

R I D S P



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

International Journal of Law and Political Science

ISSN : 2790 - 4830

R.I.D.S.P, vol. 5, N°4 – Avril 2025



Directeur : Pr. AKONO ADAM Ramsès, Agrégé des Facultés de Droit**Comité scientifique**

Page | i

Pr. Najet BRAHMI*Professeur, Université de Tunis El Manar ;***Pr. Maurice KOM KAMSU***Professeur, Université de Maroua***Pr. Eric DEWEDI***Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;***Pr. VOUDWE BAKREO***Agrégé des Facultés de droit, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Loth Pierre DIWOUTA AYISSI***Professeur, Université de Yaoundé II;***Pr. AKONO ADAM Ramsès***Agrégé des Facultés de Droit, Université de Ngaoundéré ;***Pr. MOKTAR ADAMOU***Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;***Pr. Michel Aristide MENGUELE
MENYENGUE***Maître de Conférences, Université de Douala ;***Pr Maturin NNA***Professeur, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Nicolas Junior YEBEGA NDJANA***Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Marie-Colette KAMWE MOUAFFO***Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Fred Jérémie MEDOU NGOA***Professeur, Université de Douala ;***Pr. Guy Florent ATANGANA MVOGO***Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;***Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse
MBATONGA***Maître de Conférences, Université de Yaoundé II;***Pr. Victorine KAMGOUI KUITCHE***Maître de Conférences HDR, Université de Ngaoundéré ;***Pr. DJONGA Pierre***Maître de Conférences, Université de Bertoua ;***Pr. Serge Patrick LEVOA AWONA***Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;***M. Guy Bucumi Ph.D.***Professeur associé, Faculté de droit, Centre d'Etudes du Religieux contemporain-CERC, Université de Sherbrooke***Pr. Emmanuel D. KAM YOGO***Professeur, Université de Douala ;***Pr. Aron LOGMO MBELECK***Professeur, Université de Douala ;*

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en Chef

Pr. DJONGA Pierre
Maître de Conférences

Responsable en charge de la propriété intellectuelle : Dr. Job NZOH SANGONG

Coordonnateurs des rubriques

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique Droit

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Waräi Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Timothée MANGA BINELI
Dr. Sadjo ALIOU
Dr. Joceline Gaëlle ZOA ATANGANA
Dr. Deguia CHECK IBRAHIM
Dr. Josué Eric BOLNDO
Dr. DIGUIR DABOLE

Dr. BAMANGA DAGA Guidakré
Dr. SAPITODEN Elie
Dr. Alexis BAAYANBE BLAMA
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA
Dr. ARI HAMADOU GUY

Revue Internationale de Droit et Science Politique

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

ISSN : 2790-4830

POLITIQUE DE REDACTION

Page | iii

La Revue Internationale de Droit et Science Politique est publiée par une équipe dynamique et professionnelle en la matière. Les articles sont disponibles sur le site internet de la Revue : www.revueridsp.com

Directives aux auteurs :

La Revue Internationale de Droit et Science Politique reçoit des textes en permanence pour publication dans l'un de ses numéros mensuels. Les auteurs qui soumettent leurs contributions doivent se conformer aux directives suivantes :

- Toute proposition d'article doit être rédigée en format Microsoft Word, en police *Times New Roman*, caractère 12, et en interligne 1,5. Elle comportera un résumé en français et en anglais, des mots clés en français et en anglais, une introduction, un développement contenant un plan à deux parties (I- II- pour les parties ; A- B- pour les sous-parties, et éventuellement des petits 1 et 2), une conclusion. L'ensemble de la contribution doit tenir sur quinze (15) pages au minimum et trente-cinq (35) pages au maximum.
- Chaque proposition d'article doit débiter, juste après l'intitulé de la contribution qui doit être en français et en anglais, par une brève notice biographique précisant l'identité du (des) auteur(s) : Noms et prénoms, titre ou grade universitaire ou profession pour les praticiens non universitaires, l'affiliation institutionnelle.

Références (sources) :

Les références (sources) sont obligatoires dans une proposition d'article. Elles doivent être présentées sur la base du modèle infrapaginale.

Dès lors les références (sources) doivent être présentées en bas de page (notes) selon le style suivant :

- **Pour un ouvrage** : Nom en Majuscule, Initiale du(es) prénom(s) du(es) auteur(s) entre parenthèses, intitulé de l'ouvrage en italique, Ville d'édition, Maison d'Édition, Année, page(s).

Exemples :

Page | iv

Un auteur : ONANA (J.), *Gouverner le désordre urbain. Sortir de la tragique impuissance de la puissance publique*, Paris, L'Harmattan, 2019, p.6 ;

Deux auteurs : OST (F.) et VAN DE KERSHOVE (M.), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du Droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 2010, p. 103

Trois auteurs : BOUSSAGUET (L.) & al., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p.6

- **Pour un article publié dans une revue** : Nom(s) en majuscule, Initiales du(es) Prénom(s), intitulé de l'article entre guillemets, nom de la revue ou de l'ouvrage collectif dans lequel il est publié en italique, numéro de la revue, Année de parution, pages ;

Exemple : KEUBOU (Ph.), « L'évolution de la pratique de l'extradition au Cameroun : de l'arbitraire au timide respect de la réglementation », *RSCrim.*, 1999, p. 565

- **Pour un chapitre d'ouvrage** :

LEVÊQUE (A.), « Chapitre 2 : La sociologie de l'action publique », in JACQUEMAIN (M.) & FRERE (B.), *Epistémologie de la Sociologie. Paradigmes pour le XXI^e siècle*, De Boeck Supérieur, Collection « Ouvertures sociologiques », 2008, p.6

- **Pour un document internet** :

Exemple :

Organisation Mondiale de la Santé, Global status report on violence prévention, 2014, disponible en ligne sur http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/

- **Pour tout document non publié (mémoire, thèse...) :**

Exemple : MINKOA SHE (A.), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse de Doctorat, Université des Sciences Juridiques, Politiques, Sociales et de Technologie de Strasbourg, 1987, p.6

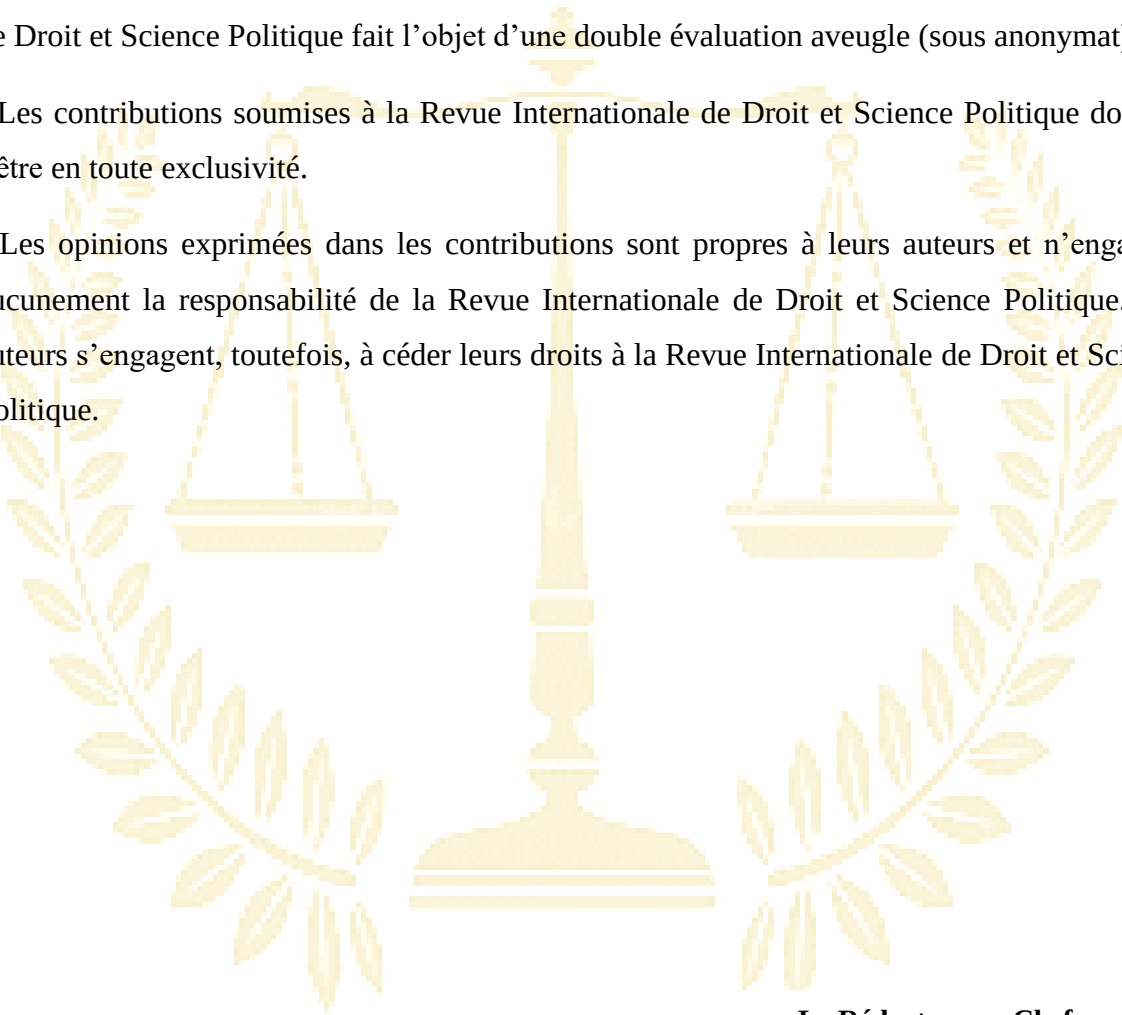
Langue et style de rédaction :

