), *Coutume familiale et sociale*, PENANT, 1945, p. 12.

qui fondent les relations entre mari et femme sont demeurés constants. Peut-être l'opposition entre le droit coutumier et le droit moderne dans les rapports conjugaux n'a-t-elle pas eu tellement d'ampleur du fait que la plupart des règles coutumières régissant les relations de couple étaient presque conformes aux principes et valeurs de la civilisation occidentale.

Par contre, s'agissant de la polygamie, elle a été choquante aux yeux du colonisateur⁶⁸. Ainsi, la commission de la coutume familiale recommanda énergiquement que ce fléau de l'Afrique noire soit combattu par tous les moyens par l'administration coloniale⁶⁹.

2) Les particularités de la polygamie en Afrique

Quand on comprend les soubassements sur lesquels repose la polygamie africaine ainsi que les règles qui la gouvernent, on pourrait être moins dur vis-à-vis de cette institution qui peut être justifiée à un certain égard.

D'abord qu'est-ce qui peut pousser un homme à prendre plusieurs femmes, ou une femme à accepter que son mari prenne d'autres épouses ?

Pour un homme, la volonté d'avoir à ses côtés plusieurs épouses était d'abord d'ordre économique. La polygamie permettait d'avoir une main d'œuvre suffisante (composée des femmes et de leurs enfants) nécessaire dans une société où toute l'économie est basée sur l'agriculture et l'élevage. Par conséquent, disposer d'une force de travail suffisante

revenait à garantir une assise économique solide. Cela devait passer nécessairement par un agrandissement ou un élargissement de la famille conjugale.

Une autre raison secondaire, est la volonté ou la nécessité même pour un mari d'avoir en permanence une épouse disponible pour satisfaire ses désirs sexuels. En effet, dans une société où l'espacement des naissances est respecté, cela aurait eu pour conséquence pour un mari monogame, l'obligation d'observer une continence pendant toute la période d'indisponibilité de la mère. La polygamie permet dès lors de compenser ce vide autour du mari, car dès qu'une femme sera indisponible pour cause de maternité, les autres épouses pourront la relayer et combler ce vide⁷⁰.

Cela permet par ailleurs de lutter contre le concubinage dans un continent où il n'est pas admis.

Quant à la femme, ce qui rendait la polygamie acceptable pour elle, c'est que son consentement était généralement nécessaire au remariage de son conjoint. Cet accord donné par la femme pour l'élargissement de l'union à d'autres épouses pouvait être justifié par deux raisons majeures.

D'un côté, la stérilité de l'épouse pouvait justifier qu'elle accepte que son mari épouse une autre femme⁷¹. Ceci est d'autant plus raisonnable qu'on est dans une société où la fécondité humaine est d'une importance capitale,⁷² la stérilité étant même un motif de

⁶⁸ Recommandation de la Conférence de Brazzaville, rapport de la commission de la coutume familiale et sociale et du travail, ANSOM, affaires politiques, carton 2201, dossier 1.

⁶⁹ EBOUE (F.), Coutume familiale et sociale, op.cit. p. 12.

⁷⁰ Cette raison est discutable avec les avancées de la médecine et notamment les moyens contraceptifs, la

planification familiale étant un moyen efficace d'espacement des naissances.

⁷¹ Maurice Delafosse parle de la stérilité comme étant un déshonneur dans les sociétés africaines. Cf. Enquête coloniale dans l'Afrique Française op.cit., p. 315.

⁷² La reproduction constitue en Afrique le premier but du mariage. Certains vont même jusqu'à affirmer qu'en Afrique on s'unit dans le seul but d'avoir des



divorce⁷³.

D'un autre côté, il se peut aussi que trop prise par ses activités à l'extérieur de la maison, la première épouse souhaite se décharger d'une partie de ses responsabilités sur une autre épouse.

On constate en effet que l'organisation de la vie à l'intérieur du foyer apporte une raison pratique héritée du modèle rural : la polygamie favorise l'entraide des coépouses et diminue la charge des travaux ménagers pour chacune d'elles.

Quand une des femmes est malade ou absente pour cause familiale ou de santé, il faut quelqu'un pour entretenir le ménage. C'est donc un fait avéré qu'un des avantages majeurs que les femmes trouvent à la polygamie est qu'elle permet une plus grande liberté de mouvement.

Maurice Delafosse qu'on peut considérer comme l'administrateur colonial qui a le plus compris le rôle et le fonctionnement des institutions négro-africaines n'a pas manqué de noter l'utilité de la polygamie en constatant le secours mutuel que peuvent se porter les membres d'une famille polygame. Il écrivait à cet effet que lorsque l'une des épouses d'un même mari venait à tomber malade, ou même à mourir, c'est aux autres femmes qu'il revenait de prendre soin des enfants et, le cas échéant, de leur donner le sein quand elles étaient à même de le faire⁷⁴. A ce secours mutuel entre coépouses Delafosse ajoute l'entraide qui existe entre coépouses qui se partagent les travaux

domestiques harassants là où une seule aurait eu à faire face à la corvée d'eau, à la recherche du bois de chauffe loin des habitations, à la préparation du repas avec traitement des grains, le tout avec un outillage si rudimentaire qu'il n'économisait nullement la force de travail de la ménagère⁷⁵.

La femme trouve bien son compte dans la polygamie et Delafosse note qu'il n'est pas étonnant donc que la première femme d'un homme fût souvent la première à solliciter son mari pour qu'il prenne une seconde épouse⁷⁶.

Joseph Wilbois a parfaitement résumé les principales raisons qui justifient la polygamie en Afrique. Il donne une liste assez représentative des causes de la polygamie. Il distingue deux espèces de polygamie ; la première est une conséquence du fonctionnement de certaines institutions, la seconde réalise une fonction purement économique⁷⁷.

Dans la première, il donne trois conséquences aboutissant généralement à la polygamie. D'abord, l'épouse qui tout ensemble fait le ménage et travaille aux champs se trouve tellement fatiguée que c'est elle-même qui demande à son mari de prendre une seconde femme.

Ensuite, quand la femme allaite, ce qui dure environ deux ans, comme elle ne supporte pas que son mari l'approche, celui-ci, quand il ne veut pas débaucher les femmes...et qu'il a su faire quelques économies, prendra une autre épouse.

enfants. Nous ne pouvons pas soutenir une telle thèse mais ce qui est sûr, c'est qu'en Afrique un couple sans enfant n'est jamais solide. La femme positivement appréciée est celle qui a beaucoup d'enfants.

⁷³ SARR (D.), *Jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal : les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946*, Annales Africaines, pp. 175-176.

⁷⁴ DELAFOSSE (M.), *Les civilisations négro-africaines*, Paris, Stock, 1925, p. 55.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem, p. 170.

⁷⁷ WILBOIS (J.), *L'action sociale en pays de mission*, Paris, Payot 1938, pp. 59-61.



Enfin, la polygamie s'entretient et même se crée par l'héritage⁷⁸, puisqu'il est entendu qu'une femme ne peut vivre sans homme⁷⁹, toute veuve est transmise à un successeur de son mari⁸⁰. Si le veuf et son héritier étaient tous deux monogames, de ces deux monogamies sort une « bigamie » à laquelle il est difficile de résister⁸¹.

Dans la deuxième, la polygamie est un fait purement économique : exploitation dans les champs, dot payée pour le mariage des filles⁸².

Toutefois, il faut souligner que le consentement de la première femme au remariage de son mari n'est pas toujours requis et il peut arriver qu'un mari prenne une autre épouse sans le consentement de sa première femme ou même à l'insu de cette dernière. Une telle union demeure néanmoins valable en dépit du vice constitué par l'absence de consentement de la première épouse.

En outre, ce qui rendait la polygamie acceptable en Afrique, ce sont les règles qui la gouvernent. En effet, la première épouse a un statut supérieur à celui des autres épouses. Les autres femmes que son mari épousait postérieurement ne remettaient pas en cause

les prérogatives liées à son statut de « maîtresse de maison ».

Dans le ménage polygame africain, la première femme a le statut d'une gouverneure que l'on aurait doté d'adjointes, censées non point la supplanter, mais l'aider et la seconder dans cette tâche.

Dès lors, l'élargissement du couple à d'autres épouses n'affectait pas négativement le statut de la première épouse. Au contraire, on peut même dire qu'elle bénéficiait de privilèges à l'arrivée d'autres épouses. Des exemples ne manquent pas pour illustrer cette prépondérance de la première épouse.

Ce statut prépondérant de la première épouse est partagé par un auteur particulièrement imprégné sur cette question. Celui-ci note que la place de la première femme est très prisée dans la polygamie. C'est elle qui gère les affaires du mari et elle a la prééminence sur ses rivales⁸³.

L'auteur donne en appui de ses affirmations un cas où, dans un jugement, le plaignant s'opposait à la consommation du mariage de sa nièce, soutenant que le mari de cette dernière *avait* violé la condition qui lui était fixée à savoir que sa nièce serait sa première épouse⁸⁴.

⁷⁸ Ibidem, pp. 59-60.

⁷⁹ NDIAYE (R.), *La place de la femme dans les rites au Sénégal*, NEA Dakar – Abidjan - Lomé, 1986, pp. 118-119.

⁸⁰ En droit traditionnel, la mort du mari ne met pas fin au mariage. Elle ne crée qu'un vide au niveau de la représentation de la famille auprès de leurs partenaires, vide susceptible d'être comblé par l'institution du lévirat. Voir TRAORE (S.), *Droit coutumier et coutume, réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (quelques exemples de concepts tirés du droit soninké du Gajaaga- Sénégal)*, Annales Africaines, Revue de droit, d'économie et de gestion de la faculté des sciences juridiques et économiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar 1989-1990-1991, p. 62.

⁸¹ TRAORE (S.), *Droit coutumier et coutume, réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (quelques exemples tirés du droit soninké du Gajaaga – Sénégal)*, Annales Africaines, revue de droit, d'économie et de gestion de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1989-1990-1991 ; NDIAYE (R.), *La place de la femme dans les rites au Sénégal*, NEA Dakar – Abidjan - Lomé, 1986, pp. 118-119. 339

⁸² WILBOIS (J.), *L'action sociale en pays de mission*, op.cit., pp. 60-61.

⁸³ DIOUF (S.), *Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman*, p. 189.

⁸⁴ Ibidem, p. 189. Annexe des jugements n°81.



En l'espèce, les privilèges liés au statut de première épouse avaient poussé cette dernière, en complicité avec son tuteur, à renoncer au mariage uniquement parce qu'elle ne pouvait plus convoiter cette place déjà occupée par une autre femme.

Dans son compte rendu de la société wolof, David Boilat écrivait au dix-neuvième siècle que cette première femme conserve toujours l'amitié de son mari et toute sa confiance, elle occupe une première place dans la maison⁸⁵. La même observation est faite par Marie Sivomey à propos de la première épouse en milieu traditionnel togolais : on l'appellera désormais (à l'arrivée d'une seconde épouse) ahueno, ce qui signifie « maîtresse de maison », titre qu'elle sera seule à porter jusqu'à sa mort⁸⁶.

Maurice Delafosse notait également chez les peuls de Guinée (Conakry) que la première épouse est la maîtresse de maison. Les autres épouses obéissent à sa priorité, et elle a droit aux plus beaux cadeaux⁸⁷.

Chez les Wolof (Sénégal), l'expression « aawo buru kereum »⁸⁸ désigne exactement l'idée de maîtresse de maison.

Enfin, on citera P. Mercier et B. Galandier qui notent à propos des lébous (Sénégal) que les femmes étaient sur un pied d'égalité, sauf en ce qui concerne la première qui a une sorte de

prééminence ; elle est à la fois intendante et porte-parole du maître de maison⁸⁹.

Toutefois, il faut préciser que ces privilèges reconnus à la première épouse ne diminuent en rien le statut des autres épouses qui avaient aussi tous les droits liés au statut d'épouse.

Avec l'expansion de l'Islam, la polygamie a connu en Afrique un fondement religieux⁹⁰ en plus des principes traditionnels qui la consacrent, la justifient et la gouvernent.

Même si la polygamie en droit musulman stipule des principes un peu différents de ceux prônés par la coutume⁹¹ (égalité des coépouses par exemple), et que la justification traditionnelle de la polygamie relative à l'aspect économique tend à disparaître compte tenu des changements économiques, cette institution traditionnelle et religieuse garde en Afrique toute sa valeur et toute sa consécration auprès des populations⁹².

Il faut reconnaître tout de même que la stabilité des ménages polygames jadis constatait dans la tradition tend à disparaître avec l'évolution.

Le basculement des valeurs traditionnelles africaines qui a accompagné le bouleversement des sociétés africaines a fait perdre la polygamie africaine toutes ses valeurs. La polygamie conduit de plus en plus

⁸⁵ BOILAT (D.), *Esquisses sénégalaises*, Paris, Bertrand, 1853, p. 322.

⁸⁶ La civilisation de la femme, op.cit., p. 81.

⁸⁷ DELAFOSSE (M.), *Enquête coloniale dans l'Afrique Française Occidentale et Equatoriale*, op.cit. p. 315.

⁸⁸ Littéralement l'expression signifie première femme chef de sa maison.

⁸⁹ GALANDIER (B.) et MRCIER (P.), Particularisme et évolution, les pêcheurs lébou du Sénégal, op.cit., p. 148.

⁹⁰ « Epousez celles des femmes qui vous seront plaisantes par deux, par trois, par quatre (mais) ... »,

Le Coran, traduction de R. Blachère, G.P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1996, p. 104.

⁹¹ « Le mari devra traiter ses épouses avec égalité. Il leur doit aliments et logement dans la mesure de ses moyens... », La Risâla, 1960, p. 179.

⁹² Aujourd'hui, en dehors du caractère religieux de la polygamie, celle-ci se justifie pour l'homme par la nécessité d'avoir une épouse qui répond parfaitement à la modernité. De ce fait, contrairement à l'époque précédente où les femmes intellectuelles étaient rejetées, aujourd'hui les hommes n'hésitent pas à prendre parmi les femmes intellectuelles de secondes épouses qui répondraient aux exigences liées à leur statut et à leur fonction.

à des rivalités intestines entre coépouses et enfants de même père⁹³.

Toutefois, sa suppression n'a jamais été envisagée de façon ferme, bien que contraire à la morale et à la législation coloniale (au code civil français)⁹⁴. L'on se contentait généralement de la dénoncer, de la critiquer, ou au plus, d'édicter des mesures pour détourner les hommes du mariage polygamique⁹⁵.

C'est ainsi que le législateur colonial a voulu indirectement lutter contre la polygamie en établissant une progressivité de l'impôt qui frappe chaque individu. Cette progressivité s'appliquait au fur et à mesure qu'augmente le nombre de ses femmes⁹⁶.

Mais il n'a jamais été question d'exiger des indigènes une renonciation à la polygamie, sous peine de contrainte. Le gouverneur Eboué, bien que partageant le même point de vue quant aux effets négatifs de la polygamie, marquait une certaine méfiance quant à sa suppression. Il estimait que les mesures réglementaires qu'on envisageait de prendre pour faire disparaître la polygamie ne lui inspiraient pas confiance. Il soutenait que la solution se trouvait plutôt dans l'adoption d'une discipline religieuse, et dans le relèvement de la situation économique⁹⁷.

Il faut noter d'ailleurs que le législateur colonial, malgré la contrariété flagrante du

mariage polygamique avec les principes et valeurs de la civilisation occidentale, n'a jamais envisagé déclarer l'institution comme strictement contraire à l'ordre public colonial⁹⁸.

Conclusion

En définitive, on peut dire que les coutumes et institutions indigènes touchant le droit de la famille ont connu en A.O.F. et en A.E.F. une reconnaissance par le législateur français.

Si certaines coutumes et institutions indigènes ont été maintenues parce qu'elles n'entraient pas profondément en contradiction avec la législation métropolitaine, il y'en a d'autres dont leur maintien ne pouvait s'accommoder à l'idéologie occidentale. Ces dernières devaient nécessairement disparaître pour que l'action coloniale française puisse être effective et efficace. Si elles ont subsisté, ce n'est point parce qu'elles sont admises volontairement par le droit occidental, ou qu'elles sont compatibles avec les mœurs occidentales, mais plutôt parce qu'il y a eu véritablement une forte résistance du droit coutumier et que ce dernier l'a emporté face au droit français. La preuve c'est qu'au Sénégal par exemple, le code de la famille reconnaît la forme traditionnelle du mariage au même titre que le mariage civil.

⁹³ Les enfants de la rue sont généralement issus de familles polygames s'ils n'ont pas été abandonnés dès leur naissance.

⁹⁴ Recommandation de la Conférence de Brazzaville, rapport de la commission de la coutume familiale et sociale et du travail, ANSOM, affaires politiques, carton 2201, dossier 1.

⁹⁵ La polygamie constituait un obstacle à la possibilité de renoncer au statut coutumier pour accéder au statut civil français.

⁹⁶ L'argument fiscal est que le nombre des femmes est à la fois source et signe extérieur de richesse dans les

sociétés africaines et qu'en conséquence une taxation plus lourde est parfaitement justifiée sous cet angle. VANDERLINDEN (J.), *Les systèmes juridiques africains*, PUF, 1983, p. 89.

⁹⁷ EBOUE (F.), *Coutume familiale et sociale*, op.cit., p. 12.

⁹⁸ L'ordre public colonial faisait exception au principe du respect des coutumes indigènes, pour toute coutume ou institution autochtone contraire aux principes et valeurs de la civilisation occidentale.

S'agissant du statut inférieur de la femme, l'on a mieux compris qu'elle ne pouvait être assimilée à une simple esclave. Son statut est déterminé par un ensemble de règles qu'il faut prendre et comprendre globalement pour pouvoir apprécier la place réelle de la femme dans la société traditionnelle africaine.

Bibliographie

ALLIOT (M.), *Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique Francophones et à Madagascar*, Etude de droit africain et de droit malgache, Paris, Cujas, 1965, pp. 235-256.

ALLOT (A.), *La place des coutumes juridiques africaines dans les systèmes juridiques africains modernes*, Etude de droit africain et de droit malgache, Paris, Cujas, 1965, pp. 257-266.

BADJI (M.), *La diffusion du code civil au Sénégal. Genèse et confrontation de la règle de droit écrit et de la règle de droit d'origine coutumière dans un confetti de l'Empire français*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Droit sénégalais Numéro 5- Novembre 2006, pp. 75-132.

BOURJOL (M.), *Essai sur les transformations et l'évolution dialectique de la famille africaine de la « gens » au « ménage*, RJPUPF, 1957, pp. 81 à 100.

DECOTTIGNIES (R.), *Requiem pour la famille africaine*, in Annales Africaines, 1965, pp. 251-286.

DELAFOSSÉ (M.), *Enquête coloniale dans l'Afrique française occidentale et équatoriale sur l'organisation de la famille indigène, les fiançailles, le mariage, etc.*, Paris, Soc. Editions géographiques, maritimes et coloniales, 1930, 582 p.

DIOP (A. B.), *La famille wolof, Tradition et changement*, Paris, Karthala, 1985, 262 p.

DIOUF (S.), *Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman d'après la jurisprudence musulmane sénégalaise aux XIXème et XXème siècles*, Thèse pour le Doctorat

d'Etat en droit, UCAD, décembre 2000, 532 p.

DUPIRE (M.), *Organisation sociale des peuls*, Paris, Librairie Plon, 1970, 624 p.

EBOUE (F.), *Coutume familiale et sociale*, PENANT, 1945, pp. 11-14.

GEISMAR (L.), *Recueil des coutumes civiles des races du Sénégal*, Saint-Louis, Imprimerie du gouvernement, 1933, 224 p.

KANJI (S. S. M.) et CAMARA (F. K.), *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, Paris, L'Harmattan, 2000, 309 p.

KOUASSIGAN (G. A.), *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, PEDONE, 1974, 311 p.

LAURENTIE (H.), *La coutume familiale et sociale*, PENANT, 1945, pp. 15-21.

MARIE –André du Sacré Cœur (Sœur), *La condition humaine en Afrique noire*, Préface du Dr P. L. Aujoulat, Grasset, 1953, 264 p.

MBAYE (K.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, Paris, Larose, 1968, 295 p.

NGOM (P.), *L'école de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en Afrique occidentale française*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Dakar, 1993, 495 p.

ROBERT (A. P.), *Attitude du législateur français en face du droit coutumier d'Afrique noire*, RJPUPF, 1955, n°4, pp. 743 à 760.

THORE (L.), *Polygamie et monogamie en Afrique noire*, Revue de l'action populaire, N°180, juillet- août 1964, pp. 807-821.

ZOEGGER (B.), *Aspects du problème de la dot dans le sud du Cameroun*, RJPUPF, 1958, n°1, pp. 170-181.

LE TEMPS DANS L'ARBITRAGE OHADA

Par

Dr NGODOBO Denis,

Maitre-assistant CAMES ;

Chargé de Cours FSJP département de droit des affaires,

Université de Douala.

Résumé

L'arbitrage est souvent présenté comme un remède au temps judiciaire. Les parties recherchent dans la procédure le moyen d'obtenir une issue rapide à leur litige. Le tribunal arbitral doit rendre sa sentence dans le délai convenu par les parties ou fixé par la loi. Ces exigences liées au temps conduisent à affirmer que le temps dans l'arbitrage c'est les délais convenus par les parties pour la procédure. Mais le temps c'est aussi les délais contenus dans les lois.

Introduction

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), outil d'intégration juridique et judiciaire, opère une véritable révolution en mettant en place un dispositif particulièrement original favorable à la promotion des modes¹ alternatifs de règlement des différends². L'arbitrage doit être distingué d'autres modes de règlement des différends tels que la médiation, la conciliation et la transaction. La volonté individuelle est ainsi au cœur de la justice arbitrale et fonde l'essentiel des règles du droit de l'arbitrage. Le principe de l'autonomie de la volonté caractérise le droit de l'arbitrage, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage, la compétence du tribunal arbitral, la mission de l'arbitre, ou la renonciation au recours en annulation de la sentence. Bien sûr, le respect à l'ordre public constitue la limite infranchissable. La question véritable n'est pas celle de l'étendue du pouvoir de la volonté en droit

de l'arbitrage³. Ce qui interroge est davantage le temps dans l'arbitrage OHADA. Le temps clé de voûte et donnée abstraite consubstantielle à l'arbitrage⁴.

Le droit tente, pour organiser de manière épanouie la vie sociale, de maîtriser le temps en l'enserrant dans des règles. Il existe donc un temps juridique différent du temps linéaire⁵ de la nature. Dans les confessions⁶, Saint Augustin s'interroge sur ce qu'est le temps et fait le constat que : « si personne ne me le demande, je le sais. Mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus »⁷. Au-delà de la difficulté de définir ce qu'est le temps, cela témoigne de ce que la perception du temps est d'abord instinctive et intuitive. L'on perçoit d'instinct que le temps et le droit entretiennent des rapports étroits. La raison en est que l'être humain est éminemment soumis au temps. Aussi les êtres humains s'inscrivent dans le temps, le droit de l'arbitrage s'inscrit dans le temps.

Le temps est une limite à l'effet du droit⁸ de l'arbitrage, à l'emprise du droit en

¹ CLAY. (T), Dalloz 2023 Chron. « Arbitrage et modes amiables de règlement des conflits » (1) oct. 2022-déc. 2023, p. 4.

² ABDOULLAH. (C.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », Revue internationale de droit économique 2004, P.218. V ; CORNU (G.) et Association Henri CAPITANT, Vocabulaire juridique, 12ème éd. Quadrige 2018, P.1443. SGUICHARD (S.), DEBARD (T.) et Autres, Lexique des termes juridiques, 25^{ème} éd, Dalloz, 2017-2018, p.1885.

³ HEUZE (V.), « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », Revue de l'arbitrage, comité français de l'arbitrage 2015, p.2.

⁴ TAMKAM SILATCHOM (G.A.), La fin prématurée de l'instance arbitrale, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II 2010, P.53 « les aspects de cette définition montrent que la sentence

arbitrale est l'œuvre des arbitres. Celle-ci est obtenue à l'issue d'un délibéré arbitral. Il s'agirait donc là d'une exigence donc l'omission fait perdre à l'acte rendu par les arbitres la qualité d'une sentence ».

⁵ ASKIN (Y.), *Le concept philosophique du temps, in Le temps et les philosophies*, Paris, Payot/Unesco, 1978, p. 131.

⁶ MOREAU. (L). *Les confessions et SAINT AUGUSTIN*. Paris, éd, Debécourt, Librairie-éditeur, 1840, p. 201.

⁷ AUGUSTIN, (S). *Confessions*, (vers 400), trad, E. KHODOSS, Livre XI, § XIV.

⁸ DAVID (R), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p.9 ; OPPETIT. (B). *Théorie de l'arbitrage*, Paris nov.1998, Presses universitaires de France, p.16 ; THIBAUT (G.), « Le secret bien gardé des arbitres », Chronique du 11 janvier 2011, www.edilex.com, consulter 15/12/2024.

général. Les règles de droit tiennent compte du caractère temporaire des situations humaines. C'est pourquoi, le droit produit en principe des effets limités dans le temps. Cela se traduit, par exemple, par la prohibition des engagements perpétuels : le temps est une limite à la puissance de la volonté consacrée par l'article 1134 du Code civil. Cela se manifeste également par le fait que tous les droits sont, en principe, soumis à la prescription extinctive. Et on trouve encore trace de cette soumission du droit à la temporalité des actions et des humains dans la règle selon laquelle les sociétés commerciales sont nécessairement constituées pour une durée limitée : quatre-vingt-dix-neuf ans (art, 28 Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique). Comme les êtres humains (les personnes physiques), les êtres « juridiques » (les personnes morales) sont temporaires.

Parfois, le droit prétend échapper à l'emprise⁹ du temps, à la marche du temps et au caractère fini de toute chose terrestre. Il le fait soit en affirmant la perpétuité de certains droits ou mécanismes, soit en prétendant pouvoir effacer le temps écoulé, en revenant sur les événements passés. C'est ainsi que certains droits ou certaines actions sont dits perpétuels. Pour l'essentiel, c'est le cas du droit de propriété, de la poursuite des auteurs de crimes contre

l'humanité et de l'exception de nullité. À bien y regarder on constate pourtant qu'en pratique la perpétuité affirmée de ces droits ou mécanismes mérite d'être relativisée. Le droit de la propriété est certes perpétuel en ce qu'il ne se perd pas par le non-usage. Mais le temps peut tout de même l'affecter par le biais de l'usucapion (prescription acquisitive). Cela ne signifie pas que le droit de propriété ait un caractère temporaire mais témoigne du fait qu'il ne peut totalement échapper aux effets du temps combiné à une situation de fait : la possession.

De la même façon, l'imprescriptibilité¹⁰ des crimes contre l'humanité se heurte en fait au décès inévitable des auteurs de telles infractions. Or, le principe de personnalité des délits et des peines a pour conséquence qu'une fois les auteurs d'infractions décédés, les poursuites sont éteintes. C'est dire, là encore, que la sanction des crimes contre l'humanité n'échappe pas aux effets du temps. En somme, la perpétuité parfois affirmée en droit cède souvent devant des nécessités ou des réalités pratiques qui la contredisent.

Partant, la notion de temps est alors assez confuse et disparate. Déjà Héraclite¹¹ posait le principe que toutes les règles de droit ont un caractère essentiellement provisoire et relatif. La doctrine évolutionniste juridique, dont Jhering fut

⁹ DELPAL (M.-Ch), *Politique extérieure et diplomatie morale. Le droit d'ingérence humanitaire en question, Fondation pour les études de défense nationale, Paris, 1993.*

¹⁰ SOSSA COSSI (D.), « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Revue trimestrielle de droit africain*, N°884,

juillet-septembre 2013, P.269.-V également : KOUASSI (F-C.), *L'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace OHADA : une approche comparée*, Mémoire de droit, Université de Sherbrooke 2011, P.34

¹¹ JAUFFRET-SPINOSI. (C). « le temps et le droit ». ISBN : 978-2-89400-231-5. Éditions Thémis Inc. 2005, p. 2.

l'un des éminents représentants, affirmait aussi que le droit est par essence sujet à transformation¹². Le droit change et doit changer car le monde évolue dans le temps et le droit pour apporter la sécurité et la justice, doit toujours être adapté. La recherche d'un progrès sera toujours remise en question. Pour assurer ses deux objectifs fondamentaux, la sécurité juridique et le progrès nécessaire, le droit doit maîtriser le temps, créant ainsi un temps juridique celui sur lequel notre étude repose. On peut faire l'économie de la distinction entre les normes de substance et les normes de procédure, c'est-à-dire entre les normes qui énoncent ce qui est prohibé et ce qui est autorisé (la substance du droit) et celles qui énoncent de quelle manière seront établies les premières (la procédure), pour définir juridiquement le temps.

Dans le langage courant, le terme « temps » a essentiellement trois significations. Le « temps » désigne à la fois un point fixe dans la chronologie, ou encore une durée et enfin, des phénomènes météorologiques (un mauvais « temps »). Cette troisième acception du terme « temps » n'est sans doute pas au cœur du sujet, même si les phénomènes météorologiques ne sont pas ignorés du droit (en matière de force majeure ou délais d'achèvement en droit de la construction). Restent les deux autres significations du terme temps : le temps (instant), et le temps (durée). Ces deux

perceptions du temps (le temps comme un moment précis et comme une période) sont intimement liées l'une à l'autre. Comme saint Augustin et plus tard, Bergson le relèvent, les différentes périodes du temps (le passé, le présent et le futur) sont définies ainsi par référence à un instant précis et aussi à une durée précise. Le droit connaît et utilise ces deux acceptions de la notion de temps : le temps instant et le temps durée.

En Droit de l'arbitrage la notion de temps est très importante (la recherche d'un gain de temps), elle intervient aussi bien dans le processus de l'acquisition des droits que dans celui de leur extinction. En procédure arbitrale¹³, on ne saurait passer sous silence le délai, à l'échéance duquel une partie se trouve privée d'un recours ou qu'elle s'en trouve déchue ou à l'échéance duquel encore, la partie qui a gagné son procès n'est cependant plus recevable à exécuter la sentence dont elle est bénéficiaire (sentence). En instituant le délai en arbitrage, le législateur a cherché d'une part, à assurer la protection du défendeur et le caractère contradictoire des débats, et, d'autre part, à éviter les effets de la disparition des preuves. Il a estimé souhaitable d'éviter que l'une ou l'autre des parties néglige de mener le procès avec éthique et diligence et que, sans nécessité, elles en fassent ainsi, volontairement ou par négligence, perdurer l'instance pour imposer son temps. En effet, le temps dans

¹² GAGNÉ. (G). « les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », *Les cahiers de droit*. Volume 33, numéro 3, 1992. P. 5.

¹³ TCHAKOUA (J-M.), « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un

déguisement bien utile », *RDA/IBJ*, n° 7, 2002, P. 775. ; V. TCHAKOUA (J-M.), « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *Juridis Périodique* N° 51/2002, P.80.

l'arbitrage¹⁴ OHADA est la manifestation d'une (durée) et d'un (instant) pour la célérité de l'arbitrage.

L'arbitrage a la longue réputation d'être plus rapide que la justice étatique, même s'il arrive parfois que les procédures arbitrales s'éternisent. Au-delà de l'incidence évidente du phénomène du temps sur l'arbitrage¹⁵, lequel le façonne et en limite les effets, il convient au regard du prisme abstrait dans lequel se mut le temps, de se demander : quel temps dans l'arbitrage OHADA? Le droit de l'arbitrage est un droit empirique duquel dérive des intérêts pratiques et théoriques : l'arbitrage est présenté comme un remède du temps judiciaire. Les parties recherchent dans la procédure arbitrale le moyen d'obtenir une issue rapide à leur litige. La règle est consubstantielle à la nature contractuelle de l'arbitrage. Le tribunal arbitral est un juge éphémère comme l'a écrit Mme Soraya Amrani-Mekki, « la matière litigieuse impose le rythme des procédures »¹⁶. À la différence du juge étatique, le tribunal arbitral doit rendre sa sentence dans le délai convenu par les parties ou fixé par la loi. Ainsi, écrit Maître Grandjean, « mission

exécutée ou pas, à la minute de l'expiration du délai, le courant disjoncte automatiquement, éteignant au sens procédural du mot la mission de l'arbitre ».

Pour arriver à conclure que le tribunal arbitral rend sa sentence dans le délai convenu par les parties ou celui fixé par la loi, nous sommes partis du temps souhaité par les parties (I) et du temps imposé aux parties (II).

I- Le temps souhaité par les parties dans l'arbitrage OHADA

Le temps souhaité par les parties est parfaitement illustré dans l'arrêt CCJA n° 220/2018 du 29 novembre 2018. *AFF. Société Prévoyance Assurances S.A. c/ Société EIFFAGE Sénégal*. Selon le moyen, « l'article 12 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne permet pas aux arbitres de proroger de leur propre chef le délai de l'arbitrage ; que la sentence ayant été rendue en dehors du délai conventionnel de l'arbitrage retenu par les parties, le Tribunal arbitral¹⁷ a outrepassé sa mission et statué sur une convention¹⁸ expirée ». La reconnaissance de la volonté des

¹⁴ V. MOFE WABO (C.), La volonté des parties dans l'arbitrage, Mémoire de master recherche, Université de Douala 2021, p.50. ; V ; GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), et Autres, Lexique des termes juridiques, 25ème éd, Dalloz 2017-2018, P.46 « l'accord est la rencontre des volontés en vue de produire l'effet de droit recherché par les parties ».

¹⁵ OUERFELLI (A.), « La rédaction de la sentence arbitrale », revue tunisienne de l'arbitrage 2015, www.ouerfelli.tn. ; MECHBAL (F.), Réflexions sur l'efficacité des sanctions applicables à la sentence arbitrale, Revue LexSociété, Université Côte d'AZUR 2022,15P ; V aussi ; DAVID (R),

L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982, p.9.

¹⁶ SORAYA AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité » *Revue française d'administration publique*, n°125, 2008, p. 43 à 53.

¹⁷ MEYER, (P). « Droit de l'arbitrage », doc. ERSUMA, Octobre 2009.p.10. ; NORMAND-BODARD (X.), « Le devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre en droit français », www.normand.associés.fr, P.1.

¹⁸ V. article 3-1 de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage (AUA), La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis » ou encore « La clause compromissoire est la convention par laquelle

parties¹⁹(A) à ajuster le temps est issue de la nature conventionnelle de l'arbitrage. Par ailleurs, l'urgence est perçue comme l'objet du temps des parties (B).

A- Le temps : volonté des parties

Les parties sont appelées à s'entendre sur le calendrier²⁰ prévisionnel de la procédure, avec l'indication précise des dates de remise des mémoires respectifs et de la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront clos. Cette précision temporelle dans la procédure arbitrale (1) augure du pouvoir reconnu aux parties dans la fixation des délais. Par ailleurs, l'imprécision temporelle dans la procédure civile (2), confère aux tribunaux étatiques l'imperium sur le temps.

1- La précision temporelle issue de la volonté des parties

Les procédés de la convention de cadrage permettent aux parties de négocier sur les délais. Après réception du dossier lié au litige par le tribunal²¹ arbitral, celui-ci a l'obligation de convoquer les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils, à une réunion de cadrage qui doit se tenir dans un délai maximum de quarante-cinq (45) jours (art 15.1 du Règlement CCJA). C'est au cours de cette

réunion et dans le procès-verbal qui en sanctionne les travaux, que sont constatés la saisine de l'arbitre et les demandes sur lesquelles il doit se prononcer, l'existence ou non d'une convention d'arbitrage, l'accord des parties sur le siège, la langue de l'arbitrage ainsi que sur la loi applicable au fond du litige. Cette rencontre permet également de mettre en place les dispositions qui paraissent appropriées pour le bon déroulement de la procédure arbitrale. Le calendrier prévisionnel peut, en cas de nécessité, être modifié par l'arbitre, à son initiative après observations des parties, ou à la demande de celles-ci. Le Tribunal arbitral interroge les parties pour savoir si elles entendent lui attribuer les pouvoirs d'amiable compositeur. Il résulte de l'arrêt *Nestlé Sahel c/ SCI- MAS* rendu par la CCJA le 19 juillet 2007, que « l'amiable composition se définit de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige ».

La réunion de cadrage s'assimile à une convention²² indépendante de la convention d'arbitrage et/ou du contrat

les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage... v. aussi E. Silva Roméo, « Les fictions juridiques dans le langage du droit français de l'arbitrage international *Reu arh* 2021. 343.

¹⁹ WEILLER. (L.), « L'efficacité interne de l'accord amiable », Presses universitaires d'Aix Marseille 2020, p.110.

²⁰ SEPPÄLÄ. (C.), « Commentary on Recent ICC Arbitral Awards dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts », *Bull. CCI* 2015, p. 23, spéc. p. 24. ; BERNARD (A.). *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1937, p. 67, n° 113.

²¹ JACQUET. (J-M), « Le droit applicable au fond du litige » in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 198. ; V. POUYOUÉ. (P-G), TCHAKOUA (J-M), FÉNEON (A), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, Presse universitaires d'Afrique, 2000, p. 121.

²² MEYER (P), « Commentaires du règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 11 mars 1999 » *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2008, p. 156 et s.

principal. C'est le lieu de relever que le principe de l'autonomie de la convention de cadrage cache une autre curiosité du droit de l'arbitrage qui qualifie de convention ce qui n'est souvent qu'une clause du contrat. En effet, la convention de cadrage n'est pas considérée comme l'accessoire de la convention d'arbitrage, mais comme une convention indépendante. Il importe peu, pour l'application du principe de l'autonomie de la convention de cadrage, que la nullité de la convention d'arbitrage à laquelle elle se rapporte soit totale ou partielle. La validité et l'efficacité de la convention de cadrage s'apprécie uniquement « d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique », « à moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention de cadrage elle-même à une telle loi ». Mais, il semble qu'elle ne soit soumise qu'au seul règlement régissant une institution arbitrale. La même règle s'applique en matière d'interprétation d'une clause compromissoire²³ ambiguë ou « pathologique ». En effet, contrairement aux

prescriptions²⁴ du Code civil en vertu desquelles « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier »²⁵, l'interprétation d'une clause compromissoire ne nécessite aucun rapprochement avec les autres clauses du contrat. La solution est dictée par le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage. La seule recherche qui doit être faite pour l'interprétation de ladite convention est donc celle de la commune volonté des parties.

En faire un effet direct de la convention de cadrage²⁶, c'est-à-dire une solution voulue par les parties, peut à cet égard paraître excessif. Alors, le procès-verbal de cadrage issu de la convention de cadrage est un document particulièrement important qui fixe les principes directeur de la procédure arbitrale. Il est élaboré et signé par l'arbitre ou les arbitres ; les parties ou leurs représentants sont également invités à le signer. En cas de refus de signature par l'une des parties, le document est soumis à la Cour²⁷ pour validation. L'approbation de la Cour se substitue ainsi au défaut de

²³ RACINE. (J-B.), « La négociation de l'accord amiable », presses universitaires d'Aix Marseille 2020, P.39. ; V. KENFACK DOUJANI. (G), « Droit de l'arbitrage OHADA », formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du BURKINA FASSO, novembre 2010, www.ohada.org/ersuma.html. -V ; BROCARD (A-L.), L'arbitrage interne en droit français et italien, www.juripole.fr

²⁴ R.P.D.B., v° « Arbitrage volontaire en droit privé belge » (par LINSMEAU (J)), Bruxelles, Bruylant, nos 109 et 231 ;. Marchandise (M). Traité de droit civil belge, t. VI, La prescription, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 128, n° 86 ; VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr) et Marchandise (M). « Les causes d'interruption et de suspension de la

prescription libératoire – Rapport belge », in La prescription extinctive. Études de droit comparé (JOURDAIN (P) et WÉRY (P) (dir.)), Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2010, p. 412, n° 9. DUPONT (M.), « L'interruption de la prescription et les demandes virtuellement comprises dans la citation », R.G.D.C., 2010, p. 403, n° 3.

²⁵ Article 1161 du Code civil

²⁶ TRAIN (F.X.), « L'accord amiable constaté par les arbitres », Presses universitaires d'Aix Marseille 2020, P.91. -V également : CARRETERO (J), « L'autorité de la chose transigée », Mémoire de master2, Université paris sud 2013-2014, P.6

²⁷ CARRETERO (J.), L'autorité de la chose transigée, Mémoire de master2, Université paris sud 2013-2014, P.14.

signature de la partie défaillante. Le pouvoir des juges étatiques sur le temps en procédure civile, à rendre les décisions dans les délais raisonnables, fait de l'arbitrage un atout.

2- L'imprécision temporelle issue de l'imperium des juges étatiques

Le pouvoir du juge étatique à rendre sa décision dans un délai raisonnable est issu de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en juin 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986 dispose en l'article 7(d) : « toute personne a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale ». Ce pouvoir du juge étatique à rendre sa décision dans un délai raisonnable est également issu de la Convention européenne des Droits de l'Homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ... »²⁸. Nous nous en tiendrons au bref exposé de deux principes essentiels pour clarifier notre propos : le principe dispositif et le principe du contradictoire.

Da mihi factum, tibi dabo jus, (Donne-moi le fait, je te donnerai le droit)²⁹. En vertu de ce principe, l'instance serait la chose des parties. Le rôle des parties est déterminant quant à l'existence du procès : « seules les parties introduisent

l'instance...Elles ont la liberté d'y mettre fin »³⁰. « Les parties introduisent l'instance »³¹. Le rôle des parties est également déterminant quant au contenu du procès : « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties »³², prétentions fixées par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense : « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »³³. Le principe dispositif est la marque d'une procédure³⁴ accusatoire tendant à régler un litige d'ordre privé. Mais la procédure civile évolue vers un modèle inquisitoire, évolution qui se traduit par un affaiblissement du principe dispositif au profit du juge. En principe, « le juge ne peut fonder sa décision sur tous les faits qui ne sont pas dans le débat » (C. pr. civ., art. 7). Mais il peut « inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige » (C. pr. civ., art. 8). De plus, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions » (C. pr. civ., art. 7, al. 2).

Quant aux éléments de droit du procès, le juge a un pouvoir déterminant l'article 12 du nouveau Code de procédure civile énonce qu'il « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Les deux alinéas

²⁸ Convention européenne des Droits de l'Homme article 6.1

²⁹ DUPICHOT. (J), « l'adage *Da mihi factum, tibi dabo jus* », *Mél*, AUBERT. (J-L), Dalloz, 2005, p. 425.

³⁰ C.pr civ art 1.

³¹ C.pr. civ art 2.

³² C. pr. civ art 4.

³³ C. pr. civ. art 5.

³⁴ MALEVILLE COSTEDOAT (M-H.), « Techniques de règlement des litiges : pathologies des clauses de règlement des différends et techniques d'interprétation », www.institut-idf.org.

suiuants explicitent ce pouuoir : le iuge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » (al. 2). « Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties » (al. 3). Ce dernier alinéa correspond au droit positif, même s'il a été annulé par le Conseil d'État pour violation du principe du contradictoire.

Par ailleurs, le principe du contradictoire impose que toute partie puisse s'exprimer sur les éléments qui sont de nature à fonder les prétentions de son adversaire ou le rejet des siennes. Le principe du contradictoire est un des éléments essentiels de la protection des droits de la défense. L'article 16 du Code de procédure civile dispose que « le juge doit en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». En effet, le principe du contradictoire s'impose tant aux parties qu'au juge. « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent, et les moyens de

défense qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense »³⁵. Le juge doit sanctionner les parties qui ne respectent pas ce principe: « Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement »³⁶. Le juge est lui-même tenu de respecter le principe du contradictoire : « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »³⁷. De même, il ne « peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations »³⁸.

En droit de l'arbitrage, les parties³⁹ doivent conventionnellement interagir sur le délai de procédure, ce qui n'est pas admis totalement en procédure civile. Toutefois, il n'en demeure pas moins que l'urgence soit l'objet du temps des parties.

B- L'urgence : objet du temps des parties

L'urgence est reconnue dans l'arbitrage d'urgence qui est la proposition la plus efficace⁴⁰ qu'une institution d'arbitrage fait pour obtenir des mesures de

³⁵ C. pr. civ. art. 15.

³⁶ C. pr. civ, art. 16, al. 2

³⁷ C. pr. civ., art. 14.

³⁸ C. pr. civ., art. 16, al. 3.

³⁹ DANAY ELMi (M.), La sentence arbitrale et le juge étatique : approche comparative des systèmes français et iranien, Thèse de droit comparé, Université PANTHÉON-SORBONNE –PARIS 2016, P.51-52. ; MEYER (P.), Droit de l'arbitrage, Bruylant Bruxelles 2002, P.230. 113 ; NYAMSI (D) et NTSAMA (G-B.), Cliniques juridiques GICAM-ACJE, 24 février 2021, www.legicam.cm; KAMENA. (B), « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : la position regrettable de la CCJA » dans

Lamilyne, rubrique « Droit africain » ;Wolters kluwer, www.actualitesdudroit.fr du 09 novembre 2017.

⁴⁰ TCHAKOUA (J-M) et FENEON (A), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Yaoundé, PUA, 2000, p. 212. ; LALIVE (P), POUDRET (J-F) et RAYMOND (C), Le droit de l'arbitrage interne et international Suisse, Payot, Lausanne, 1989, pp. 192 et 193 ; DAVID (R), L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1981, pp. 28 et 29. ; LALIVE (P), POUDRET (J-F) et RAYMOND (C), Le droit de l'arbitrage interne et international Suisse, Payot, Lausanne, 1989, pp. 192 et 193 ; V. DOUJANI (G-K.) et IMHOOS (C), « L'Acte

précaution ou de protection sans passer par un juge des référés. Nous verrons que l'urgence peut être une alternative au temps des tribunaux étatiques (1). Comment les parties déterminent-elles le temps en procédure d'urgence (2).

1- L'urgence comme alternative au temps des tribunaux étatiques

L'arbitrage d'urgence⁴¹ a une durée préfixée et bloquée (de quarante-cinq jours sauf convention contraire). Elle provient du référé pré-arbitral de certaines institutions d'arbitrages internationales notamment la Chambre de commerce internationale. Bien que les règles arbitraires donnent généralement au tribunal arbitral le pouvoir de prendre des mesures temporaires ou conservatrices après la formation du tribunal arbitral, il peut être compliqué d'obtenir de telles mesures avant la formation du tribunal arbitral. Pour résoudre ce problème, les institutions internationales d'arbitrage ont proposé de nouvelles procédures. La CCI (Chambre de commerce internationale) a proposé la première de ces procédures en 1990,

introduisant le référé pré-arbitral dans une disposition distincte du règlement d'arbitrage.

Suivant cette procédure, « le tiers statuant en référé à pouvoir :

- d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie », mais aussi :
- « d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves »⁴².

Si cette procédure est très innovante, elle est très peu utilisée du fait de la condition d'opt-in indispensable à l'application du référé pré-arbitral⁴³. De plus, la faculté de rendre exécutoire la décision du tiers statuant en référé a été contestée. Dès lors, la cour d'appel de Paris a estimé que l'ordonnance du tiers de statuer en référé était de nature contractuelle⁴⁴. La conséquence de cette réserve est que la Convention de New York ne s'applique pas aux ordonnances de référé pré-arbitral parce qu'il ne s'agit pas de sentences arbitrales⁴⁵. Par conséquent, l'accord ne peut pas être utilisé comme base

uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA», (1999) Revue camerounaise de l'arbitrage, avril-mai 3

⁴¹ FRY. (J) ; GREENBERG. (S) and MAZZA. (F), « the secretariat's guide to ICC arbitration : a practical commentary on the 2012 ICC rules of arbitration from the secretariat of the ICC international court of arbitration », ICC publication, paris, 2012, §3-1061 ; DE BOCK. (B), « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », b- arbitra, 1/2015, §15, p.72 ; DE MEULEMEESTER. (D) et VERBIST. (H), Arbitrage in het praktijk, Bruxelles, Bruylant, no. 601.

⁴² Article 2.1, Règlement de référé pré-arbitral de la CCI, en vigueur le 1 janvier 1990

⁴³ FRY. (J), « The Emergency Arbitrator – Flawed Fashion or Sensible Solution? », Dispute Resolution International, 2013, p.182.

⁴⁴ Cour d'appel de Paris (1^{ère} ch.), 29 avril 2003, Société National des pétroles du Congo et République du Congo c. Total Fina Elf E & P.

⁴⁵ BAIGEL. (B), « The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis », Journal of International Arbitration, no. 31, 2014, pp. 1-18.

légale pour l'exécution du tribunal compétent. L'arbitrage d'urgence est la proposition la plus efficace faite par une institution d'arbitrage pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires sans passer par un juge des référés. Cette procédure d'arbitrage d'urgence ne remplacera pas le résumé pré-arbitrage de 1990, mais le complétera. Cette procédure a été mise à jour dans le règlement de 2017 et est traitée à l'article 29 et dans les dispositions de l'appendice V.

Cette innovation importante permet aux parties de signer des clauses arbitraires pour profiter des réelles alternatives des tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires dans les situations d'urgence et gagner en temps. L'arbitrage d'urgence et les procédures d'arbitrage de fond présentent les mêmes avantages :

- Dans l'arbitrage international, l'impartialité et l'indépendance des arbitres rassurent les utilisateurs quant au manque d'indépendance des juges locaux ;
- Les arbitres d'urgence peuvent également surmonter la difficulté de consulter les juges de nationalité étrangère sur le plan linguistique, technique et même procédural ;
- La confidentialité des mesures demandées est généralement un autre avantage du demandeur ;
- Le manque d'attractivité des mesures prises est également un

facteur important dans le choix de l'arbitrage d'urgence ;

- L'arbitrage d'urgence peut également combiner des procédures complexes impliquant plusieurs parties de nationalités différentes : l'arbitre d'urgence devient juge, réduisant ainsi les coûts supplémentaires des procédures étatiques parallèles et le risque de décisions contradictoires.

Afin d'entamer une procédure d'arbitrage d'urgence, il est nécessaire que cette procédure soit prévue dans la version du règlement d'arbitrage choisie dans la clause compromissoire. En ce sens, les principales institutions arbitrales n'ont pas adopté des solutions identiques. Par conséquent, les arbitres d'urgence ne peuvent résoudre les litiges relevant de la compétence exclusive des tribunaux locaux, tels que les protections et garanties judiciaires. D'un autre côté, si le juge d'État est limité par les ordonnances qu'il peut rendre, alors l'arbitre d'urgence aura une grande latitude dans les ordonnances provisoires et conservatoires qu'il peut rendre afin de prendre une décision « sur mesure ».

Le délai d'urgence est une condition nécessaire pour initier la demande d'arbitrage d'urgence dans les règlements CCI et CEPANI. Ces deux règlements ont le même libellé et exigent que « des mesures urgentes soient nécessaires pour attendre la formation du tribunal arbitral »⁴⁶. Cet état d'urgence est perçu comme un moyen de

⁴⁶ Article 26.1, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 29.1,

règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

limiter la portée des procédures d'urgence aux situations de « réelles d'urgence », c'est-à-dire aux situations dans lesquelles la cour souhaite être formée. Par conséquent, une urgence est une condition pour une demande d'arbitrage urgente. Une fois qu'un arbitre d'urgence est désigné, il vérifiera qu'il y a une urgence. Ce qui interroge sur la détermination du temps par les parties.

2- L'urgence comme moyen de détermination du temps par les parties

Le processus d'urgence dans la plupart des institutions arbitrales est contenu dans leurs règlements. Ceux-ci imposent de nommer l'arbitre d'urgence dans un court délai⁴⁷.

Pour la Chambre de commerce internationale, un arbitre d'urgence doit être désigné dans les 48 heures suivant la demande. L'arbitre d'urgence doit prendre une décision dans les 15 jours. Cependant, cela n'exclut pas que dans certains cas, les arbitres d'urgence puissent rapidement⁴⁸ augmenter leurs commandes ou « geler » en attendant les commandes. Les frais de l'arbitrage d'urgence doivent être payés par la partie demanderesse lors de l'initiation de la procédure. Cependant, ce coût doit être pris en compte dans la rapidité de la prise de décision, ce qui contraste avec le temps

parfois plus long requis pour déposer le même type de requête devant un tribunal d'État. Le coût de cette procédure est élevé, en particulier par rapport aux coûts administratifs de procédures étatiques similaires. Par ailleurs, pour la décision de l'arbitre d'urgence, certains règlements d'arbitrage⁴⁹ fournissent des qualifications flexibles pour la prise de décision, de sorte qu'elles peuvent être exprimées sous forme d'une ordonnance ou bien sous celle d'une sentence. Les instructions d'arbitrage d'urgence de la LCIA stipulent que si une partie préfère une partie, elle doit exprimer cette opinion. Les arbitres sont invités à solliciter les opinions des parties sous la forme qu'ils souhaitent⁵⁰.

En revanche, le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale n'est pas d'accord avec ce point de vue. L'article 29.2 dispose que la décision doit être qualifiée d'« ordonnance » : « L'arbitre d'urgence exécutera sa décision dans l'ordre. Les parties se conformeront à toute ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence ». Par conséquent, il n'y a aucune option pour choisir entre les deux qualifications en vertu de ces règlements. Par conséquent, la décision de l'arbitre d'urgence est définie comme l'ordonnance vise à empêcher l'application

⁴⁷ Schedule 1.9, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2017 ; Article 9.8, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 8.1, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Article 6.4, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 26.9, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

⁴⁸ KENFACK DOUJANI. (G), « l'éthique des centres d'arbitrage, exemple de l'OHADA » acte du

colloque international du 09 décembre 2011 organisé par Francarbi portant sur « l'éthique dans l'arbitrage » ; POUYOUÉ (P-G), « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage », in 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. 128 et s.

⁴⁹ Règlements de l'ICDR, du SIAC, du CEPANI et du LCIA.

⁵⁰ (« LCIA Notes on emergency procédure », 2015).

de l'article 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI, qui stipule qu'avant que la sentence ne puisse être signée, le tribunal arbitral la soumettra au tribunal pour examen afin d'annoncer la décision dès que possible. Tous les règlements⁵¹ d'arbitrage conviennent que la décision doit faire l'objet d'un écrit motivé.

Pour prendre certaines mesures, l'arbitre d'urgence doit d'abord déterminer soigneusement⁵² s'il a le pouvoir d'ordonner les mesures requises. Par conséquent, il vérifiera spécifiquement si la clause compromissoire l'autorise à le faire et si les mesures demandées n'excèdent pas le champ de son autorité. Les arbitres d'urgence peuvent utiliser cinq mesures conservatrices ou temporaires, mais il faut comprendre que ces mesures ne sont pas restrictives :

- Mesures maintenant le statu quo du règlement des différends entre les deux parties. Par conséquent, le vendeur peut être condamné à livrer la marchandise à l'acheteur pour laquelle il est tenu de payer, ou inversement ; Mesures destinées à protéger les éléments de preuve, en particulier mesures visant à empêcher la destruction ou la perte de documents liés à l'issue du litige ; Mesures pour assurer le paiement des

frais d'arbitrage. La partie qui doit être réglée dans tous les cas dispose d'une certaine somme d'argent, et dans certains cas, elle peut être condamnée à assurer le paiement des frais d'arbitrage ; Mesures assurant l'exécution de la sentence arbitrale à venir sur le fond, en préservant les actifs pertinents. Par exemple, interdire temporairement la disposition ou le transfert de propriété ; Mesures de paiement partiel. L'arbitre d'urgence déterminera si les mesures requises sont effectivement urgentes et raisonnables, et par conséquent déterminera si elles doivent être approuvées au cas par cas.

Par contre, la décision prise par l'arbitre d'urgence seule ne signifie pas qu'elle sera exécutée par les parties en litige. La Convention de New York de 1958 (Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères) est une convention internationale en vertu de laquelle les États s'engagent à reconnaître et à exécuter les sentences arbitrales internationales. La Convention de New York s'applique aux « sentences arbitrales ». Par conséquent, l'une des questions est de savoir si la décision urgente de l'arbitre peut être analysée comme une sentence arbitrale. Si la réponse est affirmative, la convention devrait

⁵¹ BERGEL. (J-L). in *Droit et déontologies professionnelles*, 1997, Libr. Univ. Aix-en-Provence, p. 16. ; DESSEMONTET (F.), « L'instance arbitrale et la transaction », études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean – François Poudret 1999, P6, www.unil.ch. ; DELEUZE. (N).. MIRKOVIC. (A-B), *Introduction générale au droit, le droit objectif les droits subjectifs l'action en justice*, panorama du droit, collection dirigée par Guillaume Bernard, p. 59.

⁵² MAFONGO KAMGA. (A-S) « l'éthique dans l'arbitrage OHADA : Etude à la lumière de la pratique internationale », Revue Trimestrielle de Droit Africain, n° 894, éd.,Pénant, janvier-Mars 2016 p.85. ; FARJAT (G). « Réflexion sur les codes de conduite privé », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Le droit des relations économiques internationales, Litec, Paris, 1982, p.47-66.

s'appliquer à la décision de l'arbitre d'urgence⁵³. Cependant, comme la Convention ne donne pas de définition d'une sentence arbitrale, le juge chargé de l'exécution de la demande devra déterminer si la sentence arbitrale urgente équivaut à une sentence nationale. Si la décision du tribunal arbitral traditionnel⁵⁴ sur les mesures provisoires ou conservatoires ne peut être mise en œuvre parce qu'elle n'est pas « définitive et contraignante », l'analyse doit être cohérente avec les différences entre les pays⁵⁵.

La jurisprudence française est imprécise à cet égard. S'agissant du référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale, la Cour d'appel de Paris a estimé que le mécanisme de pré-arbitrage a un caractère contractuel. Par conséquent, la Convention de New York ne s'applique pas à cette procédure. Dans le cas de l'arbitrage d'urgence, la décision de l'arbitre d'urgence n'est pas considérée comme une sentence arbitrale et dans certains systèmes juridiques (comme le système français), cela ne peut pas être le cas : l'arbitre d'urgence.

Dans les litiges commerciaux

internationaux, la possibilité de recourir à un arbitre d'urgence est relativement développée. Cela peut éviter⁵⁶ de prendre des mesures provisoires et en même temps éviter les longs délais qui surviennent parfois dans la mise en place de tribunaux arbitraux. Lorsque les parties savent que le règlement judiciaire peut prendre des semaines, parfois même des mois en termes de délais. Les parties ont le privilège légal de négocier conventionnellement le temps dans une procédure arbitrale classique. Même si l'urgence est l'objet du temps des parties, le temps reste essentiellement prédéfini par les règlements en procédure d'urgence.

II- Le temps imposé aux parties dans l'arbitrage OHADA

Le temps imposé est parfaitement illustré dans deux arrêts de la CCJA : arrêt n°068/2013 du 14 novembre 2013 : *Aff. Fonds Africain de Garantie et de Coopération Economique (FAGACE) C/ Banque Sénégal-Tunisienne (BST) & Sté Industrie Cotonnière Africaine (ICOTAF)*. Recours en révision de sentence arbitrale

⁵³ DIENER, (P). Ethique et droit des affaires, Rec. Dalloz Sirey, 1993, chr. p. 17, n° 2; et dans le même sens, RIPERT. (G), La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., LGDJ, 1949, n° s 13-18 ; DELOS (J. T), Le problème des rapports du droit et de la morale, Arch. Phil. Droit, 1933, p.p. 84 à 111

⁵⁴ DEVÈSE. (J). *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse Toulouse. 1980. ; JEAMMAUD (A), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998. Le terme juridicisation peut être utilisé pour désigner « une évolution du rapport entre le droit et les relations sociales, soit par extension de l'empire

du premier, soit par densification de la couverture qu'il impose aux secondes ».

⁵⁵ Yahoo! Inc. v. Microsoft Corp., No. 13-cv-7237, 2013 U.S. Dist. LEXIS 151175 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013).

⁵⁶ MAZEAUD, (D). Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? Mélanges. TERRE. (F), Dalloz PUF-Jurisclasser, 1999, pp.603-634, p. 609. ; LAVALLEE. (C), « A la frontière de l'éthique et du droit », article 1993.24 *RDUS* p.15. ; NGUIHE KANTE. (P) « A propos de l'effectivité des codes d'éthique : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé » *Revue de l'ERSUMA*, n° 2 de Mars 2013, p.11.

(condition de recevabilité)⁵⁷ délai de trois mois à compter de la connaissance du fait nouveau et l'arrêt n° 242/2018 du 29 novembre 2018. *AFF. Commercial Bank of Cameroon, dite CBC SA c/ Archidiocèse de Yaoundé*. Expiration de la convention d'arbitrage. Dans le contenu des lois, le délai de procédure est intangible (A). Mais il peut connaître des attermoissements⁵⁸ (B). Dès lors, les parties sont assujetties⁵⁹ à la durée procédurale⁶⁰ prévue par la loi. Le temps lui-même va être, par la volonté du législateur, créateur ou extincteur d'un droit.

A- L'intangibilité du temps imposé dans l'arbitrage OHADA

Le temps de la procédure est organisé par le principe d'intangibilité qui est une donnée prise en compte comme critère de détermination (1) et comme une source de droit (2), c'est-à-dire l'élément qui provoque la naissance ou la disparition de droits subjectifs, de prérogatives ou de pouvoirs. La Cour d'appel de Paris le précise en ces termes : « l'une des obligations essentielles de l'arbitre est de respecter la temporalité de sa mission et

donc le calendrier d'arbitrage fixé par la loi. Si une partie désire y déroger, il lui faut l'accord exprès ou tacite de l'autre partie »⁶¹.

1- Le principe d'intangibilité du temps comme critère de détermination

Le principe d'intangibilité du temps peut servir de critère pour déterminer la règle et le régime juridique.

Une distinction est parfois faite selon qu'une situation a ou non vocation à durer dans le temps et selon l'étendue invariable de cette durée. C'est alors parce que la situation en question s'inscrit dans le temps qu'elle est soumise à un régime différent. En droit commun des contrats par exemple, le régime des contrats à exécution successive est partiellement différent de celui des contrats à exécution instantanée. En particulier les conséquences de la rupture du contrat pour inexécution ne sont pas, en principe, les mêmes. Les contrats à exécution instantanée sont résolus, ce qui a un effet rétroactif. Les contrats à exécution successive sont résiliés, ce qui n'affecte pas les effets qu'ils ont déjà produits. En droit pénal, une distinction est également faite

⁵⁷ Article 49-4 du Règlement de procédure CCJA.

⁵⁸ WEILLER (L.), « L'efficacité interne de l'accord amiable », Presses universitaires d'Aix Marseille 2020, P.110.

⁵⁹ SAKHO (A.), « Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace OHADA », www.cres-sn.org « La grande efficacité du système OHADA se manifeste à un double point de vue : d'une part, dans le régime de la convention d'arbitrage qui est l'acte juridique par lequel le litige est soumis à un tribunal arbitral et d'autre part, dans la sentence arbitrale qui est l'acte juridictionnel c'est-à-dire la décision du juge arbitral encore appelée sentence ».

⁶⁰ BOIVIN (R.) et PIC (P.), « L'arbitrage international en Afrique : quelques observations sur

l'OHADA », Revue générale du droit, volume 32, numéro 4, 2002, P.853.-V ; PARTIDA (S.), *L'arbitre international : étude de droit comparé*, Mémoire de master de droit européen comparé, Université PANTHÉON-ASSAS 2011, P.44 ; ASSIEHUE (A.), « L'activité du service d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », in « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités » ; Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, Rev. camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, février 2010, p. 16 et s.

⁶¹ Cour d'appel de Paris, 19 nov. 2019, n° 17/20392, D. actu. 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques, et 14 janv. 2020, obs. V. Chantebout ; Gaz. Pal. 10 mars 2020, p. 36, obs. D. Bensaude.

entre les infractions continues (le recel, par exemple) et les infractions instantanées (le vol, par exemple). Entre autres, le point de départ de la prescription, la loi applicable ou les effets d'une amnistie ne sont pas les mêmes pour les unes et pour les autres.

C'est pourquoi l'identification du moment de l'effet interruptif produit par la demande d'arbitrage ne devrait pas faire l'objet de controverses⁶². Force est hélas de dresser le constat de la disparité apparente des réponses à cette question simple. Les uns, ont tenu que c'est à la date de leur expédition que le courrier ou la requête portant notification de la demande d'arbitrage que celle-ci sortit son effet interruptif de prescription⁶³. D'autres ont ensuite considéré qu'au contraire, l'interruption ne se produit qu'à la date de la réception de cette même demande par le défendeur, au motif que ce n'est qu'à ce moment-là que commence la procédure arbitrale. Nous fûmes tentés de les rejoindre, avant que des troisièmes exposent, plus récemment encore, que ce n'est pas à la date à laquelle la demande d'arbitrage est reçue, mais au jour où sa

communication est faite, que commence la procédure arbitrale, suggérant ainsi un renouement avec la thèse classique selon laquelle l'effet interruptif attaché à la demande d'arbitrage survient au moment de son expédition⁶⁴.

L'effet interruptif de la citation s'attache à la manifestation de volonté⁶⁵ qu'elle contient. Aussi se produit-il en principe à la date de l'acte de citation, et non au jour où le défendeur en aurait connaissance. Peu importe que l'inscription au rôle et la prise de connaissance réelle de la demande par le débiteur interviennent après l'expiration de la prescription : c'est à la date de la manifestation de sa volonté, au jour où il l'exprime et l'extériorise, que le créancier se ménage l'interruption⁶⁶. Et par analogie, lorsqu'il ne s'agit pas d'une citation mais d'un acte jugé équipollent (telle notre demande d'arbitrage⁶⁷ formée par courrier ou introduite par requête), l'interruption se produit en règle le jour où l'acte qui porte la manifestation de volonté produit son effet utile, et non au moment où son destinataire peut en prendre, ou en prend effectivement, connaissance. « La

⁶² MATRAY (D) et MATRAY (G). « La conduite de la procédure arbitrale sous l'empire du nouveau droit belge de l'arbitrage », b-Arbitra, 2014, p. 108, n° 25.

⁶³ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr) et MARCHANDISE. (M), « Les causes d'interruption et de suspension de la prescription libératoire – Rapport belge », in *La prescription extinctive. Études de droit comparé* (JOURDAIN. (P) et WÉRY. (P) (dir.)), Bruxelles-Paris. Bruylant-L.G.D.J., 2010, pp. 432-433, n° 19.

⁶⁴ CAPRASSE. (O). « Le droit de l'arbitrage après la loi 'pot-pourri IV' », in *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités* (CAPRASSE. (O) (dir.)), coll. CUP, vol. 178, Limal, Anthemis, 2017, p. 119, n° 88.

⁶⁵ DESSEMONTET (F.), « L'instance arbitrale et la transaction », études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean –François Poudret 1999, P6, www.unil.ch.; V également TCHAKOUA (J.-M.), « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », op cit, P.84. ; BAMBA (A), « La procédure d'arbitrage devant la Cour commune de justice et d'arbitrage », Rev Penant, 2000, n° spécial, p. 147 et s.

⁶⁶ LECLERCQ (J.-Fr). concl. précéd. Cass., 25 octobre 2010, Pas., 2010, p. 2761.

⁶⁷ NORMAND-BODARD (X.), « Le devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre en droit français », www.normand.associés.fr, P.1.

procédure⁶⁸ arbitrale commence à la date à laquelle l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral », article 10 al, 2 AUA. C'est bien à cette date que survient l'effet interruptif : l'interruption de la prescription. C'est ainsi, en particulier et comme la Cour de cassation l'a clairement dit pour droit⁶⁹, que l'effet interruptif attaché à l'introduction d'une requête contradictoire⁷⁰ se produit à la date de son dépôt au greffe ou, si elle est envoyée par recommandé et si un tel envoi est permis, dès le jour où elle est confiée à l'opérateur postal. En aucun cas l'effet interruptif de la requête n'est reporté au moment où son destinataire peut en prendre, ou en prend, connaissance. Il en va exactement de même pour la requête conjointe dont le « dépôt au greffe ou l'envoi recommandé vaut signification » et, à ce titre, emporte interruption de la prescription indépendamment de la date à laquelle l'affaire est inscrite au rôle puis introduite.

L'invariabilité du temps dans son contenu en droit de l'arbitrage fait du principe un critère de détermination. Le temps peut également entraîner une modification de la situation juridique des

parties au litige. En ce sens, le principe d'intangibilité du temps (souvent en étant combinée avec un autre élément) peut être perçu comme une source de droit.

2- Le principe d'intangibilité du temps comme extinction de droits subjectifs

Le principe d'intangibilité du temps devient source⁷¹ de droit lorsqu'à travers l'écoulement du temps, il entraîne parfois l'extinction d'un droit ou fait disparaître une prérogative.

L'effet extinctif du temps est manifeste dans le mécanisme de la prescription extinctive. L'écoulement du temps combiné à l'inaction du titulaire du droit entraîne son extinction. À cet égard, l'article 2219 du Code civil issu de la réforme du 17 juin 2008 énonce clairement que la prescription extinctive est « un mode d'extinction d'un droit ». Le mécanisme de la prescription extinctive est justifié par au moins deux raisons. L'inaction prolongée du créancier fait présumer qu'il a obtenu satisfaction, autrement dit qu'il y a déjà eu exécution. En outre, une demande tardive d'exécution de sa part troublerait la paix sociale en remettant en cause une situation de fait consolidée par l'écoulement du

⁶⁸ BOURDIN (R), « à propos du règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage », *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*. Travaux du Centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Brulant, 2000, p. 151 et s.

⁶⁹ Cass. (3^{ème} ch.), 13 novembre 2017, J.T., 2018, p. 354. ; Cass. 1^{ère} ch., 3 janvier 2019, *NjW*, 2020, p. 221, note. DE KONINCK (C); *Res Jur. Imm.*, 2019, p. 93 ; R.W., 2019-2020 (sommaire), p. 665 ; Entr. et dr., 2019, liv. 4, 400, note. DE KONINCK (C); R.G.D.C., 2020 p. 468, note. RIGOLET (A) et KOHL (B); T.B.O, 2020, p. 254, note. SLACHMUYLDERS (S).

⁷⁰ MAYER. (P). « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international » Trans-Lex.org. ; BORN (G.), *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 3e éd., 2021, p. 280 et s.

⁷¹ HANOTIAU. (B), « La production de documents dans l'arbitrage international : essai de définitions des "meilleures" pratiques », in *Bull. CCI*, Supplément Spécial 2006 – *La production de documents dans l'arbitrage international*, pp. 121 et s., spéc. pp. 126 à 128. ; V également, HANOTIAU. (B) et CAPRASSE. (O), « Les droit de la défense dans la procédure arbitrale », note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 453 et s.

temps. L'effet extinctif de la durée propre au mécanisme de la prescription extinctive est donc lié à son effet créateur d'une situation de fait. Reste que cela manifeste que la règle de droit cède devant ce que l'écoulement du temps crée

En toute hypothèse, la période interruptive de prescription ne s'arrêtera au plus tôt qu'au jour de l'expiration du délai assigné à l'introduction du recours⁷² en annulation de la sentence arbitrale. Ce délai est en règle de trois mois à compter de la saisine de la juridiction⁷³ compétente en vertu de l'article 27 al 2 AUA. Lorsque ladite juridiction (cours d'appel) n'a pas statué dans ce délai, elle est dessaisie et le recours peut être porté devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les quinze jours suivants. Celle-ci doit statuer dans un délai maximum de six mois à compter de sa saisine. Dans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont réduits de moitié. Et dans le cas où la sentence aura fait l'objet d'un

recours en annulation, la période interruptive de prescription se prolongera, selon le cas, jusqu'au jour où il aura été acquiescé l'arrêt de la cours d'appel, jusqu'à l'expiration du délai de cassation ouvert contre ce même jugement, jusqu'au prononcé de l'arrêt de rejet de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ou encore – selon les mêmes mécanismes – jusqu'à ce que l'arrêt de la cours d'appel auquel la CCJA aurait renvoyé la cause après cassation ait acquis un caractère irrévocable.

Toute sentence, comme tout jugement, portant une condamnation civile fait naître une nouvelle action (sanctionnant le même droit, désormais renforcé et consacré) qui a pour objet l'exécution de celui-ci : c'est *l'actio judicati*⁷⁴. En effet, la sentence arbitrale, comme « le jugement ne se borne pas à constater un droit préexistant, mais il lui apporte la certitude, un contenu précis, une exigence accrue. La décision de justice tout en constatant l'existence d'un droit, le rend efficace et certain, elle lui

⁷² CAZALA. (J.), « Recours en interprétation d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral CIRDI », cahier de l'arbitrage- paris journal of arbitration 2011, P.1018-1021. ; V ; NDIBO BIGONG (J-J.), « Généralités sur l'arbitrage : l'arbitrage de l'acte uniforme OHADA », séminaire sur la pratique des modes alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA du 09 au 11 septembre 2013 à l'ERSUMA, P.35.

⁷³ Au Cameroun comme en Côte d'Ivoire, la désignation de cette juridiction est sans équivoque. Pour le premier, la réponse se trouve dans l'article 4 de la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées dans l'Acte Uniforme au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine. Le texte dispose : « le juridiction compétente visée par les articles 25 et 28 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage est la Cour d'appel ». Nous avons puisé la solution ivoirienne dans l'arrêt n° 010/2003 de la CCJA. La CCJA a

relevé que l'Acte Uniforme ne précisant pas le juge compétent pour connaître d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, il y a lieu de se reporter à la loi nationale de l'Etat partie concerné, pour déterminer le juge devant lequel le recours en annulation doit être porté. Aux termes de l'article 44 de la loi ivoirienne n° 93-671 du 09 août 1993 relative à l'arbitrage, « l'appel et le recours en annulation sont portés devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue » ; en l'espèce, la sentence arbitrale ayant été rendue à Abidjan, c'est bien la Cour d'appel d'Abidjan qui était compétente pour connaître du recours en annulation.