- Chaque proposition d'article doit être rédigée en français ou en anglais
- L'usage des transitions et chapeaux est impérative

Page | v

Soumission, examen des propositions et responsabilités :

- Les propositions d'articles doivent être soumises par courrier électronique à l'adresse électronique suivante : redactionridsp@gmail.com Tout texte soumis à la Revue Internationale de Droit et Science Politique fait l'objet d'une double évaluation aveugle (sous anonymat).
- Les contributions soumises à la Revue Internationale de Droit et Science Politique doivent l'être en toute exclusivité.
- Les opinions exprimées dans les contributions sont propres à leurs auteurs et n'engagent aucunement la responsabilité de la Revue Internationale de Droit et Science Politique. Les auteurs s'engagent, toutefois, à céder leurs droits à la Revue Internationale de Droit et Science Politique.

**Le Rédacteur en Chef**

Pr. Djonga Pierre
Maître de Conférences
Université de Bertoua.

SOMMAIRE**❖ English Law**

A Critical Analysis of the Various Predicaments Affecting the Protection of Refugees Status under International Law.....1

Nana Charles Nguindip

Controversy surrounding death penalty as a violation of human rights: an in-depth evaluation of cameroonian legislation.....18

PEFELA Gildas NYUGHA & NJI WUNING ACHE & BECHA Christian & NDOH Larinette APARJIE & EJIRO Vera OBOBA & CENSREHURD

❖ Science Politique

Libre circulation des personnes et des biens et développement des poches de corruption en zone CEMAC.....38

EBELE ONANA Richard Désiré & ENYEGUE ONDO Raphaëlle Marie Pierre

Analyse de la sociologie des régimes autoritaires et camouflage des politiques répressives. Étude de cas : de la Russie et Chine.....67

Pierre OLELA NGONGO

La reproduction dans les sphères dirigeantes des partis politiques au Cameroun : un turn-over canalisé par les dynamiques identitaires dans le RDPC, le SDF, l'UNDP et l'UPC.....84

TIZE Joseph

L'État stratège et stratégies de l'Etat en contexte de crise sanitaire en Afrique : de quelques leçons apprises des actions publiques de lutte contre la Covid 19 au Sénégal.....103

Moustapha DIENE

L'influence des missionnaires sur la culture congolaise : une analyse de l'impact de la religion comme facteur de fragilisation de l'identité et de la résistance face aux agressions en République Démocratique du Congo.....123

Pierre OLELA NGONGO & RAMAZANI KAMANDJI

Page | vii

La consolidation de la démocratie béninoise face aux candidats providentiels.....151

Mathieu Adjagbe

❖ **Droit Privé**

La politique pénitentiaire au prisme de la réinsertion sociale des détenus terroristes au Mali...179

Bouréma KANSAYE & Boureïma KAREMBE

Le mineur : dirigeant d'entreprise.....207

RAMARDE Nedoumbaïel

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au Mali.....233

BOUREIMA KAREMBE

L'arbitrage, un gage de sécurité juridique de l'activité économique OHADA.....271

BILOA ATANGANA Carine Laetitia

La Fusion transfrontalière en droit OHADA.....288

CELINE NGUIZIYE

L'avènement de l'OHADA et son impact sur l'entreprise au Cameroun.....308

NYIA ENGON NELLY GÉRALDINE SOLANGE

Le droit à l'aune du numérique.....325

TINWO FONKOUO Simplicie Emmanuel

D'un statut juridique à la fiscalisation des activités d'influenceur au Togo.....344

Essodinam HALIABA

L'enfant à naître en droit togolais.....354

FOLLY Messan Agbo

La liberté dans l'Acte uniforme révisé portant droit des sociétés commerciales.....	392
<i>GONGALI SALE ADOLPHE</i>	
L'efficacité des sûretés négatives.....	412
<i>Almoustapha Ibrahima MAIGA</i>	
La personnification des catégories juridiques.....	446
<i>Issa Makan KEITA</i>	
La rupture des pourparlers en droit sénégalais à la lumière du droit français.....	470
<i>Richard Alemdjrodo</i>	
Les incoterms et les contrats commerciaux internationaux.....	499
<i>ETABA ABANA Rémi</i>	
❖ Droit Public	
De la protection des personnes déplacées internes en Afrique par la convention de Kampala de 2009.....	517
<i>Nicole NTUMBA BWATSHIA & Constantin KAZEMBE NGONGO & Emery-blondel KABONGO MUAMBA</i>	
L'interprétation de l'acte administratif unilatéral dans le contentieux de l'excès de pouvoir.....	536
<i>Ansoumane SACKO</i>	
Le secret médical à l'épreuve du numérique dans les pratiques médicales en Afrique de l'Ouest francophone.....	565
<i>ADJINI Koffi Mawoutodji</i>	
Les Changements Anticonstitutionnels de Gouvernement au regard du Droit Communautaire Africain.....	590
<i>ABDOUL-KARIM HALIROU</i>	
La responsabilité de l'État congolais pour les erreurs du Conservateur des Titres Immobiliers (CTI) : quelle compréhension face au rapport du 24 décembre 2024 de l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu sur la spoliation des parcelles et immeubles de l'Etat ?.....	614
<i>Divin MUSHAGALUSA FAKAGE MWENE KAVANGA</i>	

De la pertinence de la fonction consultative de la C.I.J dans le différend Royaume-Uni de grande bretagne et ile-Maurice : analyse de l’avis sur les effets juridiques de la séparation de l’archipel des Chagos de Maurice en 1965.....647

Nicole NTUMBA BWATSHIA & Constantin KAZEMBE NGONGO & MARIAMU DJASEKO
Miriam

Page | ix

L’ONU et l’UA en Afrique subsaharienne : Quelle efficacité dans la lutte contre le terrorisme?..666
TARKOUA

Recherches sur la protection institutionnelle des droits des personnes handicapées au Cameroun.....680
Florine Micayelle TSAPZEU KEMTANG

L’impartialité du juge constitutionnel en Afrique noire francophone.....704
Alia DIABY

Le déclassement des biens du domaine public dans les Etats d’Afrique noire francophone : cas du Cameroun, guinée et Sénégal.....740
Hubert Martial FOUDA & Luc Patrick BALLA MANGA

La vicissitude de la Responsabilité internationale de protéger (R2P) et la sauvegarde des droits de l’Homme en période de conflit armé.....765
DAOUDA IDRISOU

Digitalisation du service public et égalité des usagers devant l’administration publique en Afrique de l’ouest.....794
GANDONOU O. M. Diane

La réception de la jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines.....816
Afo Sabi Kasséré

La performance dans la régulation des marchés publics : réflexions à partir du droit camerounais.....852
HAMBOA ZONGA Mbissa Valérie

❖ **Varia**

La reconnaissance des blessures psychosociales chez les militaires par l'armée camerounaise : une évolution trompe-œil.....873

Alphonse Bernard AMOUGOU MBARGA & Mireille EFAH MINDZIE

Page | x





A Critical Analysis of the Various Predicaments Affecting the Protection of Refugees Status under International Law

Une analyse critique des différents problèmes affectant la protection du statut de réfugié en vertu
du Droit International

Page | 1

By:

Nana Charles Nguindip

Associate Professor

Faculty of Law and Political Sciences,

Department of English Law, P.O Box 66 Dschang

seniorlecturer84@gmail.com

Abstract:

The ultimate and itemised rule in law relics that there is always that need in rendering protection to those who have abandoned their States of origin to another State in quest of protection documented under the legal confines of international law. Even though with all the principles provided by international instruments like those stipulated by the 1951 Refugee protection, the protection offers to refugees continues to be puzzling and controversial as unceasing violations of their rights and statuses are experienced attracting passable equivocations on the international scene. This paper exhibits that there are lots of scrapes and dilemmas in matters concerning the protection of refugees under international law, and this has really affected the expectations and prospect string line by the purported refugee laws and relevant legal dispositions. With this in place, the notion of refugee acquiring the protection stipulated by relevant legal provisions remains a difficult humiliation to understand as many refugees continues to vacillate from the outcome of this thwarting by standard peculiarities. In answering the above dilemmas and noises surrounding the protection of refugees on the international platform, there will be that need in verifying the rationale behind the interrupted protection scrapes affecting refugees status and protection. It is therefore in such basis that there will or should always be that tendency in ensuring that States respects their various obligations when matters of protection of refugees are concerned, as it will go a long way in solving the aspiring placement on the international scene where aspect of protection is fundamental.

Keywords: Predicaments, Refugees, Protection, International Law, Analysis

Résumé :

La règle ultime et détaillée du droit est qu'il est toujours nécessaire d'offrir une protection à ceux qui ont abandonné leur pays d'origine pour se rendre dans un autre État en quête d'une protection documentée dans les limites juridiques du droit international. Même si tous les principes prévus par les instruments internationaux tels que ceux stipulés par la protection des réfugiés de 1951, la protection offerte aux réfugiés continue de susciter la perplexité et la controverse, les violations incessantes de leurs droits et de leurs statuts suscitant des équivoques passables sur la scène internationale. Ce document montre qu'il y a beaucoup de problèmes et de dilemmes dans les questions concernant la protection des réfugiés en vertu du droit international, et que cela a vraiment affecté les attentes et les perspectives liées aux prétendues lois sur les réfugiés et aux dispositions juridiques pertinentes. Dans ces conditions, la notion de réfugié bénéficiant de la protection stipulée par les dispositions légales pertinentes reste une humiliation difficile à comprendre, car de nombreux réfugiés continuent à hésiter entre les résultats de ce contrecarrage et les particularités des normes. Pour répondre aux dilemmes et aux bruits qui entourent la protection des réfugiés sur la scène internationale, il est nécessaire de vérifier la logique des interruptions de protection qui affectent le statut et la protection des réfugiés. C'est donc sur cette base qu'il y aura ou qu'il devrait toujours y avoir cette tendance à veiller à ce que les États respectent leurs diverses obligations en matière de protection des réfugiés, car cela contribuera grandement à résoudre le problème de la protection des réfugiés sur la scène internationale.

Mots-clés : Prédicaments, Réfugiés, Protection, Droit international, Analyse

Introduction

The unequivocal fact in law will always remain by questioning whether States have any considerable obligation under customary international law in offering protection to refugees.¹ The fact will always remain that the 1951 Refugee Convention² finagles a duty on States not to obstruct individuals' and refugees' right to seek asylum,³ rather than actually giving individuals the right to asylum itself.⁴ Of utmost importance and explanation is the 1967 Declaration on Territorial Asylum affirming in its *Article 1*,⁵ emphasizing the State is the exclusive judge of the grounds upon which it will extend protection to asylum seekers. This is really an interesting part of the law when handling issues of protection to individual States parties to the Refugee Convention and even those stipulated by Jus Cogen⁶ ensuring that protection and respect of the various provisions of the Refugee Convention should be imperative to the State in question. The fact remain that refugees are seeking asylum in a particular country of their choice, and it becomes the responsibilities of the said State in determining protection in pursuant with the provision provided by the Convention. The question one is forced in posturing is in determining whether States really respects the provision of the law when handling issues of refugees seeking asylum as there continue to be rampant and continuous violations of this right of refugees in matters related to asylum seeking.⁷ As if this is not enough in matters of refugee protection, the extension of Article 2 of the 1967 Declaration on Territorial Asylum imposes that other States shall consider measures to lighten the burden when a State finds it difficult to manage asylum seekers. The rule remain that, since the setting in place of the 1967 Declaration, there has been little agreement within the international

¹ Article 1(2A) of the 1951 Refugee Convention talks about the need of offering protection to Refugee as the are facing persecution which comes as a result of race, opinion, nationality, belonging to a particular member group and many others

² This is the main Convention put in place in 1951 to handle the right of refugees and ensuring that States who have signed and ratified the said Convention should take all the appropriate measures in ensuring that refugees entry, staying and even leaving their territories should be accorded adequate protection as far as the said protection will not affects States Security and Sovereignty. It is therefore the responsibilities of States in respecting their various obligations stipulated by the said Refugee Convention in matters related to their protection whether under international, regional or even domestic law.

³ Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (OUP 1998) 358.

⁴ Elizabeth J Lentini, 'The Definition of Refugee in International Law: Proposals for the Future' (1985) 5 B.C. Third World L.J. 185

⁵ UN General Assembly, Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII).

⁶ This is a principle of Customary International law which even though those not have a legal backing, but is generally recognized by the international community as binding on them in which respect and obligation is fundamental.

⁷ Article 14 of the Universal Declaration on Human Right 1948 is very clear here as its stipulated that every refugees irrespective of status, nationality, race, religion is entitled to the right in seeking asylum in any States of its choice as far as the said refugees have fulfilled the provisions stipulated by Section 1A(2) of the Geneva Refugee Convention

community with regard to reaching a universal instrument of asylum.⁸ Instead, progress is generally seen in the form of regional agreements,⁹ and even this has arguably been quite limited. For example, even in regional agreements like those under the European Convention of Human Rights, a right to asylum has not been recognized.¹⁰ The furthest that signatory States in the European region have gone is to recognize that the rights under both European Union law and the European Commission for Human Rights stem from Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which only crystallizes the right of non-refoulement and the right of individuals to have their cases considered on their merits.¹¹

The African Union seems to be encircling a slightly broader scope of protection, as already stated. Further, inclusion of the phrase ‘in either part or the whole of’ the definition does away with the requirement that a person must first seek ‘internal flight or relocation alternative’ as required by 1951 Convention.¹² In effect, the differences led to the widening of the scope of those who would qualify for refugee status under the OAU Convention as compared to the 1951 Convention. However, this does not go so far as to recognize an international obligation to grant asylum to asylum seekers. Ultimately, there remains insufficient State practice or *opinio juris* to demonstrate a duty of States to grant asylum to those seeking it under customary international law,¹³ and judging by the uncertain and mixed treatment currently, the obligation to grant asylum to asylum seekers is unlikely to be incorporated as custom in the foreseeable future.