⁷⁴. DE LEVAL. (G). *Éléments de procédure civile*, 2e éd., 2015. p. 239 ; Cass., 31 mai 2012, ; *R.W.*, 2012-2013, p. 462, note. DELWICHE (T); Liège, 18 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1823, obs. Kohl (B) ; Liège, 19 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 936.

permet de produire ses effets ». C'est ce que l'on a coutume d'appeler « l'effet interspersif » du jugement – ici, de la sentence – sur la prescription. Or, l'identification du point de départ de la prescription de *l'actio iudicati* née d'une sentence arbitrale porteuse de condamnation ne souffre plus la moindre difficulté. L'article 2262 du Code civil camerounais dispose : « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, ... ». Il est sans incidence que l'exécution forcée de la sentence doive être précédée d'une procédure d'exequatur conformément aux alinéas 5,6 de l'article 31 de l'AUA⁷⁵. En effet, l'introduction d'une requête en exequatur, tenue pour équivalente à une « citation » au sens de l'article 2244 du Code civil, interrompra la prescription de *l'actio iudicati* jusqu'à ce que la décision de la cour d'appel, éventuellement frappée de tierce opposition, acquière un caractère irrévocable⁷⁶.

Le juge⁷⁷, réglant lors d'un procès, un conflit, doit dire le droit. Qu'il le dise en

faisant une application de la loi, en l'interprétant ou qu'il donne une règle de droit, en la « découvrant » dans des décisions précédentes comme en *Common law*. Contrairement au législateur qui décide pour tous, le juge n'est pas maître du moment où il sera appelé à dire le droit. C'est le hasard qui suscite le procès. Il devra statuer dans un présent sur des faits passés, et le jugement aura des répercussions dans le futur. Contrairement au juge étatique, l'arbitre⁷⁸ devra faire usage exceptionnellement de la loi conventionnelle des parties pour la résolution d'un différend. Car, lorsque les parties d'un commun accord décident de soumettre leur litige à une institution arbitrale, sous le prisme de l'existence d'une convention d'arbitrage, la loi applicable est en principe celle de ladite institution. Ce principe de loi applicable aux parties inclut aussi celui de durée procédurale.

Au demeurant, le principe d'intangibilité du temps crée aussi un effet

⁷⁵ LÉBOULANGER. (PH), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev, arb*, 1999, p. 544 et s. V encore ; LÉBOULANGER (PH), « Présentation générale des actes sur l'arbitrage », *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Brulant, 2000, p. 62 et s.

⁷⁶ JARROSSON (CH.) et RACINE (J-B.), « La sentence d'accord –parties », in mélanges en l'honneur du Doyen Eric LOQUIN, lexis Nexis 2018, vol 51, P.139. ; V. HASCHER (D.), « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », in : droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 15ème année, 2000-2002. 2004, P.17. ; V. M'BOSSO. (J), « Premier bilan de l'application des instruments OHADA relatifs à l'arbitrage : le cas de l'arbitrage

CCJA », in « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités », Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, *Rev, camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010.

⁷⁷ SEPPÄLÄ. (C.), « Les décisions pré-arbitrales afférentes aux litiges en matière de construction : les décisions prises par l'ingénieur », *RDAL* 1991, p. 331.

⁷⁸ SAKHO. (A.), « Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace OHADA », www.cres-sn.org « La grande efficacité du système OHADA se manifeste à un double point de vue : d'une part, dans le régime de la convention d'arbitrage qui est l'acte juridique par lequel le litige est soumis à un tribunal arbitral et d'autre part, dans la sentence arbitrale qui est l'acte juridictionnel c'est-à-dire la décision du juge arbitral encore appelée sentence ».

extinctif dans le cas des délais⁷⁹ de rétraction. En pareille hypothèse, l'écoulement du temps donné à une partie pour revenir sur son engagement (en matière d'acquisition immobilière par acte sous seing privé ou de vente à distance) lui fait perdre la possibilité d'invoquer cette prérogative. On constate que ce n'est pas seulement l'écoulement du temps qui est la source de la disparition du droit ou de la prérogative. A cela doit s'ajouter l'inaction de son titulaire. Alors que le simple écoulement du temps suffit parfois à donner naissance à des droits ou prérogatives, en revanche, il n'a d'effet extinctif que combiné avec un autre élément, spécialement l'inaction du titulaire. A lui seul le principe d'intangibilité du temps n'éteint pas le droit. Les parties et l'incohérence fonctionnelle des juridictions étatiques peuvent intervertir au principe d'intangibilité du temps en arbitrage.

B- Les atermoiements au temps imposé dans l'arbitrage OHADA.

En droit de l'arbitrage⁸⁰, le

consentement des parties (1) à déterminer le temps de la procédure peut-il être une inflexion au principe d'intangibilité du temps ? Le temps légalement constitué peut connaître une inflexion dès l'existence d'une convention d'arbitrage. Mais le principe peut encore connaître une inflexion, suite à la circulation des sentences étrangères⁸¹ issues (2) d'un accord d'investissement conclu directement entre l'État hôte et l'investisseur étranger.

1- Le consentement des parties comme critère d'inflexion

En droit de l'arbitrage, l'existence du consentement⁸² crée une inflexion au principe d'intangibilité du temps et apparaît à la fois comme le fondement des obligations des parties à la convention d'arbitrage. C'est le socle sur lequel est édifiée la procédure d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage repose sur le consentement des parties qui conviennent, initialement ou après la naissance du différend qui les oppose, que celui-ci sera tranché par la voie de l'arbitrage. La convention ou le compromis⁸³ d'arbitrage résulte donc

⁷⁹ CARLEVARIS. (A) et FERIS. (J-R). « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », 2017, p. 3.

⁸⁰ MEYER (P.), « Droit de l'arbitrage », formation des arbitres à l'ERSUMA du 20 au 24 septembre 2010, www.ohada.org/ersuma.html. -V ; MPONDO (R.), L'égalité des parties en matière d'arbitrage dans l'espace OHADA, Mémoire de master recherche droit des affaires, Université de Douala, www.academia.edu, 94 P.-V ; CHAINAIS (C.), « Censure des sentences arbitrales pour non-respect de la contradiction : interventionnisme judiciaire ou vigilance salutaire ? », note sous trois arrêts, *Revue de l'arbitrage* 2011, P.442-468.

⁸¹ En ce sens, CLAY. (T). « Pour un renouvellement du critère de l'internationalité de l'arbitrage Y, in Mélanges en l'honneur du professeur CADIET. (L), LexisNexis, 2023, p. 317. Cette distinction n'a pas été consacrée en droit OHADA.

⁸² V. art. 4 al. 1 AUA inspiré de la jurisprudence française, notamment Civ.1^{er}, 20 déc. 1993, *Dalico, Ree. crit DIP* 1994. 663 s, note P, Mayer, *JDI* 1994. 432 s, note E, Gaillard, *JDI* 1994. 690 s, note E. Loquin, *Rev. arbi* 1994. 116 s., note H. Gaudemet-Tallon; en ce sens, arrêt n° 097/2015 du 23 juill. 2015, affaire *SODIMA SA* devenue *SANIA-Cie SA c/ Dramera Mamadou*.

⁸³ Civ. 1^{er}, 28 sept. 2022, n° 20-20.260 : « En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, à moins que les parties aient

nécessairement d'un accord de volontés, ayant force obligatoire à l'égard des parties contractantes. Celles-ci sont tenues non seulement de participer à l'arbitrage qu'elles ont voulu, mais également de se soumettre au règlement de l'institution d'arbitrage désignée. À la vérité, la clause compromissoire a un objet à la fois processuel, et substantiel, « elle se distingue des autres clauses du contrat en ce qu'elle a justement pour vocation de régler tous les litiges qui naîtraient⁸⁴ de celles-ci. Il faut donc qu'elle demeure aussi longtemps que de tels litiges puissent survenir ».

Aux termes de l'article 21 du Traité OHADA, « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat...peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage ». Il s'ensuit que les parties désireuses de recourir à l'arbitrage CCJA sont invitées à conclure une convention d'arbitrage qui prendra la forme soit d'une clause compromissoire, soit d'un compromis. Aux termes également de l'article 2.1 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage, « la Cour peut également administrer des procédures arbitrales fondées sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou

multilatéral relatif aux investissements ». Ces dispositions légales octroient aux parties un pouvoir d'inflexion sur le temps.

Au-delà de ces conséquences tirées du droit commun des obligations conventionnelles, l'inflexion au principe à travers la convention d'arbitrage est renforcée par un autre principe majeur, à savoir le principe compétence-compétence. Le principe compétence-compétence signifie que l'arbitre, juge de sa propre compétence, a le pouvoir de statuer sur la validité ou les limites de son mandat. L'arbitre tient ce pouvoir de la convention d'arbitrage dont l'effet premier est de donner compétence à un tribunal arbitral. Ce principe vise en particulier à garantir la célérité procédurale, en évitant de porter des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral devant une juridiction étatique. Ce principe renforce l'inflexion au principe d'intangibilité à travers la convention d'arbitrage.

Au regard du droit commun contractuel, il serait plus juste de considérer le principe compétence-compétence comme une « suite » du contrat, au sens de l'article 1194⁸⁵ du Code civil, aux termes duquel « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité⁸⁶, l'usage ou la loi

expressément soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une telle loi, »

⁸⁴ CLAY. (T), « Arbitrage et modes amiables de règlement des conflits », *D.* 2023. 2283.

⁸⁵ Ancien article 1135 C. civ Français réformé par l'ordonnance du 10 février 2016. Cet article est toujours en vigueur au Cameroun.

⁸⁶ DUPEYRE. (R.), « La déontologie de l'arbitre », *Revue juridique de l'océan indien* 2017, P.52 « l'indépendance de l'arbitre se définit comme l'absence de toute relation d'affaire ou personnelle

passée ou présente, directe ou indirecte, entre d'une part l'arbitre ou un tiers qui lui est étroitement lié personnellement ou professionnellement, et d'autre part l'une des parties, ou toute personne étroitement liée à l'une des parties, avec les conseils, voir les Co arbitres du litige. L'impartialité de l'arbitre se définit comme l'absence de déséquilibre et l'égalité de traitement des parties. C'est aussi une indépendance d'esprit, notamment vis-à-vis des pressions extérieures » ; V. aussi l'Arrêt CCJA, Numéro 199/2022 du 29 décembre 2022 dans l'affaire société

». Cette considération n'altère pas l'efficacité du principe compétence-compétence. Elle confirme son fondement légal et s'inscrit en droite ligne de la jurisprudence (arbitrale et judiciaire) qui confirme régulièrement cette prérogative du tribunal⁸⁷ arbitral. Comme l'incohérence fonctionnelle des tribunaux étatiques altère le principe d'intangibilité du temps.

2- La circulation des sentences étrangères comme critère d'inflexion

En droit de l'arbitrage, la question de la circulation des sentences étrangères, crée une instabilité au temps de l'arbitrage et notamment une incohérence au droit de l'arbitrage international.

Si l'une des particularités de l'arbitrage est l'absence des voies de recours de droit commun contre la sentence. Il en résulte principalement que la sentence rendue est définitive⁸⁸. Un contentieux post-arbitral relatif à l'annulation et/ou l'exécution de la sentence peut cependant se développer. A l'occasion de ce contentieux qui se déroule devant des juridictions

étatiques, la cohérence du temps et du droit de l'arbitrage peut être mise à rude épreuve. L'exemple de la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence annulée à l'étranger est suffisamment révélateur de cette tendance. L'incohérence des délais peut elle-même devenir une source d'insécurité de l'arbitrage⁸⁹ international. *Quod nullum est nullum producitur effectum*, ce qui est nul est de nul effet. L'adage bien connu des juristes ne reçoit pas toujours application en droit de l'arbitrage international, à propos des sentences annulées à l'étranger. La jurisprudence de la Cour de cassation française est assez révélatrice de cette tendance. La Haute juridiction retient de manière constante⁹⁰ que l'annulation d'une sentence internationale rendue à l'étranger n'empêche pas son exécution en France : l'efficacité d'une sentence rendue à l'étranger est appréciée « au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ». Ce principe découlerait du renvoi au droit interne, opéré par la convention de New York du 10 juin

Fontaine à bière contre société anonyme des brasseries du Cameroun « la CCJA annule la sentence arbitrale rendue le 21 juillet 2021 par le tribunal arbitral sous l'égide du GICAM au motif que l'arbitre n'était pas indépendant et impartial vis à vis des parties ».

⁸⁷ CCJA, arrêt n° 069/2015 du 29 avr. 2015, affaire *La société Bougainvilliers, La société Immobilière Thiam Banda, devenue société d'investissements Thiam Banda SA, Les Héritiers de feu Mayoro Wade c/ Monsieur Paul Mochet*; Civ. 1^{er} 28 sept. 2022 n° 21-21. 738, *Carrefour Proximité France*, *Rev. arb.* 2023. 157, note P. Giraud ; Civ. 1^{er}, 27 sept 2023, n° 22-19,859, *Sté Lavau*, *JCP* 2023, I, 1254, obs. L Jandard.

⁸⁸ Quelques règlements d'arbitrage prévoient une procédure interne de révision et/ou d'annulation des sentences (règlement CIRDI, art.50 s). ; le recours en annulation, l'article 29.2 du Règlement d'arbitrage

CCJA ; le recours en révision, l'article 32 du Règlement d'arbitrage CCJA.

⁸⁹ RACINE (J-B.), « La négociation de l'accord amiable », presses universitaires d'Aix Marseille 2020, P.39. V ; KENFACK DOUJANI (G), « Droit de l'arbitrage OHADA », formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du BURKINA FASSO, novembre 2010, www.ohada.org/ersuma.html ; BROCARD (A-L.), L'arbitrage interne en droit français et italien, www.juripole.fr. Consulter le 1/17/2025.

⁹⁰ Civ. 1^{er} 9 oct. 1984, *Bull Civ. I*, n° 248; Civ. 1^{er}, 23 mars 1994, *Rev. arb.* 1994. 337 note Jarrosson; Civ. 1^{er}, 29 juin 2007, n° 1021, *D. actu* 4 juill. 2007, comm. X. Delpech ; (J.-M.) JACQUET, « Les lois de l'arbitrage » », *JDI* 2015. 1-12.

1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; un renvoi qui autoriserait l'application en la matière, des articles 1498 et suivants du Nouveau Code de procédure civile (NCPC).

La reconnaissance et l'exécution d'une sentence⁹¹ annulée sont des décisions de nature à hypothéquer le contenu du temps dans les lois de l'arbitrage international, du fait des procédures interminables. Une partie qui obtient l'annulation de la sentence dans un arbitrage international demeure sous la menace d'une exécution forcée à l'étranger, alors que les deux parties devraient plutôt envisager une reprise de la procédure d'arbitrage. Il a été observé par exemple, qu'une sentence arbitrale soit annulée dans un État mais appliquée dans un autre. Lorsqu'un arbitre proroge de son propre chef le délai de l'arbitrage, et donc infléchit le principe de l'intangibilité du temps, la sentence rendue est susceptible justement de nullité.

L'éventuelle redynamisation de la justice étatique dont la débâcle bien connue due à ses lenteurs procédurales et ses incohérences, pourrait s'articuler autour d'une reconnaissance désormais aux parties de déterminer le temps en procédure civile. Comme en arbitrage, le temps pourrait être prédéfini par la loi ce qui dessaisirait les juges étatiques du pouvoir de rendre les décisions dans les délais raisonnables, pour une évolution inclusive du procès en matière civile.

⁹¹ DESSEMONTET. (F.), « L'instance arbitrale et la transaction », études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean –François Poudret 1999, P6, www.unil.ch. –V également TCHAKOUA. (J.M.), «

Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », op cit, P.84. ; V. BAMBA. (A), « La procédure d'arbitrage devant la Cour commune de justice et d'arbitrage », Rev Penant, 2000, n° spécial, p. 147 et s

SUCCESSIONS ET SOLIDARITÉS FAMILIALES EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE

Par

Sidy Nar DIAGNE,

Docteur et droit privé,

Maitre-Assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques ;

Université Cheikh Anta Diop.

Résumé

Au moment où les appels à la solidarité reviennent de façon lancinante dans les discours des gouvernants africains, il est clair que la famille africaine, considérée comme soutien naturel de ses membres, se trouve directement mise en question. Il est communément admis qu'en Afrique subsaharienne, la famille étendue exerce, par le jeu des solidarités, une fonction de redistribution des richesses. Cependant, les transformations sociétales, la montée de l'individualisme et les crises identitaires multiformes ont aujourd'hui provoqué l'éclatement de la famille traditionnelle, clé de voute et matrice du système social, gage de solidarités familiales. La « valeur-famille » est aujourd'hui fondamentalement remise en cause et le droit qui doit se positionner au centre des politiques publiques pour soutenir les solidarités familiales reste inadapté aux réalités de la famille en Afrique subsaharienne. Le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne, est l'un des secteurs juridiques qui ont sans doute subi l'influence des transformations sociétales. Alors qu'il devait être un droit de vulgarisation des fonctions sociales de la personne défunte à l'égard de la famille élargie, le droit des successions, dans la majorité des pays d'Afrique tend à écarter les solidarités familiales qui devaient rester entre le défunt et sa famille. Dans la majorité des pays africains, l'on peut observer une distanciation du droit des successions de la « valeur-famille », c'est-à-dire à la famille lignagère qui mettait en avant les vertus de la solidarité familiale. Les réflexions sur le thème : « Successions et solidarités familiales en Afrique noire subsaharienne » se donnent pour ambition de démontrer le dépérissement des solidarités familiales par le droit des successions dans nos pays d'Afrique et de faire une proposition d'en apporter des corrections.

MOTS CLES : Solidarités-succession ab intestat-successions testamentaire-successions de droit musulman-dépérissement-famille-lien conjugal-Afrique-créeance alimentaire.

Summary

At a time when calls for solidarity are recurring in the speeches of African leaders, it is clear that the African family, considered the natural support of its members, is directly called into question. It is commonly accepted that in sub-Saharan Africa, the extended family exercises, through the interplay of solidarity, a function of redistribution of wealth.

However, societal transformations, the rise of individualism and multifaceted identity crises have today caused the breakdown of the traditional family, the keystone and matrix of the social system, a guarantee of family solidarity. The "family value" is today fundamentally called into question and the law, which must be positioned at the center of public policies to support family solidarity, remains unsuited to the realities of the family in sub-Saharan Africa. Inheritance law in sub-Saharan African countries is one of the legal sectors that has undoubtedly been influenced by societal transformations. While it should have been a law that popularized the social functions of the deceased with regard to the extended family, inheritance law in the majority of African countries tends to set aside the family solidarity that should remain between the deceased and his or her family. In the majority of African countries, we can observe a distancing of inheritance law from the "family value," that is, from the lineage family, which emphasized the virtues of family solidarity.

The reflections on the theme: "Successions and family solidarity in sub-Saharan black Africa" aim to demonstrate the decline of family solidarity through inheritance law in our African countries and to make a proposal to correct it.

KEY WORDS: *Solidarity-intestate succession-testamentary succession-Muslim law succession-withering away-family-conjugal bond-Africa-alimony.*

Introduction

Les solidarités familiales¹ ont une assise indéniable en terre africaine². Cependant, elles ont, l'heur de ne pas être prises en considération dans l'entreprise d'importation du droit occidental par le législateur des pays d'Afrique francophone subsaharienne³. Le droit des successions de droit commun, de droit musulman, d'inspiration occidentale et arabo-berbère, est sans doute le droit qui sanctuarise ce que certains appellent : « le dépérissement des solidarités familiales⁴ ».

Au moment où les appels à la solidarité reviennent de façon lancinante dans les discours des gouvernants africains⁵, il est clair que la famille africaine, considérée comme une béquille pour ses membres dans le cours ordinaire de leur existence, se trouve directement mise en question. En Afrique, la famille a toujours été fondée

autour d'un idéal qui sacralise l'équilibre social de la société africaine⁶. L'historicité de la famille africaine révèle la capacité de cette dernière à sanctifier l'entraide, l'assistance mutuelle entre ses membres⁷. La famille africaine est fortement marquée par la structure sociale basée sur les solidarités familiales et l'esprit communautaire⁸. Il est communément admis qu'en Afrique subsaharienne, la famille étendue exerce, par le jeu des solidarités, une fonction de redistribution des richesses, mais aussi un rôle de partage des charges d'une descendance nombreuse⁹. Au sens de ces solidarités familiales, chaque individu est redevable envers tous les autres membres de la grande famille. L'entraide familiale, ou solidarité, est l'une des composantes essentielles du maintien de la cohésion dans les sociétés d'Afrique subsaharienne. Du point de vue

¹ Le vocabulaire de l'Association Capitant propose deux définitions des solidarités familiales, il y voit tantôt : « l'impératif d'entraide qui, dans l'épreuve, soumet réciproquement à des devoirs élémentaires de secours et d'assistance et se prolonge, après la mort, par une vocation successorale réservataire », tantôt : « plus largement et plus vaguement, [le] lien moral, [l'] esprit de famille rassemble toute la parenté autour de ses valeurs communes et anime une vie de famille ». Par quelque bout qu'on la prenne, la notion de solidarité implique la conscience d'une interdépendance des membres du corps social, le sentiment d'une responsabilité mutuelle qui, dans une communauté donnée, oblige ses composantes les unes envers les autres et conduit à l'entraide et à l'assistance mutuelle pour le maintien de la cohésion du groupe. Mettant au premier plan le lien social, la solidarité est une valeur de groupe. Elle renvoie aux notions d'obligation, de devoir, de réciprocité, d'intérêt général.

² BONI. (T), « Solidarité et insécurité humaine : Penser la solidarité depuis l'Afrique », presses universitaires de France, in, DIOGENE, 2011/3 n° 235-236, pp. 95-108.

³ L'étude s'intéresse aux règles de dévolutions successorales des pays comme le Sénégal, le Togo, la Côte d'Ivoire et le Mali.

⁴ PIROU. (A). « Dépérissement des solidarités familiales », *Lien sociologique*, 1987, Troisième série, Vol. 37, pp. 207-224, PUF.

⁵ Discours du président du Congo Denis SASSOUNGUÉSSO, lors du lancement officiel du Fonds de Solidarité africain à Brazzaville le 24 juillet 2024.

⁶ DAMBRE. (D), « L'Afrique a-t-elle le monopole de la solidarité ? », <https://lefaso.net/spip.php?article1363> lefaso.net, consulté le 22 octobre 2024

⁷ Dans chaque langue, le « porter secours », l'entraide ou la solidarité sont des notions courantes. Comme dit un proverbe de Côte d'Ivoire : « seule une main peut laver une autre main », parce qu'elles appartiennent au même corps vivant.

⁸ KOUASSIGAN. (G-A.), *L'homme et la terre. Droits fonciers coutumiers et droit de la propriété en Afrique occidentale*, éd. Berger-Levrault, 1966, pp. 262-263

⁹ DIME. (M-N), « Remise en cause, reconfiguration ou recomposition ? Des solidarités familiales à l'épreuve de la précarité à Dakar », *Revue Sociologie et sociétés*, Volume 39, numéro 2, automne 2007, PUM, pp. 34-46.

anthropologique, la famille africaine a toujours entretenu les rapports de solidarités dans notre système du vivre ensemble et contribue puissamment à la reproduction de l'ordre social.

Cependant, les transformations sociétales, la montée de l'individualisme et les crises identitaires multiformes ont aujourd'hui provoqué l'éclatement de la famille traditionnelle, clé de voûte et matrice du système social, gage de solidarités familiales. La solidarité qui nourrissait et entretenait la cohésion entre les membres est aujourd'hui sérieusement menacée par la modernisation et fondamentalement par ce qu'on peut appeler « *l'europanisation du droit africain*¹⁰ ». À une époque où s'accumulent les problèmes sociaux, et où les économies de nos pays sont loin de nous faire vivre dans un Etat providence, les solidarités gratuites qui s'exercent au sein des familles devraient être la solution miracle pour alléger le poids des difficultés en faveur des plus maltraités par la vie¹¹. Les solidarités familiales doivent alors pallier l'absence ou la faiblesse des dispositifs publics de prise en charge ou d'aide.

Le droit doit, de ce fait, saisir ces

solidarités familiales et les positionner au centre des politiques publiques. Malheureusement, cette « valeur-famille » est aujourd'hui fondamentalement annihilée. La transposition ou l'influence du droit étranger sur la plupart des droits d'Afrique subsaharienne n'a pas été sans conséquences sur les valeurs ancestrales d'entraide à l'échelle de la famille et de la parenté¹². Le droit importé de l'étranger a extraverti la famille africaine, vectrice des solidarités familiales, gage de cohésion et de stabilité. Le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne¹³ est l'un des secteurs juridiques qui ont sans doute subi l'influence des transformations sociétales et de l'individualisme contemporain¹⁴. Alors qu'il devait être un droit de vulgarisation des fonctions sociales de la personne défunte à l'égard de la famille élargie, le droit des successions dans la majorité des pays d'Afrique tend à écarter les solidarités familiales qui devaient rester entre le défunt et sa famille qui dépendait exclusivement de ses grâces. Ce droit manifeste incontestablement une redéfinition des solidarités familiales autour du lien conjugal et de la préférence successorale dans les modes de

¹⁰ KOUASSIGAN. (G.-A. J), *op. cit.*, 311 p., 15-16 : « Les opinions peuvent diverger quant à sa justification, mais ce qui n'est pas contestable c'est que le phénomène colonial saisit dans leur totalité les sociétés auxquelles il s'impose. Et les forces de changement qu'il implique opèrent dans tous les domaines : aux structures politiques traditionnelles s'oppose une nouvelle conception de l'ordre politique ; l'économie traditionnelle subit de profonds changements et l'introduction des religions chrétiennes, messagères de valeurs nouvelles, provoque le recul des croyances traditionnelles ».

¹¹ DANOUTA. (L-B), « Les formes africaines de la solidarité », in, A. SUPIOT, *La Solidarité. Enquête*

sur un principe juridique, Odile Jacob, 2015 pp.167-181.

¹² MATRINGE. (J), « L'arrivée des États européens en Afrique et l'apport d'un nouveau droit », Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne, hal 2021, pp. 46-52.

¹³ VANDERLINDEN. (J), *Les systèmes juridiques africains*, 1^{er} éd, Puf, 1983, p.5

¹⁴ MBAMY GNODTKE. (C-D), *La transmission successorale au Cameroun : illustration de la délicate rencontre entre Common Law, droit civil et droit traditionnel*, Thèse de doctorat, Besançon, 17 mai 2022, p.19.

transmission du patrimoine du *de cuius*. Le droit des successions, repris du droit occidental et reçu par les pays de l'Afrique subsaharienne, par le biais du Code civil français applicable dans les colonies françaises, puis à travers les codes civils ou codes des personnes et de la famille adoptés après l'accession à la souveraineté internationale, a considérablement déformé les valeurs et vertus du vivre ensemble¹⁵.

Dans la majorité des pays africains, l'on peut observer une distanciation du droit des successions de la « valeur-famille » au sens africain, c'est-à-dire à la famille lignagère mettant en avant les vertus de la solidarité familiale¹⁶. Ce droit limite les solidarités familiales dans la famille africaine. L'enjeu de cet exercice réflexif réside dans ce sens : « Successions et solidarités familiales en Afrique noire subsaharienne » et se donne pour ambition de démontrer le dépérissement des solidarités familiales par le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne.

A une Afrique figée dans des traditions ancestrales, support d'une « solidarité mécanique », se substitue désormais une Afrique moderne, intégrée à un monde

globalisé dans lequel l'organisation des solidarités familiales se fait par voie sélective. On s'étonne lorsque l'on constate que le droit des successions en Afrique, empreint d'individualisme, neutralise ces solidarités familiales. L'esprit de famille a disparu en droit des successions dans nos pays d'Afrique subsaharienne. Le droit des successions des pays sous étude a fortement modifié la conception africaine de la famille. En Afrique subsaharienne, les successions *ab intestat* ou successions de droit commun renvoient à une conception restrictive de la famille¹⁷. Ce mode de dévolution successorale est organisé autour de la famille foyer. La place de la famille nucléaire a pris de l'importance sur celle élargie gage de solidarités, de secours entre ses membres¹⁸.

Le droit des successions envisage les rapports entre un mort, sa famille et son patrimoine. Cependant, la loi successorale, en classant par ordre de priorité les héritiers susceptibles de venir à la succession, renvoie à une conception restrictive de la famille et des liens familiaux. Les règles de l'héritage dessinent nécessairement une image de la famille¹⁹. De la lecture des lois

¹⁵ J. MATRINGE, *op cit*.

¹⁶ KUYU MWISSA. (C), *Parenté et famille dans les cultures africaines*, éd. Kharthala, 2005, p. 19 « En Afrique traditionnelle, les rapports sociaux étaient pensés et véhiculés selon un mode de communautariste qui réfère à la nature du bien partagé et au processus d'intégration dans la communauté. L'individu n'était jamais isolé. À sa naissance, l'enfant appartenait déjà à plusieurs communautés, dont les deux lignages paternel et maternel. Au sein de ces communautés, la sûreté et la sécurité de chacun étaient garanties par la structure même de la communauté qui impliquait une complémentarité des différences et une solidarité entre ses membres ».

¹⁷ GRANGAUD. (I), « Où s'arrête la famille ? Successions, droits d'appartenance et *Bayt al-mâl* à Alger à l'époque ottomane », L'Atelier du Centre de recherches historiques, *Revue électronique du CRH*, 2020 n° 22,

<https://journals.openedition.org/acrh/11287>,

consulté le 22 octobre 2024.

¹⁸ YAO (K-M), *famille et parentalité en Afrique à l'heure des mutations sociétales*, éd. Études africaines, L'Harmattan, 2014, p. 67.

¹⁹ ANDREETTA. (S), « Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles », *Les Cahiers d'Études africaines*, 2019, n° 239, pp. 377-404.

successorales des pays sous étude, on se rend compte de la substitution de la famille lignagère par la famille nucléaire dans la transmission à cause de mort du patrimoine du défunt.

Le classement des héritiers en ordres, les privilèges accordés aux descendants et le mode d'exclusion selon les successibles, montrent que la famille du droit des successions c'est avant tout le couple. Les ascendants et collatéraux ne prétendent à la succession du défunt qu'en l'absence de descendants. Cette exclusion manifeste incontestablement une *dé-corrélation* du droit des successions d'avec les structures sociétales africaines. En étudiant le droit des successions dans ces pays, on constate que le législateur a fait de l'affection la seule base de la famille dans la distribution les biens du défunt entre les membres de sa famille. On se rend compte que les descendants sont préférés aux ascendants, ces derniers aux collatéraux, etc.

Au Sénégal, les successions de droit musulman d'inspiration arabo-berbère²⁰, considérées par le législateur comme un mode d'exception aux successions de droit commun, sont sans doute celles qui révèlent un profond dépérissement des solidarités familiales. En réalité, les successions de droit musulman sont en fonction des privilèges fondés sur le sexe, la masculinité ou encore sur la nature de la filiation. De toutes ces considérations, on se rend compte

que le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne est en net déphasage avec les réalités économiques, sociologiques et anthropologiques du continent²¹.

La réelle contradiction entre le droit des successions et la notion de famille en Afrique subsaharienne, pose le problème de la non-prise en com des solidarités familiales en Afrique par les systèmes de dévolution successorale. C'est la raison de la question suivante : **quel est l'impact du droit des successions sur les solidarités familiales en Afrique subsaharienne ?**

Au-delà des législations sénégalaise et malienne²² fortement islamisées qui consacrent de plus la succession de droit musulman, objet de l'étude, tous les autres pays d'Afrique subsaharienne ont construit leur mode de dévolution successorale en lien avec les mécanismes de la succession testamentaire ou *ab intestat*. Un pareil système de succession, même s'il est utile à une certaine société, reste inadapté aux réalités de la famille africaine. Le droit des successions abandonné aux caprices de l'individualisme contemporain, a en vue la satisfaction d'un intérêt égoïste de la famille, foyer au détriment d'un l'idéal de justice et d'égalité à l'égard des père et mère, collatéraux, enfants naturels et des femmes. Cette texture du droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne produit des conséquences

²⁰GUINCHARD. (S),-*op cit*, p, 447.

²¹ ROBERT. (N)&MATTHIESEN. (L-L), *Droit de la famille originellement africain : une analyse critique du pluralisme successoral en République Démocratique du Congo*, Librairie africaine d'études juridiques, juin 2020, Vol.7, pp.172-187.

²² Mali, Loi n° 2011 – 087 du 30 décembre 2011 portant code des personnes et de la famille, Art. 751 : L'héritage est dévolu selon les règles du droit religieux, coutumier ou selon les dispositions du droit commun ».

néfastes sur la société africaine. À côté des multiples conflits de successions au sein des familles, on peut aussi noter une injustice et une iniquité dans le droit des successions. Cet état de fait accentue la pauvreté et la vulnérabilité de certains membres de la famille après le décès de la personne qui était le secours social de la communauté.

Les croyances religieuses, les réalités traditionnelles et le désir du vivre ensemble devraient guider le droit des successions en Afrique vers plus d'humanisme au profit de la famille lignagère. Au regret, les législateurs de ces pays n'ont pas pensé « africain » dans l'organisation des modes de dévolution successorale. Cette posture du droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne, pousse les familles à recourir au droit traditionnel pour la dévolution successorale.

C'est par ce constat qu'il devient nécessaire de démontrer, dans le cadre de cette étude, que le droit contemporain des successions a redéfini le périmètre des solidarités familiales (I) ; ce qui occasionne une inadéquation du droit des successions aux réalités socio-économiques africaines (II).

I. La redéfinition du périmètre des solidarités familiales par le droit des successions

Toutes les dispositions légales relatives aux successions de droit commun ou de droit musulman des pays sous étude organisent la dévolution successorale du *de cuius* par un resserrement du cercle des

successibles (A), créant par la même occasion une solidarité élective entre successibles (B).

A. Le resserrement du cercle des successibles

La désagrégation des solidarités familiales par le droit des successions s'appuie sur le constat que la transmission du patrimoine du *de cuius* est en priorité accordée à sa famille souche. Le lien conjugal est privilégié dans la dévolution successorale dans les législations des pays d'Afrique subsaharienne (1). La volonté testamentaire participe également à la désagrégation des solidarités familiales en droit des successions (2).

1. Le privilège du lien conjugal

Le droit des successions doit organiser la transmission patrimoniale en fonction des solidarités familiales, de l'obligation alimentaire des ascendants, du devoir de secours entre les membres de la famille²³. Toutefois, tel que pensé dans les pays d'Afrique subsaharienne, ce droit impose de manière incontournable, une certaine vision de la dévolution successorale centrée principalement autour du lien conjugal. C'est la « *succession conjugale*²⁴».

Cette vision a une influence négative sur la conception que l'on peut se faire de la notion de famille en Afrique. Le passage de la famille lignagère à la famille souche, le rétrécissement de la famille autour du couple et des enfants par le droit des successions témoignent de la désagrégation des solidarités familiales dans la famille

²³ TERRE. (F), LEQUETTE. (Y) & GAUDEMET. (S), *Les successions, Les libéralités*, éd, Dalloz, 4e éd., 2014, n° 101.

²⁴ (C). BRENNER, (PH). MALAURIE, *Droit des successions et des libéralités*, 11e éd, LGDJ, 2024, p.96.

africaine²⁵. Dans les sociétés africaines où la cohésion de la famille est liée à la parenté, il y a « paradoxe » à fonder le droit des successions principalement sur les liens de couple. Certes, les « successions descendantes²⁶ » sont perçues comme les plus naturelles, mais on ne doit pas occulter qu'en Afrique, l'enfant est avant tout le soutien naturel de ses parents²⁷. Cette conception du rôle de l'enfant africain envers ses parents justifie généralement toute l'attention et la protection que la famille porte à son égard. L'enfant est l'avenir, c'est pourquoi il a un devoir naturel de secours envers ses parents.

Pourtant, le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne ne fait pas subsister ce devoir puisqu'au décès les biens de cet enfant sont principalement transmis à ses descendants au mépris de la situation de ses ascendants et collatéraux. Les règles de transmission des biens à cause de mort renseignent que la solidarité familiale est avant tout envers les descendants, le conjoint survivant. C'est en réalité, la devise du droit des successions dans les législations africaines.