This is not to contradict the basis of the rights discussed above as Article 31 of the 1951 Convention provides support for a limited right of temporary admission for asylum seekers, even if they do not possess the requisite documents, to access fair and effective refugee status proceedings.¹⁴ However, this requires evidence of a ‘good cause’ for entering the State in such a manner, and no doubt violence and imminent threats to life fall under this category. This, combined with a customary duty of States to implement their treaty obligations in good faith under the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,¹⁵ will lead to an invocation of State responsibility if a State breaches its obligations. A State will be found to be acting in bad faith even if it tries to avoid

⁸ Goodwin-Gill (n 29) 365

⁹ *ibid* 366.

¹⁰ *ibid* 366, 367-8.

¹¹ Goodwin-Gill (n 29) 368

¹² 1951 Convention relating to the Status of Refugees (adopted 22 April 1954) 189 UNTS 137 art 1(A)(2).

¹³ Gregor Noll, *Negotiating Asylum* (Martinus Nijhoff 2000) 357–62.

¹⁴ Goodwin-Gill (n 29) 384.

¹⁵ 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969) 1155 UNTS 331, arts 26, 31.

its obligations. The same analysis as in the previous subsection follows if a State is found in breach of its international obligations.

In this section, we consider the arguments for and against the current international refugee law framework, and whether it is capable of offering any meaningful solution to refugee crises in general. Page | 5

The three criteria examined are the level of protection offered to asylum seekers, the extent of the legal obligations on states for asylum seekers and instances where asylum seekers have successfully asserted their rights as refugees.

I- ASSESSING THE CHALLENGING STAGE AT THE LEVEL OF PROTECTION

The most remorseless problem faced by international refugee law is that it suffers from a ‘serious legal lacuna’ in that it concludes the rights of those who are classified as refugees, but fails to bind States on how to carry out this determination. Instead, the law requests States to rely on domestic laws or regional instruments in concluding whether a person qualifies for refugee status and whether, as a consequence, their substantive rights will be protected. This aspect of abandoning protection to States clearly predicates the effectiveness of international law does not mean that there have been no negative ramifications as a result of the distinction;¹⁶ it only means that there may be an argument for retaining the divide, especially in the context of a civil war crisis, such as the one in Syria. Since customary international refugee law does not include victims of natural disaster and violence or war, some may question how far we can classify customary international refugee law as humanitarian in nature. However, the important point is that compared to migrants, the cause is substantially more humanitarian. This is further evidenced by the fact that the term ‘refugee’, as it is used in ordinary language, includes all types of asylum seekers, and not just refugees under the technical legal definition. Thus, when States take action to offer protection, it is explicitly imbedded in humanitarian terms not the legal terms.

¹⁶ Alan Gamlen, ‘An inborn restlessness: Migration and exile in a turbulent world’ *Migration Studies* (2015) 3 (3) 307.

A- The Complexities surrounding the aspect of the Right in Seeking Asylum under International law

There is really a confusion as many will continue questioning the provision of the Refugee Convention in matters of protection of these refugees when the Convention abandoned the refugee determination to the States where the refugee is seeking refuge and protection. The rule remains here that it will be practical and logical that not every States will offer the same protection to refugees as there is no standard or basis under the 1951 Refugee Convention determining the criteria for protection. The fact remains that most states will actually rely more on the humanitarian part rather on that stipulated by the law, and this will really frustrate the protection of refugees.

Page | 6

Thus, the argument that the law has introduced an unnecessary division between asylum seekers like that of migrants and refugees fails to convince. The question one will be itching in asking will be in determining those who will benefit from the aftermath of an asylum seekers since both migrants and refugees are said to benefit from the same right to seek asylum? This is really frustrating and complex as the intention and basis of the right to seek asylum have not really been spelled out by the Laws and this has really complicated the provision of the right, as this is left in the competent of the States in deciding this aspect. What really poses more confusion and questioning is at the level of the criticism creating an unnecessary division between asylum seekers fleeing from persecution and those fleeing from war or disaster seem to hold much more persuasive force.¹⁷ However, as noted above, international refugee law does place minimum obligations on States that almost certainly apply to the context of Syria and other similar large-scale crises. This is evident in the fact that virtually all States have recognized the refugee status.¹⁸ Whether or not this recognition is due to legal reasons or political reasons, it follows that the obligations for States to give a basic degree of protection to refugees can be invoked. The nitty-gritty of the issue is not whether refugees are fleeing the country from a fear of persecution or whether they are trying to escape the war-torn land. This is because States are not refusing in offering refugees protection based on the asylum seekers' specific reasons of seeking refuge which should be more logical, but instead, offer protection based on their own interests. One is beginning in pondering the rationale and push behind States when issues of granting asylum is concerned. Do states have political reasons in welcoming refugees or political reasons to send them away? This is really twisting and

¹⁷ Elizabeth J Lentini (n 30) 198.

¹⁸ Michael Martinez, 'Syrian Refugees: Which Countries Welcome Them' (CNN, September 10 2015) <<http://edition.cnn.com/2015/09/09/world/welcome-syrian-refugees-countries/>> accessed May 7 2023.

complicated in matters related to asylum seekers with all the diversified purported reasons stated. The argument remains that the determination of the status of asylum seekers is uncertain as it is not a strong criticism of the international community in the present context. The real issue is that technically, the rationale of refugee law being that of determining protection to those characterised as refugees has been overshadowed by major political concerns.

Therefore, it is clear that there is a degree of protection for asylum seekers through international refugee law. The minimum standard definition in the 1951 Convention applies only to those who flee from persecution, but persecution as a term is not defined and the 1967 Declaration on Territorial Asylum clearly says that States are the sole judge of whether a person can be classified as a refugee or not. There is a great potential for refugee law to offer a significant degree of protection to refugees, but not to asylum seekers, which is where the problem potentially lies. Refugee law on the effectiveness of municipal law, and arguably can be seen to undermine the international legal framework.

B- Definition of Refugees, a complicated platform for Refugee Protection

There are two important caveats that should be noted with regard to the definition of a refugee under the 1951 Convention that further labour this point. First, there is no universally accepted definition of 'persecution as stipulated by the law'.¹⁹ As emphasised by Joan Fitzpatrick, he criticized that the friskiness of the definition of persecution stipulated by the Refugees laws and instruments depends solely upon the political will of States Parties when implementing the Convention'. This is really complicated and controversial with the legal safeguards in place as there is wide room for States to circumvent their obligations, and hence, a State has a broad-ranging discretion whether or not to accord anyone seeking asylum the title of refugee to attract protection on the side of the law. This twisting and thwarted parchment purport that most refugees who are seeking asylum are in fact not facing a fear of persecution being a ground for refugees but instead many of them have had their lives torn apart by war or natural disasters, and therefore are not considered refugees.²⁰ This does not fall within the scope of the 1951 Convention and hence States

¹⁹ Ibid, Section 1(2) A of the 1951 Refugee Convention is clear when it talks about the concept of the fear of persecution, even though it has provided the various grounds for persecution, the Convention still fails in providing and giving a universal definition of the term persecution. This failure in providing a universal understanding of persecution is really controversial as States are now by their various national law have to determine the grounds for persecution.