Les descendants excluent tout autre membre de la famille dans la succession *ab intestat* car ils sont du premier ordre, premier degré. La transmission du patrimoine à l'enfant réservataire²⁸, s'étend

même à tous les descendants de sa souche par le système de la représentation. Font partie du premier ordre des héritiers, tous les descendants du défunt, aussi bien enfants que petits-enfants, arrière petits-enfants etc. Si un réservataire prédécédé renonce à la succession ou est déclaré indigne, sa part de réserve revient à son descendant en ligne directe. Le droit des successions valide ce mécanisme de la représentation,²⁹ quel que soit le type de succession ouverte, qu'elle soit testamentaire ou *ab intestat*. Tant qu'il existe un descendant, aussi éloigné soit-il du *de cuius* à l'intérieur de l'ordre des descendants, personne d'autre que lui ne peut hériter.

La règle d'ordre public attribuant aux enfants du défunt, tout ou une grande partie de l'héritage du *de cuius*, donne un indice fort de la conception que le droit des successions réserve aux solidarités familiales. En privilégiant les descendants au détriment des autres membres de la famille du défunt, le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne traduit une organisation de la transmission patrimoniale complètement détachée de l'idée de solidarités familiales³⁰.

La transmission du patrimoine aux enfants de leur donne certes une indépendance économique au moment de

²⁵ (Y.B.) HOUNET et (C.) THERRIEN, *Introduction – Les parentalités en Afrique musulmane : Nouvelles perspectives sur la famille et la parenté*, Open Édition Books : 1er février 2021, p. 16.

²⁶ Ce sont les successions Ascendants vers les descendants.

²⁷ PERNY. (P), « L'enfant dans la pensée traditionnelle de l'Afrique Noire », *Revue des sciences sociales* n° 64 2020, pp. 144-149.

²⁸ GUINCHARD. (S), *op. cit.*, p. 407.

²⁹ GUINCHARD. (S), *ibid.*, p. 487.

³⁰ HUBERT. (B-P), « L'esprit de famille... Après les réformes du droit des successions et des libéralités », *informations sociales*, 2007/3 (n° 139), CNAF, pp. 78 à 93.

leur entrée dans la vie active, mais, le fait de leur réserver toute la succession, au-delà de toutes considérations démontre que le droit des successions, c'est avant tout la famille nucléaire³¹. Les membres de cette famille nucléaire sont les seuls à être protégés puisqu'ils sont obligatoirement pris en compte dans la transmission patrimoniale³². Ils sont prioritaires que ce soit en cas de succession *ab intestat* ou encore testamentaire, car le droit des successions leur attribue des privilèges en tant que réservataires. Le droit des successions leur réserve une part des biens de leurs parents, et leur donne sur ces biens un droit en principe inviolable dont ils ne peuvent être privés que pour faits d'indignité³³. Les réservataires ne peuvent être dépouillés de leurs portions ni par donation ni par testament.

La succession autour des descendants concerne les enfants légitimes et ceux issus de la filiation naturelle. Le législateur sénégalais a posé le principe de

l'assimilation³⁴ des enfants naturels aux enfants légitimes dans leurs droits successoraux à l'égard de leurs pères. Ici, il y a une égalité des droits entre les enfants des deux catégories de filiation. Cette égalité concerne non seulement les enfants naturels simples, mais aussi les enfants naturels adultérin et incestueux³⁵, avec l'acquiescement³⁶ de son ou ses épouses. La représentation ne joue ainsi qu'au profit des descendants légitimes des enfants naturels³⁷. La solidarité du lien conjugal concerne également les enfants nés hors mariage reconnus par leur père. Les enfants incestueux dont la filiation est juridiquement établie bénéficient également de la solidarité du lien conjugal. Le conjoint survivant et les enfants évincent très souvent la famille élargie. En concurrence avec les ascendants père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié de la succession³⁸. Également, le conjoint survivant évince non seulement les grands-parents, mais aussi les frères et sœurs.

³¹ FULCHIRON. (H), La « question » de la réserve héréditaire : retour sur un psychodrame franco-français ». *Les Cahiers de droit*, 2023 64 (1), 137–156. <https://doi.org/10.7202/1097339a> consulté le 11 septembre 2024.

³² Loi n° 2019-573 du 26 juin 2019 relative aux successions en Côte d'Ivoire, JORCI, 16 juillet 2019, Art. 28, « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père, mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture et encore qu'ils soient issus de différents mariages ou nés hors mariage.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef. Ils succèdent par souche lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation ».

³³ Art. 400, CF Indignité successorale de plein droit « Est indigne de succéder, et comme tel exclu de la succession, celui qui a été condamné en tant qu'auteur, co-auteur ou complice pour avoir volontairement donné la mort ou tenté de donner la mort, ou porté des coups mortels au défunt ».

³⁴ GUINCHARD. (S), *op cit.* p. 389.

³⁵ Art. 533, al 1^{er} CF, « Les enfants naturels reconnus par leur père ou leur mère et ceux dont la filiation maternelle est juridiquement établie sont appelés à la succession de leur père et mère dans les mêmes conditions que les enfants légitimes, sous réserve des dispositions de l'article suivant ».

³⁶ Art. 534 al 1^{er} CF « Lorsqu'il s'agit d'un enfant né hors mariage, l'auteur de la reconnaissance qui était engagé dans les liens du mariage au moment de la reconnaissance doit, pour qu'elle produise son plein effet, justifier de l'acquiescement de son ou ses épouses ».

³⁷ Art. 521 & 522 CF.

³⁸ Article 531 « Concours avec des ascendants et des collatéraux. Lorsqu'à défaut de descendants légitimes, le défunt laisse un ou plusieurs parents légitimes des catégories visées aux articles 523 à 528, son conjoint survivant a droit à la moitié de la succession ».

La place subsidiaire occupée dans l'ordre des successibles par les collatéraux et autres ascendants constitue un obstacle à tout principe de solidarité du droit des successions en Afrique³⁹. Si l'ordre successoral donne au frère ou à la sœur la possibilité d'hériter du collatéral décédé sans postérité, cette chance reste très marginale. Les frères et sœurs, collatéraux privilégiés, priment sur les ascendants ordinaires et les collatéraux ordinaires, mais c'est à la seule condition que le défunt décède sans postérité⁴⁰.

La solidarité familiale qui suppose que le collatéral prospère vienne en aide à son frère ou à sa sœur, plus démuni, est presque anéantie par le droit des successions en Afrique. Etant des parents au second degré, les frères et sœurs sont très proches par le sang. Toutefois, le droit positif des successions semble méconnaître les conséquences engendrées par un tel lien de parenté⁴¹. Ce mécanisme de successions est souvent source de litiges et de cassure au

sein de la famille du défunt.

Au Sénégal, un lourd contentieux⁴² existe dans le choix du mode dévolution successorale. En pratique, les successions de droit musulman offrent plus de solidarité à l'égard des autres membres de la famille notamment, les père et mère et les collatéraux. La vision de la jurisprudence sénégalaise sur la question a fait dire à la doctrine que les successions de droit musulman supplantent celles de droit civil considérées par le législateur comme le mode de dévolution successorale de droit commun⁴³. Aux termes de l'article 571, ces règles s'appliquent « *aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman* ». Très souvent, le juge sénégalais applique l'article 571 parce que le comportement de musulman du défunt laisse voir des signes pouvant appeler à la succession de droit musulman⁴⁴.

³⁹ En effet, à l'heure des bouleversements familiaux, de l'individualisme ambiant, de la crise économique, le développement de la dépendance des personnes âgées, ne faudrait-il pas repenser et dynamiser ces solidarités familiales ?

⁴⁰ Zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso. Art. 734 al 1^{er} « À défaut d'enfants et de descendants du défunt, la succession est divisée en deux portions égales ; une moitié est dévolue aux père et mère, l'autre moitié à ses frères et sœurs ou descendants d'eux ».

⁴¹ LIBCHABER. (R), « Des successions en quête d'avenir », *RTD Civ.* 2016 p.729.

⁴² C. S Sénégal, 03 juin 2020, Bulletin des Arrêts n° 21-22, arrêt n° 52 DU 03 JUIN 2020 ;

C.S, 03 juillet 2019, arrêt n°62 DU 3 JUILLET 2019 ;

C.S, 19 juillet 2016, arrêt n°11 DU 09 JUILLET 2016 ;

C.S, 05 mars 2014, arrêt n°19 Du 05 mars 2014, www.juricaf.org.

⁴³ DIOUF. (A-A), « L'article 571 du Code de la famille, les successions musulmanes et le système juridique sénégalais », *Annales africaines*, 2013 pp. 241-289.

⁴⁴ Dans un arrêt récent en date du 20 avril 2022, la Cour suprême du Sénégal a confirmé un jugement du tribunal de grande instance hors classe de Dakar qui a ouvert la succession du de cujus suivant les règles de droit musulman et a installés les frères et sœurs dans la succession à côté de l'héritière unique, fille du *de cujus*. En l'espèce, la fille a fait grief au jugement d'avoir écarté : « l'application des règles successorales de droit commun qui résulte du fait que le défunt n'a pas fait prononcer son divorce d'avec la mère de celle-ci ni fait liquider la communauté de biens pour laquelle ils avaient choisi ». La Cour suprême qui rejette le pourvoi a confirmé ainsi l'application du droit musulman à cette succession. Cet arrêt d'espèce a réitéré la volonté du juge de promouvoir la solidarité familiale dans le droit musulman des successions au Sénégal en substitution de la succession de droit commun

La volonté testamentaire participe également à la désagrégation des solidarités familiales en droit des successions.

2. La volonté *de cuius* dans la définition des contours des solidarités familiales

D'après les dispositions des articles 626 et suivant de l'ordonnance n° 80-16 du 31 janvier 1980 portant Code des personnes et de la famille du Togo, toute personne qui ne souhaite pas voir appliquée les règles de la dévolution légale à sa mort est libre d'exprimer ses dernières volontés dans un testament pour l'organisation de sa dévolution successorale. Chaque personne a le droit de faire bénéficier des proches et des étrangers de legs contenus dans un testament. Ce leg permet d'organiser la transmission du patrimoine à cause de mort. Cette transmission étant libre, elle n'est limitée que par la réserve héréditaire⁴⁵. À défaut de réservataires, la personne retrouve tout son pouvoir de disposition que lui confère son droit de propriété. Elle choisit librement les personnes qu'elle souhaite gratifier.

Seulement, la volonté testamentaire peut

pousser un enfant, sous l'emprise de certaines considérations, de priver ses parents éloignés et non réservataires d'un héritage qui les tirerait de la misère. C'est fort de ce constat que l'on peut dire qu'à l'individualisme proclamé dans le droit des successions en Afrique s'oppose une tradition juridique négro-africaine idéologiquement connectée aux principes promouvant le communautarisme et la solidarité⁴⁶.

Avec la liberté testamentaire, les solidarités familiales deviennent de plus en plus partielles, électives et individualisées. On choisit de plus en plus ses solidarités. On privilégie certains parents au détriment d'autres. Les solidarités varient en fonction des affections, des satisfactions, des déceptions affectives avec les membres de la famille ne se retrouvent pas dans le cercle des descendants. Le défunt peut, en dehors de la réserve héréditaire de ces derniers, exercer toutes les prérogatives que le droit de propriété lui reconnaît sur ses biens. Il pourra à travers son *abusif*, consentir des actes de disposition à titre gratuit voire à

qui, par principe, organise la transmission du patrimoine du défunt autour de ses descendants. Cour suprême, 20 avril 2022, n° 29, « Mais attendu qu'ayant relevé qu'il résulte des témoignages de deux imams que le *de cuius* est né musulman et a vécu en musulman, a effectué le pèlerinage à la Mecque et a été inhumé suivant le rite musulman, le tribunal en a souverainement déduit que ce comportement qui n'est pas contesté par l'appelante et que le juge apprécie librement, suffit à déterminer sa volonté indiscutable de voir sa succession être dévolue suivant les règles du droit musulman ; Qu'il s'ensuit que le moyen est irrecevable ».

⁴⁵ Rapport du Groupe De Travail : La réserve héréditaire (dir. Cécile Pérès, Philippe Potentier), 13 décembre 2019 « La famille n'est pas un simple réceptacle de droits individuels ; elle est aussi un

ensemble de devoirs qui découlent des liens juridiques unissant les membres d'une même famille. La réserve héréditaire forme justement l'un de ces devoirs, celui qui impose aux parents, s'ils laissent des biens à leur mort, d'en transmettre au moins une partie à ceux qu'ils ont fait venir au monde ou à leurs descendants. La réserve est donc un effet légal, intangible et inconditionnel de la filiation qui contribue, comme tous les effets de la filiation, à la distinguer des autres liens juridiques susceptibles d'unir des individus. Elle explique et justifie que la liberté de disposer et la propriété privée individuelle s'épanouissent différemment et connaissent quelques restrictions lorsqu'est en jeu une relation filiale ».

⁴⁶ DIOUF. (A-A), *op cit*, 2013 p. 8.

titre onéreux⁴⁷. Par la liberté testamentaire, un enfant est libre, sous réserve du respect de l'ordre public de la quotité indisponible, d'instituer un légataire universel et de priver ses parents et collatéraux de toute vocation successorale. Au-delà de la protection due aux héritiers réservataires, le *de cuius* dispose de son pouvoir testamentaire presque absolu⁴⁸.

Les ascendants et collatéraux ont certes leurs places dans la hiérarchie des ordres, mais leurs droits peuvent souvent être réduits par les libéralités que le défunt peut consentir à des tiers, par sa volonté testamentaire et souvent par fraude⁴⁹. Ils ne bénéficient pas de protection et sont exposés à la volonté du *de cuius* qui se trouve libéré de son soutien envers eux. Les ascendants et collatéraux, n'étant pas de plein droit appelé à la succession, ils peuvent ne pas pouvoir intenter aucune action en réduction des libéralités⁵⁰, faites par le défunt.

La principale conséquence de cette liberté testamentaire est évidemment la possibilité donnée au défunt d'exclure de la succession ses ascendants ordinaires notamment, ses parents éloignés. C'est pourquoi, on a du

mal à comprendre que l'obligation alimentaire qui pèse sur les enfants à l'égard de leur père et mère ou des autres ascendants, s'éteigne purement et simplement avec le décès de son débiteur et, surtout, que la liberté testamentaire de ce dernier puisse les exclure de la succession, même si c'est par fraude à leurs droits. Le domaine de la solidarité familiale est clairement réorienté au profit des seuls descendants puisqu'ils peuvent apporter des limites à cette liberté de tester. La liberté testamentaire contribue au dépérissement des solidarités familiales entre le défunt et ses descendants.

La décision du législateur africain d'introduire la volonté unilatérale dans le droit des successions l'emporte sur la protection que doivent recevoir ascendants et collatéraux, en particulier, frères et sœurs, grands-parents après le décès de leur enfant. Le droit des successions en Afrique subsaharienne a également consacré une solidarité familiale élective occasionnant une mise à mort des vertus d'entraide dans la famille africaine.

⁴⁷ Le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire a été même remis en question en France par la Cour de cassation. Dans les arrêts. Jarre (Civ.1re, 27. sept. 2017, n° 16-17198.) et. Colombier (Civ.1re, 27. sept. 2017, n° 16-13151.), la Cour de cassation avait décidé ; « une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ». Une loi étrangère qui ne la connaîtrait pas ne peut donc être écartée pour ce seul motif à moins que dans le cas particulier son application aboutisse à des résultats

incompatibles avec les principes essentiels du droit français consistant à priver de tout secours des enfants qui seraient dans une situation de précarité économique ou de besoin.

⁴⁸ FULCHIRON. (H), La « question » de la réserve héréditaire : retour sur un psychodrame franco-français. Les Cahiers de droit, 2023 64 (1), 137–156. <https://doi.org/10.7202/1097339a> consulté le 11 septembre 2024.

⁴⁹ ARTEIL. (D), « L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités », Defrénois, avr. n° 7, 2007, p. 477.

⁵⁰ MALAURIE. (Ph) & BRENNER. (C L), *Droit des successions et des libéralités*, ... LGDJ, 11^e éd. 2024, p. 86.

B. La consécration d'une solidarité familiale élective en droit des successions

Le droit des successions a mis en place une solidarité élective par le classement des successibles (1) et par les critères de désignation et de partage entre héritiers en droit musulman (2).

1. La redéfinition des contours des solidarités familiales par le classement des successibles

La logique successorale a favorisé un net recul des solidarités familiales par le classement des successibles par degré. Le classement des héritiers par ordre est d'ordre public et le droit des successions commence par les descendants⁵¹. L'ordre désigne une hiérarchie par lequel on détermine les successibles appelés à la succession du *de cuius*. Les personnes d'une même catégorie sont du même ordre, mais de degrés possiblement différents. À l'intérieur de chaque ordre, la successibilité est déterminée par le degré, c'est-à-dire par le nombre de générations séparant le défunt de son parent⁵².

Le premier ordre des successibles est constitué des descendants. Ce sont toutes les personnes qui descendent du *de cuius*, notamment les enfants, les petits-enfants et leurs descendants. Ils sont les premiers dans la succession *ab intestat*. La règle en l'espèce est celle de l'exclusion des successibles les plus éloignés par les plus

proches. Le Code des personnes et de la famille du Burkina Faso prévoit qu'en l'absence des héritiers du premier ordre, les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés sont appelés à la succession⁵³. Il s'agit des parents du *de cuius* et de ses frères et sœurs. Ils constituent le deuxième ordre.

Au Sénégal, au-delà des successions de droit musulman qui attribuent aux père et mère le sixième de la succession lorsque le défunt a laissé un ou plusieurs descendants successibles, les ascendants du défunt, dans les successions de droit commun, sont exclus en présence de descendants. L'article 523 du Code de la famille du Sénégal dispose à cet effet : « À défaut de descendants légitimes, la succession est dévolue pour moitié aux père et mère légitimes du défunt et pour l'autre moitié à ses frères et sœurs légitimes ou, à défaut aux descendants légitimes de ces derniers ». Sauf exception, c'est l'héritier du degré le plus proche qui élimine le degré le plus éloigné. Il se dégage de la lecture de l'article précité que les frères et sœurs semblent être les grands perdants, puisqu'ils n'héritent qu'à défaut de conjoint et de descendants. S'ils viennent en concours avec les père et mère, ils héritent à hauteur de la moitié si les deux parents sont en vie, de trois quarts, si un seul parent est encore en vie. Leurs droits successoraux sont considérablement réduits, voire neutralisés⁵⁴. S'il existe un

⁵¹ GUINCHARD. (S), *Droit patrimonial de la famille au Sénégal (Régimes matrimoniaux, libéralités, successions)*, op.cit., p. 407.

⁵² *Ibid.* p. 454.

⁵³ Art. 734 al 1^{er} Zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un Code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

⁵⁴ Le Code des personnes et de la famille du Mali organise un ordre de classement des héritiers devant intervenir dans la succession du défunt. Le droit successoral malien, à l'image des autres pays d'Afrique francophones, consacre ainsi une solidarité familiale sélective entre le défunt et les autres membres de sa famille. En effet, les articles 772 et suivant du Code malien des personnes et de la

conjoint survivant, ce dernier prend la moitié de la succession. Les ascendants ordinaires du troisième ordre et les collatéraux ordinaires du quatrième ordre, se partagent l'autre moitié⁵⁵. Cette situation est souvent source de conflits⁵⁶ surtout si le conjoint bénéficiaire de la moitié de la succession est considéré comme une personne non membre du cercle familial du défunt.

La réduction significative de leur part successorale par le conjoint survivant peut faire dire que les ascendants et collatéraux ordinaires n'appartiennent pas au cercle restreint de la famille. En réalité, ce système d'exclusion montre que le droit des successions ne manifeste l'existence d'aucune solidarité familiale entre le défunt et ses parents éloignés. Cette position du droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne soulève une véritable difficulté au regard du devoir d'assistance dû par le défunt à l'égard des membres de sa famille lignagère. Le législateur n'a pas véritablement pris acte des risques que son classement peut faire peser sur les personnes qui étaient

soutenues par le défunt. La solidarité élective que traduit cet ordre de classement montre que le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne ne pense pas la famille au sens lignager. L'on peut affirmer que le législateur africain n'a pas pris la mesure de la nature des relations qui se nouent entre père et enfants, mère et enfants, frères et sœurs. Sans en prendre conscience, ils portent atteinte à un élément essentiel de la cohésion familiale : le devoir de secours entre les générations.

Les successions de droit musulman manifestent également une désagrégation notoire des solidarités familiales en raison des critères de détermination des successibles et de son modèle de partage des biens du *de cuius*.

2. La détermination des successibles en droit musulman des successions

Si en droit commun des successions, le principal critère de dévolution est la proximité en degré, la dévolution en droit musulman des successions se fonde quant à elle sur la prééminence des mâles. La dévolution successorale sénégalaise de droit musulman s'est inspirée du patriarcat des

famille nous montrent que les parents en l'absence de conjoint successible, sont appelés à succéder suivant un ordre défini. Les enfants et les descendants sont les premiers à intervenir dans la succession. Ils sont en réalité les réservataires, les privilégiés. Après les descendants, viennent en second rang les père et mère, les frères et sœurs.

⁵⁵ Art. 531 CF.

⁵⁶ On peut citer la décision « O. Diouf vs K. N'Diaye (jugement civil n° 598 du 06/09/2007) qui a été confirmée en appel. À la suite du décès de son époux M. Diouf, K. N'Diaye demande l'application de la succession de droit commun. Sa demande est contestée par le frère du défunt O. Diouf. L'analyse du jugement permet de constater que K. N'Diaye a demandé l'application du droit commun, partant du principe que « les successions *ab intestat* restent le

droit commun des successions » et que « nul n'a pu établir, que de son vivant, feu M. Diouf avait manifesté de manière expresse sa volonté de voir effectuer sa succession selon les règles de droit musulman ». O Diouf, le frère du mari, considère la demande infondée parce qu'ils estiment que « l'interprétation fournie par la dame K. N'Diaye dénature l'esprit de l'article 571 [...] Que cette disposition fait bien référence au comportement du *de cuius* pour détecter sa volonté implicite de voir appliquer à sa succession les règles musulmanes. Il accuse également la veuve de sacrifier les convictions religieuses de son défunt mari « pour des raisons d'ordre matériel ». Rappelant l'article 571, le juge tranche en faveur des requérants considérant que les témoignages concordent quant à l'islamité du défunt ».

sociétés arabo-musulmanes⁵⁷ dans lequel un privilège est accordé à l'homme. L'article 637 du Code sénégalais de la famille fait état de ce privilège de masculinité en disposant que : « *Si les aceb appelés à concourir ne sont pas tous du même sexe, les mâles reçoivent une part double de celle des femelles* ».

Le droit sénégalais des successions musulmanes attribue presque une large part de la succession aux *aceb par eux-mêmes*. Ce sont les parents de sexe masculin dont le lien avec le *de cuius* n'est pas interrompu par aucune génération féminine. Dans le droit musulman des successions, les filles ne sont pas des héritières de premier choix en raison du modèle de transfert d'héritage dans la société musulmane sunnite⁵⁸. Le privilège de masculin fait que les descendants mâles (*aceb par eux-mêmes*), appelés héritiers universels ont vocation à se servir doublement avant les *aceb par un autre*, c'est-à-dire les filles. À ce titre, *Le Coran IV 176 disant que « le frère et la sœur venant à la succession, le frère devra recevoir la part de deux sœurs, c'est-à-dire une part double »*. Lorsque le frère et la sœur viennent à la succession en qualité de fils et de fille, le fils prend une part double de celle revenant à la fille. À chaque fois qu'il y a concours d'héritiers des deux

sexes, celui masculin est privilégié pour la répartition des parts successorales en droit musulman des successions⁵⁹.

Le critère de masculinité justifie également le sort de la femme, conjoint survivant. En réalité, si le conjoint survivant est le mari⁶⁰, il reçoit plus de droits que la veuve⁶¹. C'est pourquoi l'on peut dire que le manque de sensibilité à la condition de la femme est révélateur d'un dépérissement des solidarités familiales en droit musulman des successions.

Le critère de masculinité en droit musulman des successions est également utilisé pour justifier l'exclusion de certains héritiers par d'autres. Certains héritiers peuvent être exclus par d'autres lorsque le lien avec le *de cuius* est rompu par une personne de sexe féminin. Aussi, l'exclusion totale d'un successible légitimaire peut être causée par la présence d'un autre légitimaire⁶². C'est ce que justifie, d'ailleurs, l'exclusion des frères utérins qui, aux premiers abords, étaient considérés légitimaire, par la fille et la petite-fille.

Cette position du droit sénégalais des successions musulmanes, fondée sur la précellence de l'homme sur la femme, crée une inégalité entre les descendants du *de cuius*. Les solidarités familiales sont

⁵⁷ GUINCHARD. (S), *op. cit.*, p. 448.

⁵⁸ BLANC. (F-P), *Le droit musulman*, 2^e éd, Dalloz, – janvier 2007, pp. 111-127.

⁵⁹ CAMARA. (F-K), « Le Code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi pour la légalisation de l'inégalité de genre », Genre, inégalités et religion : actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique : « Aspects de l'État de droit et démocratie » de l'Agence universitaire de la Francophonie (AUF), Dakar, 25-27 avril 2006 p. 170.

⁶⁰ Coran verset 12, « *Si vos épouses n'ont pas d'enfants, la moitié de ce qu'elles vous ont laissé vous revient. Si elles ont un enfant, le quart de ce qu'elles vous ont laissé vous revient après que leurs legs ou leurs dettes auront été acquittés.* »

⁶¹ Coran IV 13 « *Si vous n'avez pas d'enfants, le quart de ce que vous avez laissé reviendra à vos épouses. Si vous avez un enfant, le huitième de ce que vous avez laissé leur appartient après que vos legs ou vos dettes auront été acquittés.* »

⁶² BLANC. (F-P), *op. cit.*, pp. 111-127.

dessinées de manière sélective puisque la femme, héritière de second rang se voit attribuer une demi-part de son frère. Cette vision du droit des successions d'inspiration arabo-berbère, consacre de façon flagrante l'inégalité entre l'homme et la femme. C'est d'ailleurs ce qui justifie le problème d'accès des femmes à la terre en Afrique⁶³. Le droit musulman des successions redéfinit les solidarités familiales seulement du côté de l'homme.

Aussi, si l'on s'intéresse au sort de l'enfant naturel en droit musulman des successions, on se rend compte que le législateur l'a exclu des personnes devant bénéficier de la solidarité familiale. L'article 220 alinéa 2 du Code de la famille du Sénégal ne reconnaît pas la qualité d'héritier à l'enfant naturel. Suivant les dispositions de cet article, même reconnu par son père, l'enfant naturel n'a pas la qualité d'héritier⁶⁴. Même qu'étant de même père que les héritiers légitimes, il se retrouve dans une position très défavorable par rapport à ces derniers. Il reçoit un legs déterminé⁶⁵ correspondant à la part d'un enfant légitime. Son exclusion de la succession de son père fait qu'il lui est impossible de demander la fin ou le maintien de l'indivision. L'exercice des actions à fin d'égalité⁶⁶ et celle à fin de réduction⁶⁷ lui échappent également puisqu'il n'est pas héritier réservataire.

Aussi, il ne peut pas solliciter l'attribution préférentielle en tant que droit de se faire déclarer propriétaire exclusif d'un bien ou d'un ensemble de biens indivis⁶⁸.

Le droit musulman des successions révèle à suffisance un dépérissement manifeste des solidarités familiales. Le privilège de masculinité provoquant une inégalité entre l'homme et la femme, le reniement de la qualité d'héritier à l'enfant naturel sont autant de facteurs qui attestent que le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne est en net déphasage avec les réalités socio-culturelles et économiques de la société africaine.

II. L'inadéquation du droit des successions aux réalités socio-économiques africaines

En anéantissant les privilèges des ascendants, des collatéraux, de la femme et de l'enfant naturel, le droit des successions en Afrique subsaharienne devient inadapté aux réalités socio-économiques de la société africaine. La logique successorale joue en faveur des descendants et c'est par accident que les ascendants et collatéraux arrivent à la succession. Ceci traduit une non-prise en considération des enjeux familiaux par le droit des successions (A). aux fins de limiter la situation de détresse des ascendants et collatéraux, le législateur doit remodeler le droit des successions en considération des réalités de la famille

⁶³ MOUGUJAMA DAOUDA. (P), *Situation des veuves au Gabon* : Une étude juridique et anthropologique, Libreville, Fondation Sylvia Bongo Ondimba pour la famille, avril 2015, p.96

⁶⁴ GUINCHARD. (S), *op.cit* p. 13.

⁶⁵ TI Pikine, 14 mai 2013, Aff. S. K, jugement civil n° 425, inédit.

⁶⁶ Art. 462 CF.

⁶⁷ Mécanisme permettant à un héritier réservataire ou à ses ayants droit d'obtenir des bénéficiaires de libéralités consenties par le défunt au-delà de la quotité, la restitution de la part excédentaire.

⁶⁸ Selon l'article 476 du Code de la famille, la qualité d'héritier est une des conditions requises pour être demandeur à l'action pour attribution préférentielle.

africaine (B).

A. La non-prise en compte des enjeux familiaux dans la conception du droit des successions

Schématiquement, le droit des successions prévoyant la dévolution successorale autour de la famille de « cœur » a fait prévaloir une dimension affective des solidarités familiales au détriment de ses dimensions économiques et familiales. Le passage de la famille lignagère à la famille souche que le droit des successions a favorisé traduit un net recul de la dimension économique (1) et familiale (2) des solidarités familiales.

1. La neutralisation de la dimension économique des solidarités familiales

La sollicitude du législateur dans la transmission successorale des biens dans les pays d'Afrique subsaharienne est tournée vers l'enfant plutôt que vers l'aïeul. La dévolution légale prend appui sur un ordre naturel des décès et, par voie de conséquence, sur l'idée que la richesse se transmet en ligne descendante⁶⁹. Dans ces conditions, le droit des successions ne laisse que peu de place à la prise en charge de la dépendance économique des ascendants et

collatéraux qui bénéficiaient des grâces du défunt⁷⁰. L'État et la famille doivent se répartir le financement des besoins et la couverture des risques liés à la dépendance économique d'une certaine couche de la population⁷¹. Mais, la plupart des États africains ont, à l'heure actuelle, de graves difficultés à faire face aux problèmes sociaux des populations de manière générale. L'analyse de la situation économique des pays de l'Afrique subsaharienne en général, celle du Sénégal en particulier, montre une économie fragile confrontée à une démographie très dynamique, à un chômage et à une jeunesse accentuée de la population⁷². Ces difficultés économiques ont pour conséquences : l'appauvrissement de la population et la vulnérabilité des personnes âgées⁷³. Cet état de fait s'accompagne de la multiplication des besoins de santé, de nutrition et de la dépendance de certaines personnes à l'égard du membre de la famille ayant réussi économiquement sa vie. C'est pourquoi l'entraide familiale devient le seul moyen pour assurer la survie et la cohésion de la famille au sens large. Dans les pays

⁶⁹DHEMBET. (G-L), « La succession patrimoniale au Gabon entre coutume et droit moderne », thèse université Limoge, juin 2023.

⁷⁰ NICOD. (M), « Solidarités familiales et dépendance économique des ascendants », *JCP famille*, n° 6, 2016, pp. 26-28.

⁷¹ MALAURIE. (Ph), « Dépendance des personnes âgées et solidarité dans le droit contemporain », in *Les solidarités entre générations*, (dir). H. Fulchiron, Bruylant, 2013, pp. 903 et s.

⁷² Rapport Agence Nationale de la Démographie et de la Statistique 2024.

⁷³ DIAL. (F-B), « La Prise en charge des personnes âgées au Sénégal : un portrait

descriptif d'une thématique émergente, in ANNE E. CALVÈS, FATOU BINETOU DIAL et RICHARD MARCOUX(dir), *Nouvelles dynamiques familiales en Afrique*, PUQ, 2018, pp. 264 et s, "Dans la plupart des sociétés africaines, l'indépendance de plus en plus forte des individus à l'égard du groupe familial et la dégradation des conditions de vie accélèrent les changements de mentalité et l'effritement des solidarités familiales et modifient les conditions de prise en charge des personnes âgées (Vignikin, 2007 ; Roth, 2007). Chez les personnes âgées, la réussite de la vieillesse" passe par l'épanouissement social, mais surtout familial ».

africains où les retraites⁷⁴ et les dépenses de santé ne sont pas prises en compte par les États⁷⁵, il serait plus judicieux de faire du droit des successions un efficace mécanisme pour assurer une solidarité familiale entre le défunt et ses proches qui restent vulnérables après le décès.

Cependant, ce droit d'inspiration vient mettre à l'épreuve la grande solidarité entretenue dans les familles au sens étendu. Le modèle successoral adopté est conforme à une société où il existe un Etat providence. Traduit en Afrique, ce modèle participe de manière significative à la détérioration des modes traditionnels de soutien familial que sont les solidarités familiales. De manière générale, il est permis de constater que le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne, contrairement à l'affection, n'a pas pris en compte l'état de dépendance économique des ascendants, collatéraux, enfant naturel, etc. cette dépendance économique pourrait être pris comme un critère de successibilité au profit des parents non membres du couple.

Dans les pays africains, le mimétisme juridique a poussé le législateur à instaurer un droit des successions ne prenant pas en compte la situation économique vulnérable de la famille africaine. Cette vision traduit ce que certains appellent : « l'art de mal légiférer⁷⁶ ». Penser à un droit des

successions à mieux de répondre à la situation de détresse des proches du défunt, c'est se conformer aux réalités africaines et de promouvoir une solidarité familiale élargie aux parents du défunt. Mais, la vision du législateur africain montre que la notion de famille ne gravite plus autour de la famille de lignagère, mais autour de la famille affective. Ceci révèle en outre, un rétrécissement de la dimension familiale des solidarités familiales.

2. Le rétrécissement de la dimension familiale des solidarités en droit des successions

Peut-on encore et pour longtemps prendre comme institution référentielle du droit des successions, la famille issue du mariage, alors que les ascendants et collatéraux rencontrent beaucoup de difficultés après la mort du fils, du frère ou de la sœur qui subvenait à leurs besoins sociaux économiques ? Cette question mérite d'être posée dans la mesure où aucun droit dans la succession n'est accordé à ces derniers en présence de descendants. Le rétrécissement sociologique⁷⁷ de la famille autour du couple et des enfants au détriment de la famille lignagère effectué par le droit des successions dans les pays africains déteint considérablement sur la conception des solidarités familiales traditionnelles. Le législateur africain a mis en place un droit

⁷⁴ANTOINE (Ph), « Vieillir en Afrique », in, *Le vieillissement*, Idées économiques et sociales 2009/3 N° 157, cairn info, pp. 34-37. En Afrique, les pensions, lorsqu'elles existent et sont payées, ne dépassent guère 50 000 F CFA par trimestre (77 euros). Et ces pensions ne concernent que les anciens salariés. Il n'y a rien pour les vieux paysans.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ NDIAYE. (I-Y), « L'art de mal légiférer (propos irrévérencieux sur certains textes de lois) », *Rev.Ass. sén. dr. pén.*, n° 02, juillet-décembre 1995, p. 53.

⁷⁷ANTOINE. (Ph), « Structure des ménages et configurations familiales », in (dir), A.E. CALVÈS, F-B. DIAL et R. MARCOUX *Nouvelles dynamiques familiales en Afrique*, PUQ 2018, p.18 et s.

successoral de couple et non de lignage.

Le législateur, en organisant la succession parentale,⁷⁸ tend à conserver les biens dans la famille par le sang et à les transmettre aux plus proches parents. Mais cette volonté n'existe seulement qu'à défaut d'enfants, petits-enfants. La répartition des biens du défunt est centrée autour de la famille conjugale et que les père et mère, collatéraux sont oubliés sauf à défaut de descendants. Dans cette logique, le droit des successions dans nos pays a diminué le champ de la solidarité familiale non pas pour l'effacer, mais pour l'adapter à la famille foyer. La principale conséquence sera que les défunts vont laisser leurs proches sans leur apporter une dernière aide pour faire face aux aléas de la vie. Le constat reste que le droit des successions dans les pays africains éloigne petit à petit les ascendants et collatéraux de la cellule familiale de base. En réalité, il faut intégrer l'ensemble du réseau parental, pour saisir l'ampleur du dépérissement des solidarités familiales par le droit des successions en Afrique subsaharienne.

La famille est la première société que la nature ait formée entre les hommes. Elle est la base de la grande société civile⁷⁹. C'est pourquoi, il est dans l'intérêt de l'ordre social de respecter les liens qui unissent les membres de la famille, de les fortifier et de

les étendre. L'un des moyens les plus sûrs à cet égard, est sans doute d'établir la succession entre parents au sein de la grande famille. Malheureusement, le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne n'assure la protection des membres de la famille que suivant le degré de rattachement arrêté par le législateur ou suivant la seule volonté du *de cujus*.

L'organisation de la dévolution successorale prévue par les droits des successions des pays d'Afrique subsaharienne engendre très souvent des dissensions entre deux belles-familles. Le lignage endeuillé peut être tenté de revendiquer des biens du défunt souvent si le conjoint est considéré comme étranger au cercle familial. Le statut socio-économique du défunt peut souvent faire naître des convoitises, sources de conflits entre les familles. C'est pourquoi, pour parer à d'éventuelles tensions dans la succession patrimoniale, les familles font souvent recours à la coutume⁸⁰ pour l'organisation de la transmission des biens du défunt. C'est dans ce sens que la doctrine affirme que les règles de droit commun et celles de droit musulman des successions sont inadaptées aux réalités traditionnelles dans certaines zones de l'Afrique subsaharienne⁸¹. C'est ce qui explique la réception partielle⁸² des règles du législateur due à la résistance de

⁷⁸ BRENNER. (C), MALAURIE. (Ph), *op cit*, pp. 96 et s.

⁷⁹ HUBERT. (B-P), « L'esprit de famille... Après les réformes du droit des successions et des libéralités », *Informations sociales*, Éditions Caisse nationale d'allocations familiales n° 139, 2007, pp. 78-93.

⁸⁰ SIDIBE. (A-S), *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*, L.G.D.J, Paris, 1991. 383, p 77.

⁸¹ DESOUCHES. (C)&CONAC. (G), (dir.), « Dynamiques et finalités des droits africains », Actes du colloque « La vie du droit en Afrique », in : *Politique étrangère*, n° 2 - 1981 - 46^e année. pp. 474-476.

⁸² TIMTCHUENG (M), « Le droit camerounais des successions dépouillé des conceptions civilistes », *Revue générale de droit*, 41 (2), 531-563.

certaines coutumes dans les pratiques successorales en Afrique.

Traditionnellement, la coutume organise la dévolution successorale autour du lignage. Pour assurer la continuité de la famille⁸³, les biens du *de cuius* sont souvent soumis au régime de l'indivision et généralement un membre du lignage est désigné pour assurer la gestion des biens au profit de toute la lignée⁸⁴. Les biens sont réservés à la jouissance de l'ensemble des membres de la lignée à laquelle le sujet décédé appartient. Cette modalité de dévolution successorale a le mérite de conserver les biens dans la famille⁸⁵ et de participer à assurer une solidarité familiale entre le *de cuius* et les membres de sa lignée. La masse successorale reste culturellement gérée au bénéfice de tout le monde. Le droit coutumier africain a toujours considéré le lignage comme le principal lien qui crée la famille élargie, qui fédère le lien de parenté. Le lignage regroupe dans une seule famille : descendants, ascendants, collatéraux, et même des alliés du *de cuius*. Le recours à la coutume dans la dévolution successorale en Afrique est souvent justifié par le devoir d'entraide et de solidarité familiale entre le *de cuius* et sa famille élargie. La succession patrimoniale ne sera pas un sujet de division familiale, mais l'occasion de consolider les liens familiaux⁸⁶. C'est pourquoi le législateur doit armer le droit des

successions pour une meilleure prise en charge des ascendants, collatéraux et autres proches souvent dans la détresse après la disparition de la personne garante de leur existence.

B. La nécessaire institution d'un droit social successoral au nom des solidarités familiales en Afrique subsaharienne

Le droit des successions impose une solidarité autour de la famille que l'homme a construite au détriment de celle qui l'a construit. Pour rompre d'avec cette conception lourde de conséquences, le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne doit s'organiser autour d'une meilleure adaptation de ses dispositions aux réalités familiales africaines. La réalisation de cet objectif passe par la possibilité de faire survivre la créance alimentaire des ascendants dans la succession du *de cuius* (1) et l'institution d'une « réserve de solidarité » au bénéfice des proches (2).

1. La survivance de la créance alimentaire des ascendants dans la succession du *de cuius*

Pour M POUYOL⁸⁷, l'ordre naturel des choses exige qu'un enfant ferme les yeux de son père. Mais lorsque cet ordre est inversé, quel législateur pourrait enlever à ce malheureux père la succession de ses enfants ?

On peut répondre à cette question en

<https://doi.org/10.7202/1026932ar>, consulté le 16 septembre 2024.

⁸³ BETTAHAR. (Y). « La construction sociale de la parentalité : l'exemple de l'Algérie », *l'Année du Maghreb*, II, 2007, pp.155-167.

⁸⁴ MOUGUIAMA DAOUDA. (P), *op cit*, p. 96.

⁸⁵DHEMBET. (G-L), *op cit*, p. 134.

⁸⁶TIMTCHUENG. (M), *op. cit.*, p.29.

⁸⁷ POUJOL. (M). *Traité des successions, ou Commentaire du titre Ier du livre III du Code civil*, Tome 1 Paris, COLMAR 1837, p. 12.

affirmant que le législateur africain a, par insouciance, enlevé à ce malheureux père la succession de ses enfants. Le droit africain des successions dispose que les ascendants ne peuvent hériter qu'à défaut de descendants. Il a éloigné ces derniers de la cellule familiale de base. Il s'agit des père et mère, mais aussi des autres ascendants qu'on appelle les aïeux. Ils se répartissent en deux catégories : les père et mère appartiennent au deuxième ordre, ils sont des ascendants dits « privilégiés » ; les aïeux relèvent du troisième ordre d'héritiers, ils sont les ascendants « ordinaires ». Tous n'ont pas la vocation à succéder que si le défunt ne laisse lui-même aucun représentant du premier ordre, c'est-à-dire aucun descendant. Cette situation est synonyme de négation du lien de parenté⁸⁸ existant entre le défunt et ses ascendants. Le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne a presque anéanti la vocation successorale des ascendants, puisqu'elle est reléguée derrière celle des descendants. Même s'ils sont dans le besoin après le décès de leurs enfants, leur seule ressource dans la succession n'est accessible qu'en l'absence de descendants légitimes.

Il faut cesser de moins bien traiter les

père et mère qui se retrouvent souvent dans le besoin après le décès de leur enfant. Il est important ce faisant, pour corriger cet état de fait, d'appeler le législateur à réadapter son droit aux réalités de la famille africaine afin d'étendre les solidarités familiales aux autres membres de la famille. Enlever les malheureux père et mère de la succession de leurs enfants c'est précipiter leur mort du fait de la vulnérabilité que le décès du fils a causée.

À défaut de modifier les critères⁸⁹ de transmission de bien à cause de mort, les successions de droit commun doivent reconnaître aux ascendants une créance d'aliment⁹⁰ qui sera due par la succession. Ainsi, l'existence de descendants ne serait pas un obstacle à la vocation successorale des parents du défunt. Cette créance sera un prolongement du droit de secours⁹¹ entre enfants et parents. Il est loisible, pour limiter la détresse économique des ascendants, de prévoir cette créance et la faire supporter par les descendants dans le patrimoine successoral. Attribuer une créance alimentaire aux père et mère ne fera, en définitive, que prolonger la solidarité dans la famille de sang.

Permettre aux ascendants de faire valoir une créance alimentaire contre la

⁸⁸CARBONNIER. (J), *Flexible droit*, LGDJ, 8e éd., p. 250, « De plus en plus à notre époque (l'âge industriel), la famille se restreint au groupe formé par le couple et par les enfants vivant au même foyer, ou du moins au même budget, et laisse-en dehors d'elle les ascendants, les collatéraux et même les enfants économiquement indépendants »

⁸⁹FERRE-ANDRE. (S) & BERRE. (S), *Successions et libéralités*, 6^e éd. DALLOZ, HyperCours, 2019, Dalloz.fr.

⁹⁰ Art. 261 CF « L'obligation alimentaire n'est due que :

— si la personne qui réclame des aliments justifie des besoins vitaux auxquels elle ne peut faire face par ses revenus ;

— si la personne poursuivie a des ressources suffisantes pour fournir des aliments ».

⁹¹ Art. 263 CF, « L'obligation alimentaire résultant de la parenté est réciproque. Entre parents légitimes, elle existe en ligne directe sans limitation de degré. En ligne collatérale, elle existe entre frères et sœurs germains, utérins ou consanguins à l'exclusion de leurs descendants ».

succession serait certainement une marque de solidarité du défunt envers des parents⁹² en détresse du fait de la disparition du principal pourvoyeur à leurs besoins. Philippe Malaurie et Claude Brenner ont écrit dans ce sens que : « *il n'est pas normal que l'obligation alimentaire qui pèse sur les enfants à l'égard des père et mère s'éteigne au décès de leur débiteur sans trouver un vrai relai dans la succession*⁹³ ». Promouvoir une créance alimentaire pour les ascendants, c'est prendre en compte leurs vulnérabilités après le décès de leur enfant. La réalisation de cet objectif va certainement contribuer à redéfinir la place des ascendants dans les droits des successions⁹⁴ en Afrique subsaharienne.

Le droit musulman des successions au Sénégal est dans ce cadre plus attentif à la situation des ascendants. Les père et mère ne seront jamais exclus⁹⁵ totalement de la succession de leur enfant. Ils ont à la fois les

qualités d'*aceb* et de légitimaires. Si en tant qu'*aceb*, ils sont exclus par un descendant, ils deviennent légitimaires et bénéficient du sixième de la succession. Le législateur leur reconnaît une part de la succession qui varie du tiers⁹⁶ au sixième⁹⁷ de la succession de leur enfant.

L'institution d'une créance alimentaire pourrait s'expliquer pour deux raisons : d'une part, la créance alimentaire des ascendants peut se présenter comme la seule technique de protection légale contre la toute-puissance⁹⁸ des descendants. D'autre part, et cela est plus logique, la situation de détresse économique particulière⁹⁹ des ascendants cadre bien avec ce mécanisme qu'est la créance alimentaire. Cette créance serait une expression de la solidarité familiale vis-à-vis de parents. Rien ne justifie en effet cette différence de traitement après le décès si ce n'est sans doute « l'insouciance » du législateur. Il n'a

⁹² CH. BASSET, « L'obligation alimentaire : des formes de solidarité à inventer », CES, Rapp et avis, 2008.

⁹³ Ph. Malaurie et C. Brenner, *op. cit.*, p. 93.

⁹⁴ NICOD. (M), *op cit*, p. 18 « À proprement parler, il n'existe pas de coordination entre le droit des obligations alimentaires et celui des successions. Lorsqu'un débiteur d'aliments décède, ses héritiers ne sont pas tenus d'en poursuivre le versement, puisque les obligations alimentaires sont intransmissibles à cause de mort. Il advient, toutefois, que le créancier puisse continuer à percevoir des subsides à partir du patrimoine successoral. Soit parce que les héritiers se trouvent personnellement obligés, en raison du lien de parenté ou d'alliance qui les unit au créancier d'aliments. Soit parce que la loi civile n'admet pas qu'ils recueillent tous les biens, en laissant dans le besoin celui qui bénéficiait jusqu'alors de l'assistance du défunt ».

⁹⁵ Art. 588 CF « Six successibles échappent à l'exclusion totale ; ce sont :

- le père ;
- la fille ;
- la mère ;

- le mari survivant ;
- le fils ;
- la veuve.

Tous les autres successibles, tant légitimaires qu'*aceb*, peuvent être totalement exclus ».

⁹⁶ Art. 614 CF « La mère a droit au tiers de la succession lorsque le défunt n'a laissé ni descendant successible ni deux ou plusieurs frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins. Toutefois, cette règle comporte une exception dans le cas particulier visé à l'article 641 du présent Code ».

⁹⁷ Art. 619 CF « La mère a droit au sixième de la succession lorsque le défunt a laissé un ou plusieurs descendants successibles ou bien deux ou plusieurs frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins ».

⁹⁸ FULCHIRON. (H), pp. 137-156. <https://doi.org/10.7202/1097339ar>, consulté le 22 octobre 2024.

⁹⁹ Dans nos pays où les dépenses accompagnant la vieillesse (santé, alimentation, bien-être, etc.) ne sont pas prises en compte par nos États, il serait alors loisible de faire bénéficier aux ascendants de la succession de leur enfant qui généralement subvenait à la satisfaction de ces besoins vitaux.

pas en réalité su adapter son droit aux vécus de la famille africaine. L'attribution d'une créance alimentaire sur la succession apparaîtra ainsi comme un filet de sécurité pour les père et mère au crépuscule souvent de leur vie.

L'institution d'une « réserve de solidarité » au profit des collatéraux serait également un autre mécanisme efficace de promotion des solidarités familiales en droit des successions.

2. L'institution d'une « réserve de solidarité »

Le droit des successions doit être pris comme un instrument de maintien d'un certain ordre social dans la famille. La transmission du patrimoine à cause de mort doit assurer une solidarité plus élargie, tenant compte du communautarisme existant dans la famille africaine. Du point de vue sociologique, les droits des successions dans les pays africains ont rétréci la famille autour du noyau formé par le couple et les enfants. D'une « famille - souche » composée des collatéraux et des ascendants, le droit des successions est arrivé à une « famille foyer », composée cette fois-ci du conjoint et des enfants. Le constat reste que ce droit des successions a créé sa propre famille par le souffle de l'individualisme¹⁰⁰ contemporain au mépris

des règles du vivre-ensemble, corollaire de la cellule africaine de base.

La principale conséquence de ce rétrécissement est le renforcement des liens issus de l'alliance au détriment de la parenté lignagère qui offre plus de garantie aux parents du défunt. Dans cette logique, le droit des successions a redéfini le contour des solidarités familiales autour de la famille issue de l'affection. Les défunts vont laisser leurs proches sans leur apporter une dernière aide pour faire face aux aléas de la vie. L'institution d'une « réserve de solidarité¹⁰¹ » envers les ascendants et collatéraux, aux côtés des descendants, va assurer inéluctablement la protection des proches du défunt. Fondée sur la solidarité familiale, l'institution d'une réserve de solidarité peut être une sorte de dette familiale que le *de cuius* a envers ses parents proches surtout à l'égard des collatéraux. Du fait de l'absence d'Etat providence, le droit des successions devrait assurer une vision plus large de la solidarité, gage de stabilité de la cellule familiale traditionnelle.

Les solidarités familiales successorales doivent être mises en avant pour pallier l'absence de mécanismes étatiques de protection à réserver aux personnes vulnérables dans nos sociétés. La réserve de

¹⁰⁰ DIBAKANA MOUANDA. (J-A) & MISSIE. (J-P), *L'Afrique des familles : la famille dans l'Afrique contemporaine, entre changement et permanence, L'harmattan*, 2018, p. 38.

¹⁰¹ Pour se prémunir du risque de dépendance ou afin d'accompagner financièrement un membre de la famille qui se trouverait dans cette situation, il faut aller dans le sens d'un accompagnement familial. Lorsqu'une personne devient dépendante, elle s'en remet souvent à la solidarité familiale, solidarité quotidienne et fonctionnelle, mais aussi bien entendu

solidarité financière. Le réflexe premier lorsqu'il s'agit d'aider ou d'accompagner un proche dépendant consiste à lui consentir une libéralité. Dans le droit des successions, on pourra regretter que les ascendants et collatéraux ne soient pas protégés lorsque le *de cuius* laisse des descendants. Pour maintenir faire jouer une obligation de secours due par les enfants en faveur des père et mère et autres descendants ; l'institution d'une réserve de solidarité sur la succession serait un mécanisme propice de mise en œuvre de solidarités au sein de la famille.

solidarité pourrait être une portion indisponible¹⁰² de la succession attribuée à ses bénéficiaires en leur qualité d'héritiers lointains. Sa finalité serait uniquement de protéger la famille, envisagée une communauté. Le but de l'institution de cette réserve n'est pas de la substituer à la réserve héréditaire des descendants, mais de reconnaître aux autres membres de la famille des droits successoraux sur le patrimoine du défunt, même en présence de descendants. La réserve de solidarité permettra de transférer une partie du patrimoine du défunt aux membres éloignés. Elle constitue ainsi le vecteur et le symbole d'une obligation morale garantissant la solidarité familiale. Au-delà de l'aide matérielle qu'elle peut apporter, elle est un instrument de cohésion familiale dans les familles africaines. Elle serait une manifestation du devoir d'assistance économique entre les membres de la famille. Elle a une dimension largement morale et permettra d'empêcher un enfant même avec sa liberté de tester, de déshériter ceux à l'égard desquels il avait de son vivant, un devoir de secours. Il est en effet choquant de constater que les règles successorales ne protègent pas les autres

membres de la famille, mais aussi n'allouent pas une créance alimentaire aux père et mère. L'idée d'une institution d'une réserve de solidarité est celle de la solidarité, de la conservation des biens au sein de la famille de sang. Également, en présence de rapports familiaux conflictuels entre les belles familles, la réserve de solidarité pourrait aider les collatéraux et autres proches du défunt à supporter les conséquences économiques de la perte de leur frère ou sœur.

Toutefois, l'institution d'une réserve de solidarité ne sera possible qu'avec l'intervention du législateur. Il convient d'innover et d'imaginer une réadaptation du droit des successions, reposant sur les solidarités familiales. La famille reste et demeurera la première cellule de base au sein de laquelle les principes de solidarités familiales devront être mis en avant même après le décès. L'individu ne peut se développer qu'au sein de la famille, il ne peut subsister que grâce à sa famille. Le professeur Malaurie¹⁰³ constate pour sans doute regretter le recul de la famille dans l'accompagnement des personnes à l'occasion de la suppression de la réserve des ascendants¹⁰⁴ en France. Même si les

¹⁰² Elle sera à l'image de la réserve héréditaire des descendants, une part fixe qu'on va allouer aux proches parents qui seront surtout dans le besoin après le décès de l'être proche.

¹⁰³ Ph-Malaurie, cité par FABRICE LUZU, *in, le fonds familial : pour la création d'un outil de solidarité familiale entre les générations... Droit et Patrimoine*, n° 224, 1er avril 2013, note n° 2. De l'analyse du concept, deux enseignements notables sont tirés : tout d'abord que « durer, c'est endurer, c'est-à-dire supporter des choses pénibles, résister aux épreuves du temps » ; pour conclure que « malgré ses richesses cachées, le grand âge est toujours une épreuve et souvent une misère ».

¹⁰⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, Defrénois 2006, Lég., p. 313 et s. D. ARTEIL, « L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités », *Defrénois*, 2007, n° 7, p. 477 « La loi du 23 juin 2006 a abrogé l'article 914 du Code civil qui, depuis 1804, fixait la réserve des ascendants à la moitié de la succession lorsque le défunt laissait des ascendants dans chacune des deux lignes et au quart s'il ne restait d'ascendant que dans une ligne. Cette réserve était attribuée à tous les ascendants, privilégiés et ordinaires, dès lors qu'ils étaient appelés à la succession ».

transformations sociétales n'ont pas épargné la famille, même si les facteurs économiques et la composition des patrimoines ont eu aussi une grande influence sur la conception de la famille par le droit successoral, le législateur doit faire preuve de réalisme pour restaurer les vertus des solidarités familiales dans le droit des successions en Afrique subsaharienne.

Conclusion

Le droit des successions dans les pays d'Afrique subsaharienne, le Sénégal, le Bénin, le Mali, le Burkina-Faso et le Togo ont participé au dépérissement des solidarités familiales. La famille qui est le vecteur naturel de l'entre-aide sociale est profondément défigurée par ce droit d'inspiration occidentale ou arabo-berbère. Le resserrement des successibles par le privilège du lien conjugal, le principe de l'exclusion par ordre de successibles, le privilège de masculinité dans les successions de droit musulman, sont autant d'obstacles à la pérennisation des solidarités familiales dans la transmission successorale des biens du défunt. En anéantissant les privilèges des ascendants, des collatéraux, de la femme et de l'enfant naturel, le droit des successions en Afrique subsaharienne devient inadapté aux réalités socio-économiques de la société africaine et est souvent source de conflits au moment de la dévolution successorale. Le législateur est ainsi interpellé pour mettre en place un droit des successions adapté aux réalités de la famille africaine. Le nouveau droit des successions doit tenir compte de la créance alimentaire des ascendants mais également de la situation de vulnérabilité des

collatéraux.

LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DANS LA LOI SUR LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE AU CAMEROUN

Par

MAZIGUI NGOUE Eulalie,

Docteur en droit,

Maître Assistant CAMES,

Enseignante à l'Université de Yaoundé 2 -Cameroun.

Résumé :

La procréation par l'union naturelle d'un homme et d'une femme s'est toujours faite dans la discrétion, elle est devenue au fil du temps un acte juridique. Au regard des difficultés de conception constatées aujourd'hui, le Cameroun a eu recours à la science en encadrant la procréation médicalement assistée, à travers la loi de 2022. Celle-ci rend possible sa faisabilité, lorsqu'elle respecte le consentement encadré par le législateur. Ce consentement a été véritablement protégé par la loi, en faisant de son respect, une condition de validité de la convention qui sera passée entre les porteurs du projet parental et le centre hospitalier agréé à pratiquer la PMA. La question qui se dégage de cette réflexion est de savoir dans quel intérêt le consentement est-il protégé ? La solennité de ce contrat impose de protéger ce consentement non seulement dans l'intérêt de la personne humaine, mais aussi dans celui de l'ordre public.

Mots clés : PMA-consentement-protection-Cameroun

Abstract:

Procreation through the natural union of a man and woman has always been carried out discreetly, over time it has become a legal act. Given the conception difficulties observed today, Cameroon has resorted to science by regulating medically assisted procreation through the 2022 law. This makes its feasibility possible when it respects the consent framed by the legislator. This consent was truly protected by law, by making its respect a condition of validity of the agreement which will be entered into between the holders of the parental project and the hospital center approved to practice assisted reproduction. The question that emerges from this reflection is to know in whose interest consent is protected? The solemnity of this contract requires that this consent be protected not only in the interest of the human person, but also in that of public order.

Keys word: PMA-consent protection-Cameroon

Introduction

La naissance d'un enfant dès les origines a toujours été la conséquence de sa conception de l'union entre un homme et une femme. Aujourd'hui quand celle-ci ne peut se faire de manière spontanée, on a de plus en plus recours à la science, à travers la pratique de la procréation médicalement assistée¹. Celle-ci à l'origine faisait l'objet d'une autorégulation par les chercheurs et les praticiens². Plusieurs Etats, après avoir constaté des difficultés de procréation de leur population, en ont fait un problème de santé publique, et ont pourvu cette aide scientifique de reproduction d'un cadre juridique. C'est dans cette optique que le Cameroun a adopté la loi numéro 2022/014 du 14 Juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée, dont la faisabilité est conditionnée par l'expression du consentement des intervenants lequel a été protégé par le législateur. Il s'agira donc au cours de cette étude d'analyser ladite protection.

La protection du consentement qui induit la sécurité juridique de son expression, impose *a priori* un entendement contextualisé de cette notion de consentement dans la mesure où elle s'avère polysémique.

En droit, il relève du droit des obligations notamment du droit des contrats, tributaire de la théorie de l'autonomie de la volonté. Malgré le déclin observé de celle-ci, on constate qu'elle conserve une place indéniable dans le droit des contrats aujourd'hui, en ce qu'elle continue d'exprimer l'idée que le contrat repose avant tout sur la volonté des parties. Le terme consentement renvoie donc à l'idée d'une extériorisation des intentions du contractant, posant la difficile question du type de volonté devant être pris en compte par le droit. Doit-on en effet attacher une

valeur à la volonté interne, c'est-à-dire aux désirs intérieurs du sujet du droit, ou plutôt à la seule volonté externe, telle qu'exprimée par le contractant ?³ La réponse à cette question est évidente dans la mesure où toute volonté a vocation à s'extérioriser. Le consentement en droit s'entend ainsi finalement comme l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit, rencontre de ces volontés qui est la condition de formation du contrat⁴.

Cependant en droit médical, la notion de consentement aura une autre signification. Au nom de la protection de l'intégrité physique et du respect de la dignité humaine, le droit a posé le principe du consentement au traitement médical ou aux recherches médicales. Toute personne prend ainsi, avec le professionnel de santé, compte tenu des informations qui lui sont données et des préconisations qui lui sont faites, les décisions concernant sa santé⁵. Toujours en droit médical, le consentement se trouve avoir des synonymes. C'est le cas de *l'assentiment* qui exprime, en droit de la santé et de la biomédecine, d'une part l'autonomie et l'autodétermination d'un acteur de santé, sujet de droit, soigné ou soignant, et d'autre part, l'accord manifeste et exprès à un acte de santé proposé et expliqué. Il convient de relever que l'assentiment aux actes de santé ne se réduit pas à la notion plus étroite de consentement au contrat médical, à la base, notion de droit civil. Il la complète, il manifeste dans la conception paternaliste de la médecine, une adhésion, l'autorisation à autrui d'intervenir sur l'état de santé, corporelle, organique, moléculaire ou mentale des personnes qui restent des sujets de droit quel que soit leur statut biologique⁶. Autre variante du mot consentement dans la terminologie médicale est le terme *autorisation*.

¹ Dorénavant PMA.

² N. SCHIFFINO ; « *La régulation publique de la biomédecine. Procréation médicalement assistée, recherche sur embryons, gestation pour autrui* », Courrier Hebdomadaire, nmro 2348-2349, 2017, CRISP, p.8.

³ S. PORCHY-SIMOM, *Droit des obligations 2022*, HyperCours, Dalloz, 14^e éd, numero146, p.93.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^eed, PUF, 2018, p.245.

⁵ Ph. PEDROT (S.dir) en collaboration avec E, CADEAU et P, LE COZ, *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Préface de J-F MATTEI, Ellipses, 2006, p.114.

⁶ Ibid, p.46.

L'autorisation constitue l'acte d'accorder un droit, de rendre licite, de donner la permission ou d'attribuer une licence⁷. Il en découle que le consentement général crée la relation médecin patient et assure un certain contrôle médical alors que l'autorisation porte plus spécifiquement sur une éventuelle intervention chirurgicale ou sur l'administration d'une anesthésie⁸.

Après la mise en exergue de ces différentes définitions du terme consentement, scrutons son sens donné par la loi sur la PMA, s'il y a été prévu. Des différentes définitions des termes de cette loi, l'on ne constate pas une mention de cette notion. Bien plus, étant dans le domaine médical, l'on se serait attendu à une définition de la notion de contrat médical. Il faudrait attendre l'article 19 de la loi pour voir apparaître pour la première fois, le mot convention. En effet, le législateur y énonce qu'avant toute démarche médicale relative à la PMA, les porteurs du projet parental et le centre d'assistance médicale à la procréation consulté, établissent une convention. En tout état de cause, dans un contexte de contractualisation tout azimut du droit, condition essentielle pour la validité d'un contrat, le consentement a plutôt le caractère d'une autorisation dans le cadre de la bioéthique⁹. Dans l'imprécision de la présente loi, le consentement étant exigible entre autres aux bénéficiaires de la PMA, avec possibilité de se rétracter, tout porte à croire qu'il ne pourrait s'agir d'un contrat

de droit commun à cause de l'absence de l'effet obligatoire. En d'autres termes, il s'agirait d'un *assentiment*, et c'est le sens que l'on retiendra dans le cadre de cette étude sur le consentement au sujet de la loi sur la PMA au Cameroun.

Justement cette loi définit la PMA comme un ensemble de pratiques cliniques et biologiques permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination artificielle, la fécondation in vitro, le transfert de gamètes et d'embryons, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons¹⁰. A l'issue de cet éclairage terminologique, il est opportun de révéler la préoccupation de cette étude.

Dans quel intérêt le consentement dans la loi relative à la PMA doit-il être protégé ?

La réponse à cette question posée impose de mettre en exergue non seulement l'intérêt immédiat de notre sujet, mais encore de manière lointaine, celui de la réglementation de la PMA au Cameroun. Dans l'immédiat, il y a lieu de vérifier si la loi camerounaise a respecté les prescriptions édictées par les conventions internationales sur la bioéthique. En effet, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme exige tout respect du consentement en cas d'intervention médicale¹¹. C'est également ce qui est prévu à la convention d'Oviedo¹². Dès lors, en prévoyant la condition de consentement dans la convention de PMA, le Cameroun

⁷ B. M. KNOPPERS, « *les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical* », Cahiers de droit, Vol19, numéro 4, 1978, p.894.

⁸ Ibid, p.899.

⁹ J. LECOMTE, P. HENNION, « *le principe de dignité humaine dans les lois de la bioéthique* », première partie, Revue juridique de l'Ouest, 2004-1, numéro 43, p.74.

¹⁰ Article 2 de la loi numéro 2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée au Cameroun.

¹¹ Article 6 alinéa 1 de cette déclaration dispose que : « toute intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée fondée sur des informations suffisantes. Le cas échéant, ce

consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle un désavantage ni préjudice ».

¹² Article 5 de la convention d'Oviedo du 04 Avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, dispose que : « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement ».

entendait s'arrimer aux exigences de ces normes internationales. Médiatement, cette étude est intéressante à plus d'un titre au regard des avis controversés que la PMA suscite. Précisons d'emblée, qu'on le veuille ou non, que la PMA occupe de nos jours une place certaine dans les Etats soucieux de leur procréation qui décline. Elle est au cœur des rapports entre les sexes traversés par les préoccupations contemporaines sur la famille et les nouvelles formes de parentalité. Le contexte médical des interventions obstétricales en constitue le terroir, en quelque sorte, favorisant l'apparition, l'implantation et le développement de ces nouvelles pratiques¹³. La réglementation de la PMA au Cameroun a occasionné des opinions divergentes à son propos.

L'on ne peut ignorer que la stérilité semble être une réalité sociale aujourd'hui au Cameroun et un phénomène de plus en plus grandissant. Concomitamment, l'on constate les efforts incessants du gouvernement camerounais à résoudre ce problème. En effet, en créant le centre hospitalier de recherche et d'application en chirurgie endoscopique et de reproduction humaine¹⁴ de Yaoundé, le Cameroun démontre par là son engagement à enrayer la stérilité. Avec la naissance des tout premiers bébés du CHRACERH le 12 juillet 2016 dans un contexte de vide juridique¹⁵, le bonheur parental des familles trouve là un début de solution¹⁶. Qu'à cela ne tienne,

socialement parlant, il nous semble qu'il était inopportun de faire de la procréation un problème de santé publique dans la mesure où la stérilité et l'infertilité n'ont pas encore atteint un niveau alarmant. C'est vrai qu'une confusion règne entre la notion de stérilité qui renvoie à l'incapacité totale de procréer, et celle d'infertilité qui englobe toutes les difficultés de concevoir¹⁷. Au regard de la prolifération des orphelinats au Cameroun, des nouveaux-nés abandonnés au quotidien dans des poubelles, il nous est difficile d'y conclure à l'existence réelle de problèmes de stérilité et d'infertilité dument visés par la loi¹⁸.

Les réponses éthiques proposées par les organisations religieuses diffèrent. Certaines autorités religieuses catholiques et protestantes notamment, rejettent la PMA en déplorant la légalisation, l'artificialisation et les manipulations non acceptables dans ce domaine¹⁹. Convoquons à ce niveau en guise d'illustration et de manière fortement opportune la position de l'Eglise Catholique Romaine au Cameroun sur la légalisation de la PMA à travers la Déclaration des Evêques du Cameroun²⁰. Celle-ci donne d'une part les raisons du rejet de la PMA et d'autre part des pistes d'exhortation à adopter une solution parallèle.

Dans le premier cas, l'enseignement du Magistère de l'Eglise juge peccamineux, inacceptables et illicites la PMA et plus particulièrement la technique de la

¹³ Ch. DORE, P. SAINT-ARNAUD : « *La PMA au prisme de la logique constructiviste* », Recherches Sociographiques, XXXVL, 3, 1995, p.510.

¹⁴ Le centre hospitalier de recherche et d'application en chirurgie endoscopique humaine, désormais (CHRACERH).

¹⁵ Premiers bébés du CHRACERH, le bonheur des familles, in *Cameroon Tribune* du 14 juillet 2016, pp8-10.

¹⁶ E. MAZIGUI NGOUE : « *Les prérogatives de la femme sur son corps en droit camerounais* », Revue CAMES/SJP, numéro001/2018, p.517 ; E. MAZIGUI NGOUE-NZAMEYO, « *Le contrat de gestation pour autrui dans l'avant-projet du code civil camerounais* », Revue de la Recherche Juridique-Droit positif, numéro 3-2015, pp.1287-1325.

¹⁷ J. MERCHANT : « *La procréation médicalement assistée : enjeux et politiques* », Revue Française d'Etudes Américaines, numéro 77, juin 1998, p.50.

¹⁸ L'article 2 alinéa 2 dispose que la PMA est destinée « *aux couples dont la difficulté ou l'incapacité à concevoir présente un caractère pathologique médicalement diagnostiqué* ».

¹⁹ Ch. GHASARIAN : « *L'anthropologie face aux nouveaux modes de reproduction* ». Journal des Anthropologues, numéro 60, Printemps, 1995, p.92.

²⁰ Cette Déclaration date du 08 Aout 2022 en la fête de Saint Dominique signée par le Président de la Conférence Episcopale Nationale du Cameroun en la personne de Monseigneur Andrew FUANYA NKEA, Archevêque de Bamenda.

fécondation *in vitro* pour certains motifs. Premièrement, le Catéchisme de l'Eglise Catholique²¹ enseigne que la vie humaine est sacrée et inviolable de sa conception jusqu'à sa fin naturelle. Elle mérite le respect de façon inconditionnelle et constante. Deuxièmement, la doctrine catholique enseigne qu'il y a un lien intrinsèque entre le rapport sexuel et la procréation. La donation réciproque des époux dans le langage corporel est à la fois expression de la signification sponsale et parentale. Le don de soi à l'autre traduit aussi simultanément l'ouverture ou la disponibilité au don de la vie. C'est la rupture de ce lien inséparable entre l'union et la procréation par l'intrusion de techniques de PMA qui pose problème²². Troisièmement, la pratique de la fécondation *in vitro* et transfert d'embryons est particulièrement condamnée par l'Eglise. Cette pratique se fait en laboratoire et non dans l'utérus de la femme. Elle utilise le sperme de l'homme et le matériel génétique de la femme, le plus souvent par un don anonyme ou connu. Toute cette manipulation provoque en effet l'acharnement procréatique, et prive ainsi la procréation humaine de la dignité qui lui est propre et connaturelle. Les causes évoquées sont la dissociation de l'acte conjugal de la procréation, de la réduction embryonnaire par avortement intentionnel sélectif, le diagnostic préimplantatoire, la congélation des embryons et des ovocytes ou cryoconservation et les dissociations des parentés²³.

Dans le second cas, afin de répondre au désir des couples stériles d'avoir un enfant, l'Eglise approuvant une recherche scientifique conforme au respect de la vie et de la dignité humaine, encourage ces couples à assumer l'échec d'une stérilité irrémédiable. Elle les invite à s'en tenir au seul procédé humain de substitution

valable, celui de la procédure d'adoption de nombreux orphelins qui ont besoin d'un foyer domestique pour leur adéquate croissance humaine. Par ailleurs, l'Exhortation Apostolique Post-synodale *Ecclésia in Africa* affirme fièrement que « l'Afrique aime la vie, l'Africain promeut la culture de la vie ». L'amour de la vie pour l'Africain est donc inconditionnel. Afin de la promouvoir et la protéger, elle encourage au sein des structures hospitalières, universitaires et sociétales, la création des comités d'éthique. Avec l'accompagnement de l'Eglise et l'appui de l'Etat, ces comités œuvreront à outiller le peuple de Dieu appelé à refuser de coopérer directement ou indirectement au mal de l'irrespect de la vie, et à la promouvoir par un témoignage héroïque²⁴.

La position de l'Eglise Catholique Romaine au Cameroun étant connue, quel constat peut-on faire du destin des principes de protection du corps humain dans ce contexte, notamment celui d'indisponibilité qui prône la protection du corps humain contre la personne elle-même ? Une étude récente à ce sujet estime qu'avec l'adoption de la loi sur la PMA au Cameroun, le principe d'indisponibilité du corps voit sa force se décliner. Même si les dérogations à ce principe se sont en effet multipliées ailleurs, ce principe dans sa formule applicable au Cameroun perd désormais de sa vigueur²⁵. Malgré les coups portés à la pratique de la PMA à cause davantage des conflits d'intérêts qui sont ses sources de complication, l'Etat camerounais n'a pas résisté à sa légalisation. Cette réglementation est une réponse à la préoccupation d'après laquelle les questions liées à la procréation constituent un des points névralgiques de l'édifice social en ce qu'elles remettent en cause des représentations sociales que le droit a cristallisé qui dans une société

²¹ Catéchisme de l'Eglise Catholique, numéro 2270.

²² Déclaration des Evêques du Cameroun du 08 Aout 2022, p.3.

²³ Ibid., p.3, 4, 5.

²⁴ Ibid., p.6.

²⁵ H. ADJI ALHADJI DJOUGOUM : « L'indisponibilité du corps humain et la procréation médicalement assistée au Cameroun », RDCEC, Vol4, numero2, 2023, p.128.

déterminée est juridiquement qualifiée de fils, de père, de mère, ou même d'individu²⁶.