²⁰ This is what the law have termed environmental or climate change refugee, where these refugees are displacing because of the change of climate which might be caused by flood, natural disaster, earthquakes and other

can legitimately' refuse to offer protection to these asylum seekers on the basis that their persecution are not stipulated by the Refugee Convention but rather natural and environmental. States fails to understand that the notion of persecution varies in seeking refugee protection, and relying on those grounds stipulated and outlined by Section 1A(2) of the 1951 Refugee Convention will be discriminatory and unjustifiable.²¹

The issue of long-term protection ties in with the next criticism levelled against international law as a framework. Some argue that international law, as a framework, is one that focuses on the migrant-refugee distinction, and that the separation of the terms continue to have a serious impact on 'long-term quality of protection' and the ability of refugees to access 'sustainable and meaningful solutions'. While there is some merit in these arguments, I suggest that there is a meaningful difference between migrants and refugees, and that this goes beyond the mere distinction that a 'refugee needs admission whereas a migrant wants admission'. The term 'refugee' indeed connotes a humanitarian form of aid, one which is, in many cases, only temporary, whereas the term 'migrant' generally implies a longer duration of residence, though not necessarily permanent. The difference therefore, is not simply with regard to the required aid at the point of entry, but also to the consequential (and hence, long-term) aid which stems from the difference between the two types of asylum seekers. Moreover, it is clear from the wording of the 1951 Convention that the scope envisaged for refugees is primarily humanitarian in nature, in the sense that it offers a minimum standard of protection to those who cannot return home due to fear of persecution. It does not aim to provide a long-term or sustainable solution to the problem, although that would be ideal. The primary focus is to provide aid until the situation in the home territory is resolved. This lies in contradistinction to the status of a migrant, whose aim is usually to settle permanently in a new home. And while it is true that the two may overlap, and often do overlap, the distinction is an important one, especially in a crisis where there is a large influx of asylum seekers. This is especially true from a pragmatic perspective. It is unlikely that all States will admit a universal duty to allow temporary entry for all 'migrants' (who do not classify as 'refugees')

environmental degradation. The funniest thing that one have to understand here is the fact the 1951 Refugee Convention have not being able in providing that the environment can persecute someone to seek refuge in another country and equally can be considered as a refugee. The failure of the 1951 Refugee convention in making room for environmental Refugees has really be complicated as it become difficult for States in offering protection to this category of refugee on the international platform.

²¹ This section of the law has stipulated five grounds in which someone considered as a refugees can suffer. This ground for persecution include, race, nationality, religion, membership in a particular social group and even of a political opinion.

since this inherently depends on the needs of the States as well as the skills of the migrants. It is easier to establish such a duty for refugees since the cause is at least primarily humanitarian in nature.

II- MAJOR PROBLEM OF ENFORCING THE VARIOUS REFUGEES INSTRUMENTS

Page | 9

Another problem that arises with international refugee law is a lack of enforcement. Firstly, the argument trunks from the fact that the law is not as effective as it could be since there is no dedicated UN agency to oversee refugees, the law receives a less than universal application.²² Secondly, it is argued that there is an absence of an institutional mechanism that can directly enforce refugee rights, as international law, unlike domestic law, cannot force States to act.²³ However, it is clear that States regularly enforce these customary international law obligations on a municipal level.²⁴ Therefore, it is a full body of law that provides a framework in which States as legal entities interact, and to suggest otherwise would be pure rhetoric.²⁵ I have already shown how breaches of international obligations can invoke State responsibility and that this can be enforced through a variety of mechanisms.

The more relevant contention for the refugee crisis, therefore, is the first argument; namely, that there is no international agency that directly oversees the situation of refugees, since the UNHCR lacks authority to directly intervene with State discretion on whether or not to grant a person the status of a refugee. While this does mean that there is no international body that can evaluate whether States have fulfilled their obligations, this is not a fatal flaw in the machinery of refugee law. This is because there are a variety of transnational and regional bodies that are capable of overseeing refugee claims, and enforcement need not be directly implemented by UNHCR. The

²² While there is the UNHCR, refugee law has no institution to evaluate state compliance, or to provide authoritative guidance on matters relating to refugee law. For more information see Hathaway and James 'Summary Conclusions of the Roundtable on the Future of Refugee Convention Supervision' (Opinio Juris, 27 March 2013) <<http://opiniojuris.org/2013/03/27/summary-conclusions-of-the-roundtable-on-the-future-of-refugee-convention-supervision/>> accessed March 23, 2016.

²³ Hersch Lauterpacht, 'Westlake and Present Day International Law' (1925) in Elihu Lauterpacht (ed.) International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, vol 2 (CUP 1975) 401.

²⁴ While it would be impossible to cite an exhaustive list of cases, a great many can be found online. For example, the Center for Gender & Refugee Studies lists American cases, the European Database of Asylum Law lists EU cases and South African cases can be found at the Refugee Rights website (<http://www.refugeerights.uct.ac.za/>). See also UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), UNHCR Compilation of Case Law on Refugee Protection in International Law (March 2008).

²⁵ James Crawford, Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law (Leiden Nijhoff 2013) Chapter 1.

UNHCR usually acts as a mediatory that suggests guidelines and proposes solutions to tackle the difficulties resulting from a growing number of refugees.⁶⁵ For example; the European Commission has taken many steps to try to manage the flow of refugees into EU Member States.²⁶ Moreover, it is by no means a given that States would agree to such a body in practice, nor do I think it would have an impact on the current refugee crisis due to the overwhelming number of people displaced. To prove this point, I shall turn to the last criterion, which focuses on specific instances where asylum seekers' rights have been affirmed

A- Specific Instances of Rights' Protection without a Doubt

As a matter of fact, the key milestone in international refugee law is the 1951 Convention which emphasises on the need of providing protection to refugees in situation of persecution from their home country. Although it does not prescribe a duty to accept refugees, it goes a long way in establishing the certainty of the rights which are protected, and the duties of States in respect of refugees, as I have already shown in the preceding two subsections. This is especially important in the international arena because as demonstrated, from the period of the First World War onwards, many States introduced municipal legislation giving the State the right to expel and return immigrants to their countries of origin on the basis of discontentment. This ambiguous and unbalanced protection is insufficient in upholding the rights of refugees, and debatable it is accepted that resettlement of refugees thus became difficult since no country was seen to be legally responsible for individuals who could not receive protection from another State. International refugee law, in tandem with regional legislative bodies and human rights law, now offers a much more certain bedrock of legal rules and offers States the opportunity to contribute to and develop the law over time, rather than be completely dependent on the political atmosphere of the day. For example, through human rights claims, refugees have been able to assert their rights against States to force State²⁷ action. Philip Leach gives an account of the decisions of ECHR in *Sargsyan v Azerbaijan* and the *Chiragov and Others v Armenia* both of which upheld the rights of refugees against the States concerned.²⁸ It further suggests that this might put the Council of Europe in a

²⁶ European Commission 'Refugee Crisis: European Commission Reports on Progress in Implementation of Priority Actions' (Press Release, October 14 2015) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5839_en.htm accessed March 23, 2016.

²⁷ App no 13216/05.

²⁸ Philip Leach, 'Thawing the Frozen Conflict? The European Court's Nagorno-Karabakh Judgments' (EJIL Talk, July 6 2015) <<http://www.ejiltalk.org/thawing-the-frozen-conflict-the-european-courts-nagornokarabakh-judgments>> accessed March 23, 2016.

position to pursue the interests of individual victims of the conflict. And though individuals have to assert their rights, it is still a level of legal protection that was not present before the implementation of the 1951 Convention. This is in contrast to purely political decisions, which, on the shaky foundations of policy, are almost always unpredictable.²⁹ More specifically in the context of the Syrian crisis, human rights law has been invoked to ensure the basic rights of refugees are upheld. This was the approach taken by the Lille Administrative Tribunal⁷³ in their decision to order France to improve the conditions of the Calais refugee camp.

Even in domestic law contexts, municipal courts have used international law as a basis to safeguard the rights of asylum seekers. For example, in the related *Canadian cases of R v Appulonappa*³⁰ and *B010 v Canada (Citizenship and Immigration)*,³¹ the Canadian Supreme Court noted that Article 31 of the 1951 Convention meant that domestic law had to recognize that people would seek refuge in groups and work together to enter a State illegally. Therefore, Canada could not impose a criminal sanction on refugees solely because they aided others to enter illegally in their collective flight to safety. As such, it is clear that refugee law has shaped, and is in turn bolstered by human rights law, regional law, and even domestic law.

The conclusion one must draw is that there is great potential from the mechanisms of international refugee law, as developed by the 1951 Convention, to offer a high degree of protection to refugees. This is primarily because customary international law has helped give form to national and municipal law.

We have already shown that there is potential, through customary international law being developed by regional and municipal law, to effectively solve the three issues I posited in the introduction.