L'intérêt de cette étude dévoile ainsi le désir grandissant d'un droit à l'enfant que vient rendre possible la PMA. Le législateur camerounais en rendant la faisabilité de celle-ci à travers un acte conventionnel liant les parents d'intention à l'équipe médicale, exaltait le consentement. Celui-ci est donc la condition nécessaire susceptible de responsabiliser les différents intervenants à la PMA par sa protection qui ne devrait concerner qu'un intérêt légitime. Celui-ci vise toutes les personnes privées, mais aussi la personne publique compétente de se saisir des questions de procréation en vue d'en faire un problème de santé publique. Dès lors, à la question sus posée qui consistait à savoir dans quel intérêt le consentement dans la PMA doit être protégé, il nous est loisible de répondre que cette protection doit être faite non seulement dans l'intérêt de la personne humaine (I), mais aussi dans l'intérêt de l'ordre public (II).

I/ La protection dans l'intérêt de la personne humaine

Le législateur camerounais dans la loi de 2022 fait allusion pour la première fois au consentement dans le chapitre deux qu'il a intitulé les principes directeurs. L'article 6 de la loi en disposant que : « *la procréation médicalement assistée est subordonnée au consentement libre, éclairé, préalable et écrit du couple concerné* », révèle ses qualités. Par ailleurs, il s'est intéressé aux personnes physiques susceptibles d'intervenir dans la PMA. Dès lors, l'analyse de la protection dudit consentement induit d'apprécier non seulement ses modalités de protection (B) mais encore l'intérêt de protéger des personnes appelées à consentir (A).

²⁶ M. MANDOFIA et M. BUERGISSER, « *Les difficultés de réglementer la procréation assistée* », Déviance et société, 1989, Vol.13, numéro 3, p.260.

²⁷ C'est l'article 2 alinéa 2 de la loi de 2022.

A/ La protection du consentement des personnes concernées par la PMA

La PMA se pratique de manière utilitaire, elle intéresse toutes les personnes qui ont un désir immédiat ou lointain d'un projet parental. En prenant en compte cette réalité, dans l'encadrement de la formation du lien contractuel, le législateur camerounais de 2022 a assujéti les personnes demandresses à la convention de la PMA à l'obligation de consentir aux différentes exigences qui y sont liées. Nous verrons donc tour à tour l'intérêt de protéger d'une part le consentement des personnes bénéficiaires, c'est-à-dire les couples (1) et d'autre part de protéger celui des personnes autres que les couples (2).

1/ Dans l'intérêt des couples

Les couples sont concernés par l'obligation de consentir²⁷. A l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi de 2022, le législateur camerounais dispose que la PMA est destinée aux couples²⁸. L'article 3 définit le couple comme l'homme et la femme mariés ou non. Dès lors, seul le couple hétérosexuel marié ou ayant une communauté de vie attestée par un rapport d'enquête sociale peut être demandeur d'une procréation médicalement assistée.

L'intérêt de la protection du consentement des couples se justifie non seulement avant la conclusion du contrat, mais aussi bien après, poursuivant l'objectif de crédibiliser ou de solidifier l'acte juridique en projet.

Avant la conclusion du contrat, le centre de procréation médicalement consulté, a l'obligation précontractuelle d'informer préalablement le couple sur tous les tenants et les aboutissants de cette pratique. Tous les renseignements doivent être fournis par le centre aux porteurs du projet sur la pratique médicale employée, ses chances de réussite, ses effets secondaires, ses risques à court ou à long terme, ainsi que la pénibilité et les contraintes que l'exercice peut

²⁸ Le législateur camerounais a pris soin de définir le mot couple à l'article 3 de la loi de 2022 qui traite des définitions comme l'homme et la femme mariés ou non.

engendrer²⁹. Cette protection du consentement dans l'intérêt des couples leur permet de s'engager en connaissance de cause, induisant un consentement éclairé. Après avoir été amplement informé sur la pratique de la PMA, l'acte juridique ou plutôt la conclusion du contrat se fera dans un climat de confiance. Dans cette optique, la parole donnée du couple affermira davantage le contrat conclu avec le centre de procréation médicalement consulté. Dès lors, les revirements, rétractations, annulations, de la parole donnée de manière complaisante, seront à défaut d'être anéanties, mais très certainement amoindries. Le législateur camerounais de 2022 a d'ailleurs prévu la révocation écrite du consentement comme l'un des obstacles à l'insémination³⁰. En allant confiner leur désir d'enfant dans un contrat, le couple démontre par là le sérieux de son initiative et la maturité du projet parental, l'actualité juridique étant d'ailleurs à la contractualisation du droit dans tous les domaines. Cela suppose par ricochet les prédispositions des membres du couple à assumer toutes les responsabilités découlant de leurs actes. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement, puisqu'ils sont les initiateurs de la pratique de cette PMA. Il s'agirait même d'une responsabilité irréfutable dont les parents sont porteurs dès la conception de l'enfant. Dans cette perspective, seuls les parents sont directement responsables de l'enfant conçu dont ils peuvent interrompre le développement en présence d'une grave malformation. Ils sont tout aussi irréfutablement responsables des conséquences de cette décision sur l'avenir de l'homme et de la société³¹.

En guise d'autre intérêt de la protection du consentement du couple, l'on peut évoquer la sacralisation de la créature humaine et la consolidation de la place qu'occupe l'enfant dans la culture africaine. Depuis que la

conception de l'homme n'est plus de la seule souveraineté divine avec désormais l'intervention de la science reproductive, l'impression de la réification de l'homme créé à l'image divine semble avérée. L'on ne devrait justement pas perdre de vue le caractère sacré de l'être humain, peu importe son mode de conception. Il n'est donc pas souhaitable de voir un projet de PMA s'interrompre parce que chemin faisant le consentement du couple ou l'un des membres du couple n'était pas éclairé. Par ailleurs, en protégeant le consentement du couple contre lui-même, l'on garantit à l'enfant à naître son droit à la filiation vis-à-vis de ce couple qui peut définitivement cheminer ensemble ou bien se séparer. L'issue de la relation ne devrait en aucun cas nuire au droit de la filiation de l'enfant à son égard. Le juge français à titre de droit comparé avait retenu cette solution dans une affaire. En terme de filiation, aujourd'hui comme hier et sans doute demain, il est normal de raisonner de manière différente selon que le couple demandeur se compose de *gens mariés* ou de *concupins*. S'ils sont mariés, le jeu de la présomption posée par l'article 312 du code civil suffit à attribuer au mari la paternité de l'enfant mis au monde par son épouse. Sinon le consentement du concubin est requis. Il ne suffit d'ailleurs pas qu'il ait consenti à l'insémination, une reconnaissance est nécessaire. Or celui qui est ainsi dire le père juridique de l'enfant, mais non son père biologique, forme parfois, notamment en cas de divorce ou de rupture du concubinage, le projet de contester sa paternité, bien qu'il ait consenti à l'insémination³². Malheureusement il ne peut nullement, selon la loi de 2022, contester sa paternité après avoir donné son consentement. Celui-ci traduit en même temps la reconnaissance juridique du père qui se trouve désormais lie emportant les

²⁹ Article 20 alinéa 2 de la loi de 2022.

³⁰ Article 12 de de la loi de 2022.

³¹ S. FREMEAUX : « *La responsabilité des bénéficiaires de la procréation sélective* », Revue juridique de l'Ouest, 1997-3, p.290.

³² Civ.1ere, 10 Juillet 1990, X...c. Mme Z...et autre, in H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome1, Introduction-Personnes-Famille-Biens*, 13ed, Dalloz, 2015, p322 et suivants.

conséquences juridiques que cela entraîne. Ceci étant, qu'en est-il exactement de l'intérêt de protéger le consentement des personnes autres que les couples ?

2/ Dans l'intérêt des personnes autres que les couples

Les personnes autres que les couples clairement identifiés sont aussi astreintes à l'obligation de consentir. Il s'agit des tiers donneurs³³, des personnes désireuses de conserver leur patrimoine génétique qui se déclinent aux personnes majeures³⁴ et aux personnes mineures³⁵, et enfin des personnes non affectées à un programme de don de gamètes³⁶.

L'intérêt de protéger le consentement de ces personnes varie d'une personne à une autre. S'agissant des tiers donneurs, l'intérêt de protéger leur consentement se manifeste aussi bien à leur encontre qu'en leur faveur. A leur encontre, cet intérêt consiste à éviter des rétractations de complaisance susceptibles de nuire à la réalisation du projet parental. C'est la raison pour laquelle, il serait indiqué de procéder au préalable et en amont à une certaine enquête de moralité des potentiels tiers donneurs. Ceci aura pour but d'éviter une rétractation et l'irrespect de la parole donnée. Toujours à l'encontre des tiers donneurs, cela garantira la gratuité du don dans l'expression du consentement car découlant d'un acte volontaire. En leur faveur, l'intérêt de la protection du consentement des tiers donneurs induit de préserver leur anonymat, d'une part dans le but de ne pas créer de lien de filiation avec l'enfant en gestation qui entraînerait des conséquences

juridiques notamment successorales, et d'autre part en vue de laisser les parents d'intention jouir paisiblement et sans inquiétude de leur filiation vis-à-vis de l'enfant à naître.

S'agissant des personnes désireuses de conserver leur patrimoine génétique, leur consentement devrait être protégé en vue de garantir leur désir de pérenniser les gènes familiaux hérités depuis plusieurs générations. Quand on sait que les gènes de famille sont la marque déposée de certaines familles qui les garde jalousement et se les transmet en héritage, l'on comprend aisément pourquoi ce patrimoine génétique veuille être conservé. En outre, il peut arriver que ce patrimoine génétique soit l'ultime chance d'assurer la descendance d'une famille, d'où l'intérêt capital de bien le garder en évitant les versatilités d'opinion et de rétractation de complaisance.

Quant aux personnes non affectées à un programme de don de gamètes, leur consentement est protégé en leur faveur dans le but d'éviter des querelles de famille en respectant l'anonymat de leur engagement. L'objectif poursuivi ici est celui d'encourager l'entraide humaine de manière désintéressée et contribuer d'une certaine façon à la promotion de la création de l'espèce humaine dans la discrétion. A leur désavantage, leur consentement est protégé pour préserver la parole donnée et décourager les plaisantins à venir vendre l'illusion à un couple qui serait dans un réel besoin, voire un grand désir d'enfant et souhaite voir son projet parental se réaliser. L'intérêt pour lequel le consentement des

³³ Article 23 de la loi de 2022 : « *Le couple qui, pour procréer, recourt à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doit au préalable fournir son consentement écrit au centre de procréation médicalement assistée.* ».

³⁴ Article 27 de la loi de 2022 : « *En vue de la réalisation ultérieure d'une procréation médicalement assistée, toute personne peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou du tissu germinal avec son consentement, lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer sa fertilité ou lorsque celle-ci risque d'être prématurément altérée.* ».

³⁵ Article 31 de la loi de 2022 : « *Le recueil de gamètes d'une personne âgée de moins de vingt et un (21) ans ne peut être effectuée que dans le cas prévu à l'article 27 ci-dessus, et après assentiment du mineur et autorisation écrite de son représentant légal.* ».

³⁶ Article 33 alinéa 2 de la loi de 2022 : « *Les gamètes d'une personne, non affectés à un programme de don de gamètes, ne peuvent être conservés qu'avec son consentement écrit et pendant une période maximum de cinq (ans).* ».

personnes concernées par la PMA est protégé étant connu, il est temps d'examiner les modalités de protection de ce consentement.

B/ Les modalités de protection du consentement

La modalité s'entend comme la particularité qui accompagne un fait ou un acte juridique³⁷. Les modalités qui accompagnent ainsi la protection du consentement à la PMA englobent toutes les qualités essentielles du consentement mettant ainsi en exergue non seulement ses principes directeurs (1) mais aussi ses moyens d'expression (2).

1/ Les principes directeurs du consentement

Ceux-ci s'assimilent aux caractères. Ceux-ci se définissent comme la marque distinctive de quelque chose, la qualité propre de quelque chose ou encore ce qui donne à quelque chose son originalité³⁸. Le législateur camerounais de 2022 protège à sa manière le consentement en évinçant les vices de consentement qui sont des faits altérant la volonté contractuelle et pouvant conduire à la nullité du contrat. C'est ainsi que l'article 6 de la loi de 2022, qui est une reprise de l'article 5 de la convention d'Oviedo, dispose que la PMA est subordonnée au consentement libre, éclairé, préalable du couple. Ces principes directeurs du consentement auxquels on ne peut déroger, méritent une analyse succincte.

Le consentement *libre* ne comporte pas d'obstacles ou de contraintes³⁹. Ce caractère suppose que le consentement ne doit pas être donné par la violence physique ou

morale. Il doit être exempt notamment de toute pression de la part des chercheurs et de l'équipe médicale procédant à la fécondation *in vitro*⁴⁰. Une question survient à ce niveau, est-ce le couple concerné qui doit exprimer ce consentement de manière libre ? La réponse inéluctablement affirmative. Quant aux personnes autres que les couples assujettis au consentement, la loi de 2022 n'en fait pas cas explicitement. Une analyse minutieuse de la loi de 2022 nous enseigne que les tiers donneurs, les personnes désireuses de conserver leur patrimoine génétique ou les personnes non affectées à un programme de don de gamètes ainsi que le don de gamètes sont volontaires⁴¹.

Le consentement *éclairé* est celui qui manifeste des connaissances et du discernement⁴². C'est celui où il n'existe aucune zone d'ombre. Le consentement éclairé est souvent assimilé à l'obligation d'information du médecin induisant davantage sa responsabilité civile contractuelle que délictuelle. Celle-ci de création jurisprudentielle⁴³ est destinée à assurer un consentement éclairé du patient dans le contrat médical, impose un équilibre entre celui qui est dépendant et celui qui dispose des moyens, entre celui qui sait et celui qui ignore⁴⁴. Depuis cette décision justement, la jurisprudence avait commencé à soumettre dans son ensemble la relation médicale au droit des contrats, laquelle affaire semble être dépassée aujourd'hui en faveur de l'émergence d'une responsabilité civile professionnelle autonome fondée sur la loi⁴⁵. En tout état de cause, ce consentement éclairé devrait être affirmé dans tout contrat médical en vue d'éviter

³⁷ Le Petit Larousse, Grand format, 2000, p.660.

³⁸ Le Petit Larousse, Grand format, 2000, p.176.

³⁹ Ibid, p.595.

⁴⁰ E. PETIT, « *Eléments de réflexion sur le choix d'un modèle de réglementation pour l'embryon et les cellules souches embryonnaires* », Les Cahiers de Droit, Vol45, numéro 2, 2004, p.379.

⁴¹ Article 8 de la loi de 2022 : « *Les dons de gamètes et d'embryons, ainsi que les transferts d'embryons sont volontaires (...)* ».

⁴² Le Petit Larousse, *op.cit*, p.358.

⁴³ Cass. Civ, 20 Mai 1936, Mercier, in H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations-contrats spéciaux-Suretes*, Dalloz, 2015, p152 et svts.

⁴⁴ J. LECOMTE, P. HENNION, « *Le principe de dignité humaine dans les lois de bioéthique (Première partie)* », Revue juridique de l'Ouest, 2004-1, numéro 41, p.72.

⁴⁵ D. BERT : « *Feu l'arrêt Mercier* », Dalloz, 2010, p.1801.

des regrets après la réalisation de l'acte. C'est le constat qui avait été fait chez quelques hommes ayant donné leur sperme qui en s'exprimant déploraient trop de zones d'ombre à l'époque du don. Ils disent que leur consentement n'était peut-être pas éclairé au sens où on leur avait dit au moment de leur don qu'ils donnaient seulement des cellules, et qu'ils réalisent maintenant que c'est un peu plus que ça⁴⁶. Qu'à cela ne tienne, pour répondre à la question de savoir si le consentement éclairé s'apparente à l'obligation d'information, le législateur camerounais semble trancher en faveur de l'assimilation. Il prévoit que le centre de procréation médicalement assistée organise des entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre d'assistance médicale à la procréation consulté, à laquelle est dûment associé le travailleur social, en vue de permettre aux porteurs du projet parental de disposer des informations pertinentes et d'interagir avec le personnel médical⁴⁷. Dès lors les membres de l'équipe médicale sus évoqués deviennent les débiteurs de cette obligation d'information⁴⁸. L'affirmation d'une obligation d'information des médecins d'essence contractuelle ne devrait pas être péremptoire dans la mesure où c'est la loi qui prescrit ces normes de comportement et non pas l'accord de la volonté des parties. Il est donc opportun de réitérer ce qui vient d'être dit plus haut, que l'on s'achemine inéluctablement vers l'émergence d'une responsabilité civile professionnelle autonome, détachable de l'opposition

traditionnelle responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

Le consentement *préalable* constitue aussi l'un des principes directeurs de ce contrat médical. Le préalable renvoie à ce qui doit être fait ou examiné d'abord ou auparavant⁴⁹. C'est une obligation précontractuelle qui est exécutée avant la conclusion de la convention. Le principe d'établissement d'une convention avant toute démarche médicale relative à la PMA est consacré à l'article 19. L'article 20 enchaîne en imposant au centre de PMA consulté d'inspecter auparavant un certain nombre de choses. C'est ainsi qu'il doit vérifier notamment pour les cas où cela est indiqué, que les causes de stérilité, d'infertilité ou d'hypofertilité du couple, la difficulté ou de l'incapacité à concevoir des demandeurs ont été traités antérieurement et sans succès, conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession⁵⁰.

Après l'examen des principes directeurs de ce consentement, il nous est loisible de mettre en relief les moyens de son expression.

2/ Les moyens d'expression du consentement

Tout ce qui sert d'intermédiaire, ou permet de faire quelque chose se dénomme moyen⁵¹. Quelle est donc la forme par laquelle le consentement s'exprime dans la loi de 2022 ? Le législateur camerounais sans tergiverser a choisi l'écrit, l'écriture qui se définit comme le document constituant un moyen de preuve⁵². En optant en faveur de l'écrit comme moyen d'expression du consentement, la crédibilité

⁴⁶ G. DELAISI DE PARSEVAL, « *Secret des origines/inceste/procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes. Ne pas l'épouser* », Anthropologie et sociétés, vol33, numero1, 2009, p.162.

⁴⁷ Article 18 de la loi de 2022.

⁴⁸ Cette obligation se retrouve aussi à l'alinéa 2 de l'article 20 de la loi de 2022.

⁴⁹ Le Petit Larousse, op.cit, p.815.

⁵⁰ L'article 20 alinéa 1 continue en imposant la vérification pour les cas où cela est indiqué que des maladies congénitales des demandeurs ont été

antérieurement diagnostiquées et traitées sans succès, conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession ; Le centre de PMA fournit une information loyale préalable aux porteurs du projet parental sur le diagnostic génétique préimplantatoire ; il fournit aux parties intéressées, un soutien psychologique et un accompagnement psychosocial avant et au cours du processus de PMA.

⁵¹ Le Petit Larousse, Grand format, op.cit., p.676.

⁵² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12 éd, 2018, p.386.

du contrat et l'éloignement des annulations de complaisance dudit contrat étaient recherchés. La première fois où le législateur camerounais fait référence à l'écrit comme forme du consentement est à l'article 6⁵³. Il continue dans la même optique aux articles, 11 alinéa 2⁵⁴, 12 alinéa 3⁵⁵, 21 alinéa 2⁵⁶, 23⁵⁷, 27⁵⁸, 31⁵⁹, et 33 alinéa 2⁶⁰. Mais avant d'analyser ces différentes dispositions, il nous est impérieux de rappeler à quoi renvoient les fonctions de l'écrit et sa nomenclature dans un acte juridique.

Dans un contrat, l'écrit renvoie à l'acte instrumentaire encore appelé instrumentum. En guise de fonction il relate l'acte juridique, tantôt pour en reconstituer la preuve ; tantôt pour en permettre la publicité qui en assurera l'opposabilité ; tantôt pour en assurer la perfection, la validité. Dans le premier cas, il est établi *ad probationem*, dans le deuxième cas, il l'est *ad opposabilitatem*, dans le troisième cas, il l'est *ad validitatem*⁶¹. Le cas le plus usuel est la première fonction. Le cas exceptionnel dans un régime juridique qui consacre le consensualisme est la troisième fonction. Le cas de ceux qui constatent la constitution ou le transfert de droits réels immobiliers est la deuxième fonction. La nomenclature des actes instrumentaires

révèle deux dénominations, l'acte en forme authentique et l'acte en forme sous seing privé. Les actes sous seing privé se subdivisent en deux catégories, ceux qui sont signés que des seules parties et ceux qui sont contresignes par un avocat⁶². Après cette précision, les questions de la fonction et de l'appellation de l'écrit de la loi de 2022 s'imposent, sans oublier celle de la révocation de l'écrit. Les réponses sont indéniablement liées à l'analyse des dispositions sus mentionnées.

S'agissant de la fonction, convoquons les articles 11 alinéa 2, 23, 31 et 33 alinéa 2. Le constat unanime qui est fait dans les trois premières différentes dispositions est que l'allusion à l'écrit est toujours associé à un ordre du législateur à travers le verbe « devoir » induisant une obligation. L'écrit étant un acte préalable, dès lors, sa fonction est *ad validitatem*. L'article 31 qui traite de la conservation du patrimoine génétique d'une personne mineure pose le principe du consentement cumulé du mineur et de l'autorisation de son représentant légal. En l'absence de précision de la forme du consentement du mineur, on a l'impression qu'il peut ne pas exister et rendre néanmoins valable le contrat avec l'autorisation écrite du représentant légal confirmant la fonction sus retenue. L'article

⁵³ Article 6 de la loi de 2022 : « *La procréation médicalement assistée est subordonnée au consentement (...) et écrit du couple concerné* ».

⁵⁴ Article 11 alinéa 2 de la loi de 2022 : « Les demandeurs d'une procréation médicalement assistée (...) doivent consentir préalablement *par écrit* (...) ».

⁵⁵ Article 12 alinéa 3 de la loi de 2022 : « Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons : la révocation *par écrit*, du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre la procréation médicalement assistée ».

⁵⁶ Article 21 alinéa 2 de la loi de 2022 : « La convention visée à l'alinéa 1 ci-dessus est signée en trois exemplaires. Un exemplaire est conservé au centre de procréation médicalement assistée et les autres exemplaires sont remis à chacun des membres du couple, porteur du projet parental ».

⁵⁷ Article 23 de la loi de 2022 : « Le couple qui, pour procréer, recourt à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doit au

préalable fournir son consentement *par écrit* au centre de procréation médicalement assistée ».

⁵⁸ Article 27 de la loi de 2022 : « En vue de la réalisation ultérieure d'une procréation médicalement assistée, toute personne peut bénéficier du recueil ou de la conservation de ses gamètes (...) avec son consentement (...) ».

⁵⁹ Article 31 de la loi de 2022 : « Le recueil de gamètes d'une personne âgée de moins de vingt et un (21) ans ne peut être effectuée que dans le cas prévu à l'article 27 ci-dessus, et après assentiment du mineur et autorisation *écrite* de son représentant légal ».

⁶⁰ Article 33 alinéa 2 : « Les gamètes d'une personne, non affectés à un programme de don de gamètes, ne peuvent être conservés qu'avec son consentement *écrit* et pendant une période maximum de cinq (05) ans ».

⁶¹ M. GRIMALDI, Ch. GIJSBERS : « *Negotium et Instrumentum* », RTDCiv 2024, numero1, p.577.

⁶² Ibidem, numero4, p.578.

33 alinéa 2 qui traite de la possibilité de conservation des gamètes d'une personne non affectée a un programme de don de gamètes semble recouvrir les deux fonctions *ad validitatem* et *ad probationem*. *Ad validitatem*, parce que l'écrit peut être un préalable, et *ad probationem* parce que la priorité pourrait être donner au simple échange de consentement, l'écrit venant que le constater. La fonction *ad validitatem* est également secondaire laissant la priorité est accordée à la fonction probatoire à l'article 27 qui ne mentionne pas la forme du consentement d'une personne en cas de recueil et de la conservation de ses gamètes. Concernant la dénomination de l'acte instrumentaire, le législateur camerounais n'a nullement mentionné dans la loi de 2022 l'éventualité d'un acte passé devant notaire induisant un acte authentique. Convoquons ici l'article 21 de la loi de 2022, notamment les alinéas 1 et 2. Le premier alinéa dispose que la convention visée à l'article 19 ci-dessus est signée des deux porteurs du projet parental et du centre de PMA. L'alinéa 2 complète en prévoyant que la convention est signée en trois exemplaires, l'un conservé au centre de PMA et les autres étant remis à chacun des membres du couple, porteur du projet parental. La convention de PMA étant un acte juridique passé entre les porteurs du projet parental et le centre d'assistance médicale à la procréation, les consacre donc comme parties à ladite convention. Dès lors, conformément à l'article 21 sus évoqué, les signataires de cette convention n'étant que les parties, l'acte instrumentaire ne peut être qu'un acte sous seing privé dont la force probante n'est pas assurée.

L'article 12 prévoit la possibilité de la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre la PMA, en vue de faire obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Le législateur camerounais met ainsi en exergue le

caractère non définitif, progressif du consentement, voire même sa précarité dans la convention de PMA avant le début de la pratique de celle-ci. C'est sans doute la raison pour laquelle il n'a pas voulu que cet acte soit passé devant notaire.

Il est évident au regard de cette analyse que le législateur camerounais a réellement protégé le consentement de la personne humaine contre la science de la reproduction. Cette protection devrait davantage se compléter dans l'intérêt de l'ordre public.

II/ La protection dans l'intérêt de l'ordre public

En protégeant le consentement, la loi de 2022 entend promouvoir, la primauté de l'homme sur la science, l'intérêt général sur les intérêts particuliers, maintenir l'ordre social. Dès que la conception d'un être humain sort de la sphère privée des individus, l'Etat intervient. L'ordre public, notion traditionnelle de droit administratif voit son extension contemporaine dans d'autres domaines. C'est ainsi que la dignité humaine est devenue une composante de l'ordre public. Il existe également un ordre public contractuel qui constitue une limite à l'autonomie de la volonté. Au sein d'un système juridique, l'ordre public représente les termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière et par extension à désigner l'ensemble des règles qui présentent ce caractère⁶³. On a parfois présenté la distinction traditionnelle entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection selon le caractère positif ou négatif de la norme obligatoire. L'ordre de direction commanderait, aurait un contenu positif, tandis que l'ordre de protection prohiberait, serait une interdiction et aurait un contenu négatif⁶⁴. Parler de la protection du consentement dans la PMA dans l'intérêt de l'ordre public revient à mettre en exergue

⁶³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.721.

⁶⁴ J. PINEAU : « *L'ordre public dans les relations de famille* ». Les cahiers de droit, Vol.40, numero2, 1999, p.326.

un droit consacré (A), et un droit discuté (B).

A/ Un droit consacré, le droit à la protection du consentement à la PMA

Le législateur camerounais a consacré la protection du consentement dans la PMA en la consolidant à travers l'ordre public de protection. Par extension, il semble vouloir sacraliser le droit à la procréation en consacrant un droit à l'enfant. En vue d'éviter les dérives dans tous les actes cliniques et biologiques relatifs à cette pratique, il l'a encadrée à travers des interdictions (1) et des sanctions (2).

1/ Les interdictions

Le législateur a prévu des interdictions dans la loi de 2022 dans le but de protéger la collectivité des dérives de la science reproductive.

A l'article 41 alinéa 1, il est interdit d'utiliser du matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon sans le consentement écrit du donneur, fourni conformément à la législation en vigueur. L'on constate le renforcement de la protection du consentement du donneur avec la combinaison de l'exigence de l'écrit et la prohibition de créer un embryon. Cette précision de la forme du consentement renforce ses fonctions *ad validitatem* et *ad probationem*. L'écrit semble être un préalable ici, a donc ici prioritairement une fonction de validité de l'utilisation dudit matériel reproductif humain et accessoirement une fonction probatoire. A ce niveau, s'il advient que le donneur décède et que l'on veuille recueillir son consentement en vue de créer un embryon, comment procédera-t-on ? Invitons ici l'article 33 de la loi de 2022 pour essayer une réponse. Cette disposition distingue le cas d'une personne qui fait conserver ses gamètes affectés à un programme de don de gamètes, de celui d'une personne dont les gamètes ne sont pas affectés à un tel programme. Dans les deux hypothèses, l'objet est la conservation des gamètes. Lorsqu'il faudra passer à l'usage desdits gamètes et qu'il faille recueillir le

consentement du donneur décédé avant l'expiration du délai de conservation, l'on sera heurté au principe d'anonymat qui rendra impossible la recherche de ses ayants droits. En vue de renforcer davantage la protection de ce consentement, nous suggérons qu'il soit donné devant notaire dès l'initiative du don, et accompagné d'une des clauses suivantes « *ce consentement couvre toutes les situations qui pourraient entraîner l'usage licite du matériel reproductif humain, objet du don, du vivant du donneur ou post mortem* ».

A l'article 41 alinéa 2, il est interdit d'utiliser un embryon *in vitro* sans le consentement écrit du couple, fourni conformément à la législation en vigueur. L'on constate encore le renforcement de la protection du consentement avec la prohibition d'utiliser un embryon *in vitro*. Les sujets dont le consentement est requis ici est le couple. L'écrit ici a prioritairement une fonction *ad validitatem*. Cela suppose que l'insémination objet du projet parental a sans doute réussi, mais avec reste d'embryons. Se pose donc la question du destin de ces embryons. Le législateur de 2022 s'est penché sur la question des gamètes surnuméraires. A l'alinéa 4 de l'article 33, il s'est contenté de prévoir que le délai de conservation des gamètes surnuméraires en vue de la réalisation d'un projet parental ou d'un projet parental ultérieur ne doit pas excéder 10 ans, à compter du jour de la cryoconservation. Mais la question de l'utilisation des embryons surnuméraires sans le consentement écrit du couple demandeur désormais satisfait devrait à notre sens faire l'objet d'une interdiction, puisque le projet parental est déjà réalisé.

En tout état de cause, les interdictions empêchent les dérives des praticiens. Etant déjà en possession du matériel reproductif humain, ils ne peuvent le manipuler pour des fins illicites, sinon ils seraient passibles de sanctions.

2/ Les sanctions

Le législateur a prévu des sanctions dans la loi de 2022 pour corriger l'inobservation

des règles de protection du consentement, tout en dissuadant tout acte illégitime.

La sanction est tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation. En réaction à l'irrespect des interdictions ci-dessus révélées, le législateur camerounais n'a prévu que des sanctions pénales. L'ordre public en droit pénal constitue un pilier fondamental justifiant l'intervention de l'Etat pour réprimer les comportements nuisibles à la société. La peine est un châtement édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction⁶⁵. Les sanctions pénales dans le cadre de la bioéthique doivent être envisagées dans deux catégories d'une manière générale. La première catégorie vise à punir les infractions les plus graves, c'est-à-dire la mise en œuvre de pratiques ou recherches interdites. La seconde catégorie a pour objet de réprimer toute pratique qui, bien que licite, ne respecterait pas les règles de procédure et de fond résultant de la mise en œuvre des principes de consentement, de gratuité et de finalité thérapeutique et scientifique⁶⁶. L'on constate aisément que c'est la dernière série de sanctions pénales qui a été consacrée par le législateur camerounais.

Dès lors, les peines retenues par la loi de 2022 concernent la peine privative de liberté et la peine patrimoniale.

S'agissant de la peine privative de liberté, celle qui a été retenue qui sanctionne les délits est l'emprisonnement. La volonté législative de recourir à l'emprisonnement est favorisée par la réalité d'après laquelle, la consécration de la liberté comme le bien le plus sacré fait de sa privation la peine par excellence⁶⁷. Est donc puni d'un emprisonnement de dix ans à vingt ans, non

seulement celui qui utilise du matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon sans le consentement écrit du donneur⁶⁸, mais aussi celui qui utilise un embryon *in vitro* sans le consentement écrit du couple⁶⁹. Le législateur en choisissant la peine d'emprisonnement suffisamment longue vise sans doute à dissuader le délinquant de récidiver en lui démontrant en même temps la gravité de son acte d'omission délibéré. Justement en créant un embryon ou en utilisant un embryon *in vitro* sans le consentement du donneur, cet acte constitue un délit d'une telle gravité de refus de solliciter l'autorisation du donneur, qui nécessite une correction pour dissuader le fautif à renouveler son exploit. La longue durée de dix ans de prison à vingt est appropriée pour atteindre cet objectif. Les peines plus longues ont l'avantage de permettre la mise en œuvre d'un véritable traitement pénal. Surtout elles apparaissent inévitables car elles sont, en l'état actuel des idées et des mœurs, les seules réponses concevables aux infractions les plus graves⁷⁰.

S'agissant de la peine patrimoniale, celle qui a été retenue s'entend en une obligation pour le condamné de payer une somme d'argent au trésor public est l'amende. L'acte posé par le fautif ayant causé un trouble à l'ordre public par le mépris des règles de protection du consentement, le bénéfice de la réparation de cet acte devrait donc être alloué à l'intérêt général. Celui-ci se traduit justement par l'allocation au trésor public de ladite amende. Dans la quasi-totalité des textes répressifs, le montant de l'amende correspond à une somme déterminée par le législateur⁷¹. Justement le législateur camerounais a prévu pour les mêmes faits passibles d'emprisonnement, une amende de deux

⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, op.cit., p.751.

⁶⁶ M. Ch. BYK : « Garanties et sanctions comme moyen de mise en œuvre des règles éthiques et juridiques dans le domaine des sciences biomédicales, Perspectives en droit français ». Revue Déviance et Société, 1989, Vol.13, numéro 3, p.249.

⁶⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit Pénal General*, 15ed, 2008, numéro 801, p.753.

⁶⁸ Article 53 alinéa 1 de la loi de 2022.

⁶⁹ Article 53 alinéa 2 de la loi de 2022.

⁷⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit Pénal General*, op.cit., numéro 801, p.753.

⁷¹ Ibidem, numéro 833, p.784.

millions à vingt millions de francs CFA⁷². Le montant qui sera définitivement retenu sera certainement fonction du dommage causé à la société et à la victime, du profit retiré par l'auteur de l'infraction. Il est vrai que ces montants sont déjà assez dissuasifs, mais il faudrait à notre avis doubler ou tripler ce montant lorsque le fautif serait un membre du corps médical. En principe, ayant accès à ce matériel reproductif humain, ce sont les praticiens qui peuvent facilement par ailleurs violer la procédure d'inobservation des règles du consentement. L'on devrait donc discriminer dans ce cas la faute de service de celle du service pour appliquer l'amende. La faute de service s'entend comme un acte dommageable commis par un agent public à l'occasion du service dont la réparation incombe à l'administration. La faute du service est l'acte dommageable de caractère anonyme trahissant une mauvaise organisation ou un mauvais fonctionnement du service et qui engage la responsabilité de l'administration dans des conditions différentes suivant le degré de difficulté que présentent l'exécution du service et la gravité de cette faute⁷³. Par conséquent, si c'est le praticien qui est fautif, son amende serait élevée, mais elle le sera moins lorsqu'il s'avérera que ce soit l'administration hospitalière elle-même. En tout état de cause, ces sanctions ne peuvent être efficaces que si elles reposent sur des garanties traduites par des principes généraux de droit, notamment l'inviolabilité de la personne humaine et l'indisponibilité du corps humain. Derrière la consécration de ce droit à la protection du consentement, se cache un droit encore discuté qui se révèle au droit à la connaissance de ses origines, sous-jacent au principe d'anonymat.

B/ Un droit discuté, le droit à la connaissance de ses origines

Le constat de l'extension de l'ordre public a déjà été fait dans d'autres domaines. Il existe désormais un ordre public en droit civil familial ou bien successoral. La loi de 2022 a ignoré le droit à la connaissance de ses origines, à tort nous semble-t-il, dans la mesure où c'est l'un des débats des sociétés contemporaines. Tout être humain a un besoin légitime de s'identifier par rapport à une famille. Or cette identification devient difficile en cas de PMA avec donneur. La loi de 2022 a consacré à l'article 8, entre autres, le principe de l'anonymat des dons de gamètes et d'embryons, ainsi que le transfert d'embryons. Ce principe a longtemps fait l'unanimité dans la plupart des systèmes juridiques pratiquant la PMA avec tiers donneur. Cependant l'on observe aujourd'hui sa remise en cause, révélant un droit émergent à la connaissance de ses origines qui semble ne pas concilier l'intérêt des parents (1) avec celui de l'enfant (2).

1/ Dans l'intérêt des parents

Le principe directeur de l'anonymat consacré par la loi de 2022 sied à la PMA avec tiers donneur, notamment dans l'intérêt des parents d'intention. Malheureusement cette loi ne définit pas le terme anonymat. L'adoption de la récente loi camerounaise de 2024 relative à la protection des données à caractère personnel comble ce manquement. L'anonymisation est le processus de modification ou de suppression d'informations à caractère personnel identifiables dans un ensemble de données, afin de rendre ces données non attribuables à des individus spécifiques⁷⁴. L'émergence du droit à la connaissance de ses origines constitue sans doute une menace certaine aux différents parents intervenant dans la PMA. Justement entre les différents types de parents, il y a conflit. Il y a les parents biologiques par rapport aux parents

⁷² Articles 53 de la loi de 2022 alinéas 1 et 2.