However, in this section, I suggest that refugee crises will not be solved by international law and that the potential will remain just that: a potential, never an actuality. While this is clearly empirically true, given that the international community does not have a good track record in dealing with humanitarian crises in general (for example the Bosnian genocide, the Afghan civil war and the Rwandan genocide), what I suggest goes further: that international law is inherently

²⁹ David Martin 'YLS Sale Symposium: Interdiction of Asylum Seekers - The Realms of Policy and Law in Refugee Protection' (Opinio Juris, March 15 2014) <<http://opiniojuris.org/2014/03/15/yls-sale-symposiuminterdiction-asylum-seekers-realms-policy-law-refugee-protection/>> accessed March 23, 2016.

³⁰ 2015 SCC 59.

³¹ 2015 SCC 58.

incapable of utilizing the necessary tools (as they exist) to combat mass influx of asylum seekers to other regions.

B- The Main Problems as to the Refugee Regime

There are three major issues that present a significant risk to what he terms the 'refugee regime' like the replacement of durable solutions with temporary protection, the failure of States to share the burden of protecting refugees; and the scaling back of refugee rights in response to the September 2001 attacks. These issues are accentuated by the fact that the meaning of 'persecution' is still unclear, as States have not agreed on what will amount to persecution, and the 1951 Convention definition does not offer protection for asylum seekers fleeing from natural disaster, earthquakes, floods and even violence. The first issue has to do with what have already been discussed as what will constitute general nature of the status of refugees that the law as it stands today is ever only focussed on developing temporary rights for asylum seekers until the disaster they are escaping from ceases to exist. Anything further depends on political will, and that is and always will be uncertain.

The second issue relates to a lack of any duty under international law to displace asylum seekers from one country to another if the former lacks the capacity or infrastructure to deal with the influx.

The impact of this issue has been reduced by regional organizations, because they offer an alternative venue to discuss how best to redistribute the asylum seekers. The clearest example where such discussions regularly occur is the EU and the Arab League. Although these discussions are political in nature, one has to recognize that there has been some progress in States trying to share the burden of protecting refugees.

The third issue is another way of defining political interests which curtail the effectiveness of the legal regime. National security, especially after the recent Brussels bombings, will inevitably play a key role in whether States choose to recognize asylum seekers as refugees and find themselves bound to offer protection or not. These issues conclusively show that the issue of refugees is dominated by political concerns. The fact that there are a large variety of asylum seekers in crises, who may each have a different claim for protection, shows that it is increasingly difficult to sort out who should be a refugee and who should not. The problem becomes humanitarian in nature, and almost exclusively political. The fact is that States will be staunchly

against any form of legal obligation imposed on them that derogates from their freedom to choose which asylum seekers to accept. Elizabeth Lentini gave a comprehensive account of the proposals made by some states to alter the definition of the 1951 Convention to include those who flee from violence and war, but the international community decisively rejected it. I argue that states do not and will not accept to be bound to protect refugees in any further manner than the one already established in customary international law. For this reason alone, we must conclude that although there is potential to tackle the crises, the result will never be achieved.

III- THE SITUATION OF STATE SOVEREIGNTY

The basic challenge is state sovereignty, which is the basis of the nation-state concept at the heart of the UN and other international bodies. Although some states feel obligated to their own citizens, others are unable or unwilling to fulfil those obligations. In both cases, the state can decide who comes in and out of its borders. Thus, refugees who cross borders without personal documentation or who cannot return to their home countries undermine that idea of state control and state responsibility, thus living as a population in limbo within a state that is not their own. Responsibility-sharing offers solutions for such issues, but it also takes some of the sovereignty out of the hands of the state.

IDPs complicate even further this notion of state sovereignty, because they are citizens of the state in which they are displaced. State sovereignty, in the words of Francis Deng, the first Representative of the Secretary General on Internally Displaced Persons, is responsibility:

The sovereign state's responsibility and accountability to both domestic and external constituencies must be affirmed as interconnected principles of the national and international order. Such a normative code is anchored in the assumption that in order to be legitimate, sovereignty must demonstrate responsibility. At the very least that means providing for the basic needs of its people.

International responsibility-sharing can promote protection for persons whose rights have been violated by states that are unwilling or unable to ensure their safety. However, these are exactly the situations in which international cooperation may be stymied by governments using sovereignty as an excuse to bar international aid for those most needing protection. Or, as in the case of failed states, international action becomes a substitute, rather than a support to national responsibility.

A second challenge lies in the temptation of states to move from burden-sharing to burden-shifting. In some cases, the burden has shifted from national authorities to the UNHCR. As Slaughter and Crisp describe:

“UNHCR and other humanitarian organizations have assumed a primary role in the delivery and coordination of support to refugees, initially by means of emergency relief operations and subsequently through long-term ‘care and maintenance’ programmes. Host country involvement has generally been quite limited, focused primarily on the admission and recognition of refugees on their territory; respect for the principle of non-refoulement and the provision of security to refugees and humanitarian personnel.” Page | 14

In other cases, the shift is from state to state. For example, states with greater financial and political power may shift physical responsibility for refugees onto poorer and weaker states.

A third challenge is the voluntary nature of responsibility-sharing. It can be the lowest common denominator of action rather than the optimal path to ensuring protection for the displaced. The critical weakness of sharing schemes is precisely that they may encourage collective action along restrictive lines, similar to the process of asylum harmonization in Europe, or permit involuntary relocation of refugees among states. As the principle of solidarity is voluntary, rather than binding upon states, it can be a moving target: generous when powerful states see a national interest in ensuring protection but restrictive when the national interests of such states are challenged or unclear. Historical examples abound of differential standards of international cooperation depending on political interests, foreign policy concerns, public opinion, economic conditions, and a host of other factors that had little to do with the protection needs of refugees. During the Cold War, for example, many Western governments saw a foreign policy interest in ensuring the protection of refugees who fled communist countries, but those governments were less concerned about flight from authoritarian governments that may have been allied with the West in the fight against communism. Domestic constituencies often supported generous policies toward refugees whom they saw as targeted for shared beliefs but were indifferent or even hostile toward those who had different beliefs.

A fourth challenge is the dynamic of refugee policy, which changed in the 1990s. Exit controls from many previously communist countries were lifted, as nationalist conflicts in such places as the former Yugoslavia created conditions that caused massive displacement. Civil

conflicts that had been linked to the Cold War, such as those in Afghanistan, appeared to be settled, only to re-erupt into unresolved domestic battles. Many neighboring countries grew weary of hosting refugees, and donors were weary of providing financial support, leading to a further erosion of solidarity. Developed countries also took steps to restrict the access of asylum-seekers to their territories, establishing policies that permitted asylum-seekers to be returned to what were called “safe third countries” or even to supposedly safe zones within their Host countries and communities often emphasize the burdens associated with refugee and displaced populations and ignore the benefits that may arise. In part, this may be a function of time at the start of emergency, refugees and displaced persons may need substantial levels of assistance, particularly if they endured lengthy periods of deprivation prior to arrival and came with few material resources. Over time, however, they may have skills that could be put to good use in the host economy. A similar situation arises in the context of the return of refugees and displaced persons. Yet, governments may be concerned about competition between refugees and displaced persons, on the one hand, and local populations, on the other. They may then bar the refugees and displaced persons from earning their own livelihoods, creating what might be a long-term fiscal cost. From the perspective of host governments, these policies may help to reduce tensions between refugees and hosts that could lead to political upheaval and communal violence. A principal aim of the UN High-Level Meeting on Large-Scale Movements of Refugees and Migrants was to identify ways to offset these concerns by linking development and humanitarian aid, to help ensure that neither group falls behind when poor communities host refugees.

Nevertheless, the very terminology used in describing the outcome of international cooperation has become a matter of some controversy. This manifests in whether to use the term “burden” or “responsibility” before “sharing.” UNHCR (2001) uses both terms, explaining: “The inclusion of ‘responsibility’ along with ‘burden-sharing’ reflects a more positive image of refugees and a stronger framework for international cooperation.” However, states may eschew the term “responsibility” for the very reason that the UNHCR and refugee advocates promote it.

A- The notion of Voluntary Nature of Responsibility Sharing

It can be the lowest common denominator of action rather than the optimal path to ensuring protection for the displaced. The critical weakness of sharing schemes is precisely that they may encourage collective action along restrictive lines, similar to the process of asylum harmonization in Europe, or permit involuntary relocation of refugees among states. As the principle of solidarity

is voluntary, rather than binding upon states, it can be a moving target: generous when powerful states see a national interest in ensuring protection but restrictive when the national interests of such states are challenged or unclear. Historical examples abound of differential standards of international cooperation depending on political interests, foreign policy concerns, public opinion, economic conditions, and a host of other factors that had little to do with the protection needs of refugees source. During the Cold War, for example, many Western governments saw a foreign policy interest in ensuring the protection of refugees who fled communist countries, but those governments were less concerned about flights from authoritarian governments that could have been allied with the West in the fight against communism.

B- The Constant situation of a dynamic Refugee Policy

Exit controls from many previously communist countries were lifted, as nationalist conflicts in such places as the former Yugoslavia created conditions that caused massive displacement. Civil conflicts that had been linked to the Cold War, such as those in Afghanistan, appeared to be settled, only to re-erupt into unresolved domestic battles. Many neighbouring countries grew weary of hosting refugees, and donors were weary of providing financial support, leading to a further erosion of solidarity. Developed countries also took steps to restrict the access of asylum-seekers to their territories, establishing policies that permitted asylum-seekers to be returned to what were called “safe third countries” or even to supposedly safe zones within their host countries and communities often emphasize the burdens associated with refugee and displaced populations and ignore the benefits that may arise. In part, this may be a function of time at the start of emergency, refugees and displaced persons may need substantial levels of assistance, particularly if they endured lengthy periods of deprivation prior to arrival and came with few material resources. Over time, however, they may have skills that could be put to good use in the host economy. A similar situation arises in the context of the return of refugees and displaced persons. Yet, governments may be concerned about competition between refugees and displaced persons, on the one hand, and local populations, on the other. They may then bar the refugees and displaced persons from earning their own livelihoods, creating what might be a long-term fiscal cost. From the perspective of host governments, these policies may help to reduce tensions between refugees and hosts that could lead to political upheaval and communal violence. A principal aim of the UN High-Level Meeting on Large-Scale Movements of Refugees and

Migrants was to identify ways to offset these concerns by linking development and humanitarian aid, to help ensure that neither group falls behind when poor communities host refugees.

Conclusion

Protecting refugees is really a difficult task in international law irrespective of the existence of relevant instruments ensuring the protection of refugees. Nevertheless, the very terminology used in describing the outcome of international protection has become a matter of some controversy. This manifests in whether to use the term burden or responsibility to those vested with the competence in rendering protection of persons on the international scene. There is always that difficult task in defining the notion of 'responsibility' when dealing with the protection of refugees as to their status and various rights involved. However, states may eschew the term responsibility for the very reason that the UNHCR and refugee advocates promote it, with diverse interpretation and explanation. The problem here is not just examining the position occupied by the various legal instruments as to refugee protection, but rather ensuring that protection should be offered without contradiction. We all know that the ambit of the various refugee laws under international law as to protection is not judge by the Laws itself, but rather at level of implementation of these laws which always rest in the responsibility of the various member States. Protection will continue to be an aspect of constant hallucination.

Controversy surrounding death penalty as a violation of human rights: an in-depth evaluation of cameroonian legislation

Controverse autour de la peine de mort en tant que violation des droits de l'homme : une évaluation approfondie de la législation camerounaise

Page | 18

By:

PEFELA Gildas NYUGHA (Ph.D) *

NJI WUNING ACHE **

BECHA Christian **

NDOH Larinette APARJIE ****

EJIRO Vera OBOBA *****

CENSREHURD *****

Abstract:

The application of the death penalty in Cameroon is a contentious issue that has raised critical questions about its compatibility with fundamental human rights. The Cameroon penal laws classify 'death penalty' as a principal penalty retained for crimes such as murder, terrorism, treason, secession, etc, even though executions have been rare in recent years. This article examines whether the death penalty constitutes a violation of human rights within Cameroon's legal and international obligations. It explores the death penalty as an affront to 'the right to life' and 'freedom from torture and cruel, inhuman, or degrading treatment' as enshrined in the preamble of the Cameroon Constitution 1996 as amended, regional and international human rights instruments duly ratified by the country. The article further examines the retentionist and abolitionists positions on the subject matter and argues that while the death penalty is legally sanctioned in Cameroon, its existence raises significant human rights concerns, particularly regarding fair trial standards, sentencing process, and judicial independence. The study concludes by recommending a re-consideration of Cameroon's stance on the death penalty, to align with the growing global consensus for the promotion of human rights and dignity.

Keywords: Death Penalty, Right to Life, Human Rights, Capital Punishment, Retention, Abolition

*PEFELA Gildas NYUGHA is a Lecturer, a Magistrate, Legal Consultant and a Doctorate/Ph.D. Degree holder in Law, Department of English Law, Faculty of Law and Political Science, University of Dschang, Cameroon. PO Box 66 Dschang, Cameroon. Author for Correspondence E-mail: pefelagildas7901@gmail.com. Tel No: +(237)679 680 463.

** NJI WUNING ACHE is a PhD Fellow, at the Department of English Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Bamenda, Cameroon. E-mail: njiwuning33@gmail.com, Tel: +(237) 672452823

*** BECHA Christian is a Masters Degree Fellow at Department of Peace Studies and Humanitarian Action, Heritage Higher Institute of Peace and Development Studies, Cameroon. E-mail: christianbecha1@gmail.com, Tel: +(237) 676310607.

**** NDOH Larinette APARJIE is a Masters Degree Fellow at Department of Peace Studies and Humanitarian Action, Heritage Higher Institute of Peace and Development Studies, Cameroon. E-mail: larinetteaparjie@gmail.com, Tel: +(237) 678467463.

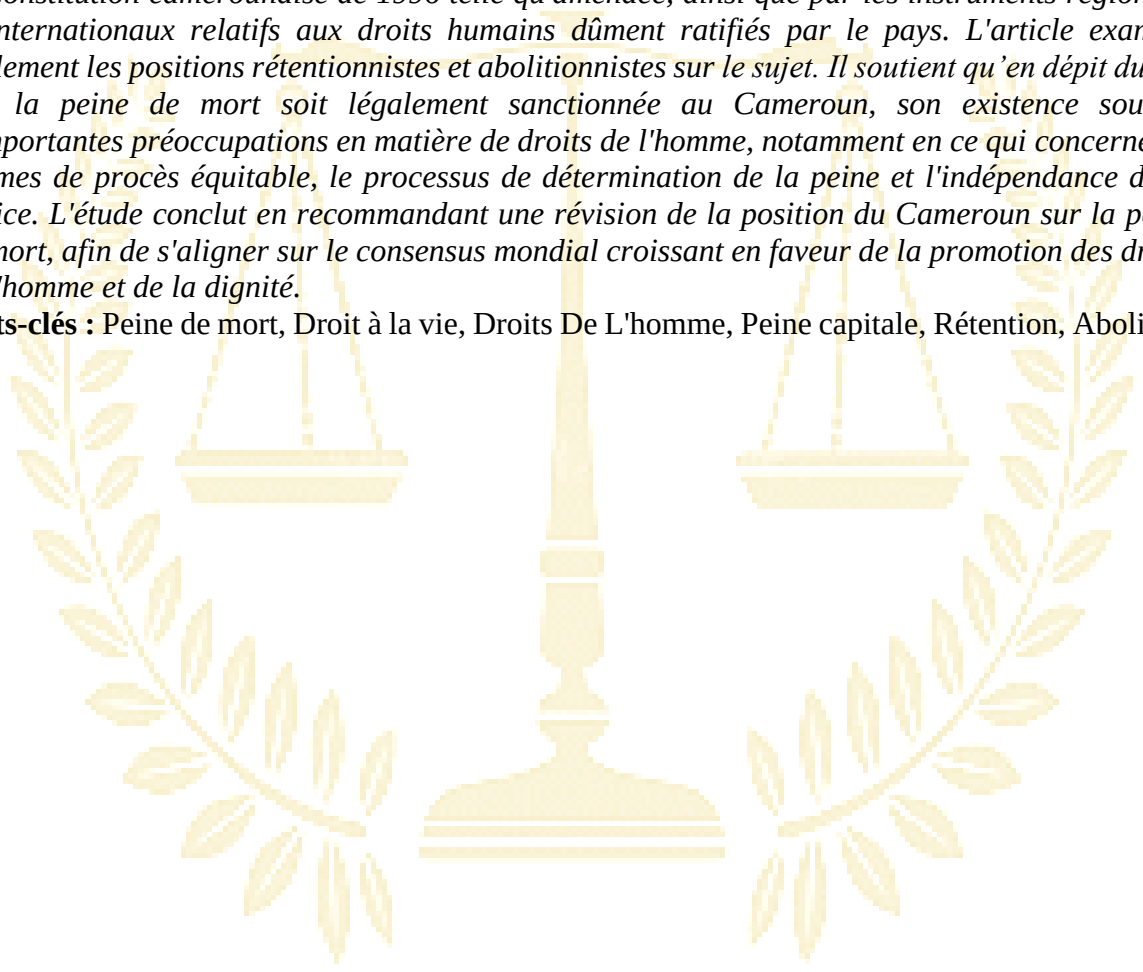
***** EJIRO VERA OBOBA is a Masters Degree Fellow at Department of Peace Studies and Humanitarian Action, Heritage Higher Institute of Peace and Development Studies, Cameroon. E-mail: oboba.e@yahoo.com, Tel: +(237) 678728103.