⁷³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, op.cit., p.453,

⁷⁴ Article 5 qui traite des définitions de la loi camerounaise numéro 2024/017 du 23 décembre 2024 relative à la protection des données à caractère personnel au Cameroun.

sociaux⁷⁵. Les parents biologiques ou génétiques n'ont en réalité pas de souci dans la mesure où l'anonymat de leurs données personnelles les a condamnés au silence, et deviennent pratiquement inatteignable par l'enfant. Le conflit qui pourrait fonder notre analyse est celui confrontant les parents d'intention et les enfants qui souhaiteraient connaître la vérité sur leurs origines. Ceci aurait pour conséquence de voir apparaître des parents rivaux et la paix des familles menacée.

Les sujets du projet parental refusent de faire savoir à leurs enfants nés par PMA avec tiers donneur leur mode de conception, par crainte de perdre l'exclusivité de leur droit parental. Ils redoutent tant la levée de l'anonymat à cause de l'inéluctable curiosité qui naîtrait dans le cœur des enfants de vouloir connaître l'identité du tiers donneur, qui lui a transmis son patrimoine génétique. Comme le cœur a ses raisons et que la raison même ignore, ces parents d'intention craignent de voir éventuellement les enfants préférer ou avoir davantage d'affection vis-à-vis des parents biologiques. Il semblerait que les liens de sang créent automatiquement des rapprochements entre les membres d'une même famille lorsque ceux-ci ne sont pas accompagnés d'un climat malsain. Cette possibilité éventuelle de connaître ses origines par l'enfant conçu par insémination avec tiers donneur, ouvre la voie à une parentalité concurrente et même rivale lorsque le parent donneur de gamètes s'avère réceptif à la détresse de l'enfant. La bouée de sauvetage des parents d'intention dans ce cas, demeure l'indifférence des parents biologiques en cas de communication de leurs données personnelles. Cette présentation de l'état d'esprit des sujets du projet parental est louable dans la mesure où au départ ils

n'entendaient pas partager leur qualité parentale avec qui que ce soit. Mais ils devraient tenir compte du fait que leur désir de procréer qui semble vouloir s'ériger en droit fondamental, ne devrait pas se dissocier des futurs désirs de l'enfant qui en naîtrait.

La paix et la stabilité des familles seraient menacées par des perturbations des enfants qui auront soif de connaître leurs origines ou alors des tiers donneurs de gamètes dont la fibre parentale se réveillerait. On aboutirait même dans des hypothèses où le tiers donneur voudrait établir un lien de filiation si l'opportunité lui était offerte. Une jurisprudence en droit français avait justement interdit, conformément à la constitution l'établissement d'une filiation entre l'enfant issu de la PMA et le tiers donneur, y compris le cas échéant par adoption⁷⁶.

Peu importe la légitimité avérée de leurs prétentions, les sujets du projet parental devraient intégrer une vérité certaine. Celle-ci consiste à reconnaître qu'au-delà de leurs intérêts personnels d'aujourd'hui, pour une paix sociale durable, ils devraient prévoir la naissance d'intérêts ultérieurs opposés aux leurs, notamment ceux de l'enfant.

2/ Dans l'intérêt de l'enfant

Il s'agira ici de régler le conflit entre le tiers donneur et le receveur qui débouche sur la question de la levée de l'anonymat. L'alinéa 2 de l'article 26 de la loi de 2022 évoque les causes d'une PMA avec tiers donneur qui pose une question encore discutée en droit, celle de l'anonymat et de la gratuité. L'anonymat apparaît comme le corollaire du principe de la gratuité. Il interdit l'existence d'un lien entre le donneur et le receveur et apparaît dans le prolongement de la gratuité comme moyen d'éviter les trafics incompatibles avec la dignité humaine⁷⁷.

⁷⁵ L. M. DIEZ PICAZO : « *Constitution et Procréation médicalement assistée* », Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 14-1998, 1999, p.494.

⁷⁶ Cons. Const, 09 juin 2023, numéro 2023-1053QPC, *Revue Juridique Personnes et Famille*, numéro 9, 2023, p.45.

⁷⁷ Th. ATANGANA MALONGUE, *Droits africains des personnes*, Ed. Bruylant, Bruxelles 2022, numéro 274, p.214.

Le droit camerounais donne une réponse tranchée en cas de don d'ovocytes en préconisant l'anonymat et la gratuité à l'endroit de la donneuse d'ovocytes⁷⁸. Il semble s'être désintéressé aux donneurs de gamètes. En approfondissant la question, l'on se rend compte que le législateur camerounais voulait en réalité ignorer l'implication sous-jacente de la levée de l'anonymat qui entraîne l'ouverture de la recherche des origines. La tendance majoritaire dans les différents pays qui ont légiféré semble aller vers la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes, au nom de l'intérêt de l'enfant, notion qu'on commence à prendre en compte⁷⁹.

Par ailleurs, la peur d'une rencontre incestueuse entre frère et sœur conçus avec les gamètes du même homme qui a donné son sperme pour leur conception⁸⁰, aurait dû éviter ce genre d'oubli de la part du législateur camerounais. Cette hypothèse d'inceste étant susceptible d'arriver au regard de l'article 32⁸¹ de la loi de 2022. La position de la doctrine semble être claire en faveur du droit à l'enfant de connaître ses origines. L'intérêt psychologique de l'enfant à connaître ses origines est réel. Les non-dits, les secrets peuvent représenter des dangers d'ordre psychologique⁸². Par ailleurs, savoir d'où l'on vient, connaître ses racines et sa place dans la généalogie d'une famille est un élément qui contribue à la construction de la personnalité et de l'identité d'un individu. Bien plus, l'intérêt que peut avoir une personne à connaître son

ascendance ne cesse pas avec l'âge, bien au contraire⁸³. Ayant très certainement intégré cette vérité d'après laquelle, il n'est point de secret que le temps ne révèle⁸⁴, le droit français a préféré consacrer le droit de connaître ses origines⁸⁵. Dès lors, depuis l'entrée en vigueur de la loi numéro 2021-1017 du 02 Aout 2021, toute personne souhaitant procéder à un don de gamètes a l'obligation de consentir préalablement à la communication de son identité et de ses données non identifiantes, afin que la personne conçue grâce au don puisse y accéder à sa majorité. Afin d'élargir ce droit d'accès aux origines personnelles, le législateur français a également ouvert aux tiers donneurs ayant consenti un don de gamètes sous l'empire du régime antérieur, la possibilité de lever l'anonymat au bénéfice des personnes nées de leur don⁸⁶. Vivement que le législateur camerounais s'inspire de son homologue français.

En revenant au système camerounais, la levée de l'anonymat au sujet du secret des origines de l'enfant semble s'ouvrir progressivement. C'est la doctrine à travers le professeur Thérèse ATANGANA MALONGUE qui nous rappelle que dans le contexte socioculturel africain, la parentalité ne constitue pas un problème aux origines de l'enfant. Elle y est même plutôt exaltée. Pour illustration, l'enfant adopté coutumièrement a très souvent deux pères et deux mères, parents biologiques et juridiques d'une part, parents adoptifs et sociaux d'autre part⁸⁷. Par ailleurs, la

⁷⁸ Article 30 de la loi de 2022.

⁷⁹ G. DELAISI DE PARSEVAL : « *Secret des origines/inceste/procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes. Ne pas l'épouser* », *Anthropologie et sociétés*, vol33, numéro1, 2009, p.157.

⁸⁰ Ibidem, p.157.

⁸¹ Article 32 de la loi de 2022 : « *Le recours aux gamètes d'un même donneur n'est plus autorisé lorsque l'emploi de ceux-ci a abouti à la naissance de deux (02) enfants* ».

⁸² A. HEURTEL : « *Le secret et l'enfant (deuxième partie)* », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997-2, p. 149.

⁸³ V. CHIU : « *Le secret des origines en droit constitutionnel des Etats de l'Europe occidentale* :

vers l'émergence d'un droit de connaître ses origines ? » *Revue internationale de droit comparé*, Vol66, numéro1, 2014, p.68.

⁸⁴ J. RACINE, *Britannicus*, IV, 4, Narcisse, 1669, p.63.

⁸⁵ Le droit de l'enfant de connaître ses origines est absent de la convention européenne des droits de l'homme, mais il a été consacré dans la jurisprudence de la cour européenne par une interprétation extensive de la notion de vie privée.

⁸⁶ J-M BRUGUIERE et B. GLEIZE, « *Un an de droit des personnes* », *Droit de la famille*, numéro11, novembre 2024, Chron, 3, Corps et santé et bioéthique, numéro 8, p.18.

⁸⁷ Th. ATANGANA-MALONGUE : *Droits africains*, op.cit., numéro 276, p.215.

récente loi camerounaise relative à la protection des données à caractère personnel au Cameroun⁸⁸ semble corroborer l'absence d'interdiction formelle de l'enfant à rechercher ses origines par la loi de 2022. La nouvelle loi de 2024 en son article 41 alinéa 1⁸⁹, ouvre l'horizon d'une éventuelle levée de l'anonymat en faveur de l'enfant, qui dans la loi de 2022 en son article 39 ne lui interdit pas une action à la recherche de ses origines⁹⁰. Par conséquent, si le consentement à la communication des données du donneur peut être obtenu, rien n'empêchera plus l'enfant de pouvoir accéder à ses origines.

En tout état de cause, dans ce conflit d'intérêt, une question s'impose, à qui profite le secret ? En tout cas pas à l'enfant, or c'est l'intérêt de l'enfant qui doit peser plus lourdement du fait qu'il représente la partie la plus vulnérable. Vivement qu'en droit camerounais, nous arrivions à la levée de l'anonymat.

Conclusion :

Au terme de notre analyse, l'on peut dire que la protection du consentement dans la loi sur la PMA de 2022 est satisfaisante. Le législateur camerounais en le protégeant d'une part dans l'intérêt de la personne humaine, entendait le valoriser pour traduire que la science est au service de l'homme. En protégeant d'autre part le même consentement dans l'intérêt de l'ordre public, il entendait mettre en exergue le rôle de veilleur de l'Etat pour éviter des dérives, ou des déviations par sa fonction régulatrice. Il est ainsi louable que le Cameroun ait fait des difficultés de procréation de sa population un problème de santé publique, en recourant à la science

en vue d'une solution. Seulement l'accès à la PMA semble ne pas être donnée encore à tout le monde dans ce pays au regard de son coût élevé. Ainsi au lieu de constituer un facteur de progrès, les avancées de la science en matière de procréation sont en train d'être détournées au profit de nouvelles formes d'inégalité sociale⁹¹. Le principe de gratuité généralement accolé au principe d'anonymat qui induit l'absence de rémunération du tiers donneur, devrait également inspirer le législateur d'amoinrir le coût de la PMA. Ceci permettra à la majorité de pouvoir recourir à cette pratique, et consacrerait véritablement le droit à une PMA⁹² au Cameroun.

⁸⁸ Il s'agit de la loi numéro 2024/017 du 23 décembre 2024 relative à la protection des données à caractère personnel au Cameroun.

⁸⁹ L'article 41 alinéa 1^{er} dispose que : « la communication des données à caractère personnel à des tiers ou leur utilisation pour leur compte, à des fins de prospection directe, est subordonnée à l'obtention préalable du consentement de la personne concernée ».

⁹⁰ L'article 39 de la loi de 2022 dispose que : « Lorsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don

de gamètes par un tiers donneur, celui-ci ne peut exercer aucune action en reconnaissance de paternité à l'égard de cet enfant ».

⁹¹ J. MERCHANT : « La procréation médicalement assistée : enjeux et politiques », loc. cit, p.59.

⁹² M. BERTRAND MATHIEU : « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », Revue Internationale de Droit Compare, Vol.50, numéro 4, Octobre-Décembre 1998, pp.1041-1042.

L'OPPORTUNITÉ DE L'INTERVENTION DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE CIVILE AU BENIN ET AU MALI

Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE
Maître de Conférences Agrégé de l'enseignement supérieur du CAMES
Université d'Abomey-Calavi, BENIN

et

Diakaridia BAGAYOKO
Dr Droit privé, Magistrat, Mali.

RÉSUMÉ

S'il est vrai que l'intervention du ministère public est consacrée en droit judiciaire privé par des textes, aussi bien au Bénin qu'au Mali, il n'en demeure pas moins que les raisons justifiant une telle politique normative semblent, le plus souvent, méconnues des acteurs. Cette méconnaissance entraîne un effacement certain des officiers du ministère public dans l'animation des procédures civiles. Cela constitue l'un des dysfonctionnements du système et qui devrait retenir l'attention dans une perspective améliorative.

Tout cela découle du fait que l'opportunité de l'intervention du ministère public en droit judiciaire privé est loin d'être perçue de façon judicieuse. Or, il existe moult bénéfices que l'on pourrait tirer d'une implication effective des magistrats du parquet dans le traitement des affaires civiles. C'est ce que la présente réflexion ambitionne de démontrer.

MOTS-CLÉS : Ministère public-matière civile-droit judiciaire privé.

ABSTRACT

It is right that the intervention of the public prosecutor is enshrined in private judicial law by legal provisions, both in Benin and in Mali, but the reasons justifying such a normative policy seem, more often than not, unknown to the actors. This lack of knowledge leads to a certain obliteration of the public prosecutor's officers in the conduct of civil proceedings. This is one of the dysfunctions of the system and should hold the attention in an improvement perspective.

All this stems from the fact that the opportunity for intervention by the public prosecutor in private judicial law is far from being properly perceived. However, there are many benefits that could be derived from the effective involvement of public prosecutors in the handling of civil cases. This is what the current reflection aims to demonstrate.

KEY WORDS: Public Prosecutor's Office - Civil matters - Private Judicial Law.

INTRODUCTION

« En matière civile [...], le parquet peut, en sus de réquisitions écrites, prendre des réquisitions orales sur l'affaire »¹. Cette affirmation attire opportunément l'attention sur l'intérêt qu'il y a à ce que le ministère public intervienne dans un domaine extra pénal, à savoir, la matière civile. Toutefois, cela peut paraître, *a priori*, étonnant d'autant plus que dans l'imaginaire populaire, le ministère public est considéré comme étant exclusivement dédié à la procédure pénale.

En dépit de sa prééminence incontestable en matière répressive, il est dévolu au ministère public des prérogatives sinon similaires du moins tout aussi essentielles en matière civile. Ainsi, le parquet relève-t-il des organes incontournables en droit judiciaire privé puisque les raisons qui l'engagent en matière pénale sont les mêmes qui expliquent son action devant les juridictions civiles. Ces différents éléments justifient, dès lors, que l'on s'intéresse à la question dans le cadre du présent exercice scientifique, sous la titrisation : l'opportunité de l'intervention du ministère public en matière civile. L'appréhension judiciaire d'un tel sujet nécessite que l'on commence par en disséquer

le sens, puisque : « pour mieux convenir, il faut, au mieux, définir »².

L'expression « *ministère public* » est composée de deux vocables à savoir : « *ministère* » et « *public* ». Le mot *ministère* vient du latin *ministerium* qui découle, lui aussi, de *minister* qui signifie ministre ou serviteur³. Il est polysémique puisqu'il désigne à la fois une administration placée sous la direction d'un ministre, dans un premier sens, et, un office, dans un second sens qu'il convient de retenir dans le cas d'espèce. Quant à l'adjectif *public*, il désigne ce qui est commun à tous et qui n'est donc pas individuel ou privé. C'est l'adjonction de ces deux mots qui forme la notion de *ministère public* dont il convient, à présent, de rechercher la signification.

Le *ministère public*, autrement désigné *parquet*⁴ ou, encore, *magistrature debout*⁵, est l'organe exclusivement composé de magistrats professionnels institué auprès de certaines juridictions à l'effet de représenter la

¹ Y. DIALLO, *Le procureur de la République, La pratique du parquet*, éd., L'Harmattan, Dakar, 2018, p. 332.

² J. DJOGBENOU, *Introduction à la théorie générale de la justice et du procès*, éd., du CREDIJ, Cotonou, 2022, p. 14.

³ A. REY et J. REY-DEBOVE (dir.), *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Nouvelle Edition millésime, Paris, 2023, v^o *ministère*, p. 1278.

⁴ Etymologiquement, le *parquet* désigne un petit parc. Il s'agit à l'origine d'un petit enclos aménagé à côté de l'estrade réservée au juge et au sein duquel prenait place les gens du Roi à l'audience.

⁵ Cette appellation fait référence au fait que les membres du *ministère public* se tiennent debout lorsqu'ils prennent la parole à l'audience pour requérir ou pour émettre un avis.

société tout en assurant la défense des intérêts de celle-ci. Ces intérêts de la collectivité incluent la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, d'un côté, et la représentation d'autrui ainsi que la mission de veiller à la bonne application des lois de la République, de l'autre. Le ministère public est un corps hiérarchisé, irresponsable, indivisible et, dans une certaine mesure, irrécusable.

La matière civile a trait à l'ensemble des questions relevant du giron du droit civil. Elle englobe, de ce fait, les différentes disciplines rattachables au droit civil. Il s'agit, entre autres, du droit des personnes, de la famille et des incapacités, du droit des obligations, du droit des successions, etc. C'est pourquoi, elle a pu être perçue, à juste titre, comme la : « partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes (personnalité, état, capacité, etc.), aux biens (patrimoine en général, propriété et autres droits réels, transmission des biens), à la famille (filiation, mariage, etc., droit patrimonial de la famille y compris régimes matrimoniaux et successions), aux obligations (sources diverses, transmission, extinction, etc.), plus spécialement aux divers contrats et aux sûretés (théorie générale du crédit, hypothèque, etc.) »⁶.

⁶ G. CORNU, (*dir.*), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, Paris, 2018, p. 157.

L'intervention du ministère public en matière civile désigne, dans ces conditions, l'exercice par les magistrats de cet organe des prérogatives qui leur sont conférées par les textes dans le but de participer au traitement des affaires de nature privée⁷. Cette implication conduit les parquetiers à se pourvoir aussi bien devant les juridictions en charge du traitement des affaires civiles que devant des organes non-juridictionnels. Cela est si vrai qu'il est concédé aux officiers du ministère public d'exercer un contrôle sur divers services purement administratifs et/ou communaux ou de siéger dans des commissions dans ce cadre⁸.

C'est dans ce cadre qu'il est exigé, entre autres, du procureur de la République, à titre illustratif, d'exercer un contrôle périodique sur les centres d'état civil ainsi que sur les registres et les actes y dédiés⁹. Dans la même veine, le parquet d'instance se doit-il d'exercer un contrôle sur les centres d'internement psychiatrique¹⁰. De même, il

⁷ D. BAGAYOKO, *Le ministère public en matière civile et commerciale au Mali*, Th., D., Université d'Abomey-Calavi, Bénin, 2024, p. 16.

⁸ Ainsi, le parquet siège-t-il au sein de la commission locale de destruction des anciennes cartes d'électeur ou encore au sein de la commission locale d'incinération des produits interdits tels que les stupéfiants. Sur ces aspects, voir D. BAGAYOKO, *Rapport de stage d'auditeur de justice*, Institut national de formation judiciaire (INFJ), Mali, 2008, pp. 19 et 20, inédit.

⁹ J.-P. DINTILHAC, *Le procureur de la République*, éd., L'Harmattan, Paris, 2003, p. 11.

¹⁰ Ceci pourrait éviter qu'il ne soit prétexte de l'état de précarité de ces personnes pour les soumettre, par exemple, à certaines expériences scientifiques. Pour le cas spécifique de la stérilisation des aliénés, v. Cass.

est dévolu au parquet général près la Cour d'appel la mission de surveiller les activités de certains officiers publics et ministériels¹¹.

S'agissant de l'opportunité de l'intervention du ministère public en matière civile, l'on pourrait y percevoir l'utilité qu'il y a à ce que le traitement judiciaire des affaires purement civiles enregistre la participation de l'organe exclusivement dédié au salut de la cité.

A la lumière de ces différents éléments, notamment, des nombreuses justifications ainsi que de l'importance des missions dévolues au parquet en matière civile, il est certain que la prise en charge judiciaire du contentieux de cet ordre gagnerait en efficacité avec la pleine implication dudit organe. Cependant, l'observation quotidienne des activités des juridictions conduit à faire le constat que les officiers du ministère public accordent un faible intérêt aux questions de cette nature¹². Cela découle certainement du fait qu'il est loin d'être judicieusement perçu, le bénéfice qui pourrait être tiré de

l'implication effective de ces magistrats dans le traitement des affaires civiles.

Quoiqu'étonnant, ce phénomène n'est toutefois pas nouveau. En effet, l'habilitation du ministère public à officier en matière civile remonte quasiment à l'ancien droit¹³. Bien qu'investi en cette matière de diverses prérogatives, les parquetiers semblent toujours n'y jouer « qu'un rôle très secondaire »¹⁴.

Pourtant, de la juste perception de l'intervention du ministère public en matière civile dépend pour une large part la qualité de la distribution de la justice et l'efficacité du système judiciaire¹⁵. Il y va du changement de perception du ministère public que l'on tente de faire passer pour une institution exclusivement dédiée au droit pénal¹⁶ et de l'effectivité de l'exercice par les acteurs judiciaires concernés de cet aspect non négligeable de leurs attributions. Tout ceci contribue à assurer la protection des droits

civ., 6 juill. 1998, avis, Bull. civ., n° 10 ; D. 1998, IR, 208 ; Defrénois 1999, art. 36947, obs. J. MASSIP ; Dr. famille 1998, n°162, n. Th. Fossier ; cf., également, Fl. BELLIVIER, « *Commentaire de la L. 4 juill. 2001* », RTD civ. 2001. 972, p. 977.

¹¹ Pour le cas des huissiers commissaires de justice au Mali, voir la loi n°2016-053 du 20 décembre 2016 portant statut des huissiers-commissaires de justice, art. 44.

¹² « De la même manière, on a réservé une table au ministère public dans les chambres civiles, où il ne siège que rarement, pour ne pas rompre la symétrie ». A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, éd., Odile Jacob, Paris, 2001, p. 37.

¹³ Voir à cet égard les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance de Philippe V du 18 juillet 1319. Celles-ci admettent le droit d'action des procureurs du roi, devant les juridictions civiles, lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts de la Couronne.

¹⁴ V. MIKALEF-TOUDIC, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, éd., Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, Marseille, 2006, p. 18.

¹⁵ Ph. BILGER, *Pour l'honneur de la justice*, éd., Flammarion, Paris, 2006, p. 133.

¹⁶ J.-P. DINTILHAC, *Le procureur de la République*, op. cit., p. 11.

fondamentaux des citoyens¹⁷ ainsi que la consolidation de l'Etat de droit¹⁸.

En dépit de la consécration formelle de l'intervention du ministère public en matière civile, les acteurs judiciaires, de façon générale, et les parquetiers, en particulier, ne semblent point attacher de l'intérêt à cette question. Cela explique que les audiences, en matière civile, n'enregistrent que rarement la participation des officiers du ministère public. Même dans les cas rares où ils interviennent, leur apport technique au succès des procédures est sans aucun doute insignifiant.

Une telle situation est étonnante quand on sait l'utilité que l'action des officiers du ministère public procurerait pour une prise en charge judiciaire efficiente des causes civiles. Cette utilité tient essentiellement au fait qu'en cette matière, le parquet assure la défense de l'ordre public et de l'intérêt général¹⁹, d'une part, et, la représentation d'autrui, d'autre part. L'effacement des magistrats du parquet sur le terrain civil se déteint sérieusement sur la qualité de la réponse judiciaire sur ce plan. A ce propos, il est permis de se demander concrètement en quoi il est opportun que la

matière civile enregistre l'intervention du ministère public.

L'intervention du ministère public n'est pas dénuée de motivation et il convient de démontrer en quoi une telle intervention est incontestablement motivée (I). Au surplus, la démonstration se poursuivra pour établir l'utilité de cette intervention (II).

I- UNE INTERVENTION MOTIVEE

L'intervention du ministère public en matière civile est motivée d'autant plus qu'elle permet d'assurer la défense de l'intérêt général, de l'ordre public ainsi que de la représentation d'autrui. La nature de ces différents intérêts explique qu'ils rendent l'action du parquet nécessaire au compte soit de la cité, soit d'un particulier. C'est pourquoi, il sera traité, dans un premier temps, la défense des intérêts de la société (A) avant, dans un second temps, de s'intéresser à la représentation d'autrui (B).

A- La protection des intérêts de la société

Les questions civiles qui intéressent la société et qui légitiment l'intervention du ministère public en cette matière sont la défense de l'intérêt général (1), d'une part, et la préservation de l'ordre public (2), d'autre part.

1- La défense de l'intérêt général

¹⁷ P. TRUCHE, *Juger, être jugé, Le magistrat face aux autres et à lui-même*, éd., Fayard, Paris, 2001, p. 97.

¹⁸ Ph. BILGER, *Contre la justice laxiste*, éd., l'Archipel, Paris, 2014, p. 56.

¹⁹ N. D. T. YOUMSSI, *Le ministère public et les voies d'exécution en Droit OHADA, Etude à partir du droit positif camerounais*, éd., L'Harmattan, Douala, 2018, p. 24.

L'intérêt général relève des notions juridiques qui sont difficilement appréhendables, comme l'a relevé et démontré John LOCKE²⁰ et d'autres doctrinaires²¹. Cela donne raison à Augustin D'HIPPONE²² lorsqu'il affirme que : « Ce(s) mot(s) quand nous (les) prononçons, nous en avons à coup sûr l'intelligence et de même quand nous (les) entendons prononcer par d'autres. Qu'est-ce donc que (l'intérêt général) ? Si personne ne m'interroge, je le sais ; si je veux répondre à cette demande, je l'ignore ». Toutefois, des auteurs se sont essayés à en percevoir la signification. Pour ce faire, il a surtout été mis en avant les fonctions du concept²³, ce qui opposa la conception anglo-saxonne²⁴, d'inspiration libérale ou utilitariste²⁵ à celle d'essence volontariste²⁶.

Au regard de ces deux conceptions, l'on pourrait entendre par intérêt général la mission et/ou l'objectif assigné à une personne morale en vue de la satisfaction d'un besoin spécifique de l'ensemble des membres d'une société. L'intérêt général se distingue tant de l'intérêt public²⁷ et de l'intérêt collectif²⁸ que de l'intérêt privé²⁹. Il guide l'action de l'administration³⁰ qui réalise, nécessairement, un service public³¹, ce qui fait que celle-ci dispose de prérogatives de puissance publique³². Cette approche établit un lien étroit entre l'intérêt général et l'institution judiciaire qui est, elle aussi, est un service public par excellence d'autant plus qu'elle est l'un des attributs essentiels de la Souveraineté³³.

²⁰ « ... the names of simple ideas, and those only, are incapable of being defined ». An essay concerning human understanding, Book III, Ch. 4, Para. 7, ed. by J.W. Yolton, 1974, London, Dent, Everyman's library, t. 2, p. 27.

²¹ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, éd., L.G.D.J., Paris, 1972, p. 138.

²² A. D'HIPPONE, *Les confessions*, disponible sur <https://www.grainesdepaix.org>, consulté le 03 juin 2022, à 10 h 58 mn.

²³ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'Administration française », R.I.S.A., IV, (28), 1975, p. 325.

²⁴ L'intérêt général et les intérêts particuliers, cité par le Groupe de Travail Intérêt Général, in, Rapport Collectif sur l'Intérêt Général, novembre 2015, p. 10, disponible sur www.vie-publique.fr, consulté le 30 avril 2023.

²⁵ P.-H. DUTHEIL et A. VACCARO, « Etude sur la rénovation de l'intérêt général en France », avril 2013, p. 8.

²⁶ P.-H. DUTHEIL et A. VACCARO, « Etude sur la rénovation de l'intérêt général en France », *op cit.*, p. 8.

²⁷ L'intérêt public est le droit ou l'avantage appartenant à une personne morale de droit public comme l'Etat ou les collectivités locales. Il est différent de l'intérêt général en ce que s'il est vrai que les personnes morales de droit public poursuivent *in fine* la réalisation de l'intérêt général, il n'en demeure pas moins que toute leur action n'est nullement destinée à une telle fin. Elles poursuivent dans certains cas la réalisation d'intérêts propres à elles-mêmes n'ayant nullement la dimension de l'intérêt général destiné à tous.

²⁸ L'intérêt collectif désigne les avantages propres à une corporation ou à une catégorie socioprofessionnelle donnée. Il est donc d'une dimension largement inférieure à l'intérêt général qui profite aux membres de la société dans sa globalité.

²⁹ S'agissant de l'intérêt privé comme son nom l'indique, il concerne un avantage ne profitant qu'à un individu ou un particulier.

³⁰ J. WALINE, *Droit administratif*, 23^e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 3.

³¹ D. SY, *Droit administratif*, 3^{ème} éd., L'Harmattan, Dakar, 2021, p. 409.

³² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 573.

³³ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 15^e éd., Lextenso éd., Montchrestien, Paris, 2012, p. 63.

La plupart des événements au sein de la cité se rapporte, directement ou indirectement, à l'intérêt général. De l'accession à la personnalité juridique à la perte de celle-ci en passant, entre autres, par le mariage, l'attribution du nom et du prénom, le régime de la propriété, l'acquisition et la perte de la nationalité, la démarcation entre l'intérêt privé et l'intérêt général est infinitésimale. Ces différentes raisons expliquent que l'intérêt général intéresse le ministère public officiant en matière civile, même si ce lien paraît, *a priori*, difficile à saisir. C'est de façon tacite, notamment, à travers certaines dispositions de la Loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC) en République du Bénin ainsi que du Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale en République du Mali³⁴ (CPCCS)³⁵ que l'on entrevoit l'idée³⁶. En effet, certaines questions d'ordre civil sont d'une importance et/ou d'une sensibilité telle(s) qu'elles ne sauraient être abandonnées entre les mains des seuls

individus³⁷. C'est pourquoi, l'État n'y est pas indifférent³⁸ et les classe parmi les affaires dites communicables³⁹. C'est le cas, entre autres, des questions relatives à l'état des personnes, à la situation des centres d'état civil et d'internement psychiatriques ainsi, surtout, qu'à la nationalité⁴⁰.

Au sein de l'institution judiciaire, l'organe le mieux indiqué pour poursuivre la défense de ces questions sensibles relevant toutes de l'intérêt général est, sans doute, le ministère public. Dans le cadre de l'exercice d'une telle mission devant les organes juridictionnels, le ministère public bénéficie sinon d'un monopole⁴¹ du moins d'une prééminence

³⁴ V. le Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale (CPCCS) qui prévoit en son article 429 que : « *Le Ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi.* ».

³⁵ Ce texte a subi une modification par le Décret n° 09-220/P-RM du 11 mai 2009.

³⁶ En ce qui concerne la situation au Bénin, v. le CPCAC, *op. cit.*, arts. 32 et 417.

³⁷ « *Des affaires purement civiles et qui devraient être de l'apanage des parties peuvent être d'une telle sensibilité qu'elles concernent l'intérêt général* ». Y. DIALLO, *Le procureur de la République, La pratique du parquet, op. cit.*, p. 447.

³⁸ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, éd, LGDJ, Paris, 1965, p.14.

³⁹ En droit judiciaire privé, les affaires communicables sont celles qui ne doivent nullement être examinées par les juridictions civiles avant d'être portées à la connaissance du ministère public. Ce dernier, lorsqu'il en reçoit ainsi communication, peut ou doit, selon les systèmes juridiques, donner son avis sur ce qu'il croit relever d'une bonne application des textes en l'occurrence.

⁴⁰ E. MAUREL, *Paroles de procureur*, éd., Gallimard, Paris, 2008, p. 159.

⁴¹ Au Mali, l'on peut affirmer qu'il résulte par exemple des dispositions de l'article 25 de la Loi n°2016-006 du 24 février 2016 portant organisation de la concurrence. Cet article dispose en effet qu'en matière de régulation de la concurrence : « Les décisions sont prises par le Directeur en charge de la Concurrence qui peut transiger avec les personnes poursuivies, à leur demande, pour infraction à la présente loi ». Lesdites dispositions continuent en ajoutant un deuxième alinéa qui prévoit que : « Le Directeur en charge de la concurrence peut déléguer ses pouvoirs aux chefs de divisions centrales ou aux directeurs régionaux ».

incontestable⁴². Un tel rôle lui sied plus qu'à tous les autres acteurs judiciaires d'autant plus qu'homme public, le magistrat du parquet doit être exclusivement animé par « ... la poursuite de l'intérêt général, ou encore de l'utilité publique, ou, dans une perspective plus philosophique, du bien commun »⁴³. Toutefois, dans l'accomplissement d'une telle mission, le parquet est, dans certains cas de figure, appuyé voire subrogé par des services spécifiques tel que la Direction Générale du Contentieux de l'Etat (DGCE)⁴⁴ au Mali. Cette structure, en France, est appelée l'agent judiciaire du trésor⁴⁵.

La défense de l'intérêt général est loin d'être le seul motif pouvant expliquer l'intervention du ministère public en matière civile, au nom de la société. Il existe aussi la raison tenant à la préservation de l'ordre public.

Ces dispositions consacrent des prérogatives en faveur des agents du service de la concurrence, concurremment aux droits reconnus au ministère public voire à la Direction Générale du Contentieux de l'Etat. Cela peut se comprendre dans la mesure où il s'agit d'une matière spéciale avec des spécificités dont on comprendrait le caractère dérogeant au droit commun.

⁴² Pour une idée de la question en droit français, A. B. WETTERWALD, E. BONIS, Y. CAPDEPON, *Procédure civile*, éd. Cujas, Paris, 2017, pp. 82 et 83 ; v. *code de commerce français*, art. L. 442-6 III.

⁴³ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴ Ord., n°2014-018/P-RM du 03 octobre 2014 portant création de la Direction Générale du Contentieux de l'Etat (DGCE), arts., 2 et 3.

⁴⁵ Les actions dirigées contre l'Etat en France sont, en principe, formées à l'encontre de l'agent judiciaire du Trésor : v., L. n° 55-366, 3 avr. 1955, art. 38 ; L. CADINET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., Lexisnexis, 2020, p. 318.

2- La préservation de l'ordre public

L'ordre public est tant polysémique⁴⁶ que polymorphique⁴⁷. C'est ainsi qu'entre autres, le droit de la famille⁴⁸, le droit du travail⁴⁹, le droit successoral⁵⁰, les relations économiques⁵¹, le droit pénal⁵², le droit international privé⁵³ ou encore le droit

⁴⁶ L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *L'ordre public en droit privé interne*, Études Capitant, 1939, p. 381 et s. ; G. RIPPET, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Etudes Gény, 1934, 1939, t. II, p. 437 et s. ; Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, Paris, 1951 ; P. RAYNAUD, *L'ordre public économique*, Les cours de droit, 1956-1966.

⁴⁷ D. TOUNKARA, *L'ordre public procédural ouest-africain : contribution à la théorie du procès équitable en Afrique de l'Ouest*, n° 1, p. 2, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux.fr>, consulté le 06 mai 2023.

⁴⁸ A. BENABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 27 ; C. DUARD-BERTON, *L'ordre public dans le droit de la famille*, Th. D., Paris II, 2004 ; F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil, 2008, 03, p. 577 ; M. AZAVANT, *L'ordre public et l'état des personnes*, Th. D., Pau, 2000 ; N. BALBO-IZARN, *Convention entre époux et divorce : contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*, Th. D., Toulon, 2000 ; J. REVEL, « Les conventions entre époux désunis, Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial », *JCP éd. G.* 1982. I. 3055.

⁴⁹ M. BONNECHERE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP* 1974, n° 11604, p. 601 ;

⁵⁰ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, Th. D., Paris II, France, 1979, p. 13.

⁵¹ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, éd., L.G.D.J., 1963 ; R. SAVATIER, *L'ordre public économique*, D. 1965, Chron. p. 37 ; J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 33.

⁵² T. REVET, *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 89 ; A. CERF, *Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux*, in M.-J. REDOR, (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 63.

⁵³ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, éd., L.G.D.J., Paris, 1959 ; J. FOYER, Remarques sur l'évolution de l'exception

communautaire⁵⁴ se retrouvent tous avec l'empreinte de la notion.

Parlant de l'ordre public, il a pu être soutenu que « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert ⁵⁵ » ? Dans ces conditions, la meilleure piste à explorer est conseillée par un auteur qui explique que : « lorsque les définitions sont malaisées ou controversées et que les concepts se font insaisissables, un retour aux principes fondamentaux s'impose ⁵⁶. Ainsi, l'ordre public étant perçu en droit public comme une notion essentiellement fonctionnelle⁵⁷, il a donc pu être perçu comme un « état dans lequel les libertés s'exercent le mieux ⁵⁸ et qui garantit les « exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes ⁵⁹. A l'opposé, un privatiste, fait observer que : « la notion d'ordre public ...

[est] une notion à contenu variable indéterminé, qui ne peut être précisée que par les applications qui en sont faites ⁶⁰.

La doctrine distingue, entre autres⁶¹, l'ordre public interne de l'ordre public international⁶², l'ordre public social⁶³ de l'ordre public économique⁶⁴. Il est d'origine textuelle ou virtuelle. Ces différentes dimensions de la notion conduisent, dès lors, à s'interroger sur ses liens éventuels avec le ministère public. Pour mieux saisir ces rapports, il convient de s'intéresser à la notion d'action en justice. Perçue comme une « notion très subtile dont la nature juridique est plurielle ⁶⁵, l'action en justice désigne la prérogative reconnue aux sujets de droit de saisir les organes juridictionnels afin de la consécration de leurs droits ou de leurs intérêts légitimes⁶⁶. Cette définition vaut

d'ordre public international depuis la thèse de P. Lagarde, *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 285.

⁵⁴ M. CASTILLO et R. CHEMIN, « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public s. dir. M.-J. REDOR, L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 133 ; T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, op. cit., p.83.

⁵⁵ J-B AUBY (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris, 2010, p. 317.

⁵⁶ J.-M. SAUVE, « L'ordre public, Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation », op. cit., p. 1.

⁵⁷ D. SIMON, in GAUTIER, « *L'ordre public* », op. cit., note 2, p. 325.

⁵⁸ B. SEILLER, « *La notion de police administrative* », *RFDA*, 2015, p. 877.

⁵⁹ C. E., *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le 25 mars 2010, pp. 26-27.

⁶⁰ J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.

⁶¹ Pour avoir une idée d'autres aspects de la question, v. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, Paris, 2007, pp. 123 et s.

⁶² V., Civ., 25 mai 1948, Lautour, D. 1948. 357, note P. L.-P., Rev. crit. DIP 1949. 89 note H. Batiffol, Grands arrêts DIP, n° 19 ; v. aussi, R. LIBCHABER, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, 1996, p. 65.

⁶³ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 124.

⁶⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2015, p. 328.

⁶⁵ C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 129.

⁶⁶ « *Dans une société qui a rejeté tout recours à la vengeance privée, l'Etat est le seul dispensateur de la*

lorsque l'on se met du côté du requérant, c'est-à-dire de la personne qui prend l'initiative du déclenchement du procès civil. Appréhendée de l'autre côté, elle signifie le droit du défendeur de discuter le bien-fondé de la prétention soutenue à son encontre.

S'agissant de l'action du ministère public en matière civile, la base légale⁶⁷ constitue les dispositions de l'article 430 du Code de procédure civile, commerciale et sociale (CPCCS) du Mali qui disposent qu': «il [le Ministère public] peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci »⁶⁸. Le droit béninois la consacre et en fait, à la différence du droit malien, une véritable obligation d'action à la charge des parquets⁶⁹. C'est dire que l'intervention des officiers du ministère public en matière civile, au compte de l'ordre public, est facultative, dans le premier pays, et obligatoire, dans le second.

Un certain rapprochement est, sans doute, imaginable entre les raisons justifiant l'action du ministère public en matière civile et celles

ayant trait à l'ordre public. En effet, la gestion des mêmes questions concernant l'état civil, la nationalité, la gestion des établissements recevant les aliénés ou encore la surveillance des officiers publics et ministériels peut connaître des débordements conduisant à des troubles à l'ordre public. Il s'agit toutefois de troubles ne constituant pas d'infractions ou qu'en un tel cas, le ministère public estime l'exercice de l'action publique inopportun. Ainsi, son intervention doit être motivée par la nécessité de défendre ou de protéger l'utilité ou la paix publiques chaque fois qu'il y est porté atteinte. Il s'agit d'une question de fait dont l'appréciation dépend souverainement des juges du fond. Mais, au-delà de l'intérêt général et de l'ordre public, il existe une dernière raison qui, quoique d'ordre privé, motive tout autant l'intervention du ministère public en matière civile. Il s'agit de la représentation d'autrui.

B- La représentation d'autrui

La prérogative reconnue au ministère public de représenter autrui en matière civile est une exception admise (2), ce qui implique que l'on a affaire, au demeurant, à une interdiction de principe (1).

1- Une interdiction de principe

L'intervention du ministère public en matière civile pour représenter un plaideur est, en principe, interdite. Un tel principe signifie

justice et l'action est le moyen d'exiger de lui qu'il rende la justice à celui qui la lui demande ». R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome II, procédure pénale, 5^e éd., CUJAS, Paris, 2001, p. 41.

⁶⁷ La légalité, ici, doit être entendue lato sensu d'autant que le texte dont il est question est un acte réglementaire, en l'occurrence, un décret.

⁶⁸ Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale.

⁶⁹ « *Le ministère public agit également pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* », CPCCSAC, op. cit., art. 418.

que, sauf habilitation expresse, le ministère public ne devrait nullement agir en matière civile au compte d'un sujet de droit quelconque. Cela se conçoit aisément d'autant plus que le statut procédural du ministère public est loin d'être identique selon que l'on soit en procédure pénale ou en procédure civile. En effet, en matière répressive, le jeu processuel confère au ministère public la qualité de partie principale au procès. Une telle situation a pour conséquence qu'il ne saurait y avoir de procès pénal envisageable sans la présence et la pleine participation du parquet, de l'entame jusqu'à la fin de la procédure. A l'inverse, le droit judiciaire privé appréhende les choses différemment et confine les officiers du ministère public dans une tout autre posture.

Sans doute, est-il un adage connu du droit judiciaire privé que : « nul ne plaide par procureur ». Cette maxime traduit l'idée de nos jours qu'il ne saurait être permis à un plaideur d'agir en justice sous anonymat ou que, sans titre⁷⁰, une action soit intentée au nom du titulaire d'un droit. Toutefois, à l'origine, ledit adage désignait strictement le fait que le procureur, en justice, ne représentait que le roi seul. C'est dire que la notion connaît en ce moment une appréhension extensive qui explique qu'elle

concerne désormais, outre le ministère public, les plaideurs privés.

Il est régulièrement allégué, sans doute à tort, que le procès civil serait la chose des parties⁷¹. La matière civile accorde-t-elle une place de choix à la volonté individuelle en vertu du principe d'initiative ainsi que de celui dispositif caractérisant tous les deux le procès civil⁷². En effet, pendant que le principe d'initiative subordonne la naissance de l'instance judiciaire à la volonté du requérant, celui dispositif permet aux parties de déterminer le champ de la saisine du juge en matière civile.

La non habilitation du ministère public à représenter systématiquement autrui en matière civile s'explique essentiellement par le fait que le titulaire d'une action en justice est forcément le titulaire du droit dont la réalisation est poursuivie devant un organe juridictionnel. Organe public fondé essentiellement à défendre les intérêts de la société, le ministère public nuirait certainement aux intérêts privés s'il lui était permis de se substituer aux titulaires des droits de nature privée chaque fois qu'il le voudrait ou dans tous les cas. Sans doute, en matière civile, chacun est juge, logiquement, de ses intérêts, ce qui explique que le titulaire

⁷⁰ Cass. crim., 20 mai 2015, n°14-81147, PB. « Nul ne plaide par procureur » mais un mandataire peut agir pour le compte de plusieurs mandants nommément désignés, sans que cela soit une « class action ».

⁷¹ A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, éd., Odile Jacob, Paris, 2001, pp. 90-91.

⁷² L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 533.

d'un droit y renoncerait que cela ne poserait le moindre problème. En effet, le représentant de la société n'aurait aucune légitimité de se substituer à un membre de ladite société ou d'imposer à ce dernier de divorcer, de réclamer une dette ou la réalisation d'un droit quelconque à son profit exclusif. C'est pourquoi, il se justifie amplement que les officiers du ministère publics ne bénéficient que d'une liberté d'action fortement encadrée en matière civile.

L'interdiction de l'action illimitée du parquet en matière civile tire son origine des textes processuels civils. Cela découle de l'interprétation *a contrario* des dispositions juridiques consacrant le champ de la représentation d'autrui par le ministère public. Ainsi, dans les différentes normes régissant la question, il résulte toujours quasiment que le ministère public ne représente autrui que dans les cas spécifiés par la loi. Il s'agit, par ailleurs, d'une interdiction qui participe, conséquemment, de la sauvegarde de certains droits fondamentaux des citoyens.

Cependant, l'interdiction du ministère public de représenter autrui en matière civile n'est pas sans connaître des tempéraments. Le principe admet une exception qu'il convient à présent de découvrir.

2. Une exception admise

La représentation d'autrui est la dernière motivation de l'intervention du ministère public dans l'animation du contentieux judiciaire en matière civile. Elle pourrait être appréhendée comme le mécanisme juridique autorisant le parquet à agir devant les organes juridictionnels compétents sur des questions de droit privé, au nom de la société mais pour le compte de sujets de droit bien déterminés⁷³. Investi donc de la qualité de représentant, les conséquences de l'action judiciaire du parquet n'engagent, en principe, que le représenté, sujet de droit en lieu et place duquel il aura agi. En d'autres termes, la notion d'autrui désigne tout autre sujet de droit que sa propre personne.

La représentation d'autrui par le ministère public est une institution propre au droit judiciaire privé, même si des notions voisines existent dans d'autres domaines du droit⁷⁴. Il s'agit d'une institution procédurale connue du droit béninois comme de celui malien, notamment, dans les textes de ces pays régissant la procédure civile⁷⁵. Elle est perçue par des auteurs comme la troisième hypothèse

⁷³ V., à cet égard et entre autres, V. MIKALEF-TOUDIC, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, *op. cit.*, p. 58 et s.

⁷⁴ Pour une idée de l'application de la notion de représentation d'autrui en droit des obligations et plus spécifiquement en matière contractuelle, par exemple, A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁵ La légalité, ici, doit être entendue lato sensu, c'est-à-dire au sens large. Ainsi devrait-elle englober l'ensemble des normes juridiques y compris le règlement qui est visé, dans le cas présent.

de l'intervention du ministère public en matière civile⁷⁶. Toutefois, l'exactitude de cette perception des choses est sujette à caution. Puisque, les notions de partie principale et de partie-jointe renvoient, non pas aux hypothèses, mais plutôt aux modalités ou aux formes de l'intervention des officiers du ministère public en droit judiciaire privé.

La représentation d'autrui par le ministère public est une mission qui lui est dévolue afin, d'une part, d'exercer certaines actions au compte de la puissance publique⁷⁷ ou, d'autre part, de favoriser la protection des droits de certaines catégories de personnes qui, laissées à elles-mêmes, seraient incapables de le faire ou ne le feraient que de façon limitée⁷⁸.

Lorsque le ministère public représente autrui dans une procédure civile les règles applicables ne sont pas toujours identiques à son action en matière répressive. C'est ainsi que contrairement à la matière pénale où le ministère public bénéficie, en principe⁷⁹, de

l'opportunité des poursuites, en matière civile et précisément en matière de représentation d'autrui, il est soumis à ce qui pourrait être considéré comme une véritable obligation d'action⁸⁰. Cette lecture est conforme à la teneur des dispositions de l'article 428 du CPCCS qui prévoient de façon impérative qu' : « il [le ministère public] **représente** autrui dans les cas que la loi détermine »⁸¹. Plus qu'une faculté, cela doit s'entendre d'une obligation d'autant que le texte ne dit pas qu'il *peut représenter* mais décide, de façon impérative, que le ministère public *représente autrui* dans les cas déterminés par la loi. D'ailleurs, plus loin, ledit texte lève toute équivoque sur la question en prescrivant clairement que : « Le ministère public n'est tenu d'assister à l'audience que dans les cas où il est partie principale, dans ceux où il représente autrui, ou lorsque sa présence est rendue obligatoire par la loi.

Dans tous les autres cas, il peut faire connaître son avis à la juridiction soit en lui adressant des conclusions écrites qui sont mises à la

⁷⁶ V. MIKALEF-TOUDIC, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, op. cit., p. 66.

⁷⁷ Il en est ainsi en matière de nationalité, par exemple, comme le prévoient les dispositions des articles 271 et 272 de la loi n°2011 – 087 du 30 décembre 2011 portant code des personnes et de la famille (CPF) en République du Mali.

⁷⁸ CPF, op. cit., arts. 61 et s. sur la situation de l'absent, art. 370 concernant la situation du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire de divorce, etc.

⁷⁹ Les nuances dans ces propos sur le sujet s'expliquent car il est des cas, en matière pénale, où le ministère public n'a aucun pouvoir d'apprécier l'opportunité d'engager les poursuites. Les exemples sont nombreux en droit malien qui attestent à suffisance une telle affirmation. On peut citer, notamment, le cas de la répression des infractions d'audience (articles 25 à 28

de loi n°01-80 du 20 août 2001, modifiée par la loi n°2013-016 du 21 mai 2013 portant Code de procédure pénale).

⁸⁰ Pour un cas illustratif d'une telle hypothèse, CPF, op. cit., art. 273.

⁸¹ C'est le cas, entre autres, en matière de contentieux relatifs à la nationalité où le parquet représente l'Etat. C'est le cas aussi lorsque le ministère public agit devant le juge civil en vue de la sauvegarde des intérêts d'une personne protégée (mineur ou majeur interdit).

disposition des parties, soit oralement à l'audience »⁸².

Placé dans la posture d'un véritable mandataire, le parquet est tenu d'user de tous les moyens de droit possibles pour rechercher la réalisation efficiente du droit dont la défense ou l'exercice lui est confié dans le cadre de la représentation d'autrui. L'on pourrait, dès lors, se poser des questions sur la nature juridique de l'obligation à laquelle cette situation soumet le ministère public. Sans doute, le parquet est-il soumis en la matière aussi bien à une obligation de résultat à la base et à une obligation de moyen au bout du compte. En effet, le ministère public dans ce cas de figure est le plus souvent obligé d'agir c'est-à-dire de saisir la juridiction civile compétente. Toutefois, il n'est nullement tenu à ce que la cause prospère, même s'il doit avoir tout mis en œuvre pour le succès de la procédure.

Si ces quelques développements permettent de découvrir les différentes motivations de l'intervention du ministère public en matière civile, il est tout aussi essentiel de ne pas perdre de vue que l'action du parquet en cette matière est d'une utilité certaine.

II- UNE INTERVENTION UTILE

L'intervention du ministère public en matière civile a un double profit. En effet, il sera

⁸² CPCS, *op. cit.*, art. 439.

démontré que ladite intervention renforce l'office du juge (A), d'une part, et qu'elle assure la garantie des intérêts des justiciables (B), d'autre part.

A- Le renforcement de l'office du juge

La participation des officiers du ministère public à la prise en charge judiciaire des affaires civiles s'avère être à la fois un concours à la mission du juge (1) et une garantie des décisions de ce dernier⁸³ (2).

1- Le concours à l'office du juge

L'intervention du ministère public en matière civile est gage, dans une large mesure, de la facilitation de la mission du juge⁸⁴. *A priori*, une telle affirmation peut paraître étonnante d'autant plus qu'en apparence, rien ne semble lier le juge au ministère public si ce n'est qu'ils constituent tous les deux des acteurs judiciaires de premier plan. Le rôle du juge consiste à trancher les litiges qui lui sont soumis tandis que la vocation du parquet est de représenter la société auprès de certaines juridictions, d'y poursuivre la sanction des infractions tout en veillant à l'application correcte des lois. C'est cette dernière fonction qui explique toute l'aide que le ministère public peut apporter au juge appelé à départager les parties litigantes.

⁸³ E. MAUREL, *Paroles de procureur*, éd., Gallimard, Paris, 2008, p. 182.

⁸⁴ E. MAUREL, *Paroles de procureur, op. cit.*, p. 149.

En plus de ses fonctions répressives consistant essentiellement en la mise en mouvement et en l'exercice de l'action publique, le ministère public est en vérité un véritable commissaire de la loi et est d'une grande utilité⁸⁵ devant les juridictions civiles. L'une des nombreuses utilités du parquet en matière civile est de constituer un conseiller éclairé dont les avis contribuent à orienter opportunément et dans bien des cas l'action des juges⁸⁶. Cela est si vrai qu'à travers le mécanisme procédural de communication des affaires civiles⁸⁷, il est attendu du ministère de prendre des conclusions écrites et/ou orales.

La loi désigne des matières qui doivent être préalablement communiquées au ministère public avant leur examen par la juridiction civile compétente. Cette communication permet aux officiers du ministère public d'éplucher les pièces composant les dossiers civils. L'objectif essentiel de cette communication est de permettre au parquet d'émettre un avis ou de le préparer. A cette occasion, il peut lui arriver de déceler, incidemment, des faits potentiellement constitutifs d'infraction, ce qui lui donne l'occasion d'apprécier l'opportunité d'engager ou pas des poursuites. Toutefois, les avis émis par le parquet orientent le plus

souvent le juge sur ce qui pourrait relever de la bonne application des textes et, par voie de conséquence, la solution du litige. Pour le reste, il importe de relever que lesdits avis peuvent intervenir spontanément sur sa propre initiative ou être provoqués par le juge qui peut les solliciter.

Sur un tout autre plan, il est évident que ces différents éléments démontrent que le juge accomplit une mission non pas à son propre compte, mais d'intérêt général⁸⁸. C'est pourquoi, la présence à ses côtés des officiers du ministère public est, à plus d'un titre, bénéfique. En effet, bien que le juge soit incontournable dans le mécanisme juridictionnel, il est acquis que nul autre organe judiciaire que le ministère public n'est fondé de prendre l'initiative d'une action judiciaire⁸⁹. Sur ce terrain, les officiers du ministère public ont quasiment un monopole du fait qu'ils n'ont de raison d'être que d'agir au nom de la société et de satisfaire les intérêts de la cité.

Pour le reste, l'intervention du ministère public aux côtés du juge dans le cadre du traitement judiciaire des affaires civiles joue également, mais surtout, toutes les fois que l'audience civile connaît des perturbations⁹⁰. En effet, il est fréquent que les juges

⁸⁵ M. AYDALOT, *Magistrat, un homme et son métier*, éd., Robert Laffont, Paris, 1976, pp. 61-62.

⁸⁶ Jacques HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015, p. 384.

⁸⁷ Y. DIALLO, *Le procureur de la République, La pratique du parquet*, op. cit., p. 447.

⁸⁸ E. MAUREL, *Paroles de procureur*, op. cit., p. 281.

⁸⁹ C. VIGOUROUX, *Du juste exercice de la force*, éd., Odile Jacob, Paris, 2017, p. 34.

⁹⁰ Ph. COURROYE, *Reste la justice...*, éd., Michel Lafon, Paris, 2018, p. 55.

enregistrent des incidents dans la conduite des audiences dont ils ont la police. En pareille circonstance, certes, le juge peut ordonner des mesures tendant à mettre fin à ces troubles. Mais, il est évident qu'il ne saurait se donner certaines libertés sans sortir de sa posture d'impartialité et exposer, ainsi, la décision finale à des critiques légitimes.

Pour résoudre ce problème, le ministère public est l'organe qui devrait jouer un rôle si non déterminant du moins majeur. En effet, à la différence des parties privées, le ministère public ne tire aucun intérêt personnel qui pourrait l'entraîner dans une partialité aveugle et sans limite. C'est pourquoi, les avis qu'il émet peuvent contribuer à protéger l'office du juge en ce qu'il est suffisamment crédible⁹¹ pour dissuader les parties privées à aller à certains excès. D'ailleurs, même officiant en matière civile, les débordements sur ce terrain peuvent conduire le ministère public à résoudre les conséquences excessives d'un incident d'audience sur le plan pénal.

En sus du concours à la consolidation de l'office du juge en matière civile, l'intervention du ministère public favorise également la garantie de la qualité des décisions de justice dans ce domaine.

2- La garantie de la qualité des décisions

⁹¹ Ph. BILGER, *Pour l'honneur de la justice*, éd., *op. cit.*, p. 21.

L'intervention du ministère public en matière civile est l'un des tremplins indéniables pour garantir l'amélioration de la qualité de la réponse judiciaire sur ce plan. Cela est si vrai que tout système juridique ou judiciaire se doit de s'inscrire dans une dynamique de quête permanente de l'efficacité afin de garantir la paix sociale. La justice ne peut contribuer au maintien et au rétablissement de la paix sociale que lorsqu'elle est bâtie suivant un modèle fonctionnel susceptible de favoriser le respect des droits. L'existence d'un modèle fonctionnel efficace devrait, par ailleurs, se doubler de l'effectivité des normes prescriptrices. Une telle effectivité ne peut être assurée que par les praticiens du droit dont les membres du ministère public.

Par leur pleine implication dans le processus judiciaire en matière civile, les officiers du ministère public devraient contribuer à rehausser la qualité⁹² et le niveau du débat judiciaire. Ils sont, sur cet autre terrain, des acteurs pouvant asseoir et/ou accroître la crédibilité du système judiciaire. Cela est si vrai que le droit judiciaire privé, contrairement à la première impression qu'il pourrait donner, est loin de confiner le ministère public dans une posture de simple figuration et/ou de passivité. En ce domaine, il est permis au parquet de prendre des initiatives et d'être proactif. Ainsi, participe-t-

⁹² S.-P. L. AWONA, *La Cour commune de justice et d'arbitrage*, éd., L'Hamattan, Douala, 2021, p. 40.

il à l'examen des causes civiles en émettant des avis éclairés⁹³ voire en agissant, dans certains cas, comme demandeur à la manière d'une partie privée. Dans le premier cas, il agit comme partie-jointe et, dans le second, comme partie principale.

Parce qu'il est un acteur appréhendant les situations de façon objective lorsqu'il agit comme partie-jointe, le ministère public est d'un apport inestimable pour le bien de la justice civile. A travers ses avis, il attire l'attention des juridictions civiles, de façon neutre, sur le sens exact des textes ainsi que sur les implications éventuelles des solutions envisageables. Il est évident qu'en agissant de la sorte, le ministère public veille à ce que le caractère équitable du procès civil soit respecté. Cela est l'une des conditions essentielles pour la légitimité ainsi que la crédibilité du système judiciaire.

Par ailleurs, la participation des officiers du ministère public au traitement de certaines causes civiles est la condition *sine qua non* de la régularité de celles-ci. En effet, qu'il s'agisse des affaires communicables de façon générale ou du contentieux de la nationalité de façon spécifique, la non-participation du ministère public au traitement judiciaire de ces questions entache la régularité des décisions rendues. De ce fait, il est impérieux

que la pratique judiciaire soit en phase avec les textes qui, dans bien des cas, attribuent des prérogatives non observées par le parquet⁹⁴. En plus de contribuer à affaiblir la qualité technique des décisions de justice qui interviennent dans ces conditions, une telle façon de faire n'est pas sans avoir un impact négatif sur l'efficacité et l'efficience de la réponse judiciaire en matière civile.

C'est pourquoi, il est loin d'être exagéré d'affirmer que l'action des officiers du ministère public en matière civile apporte une garantie certaine à la qualité des décisions de justices dans ce domaine. Toutefois, en plus de cette plus-value qu'elle apporte, l'intervention du ministère public en matière civile assure sous un autre angle la protection des intérêts des justiciables.

B- La sauvegarde des intérêts des justiciables

L'intervention du ministère public en matière civile contribue à sauvegarder les intérêts des justiciables. Cela découle du fait que ladite intervention permet d'assurer la défense incidente de certains intérêts privés (1), d'une part, ce qui ne va pas sans la garantie d'un procès équitable (2), d'autre part.

1- La défense incidente d'intérêts privés

⁹³ Y. DIALLO, *Le procureur de la République, La pratique du parquet, op. cit.*, 2018, p. 451.

⁹⁴ « ... en pratique, le ministère public en dépit du rôle qui lui est dévolu par la loi, [...], s'intéresse très peu ... au procès civil ». H. B. MAIGA, *Le manuel du juge au siège*, éd., Jamana, Bamako, 2009, p. 99.

« A priori à l'observation quotidienne du parquet, on peut penser que les affaires autres que pénales ne devraient l'intéresser. Le procès civil étant l'affaire des parties, l'intervention du parquet, chargé dans une certaine mesure de gérer l'ordre public serait peu envisageable. C'est oublier que le parquet, au-delà de la gestion de l'intérêt général, peut œuvrer dans le sens de la sauvegarde d'un intérêt privé parfois il y va de la bonne administration de la justice il y a aussi de ces affaires qui obéissent à un ordre public particulier comme l'état civil sa fiabilité est d'une importance capitale car elle permet une bonne identification des citoyens, les bonnes statistiques pouvant conduire les bonnes politiques économiques et sociales »⁹⁵.

De cette citation, il appert que l'office du ministère public en matière civile, en plus de ses vertus dont on a déjà parlé, est aussi une garantie pour les plaideurs privés. Certes, les officiers du ministère public, loin d'être les conseils et/ou les représentants des plaideurs privés, ne sont que les avocats de la seule société. Mais, une observation attentive du schéma ainsi que du dispositif procédural conduit rapidement au constat que, l'intérêt général dont l'initiative de la protection est

dévolue au parquet⁹⁶ n'est, en réalité, que la somme des intérêts individuels. Or, les titulaires de cette dernière catégorie d'intérêts ne sont que les plaideurs privés.

Cette démonstration met opportunément en lumière que l'intervention du ministère public en matière civile profite bien aux parties privées. En effet, au-delà de l'intérêt général, *stricto sensu*, la présence du parquet en droit judiciaire privé permet utilement d'attirer l'attention des juridictions compétentes en cette matière sur la bonne application des textes. Par un tel rôle, les prises de position du ministère public contribuent à protéger des intérêts privés même si cela ne se passe qu'incidemment. Ainsi, en est-il des prises de position du parquet dans les affaires, entre autres, de divorce, de garde⁹⁷ ou de modification de garde d'enfant⁹⁸, de nationalité⁹⁹, de cessation de troubles, de contrainte par corps, de réclamation de sommes d'argent ou encore de prestation de serment. Il est évident que dans ces différents cas de figure, le positionnement du ministère public servirait indirectement les intérêts de l'une des parties litigantes.

Les bénéfices incidents de l'office du ministère public en matière civile peuvent profiter indifféremment à la partie privée

⁹⁵ Y. DIALLO, *Le procureur de la République, La pratique du parquet*, op. cit., p. 447.

⁹⁶ M. AYDALOT, *Magistrat, un homme et son métier*, op. cit., p. 60.

⁹⁷ CPF, op. cit., art. 369 et s.

⁹⁸ CPF, op. cit., art. 370.

⁹⁹ E. MAUREL, *Paroles de procureur*, op. cit., p. 161.

requérante ou à celle défenderesse. En effet, contrairement à l'avocat qui offre ses services expressément à l'une des parties au procès¹⁰⁰, le ministère public, lui, poursuit toujours la défense ou la protection d'un droit ou d'une personne mais de façon totalement désintéressée. Cependant, il importe de relever que dans le cas d'espèce, le ministère public évolue dans la posture de partie jointe. Cela est d'autant plus évident que dans le cas contraire, notamment, lorsque le parquet est partie principale, il poursuit la réalisation d'un droit en qualité soit de requérant, soit de défendeur.

La présence du parquet dans le cadre d'une procédure civile permet, dans bien des cas, de déjouer les pièges procéduraux tendus au juge. Cela dessert sans doute le plaideur auteur de ces motifs ou de ces moyens, ce qui, *a contrario*, profite à la partie adverse. En tout état de cause, l'action des officiers du ministère public aux côtés du juge civil est l'un des gages indiscutables d'une bonne administration de la justice. Elle est de nature à contribuer à l'amélioration de la qualité de la réponse judiciaire sur le plan civil, ce qui participe de la préservation de la paix sociale¹⁰¹. L'on sait bien que le

développement¹⁰² socio-économique est tributaire avant tout de la paix sans laquelle aucune politique pérenne et ambitieuse n'est envisageable.

2- La garantie d'un procès équitable

Le procès équitable¹⁰³ renvoie à l'idée d'une justice rendue suivant des normes objectives, par un organe juridictionnel indépendant¹⁰⁴ et impartial¹⁰⁵ assurant le traitement égalitaire¹⁰⁶ des parties durant toute l'instance. Elle est la condition de la crédibilité¹⁰⁷ du système judiciaire, dans un Etat démocratique. En conférant au ministère public le devoir de veiller à la judicieuse application des lois de la République, il est évident que les textes réunissent les conditions afin que cet organe contribue à la garantie d'un procès équitable en matière civile.

Pour être équitable, la justice civile se doit être distribuée par des juges convenablement outillés, indépendants et impartiaux. En effet,

¹⁰² M. GOITA, *Justice au Mali : Juge, Avocat et Témoin, Cahier d'un rebelle*, Editions universitaires européennes, Londres, 2019, p. 8.

¹⁰³ J.-Cl. MAGENDIE, *Les sept péchés capitaux de la justice française*, Editions Léo Scheer, Paris, 2012, p. 102.

¹⁰⁴ M. I. KONATE, *Justice en Afrique, ce grand corps malade*, éd., La Sahélienne, Bamako, 2018, p. 84.

¹⁰⁵ « La robe...que nous portons à l'audience est le symbole même de notre impartialité ; elle joue ce rôle aux yeux des parties au procès mais ne saurait nous protéger entièrement de nous-mêmes ». E. DE MONTGOLFIER, *Le Devoir de déplaire*, éd., Michel Lafon, Paris, 2006, p.15.

¹⁰⁶ B. GARNOT, *Histoire des juges en France, de l'ancien régime à nos jours*, Nouveau Edition éditions, Paris, 2014, pp. 21-22.

¹⁰⁷ Ph. BILGER, *Pour l'honneur de la justice*, op. cit., p. 21.

¹⁰⁰ « Les avocats ont mauvaise presse car on les confond volontiers avec leurs clients, les entraînant dans la même réprobation ». E. DE MONTGOLFIER, *Le Devoir de déplaire*, op. cit., p. 82.

¹⁰¹ P. TRUCHE, *Juger; être jugé, Le magistrat face aux autres et à lui-même*, éd., Fayard, Paris, 2001, pp. 53-54.

la qualité¹⁰⁸ des décisions de justice dépend dans une large mesure, tout d'abord, de l'assimilation véritable des questions de fond et de procédure par les acteurs judiciaires. Cela suppose un renforcement soutenu des capacités du personnel judiciaire par l'Etat. Ensuite, la justice doit être rendue par des juges indépendants aussi bien des pouvoirs exécutif et législatif, mais aussi des parties au procès. Le juge indépendant est celui qui n'est nullement dans les liens d'une quelconque subordination hiérarchique et qui se décide conformément aux textes applicables à la cause qui lui est soumise. Enfin, l'impartialité du juge renvoie à l'idée que le juge doit évoluer dans une posture de neutralité et d'objectivité entre les parties au procès. En plus de ces exigences, le procès civil doit assurer la contradiction¹⁰⁹ et l'égalité des armes entre les parties pour satisfaire l'équité.

Le principe du contradictoire suppose que le juge se décide suivant des éléments de preuve régulièrement produits par les parties et échangés entre celles-ci. Il interdit au juge de garder de se décider sur la base d'éléments de preuve non discutés par les parties et constitue une garantie essentielle de transparence

judiciaire¹¹⁰, ce qui met à l'abri de l'arbitraire¹¹¹. Le juge doit observer et faire observer le principe du contradictoire qui constitue l'une des causes de légitimité¹¹² et de crédibilité du processus décisionnel. Pour observer le principe du contradictoire, le juge se doit de provoquer l'avis des parties sur tout élément de preuve dont il entend se servir pour se décider. Il fait observer ledit principe, en veillant à ce que les parties échangent entre elles les éléments de preuve qu'elles entendent avancer à l'appui de leurs prétentions.

S'agissant de l'égalité des armes, elle oblige le juge à assurer aux différentes un traitement égalitaire. Cela lui impose de s'interdire toute discrimination¹¹³ de traitement entre les parties litigantes et de leur accorder la même attention.

Ainsi que l'on vient de le faire observer, le rôle du juge est ainsi essentiel dans la garantie d'un procès équitable. Cependant, l'intervention du ministère public à ses côtés est également un mécanisme important pour assurer la vitalité de ladite garantie. En effet, lorsqu'il agit comme partie jointe, le ministère

¹⁰⁸ « Une amélioration de la qualité de la justice impose à l'activité judiciaire d'être attentive à ses résultats, à son effectivité, à son impact sur le justiciable, bref d'être conséquente avec elle-même ». D. SALAS, « Le nouvel âge de l'erreur judiciaire », *Revue française d'administration publique*, n°125, 2008, p. 176-177.

¹⁰⁹ P. TRUCHE, *Juger, être jugé, Le magistrat face aux autres et à lui-même*, op. cit., p. 145.

¹¹⁰ A. A. N'DIAYE, *L'Urne et le Glaive, Réflexions sur les conceptions socio-politiques et judiciaires au Mali (de 1960 à la troisième République)*, éd., Jamana, Bamako, 1997, p. 7.

¹¹¹ M. LEGRAND, *Les Secrets d'un juge, Comment la justice se fait le bras armé du pouvoir*, Fayard, Paris, 2015, p. 268.

¹¹² E. DE MONTGOLFIER, *Le Devoir de déplaire*, op. cit., p. 17.

¹¹³ E. MAUREL, *Paroles de procureur*, op. cit., p. 117.

public ne se contente guère de faire la simple figuration dans la composition des formations de jugement. Dans une telle posture, le parquet prend des conclusions, émet des avis et, surtout, sert de conseiller éclairé pour le juge civil. Ainsi, la proximité du parquet d'avec le juge, loin d'entraîner une quelconque collusion en cette circonstance, lui vaut régulièrement de servir souffredouleur lors des incidents¹¹⁴ visant parfois l'arbitre du jeu processuel. Le ministère public contribue ainsi à alerter, à conseiller utilement voire dans certains cas à dissuader le juge, chaque fois que le bien de la justice le requiert.

Dans une telle dynamique, il est indéniable que la prérogative dont disposent les officiers du ministère public, pour influencer positivement sur le cours de la procédure, contribue à garantir le procès équitable. C'est pourquoi, il est certain que le ministère public participe à la défense des intérêts des justiciables, même si cela ne se réalise qu'incidemment.

A la lumière des développements qui précèdent, il convient à présent de tirer de la présente réflexion sa substance pour retenir ses éléments conclusifs.

¹¹⁴ Ph. COURROYE, *Reste la justice...*, éd., Michel Lafon, Paris, 2018, p. 55.

CONCLUSION

Les vertus de l'action du ministère public en matière civile sont, le plus souvent, ignorées tant des plaideurs que, surtout, des acteurs judiciaires. Cette situation se déteint sur la qualité de la réponse judiciaire quotidiennement apportées aux affaires civiles. Cela est, certainement, l'une des raisons pouvant contribuer à expliquer la méfiance que cultive l'opinion à l'égard de l'institution judiciaire. En effet, il ne faut pas oublier que le ministère public est l'organe judiciaire le mieux indiqué pour assurer la communication judiciaire¹¹⁵. En jouant de façon professionnelle un tel rôle même en matière civile, la justice se fait quelque peu comprendre et contribue à dissiper la chape de suspicion dont elle est l'objet.

L'opportunité de l'intervention du ministère public en matière civile mérite d'être mieux perçue. Une telle perception conduirait sans doute à la consolidation dudit office pour permettre au droit judiciaire privé de gagner en efficacité et en efficience¹¹⁶. La justice ne

peut assurer sa vocation d'instrument de paix et de développement que lorsqu'elle est judicieusement rendue. La bonne perception¹¹⁷ de l'opportunité de l'intervention du ministère public en matière civile contribuerait à permettre à la procédure civile de mieux garantir les droits¹¹⁸ et d'assurer la paix pour un environnement social et économique prospère.

¹¹⁵ « ...une justice sans communication ne peut fonctionner harmonieusement ». L. FREMIOT, *Je vous laisse juges...*, *Confidences d'un magistrat qui voulait être libre*, éd., Michel Lafont, Paris, 2014, p. 196.

¹¹⁶ « ... c'est une garantie pour le juge comme pour le justiciable que celui qui assure l'interface entre ceux qui rendent les décisions d'une part, le particulier, l'opinion publique et le gouvernement d'autre part ne puisse donner prise, ne fût-ce qu'en apparence, à la suspicion. Là encore, c'est au magistrat du parquet de rester lucide sur sa situation personnelle et de ne jamais sacrifier, pour une promotion, ce qui fonde et justifie

son action : la dimension morale de la profession ». P. TRUCHE, *Juger, être jugé, Le magistrat face aux autres et à lui-même*, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁷ Y. DIALLO, *Le procureur de la République, La pratique du parquet*, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁸ P. GOASDOUE, *L'impartialité du ministère public*, éd., L'Harmattan, Paris, 2018, p. 27.