* ** * ** * CENSREHURD (Center for Scientific Research, Human Rights and Development), is a registered Research Centre in Cameroon with objectives; to encourage scientific research & scientific innovations, to foster sustainable development, peace and security, promote gender equality, human rights and democracy in Africa, Email: censrehurd2000@gmail.com, Tel: +237672268750.

Résumé :

L'application de la peine de mort au Cameroun est une question controversée, qui soulève des questions cruciales quant à sa compatibilité avec les droits de l'homme fondamentaux. Le droit pénal camerounais classe la peine de mort comme condamnation principale retenue pour des crimes tels que : le meurtre, le terrorisme, la trahison, la sécession, etc., bien que les exécutions ont été rares ces dernières années. Cet article examine si la peine de mort constitue une violation des droits de l'homme au regard des obligations légales et internationales du Cameroun. Il explore ce châtiment capital comme une atteinte au « droit à la vie » et au « droit à ne pas être soumis à la torture ni à des traitements cruels, inhumains ou dégradants », consacrés par le préambule de la Constitution camerounaise de 1996 telle qu'amendée, ainsi que par les instruments régionaux et internationaux relatifs aux droits humains dûment ratifiés par le pays. L'article examine également les positions rétentionnistes et abolitionnistes sur le sujet. Il soutient qu'en dépit du fait que la peine de mort soit légalement sanctionnée au Cameroun, son existence soulève d'importantes préoccupations en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne les normes de procès équitable, le processus de détermination de la peine et l'indépendance de la justice. L'étude conclut en recommandant une révision de la position du Cameroun sur la peine de mort, afin de s'aligner sur le consensus mondial croissant en faveur de la promotion des droits de l'homme et de la dignité.

Mots-clés : Peine de mort, Droit à la vie, Droits De L'homme, Peine capitale, Rétention, Abolition



I. GENERAL INTRODUCTION

The term 'death penalty' is sometime used interchangeably with 'capital punishment'. Capital punishment is derived from the Latin word '*capitalis*' whose root is '*caput*' meaning 'head' with the implication that the head is an integral part of life. For a human being, the punishment for losing his head means depriving him of his life. Legally, the death penalty is 'the deprivation of a person's life under a sentence declared by a lawfully established Court, aimed at punishing the person for committing a particularly serious crime'. This is the most severe punishment in the system of penalties, which has existed since ancient times in human history.¹

Page | 20

In Cameroon, the death penalty is legally recognized and codified in its Penal Code² even though, executions are rare, with the last officially reported execution occurring in 1997.³ Nevertheless, with the coming of the 2014 Anti-Terrorism Law⁴ there are speculations that the execution of the death penalty in Cameroon is rife. Notwithstanding, the death penalty is not new in Cameroon. Before the coming of the Europeans to Africa and Cameroon particularly, some traditional societies sanctioned serious offences with death. For example, the Bakweri and Manyu people of the Southwest region, imposed capital punishments on persons found guilty of crimes such as witchcraft, murder, and community betrayal.⁵ In the grass fields region, which includes the Bamenda area, centralised kingdoms had established legal systems where the death penalty was administered for offences such as treason, murder, witchcraft, and adultery. The Fon (king) and his council were responsible for adjudicating such cases.⁶

During the colonial era, the death penalty still prevailed. Under British colonial rule, capital punishment was sanctioned for crimes such as murder, treason, treachery, and participation in trials by ordeal leading to a suspect's death.⁷ These measures were intended to maintain order and deter

¹Pham, Thanh Nga. "Death Penalty under a View of Human Rights Law: A Case Study of Vietnam." *Asian Law Centre*, Melbourne Law School, 2021. Accessed January 14, 2025. https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0005/3604982/Pham-Thanh-Nga.pdf.

²Law No.2016/007 of July 12, 2016, Relating to the Cameroon Penal Code.

³Amnesty International. *Death Sentences and Executions 2022*. London: Amnesty International, 2023. Accessed January 14, 2025. <https://www.amnesty.org/en/documents/act50/6548/2023/en/>.

⁴Law No.2014/028 of 23 December 2014 Relating to the Repression of Acts of Terrorism in Cameroon.

⁵Ndi, Anthony. 'Traditional Justice System and Conflict Resolution: Exploring the Pre-colonial Institutional Frameworks in Mamfe and Bakweri Lands of Cameroon.' *European Journal of Social Sciences* 55, no. 3 (2017): 265-276. Accessed January 14, 2025. <http://www.eajournals.org/>.

⁶Chem-Langhëë, Bongfen. "The State of the 'Death Penalty' in Pre-Colonial Cameroon: Focus on the Western Grassfields." In *Capital Punishment in Precolonial African Society*, edited by B. Chem-Langhëë and N. Nkwi, 45-60. London: Palgrave Macmillan, 2015.

⁷Wikipedia. '*Capital Punishment in Cameroon*.' Last modified June 2023. Accessed January 14, 2025. https://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment_in_Cameroon.

anti-colonial activities. In French-administered regions, the death penalty was applied for offenses against internal state security and, starting in 1947, for murder committed for the purposes of cannibalism. The French colonial authorities utilized capital punishment to assert control and suppress dissent.⁸

After gaining independence in 1960, Cameroon retained the death penalty within its legal framework.⁹ In the early years following independence, President Ahmadou Ahidjo signed several orders between 1970 and 1980, without passing through the parliament, wherein aggravated theft and burglary were punishable by death. For instance, in 1970, Albert Ndongmo, the Bishop of Nkongsamba, was arrested and sentenced to death by a military tribunal for alleged involvement in a plot to assassinate the Head of State. His sentence was later commuted to life imprisonment.¹⁰ These instances illustrate how the death penalty was utilized in post-independence Cameroon to address both criminal activities and political dissent.

In recent years, the death penalty still obtains in Cameroon, though, as earlier mentioned, the last officially reported execution was in 1997. The country, despite specifically providing for the death penalty in the 2016 revised Penal Code,¹¹ has operated under what is seen in law as a de facto moratorium, with no executions but continued sentencing. This reflects a broader trend across Africa, where countries increasingly shift toward abolition or reduced application of the death penalty.¹²

The death penalty remains one of the most contentious global human rights issues. Advocates argue that it serves as a deterrent for serious crimes and delivers justice, especially in cases involving heinous offenses. Proponents also assert that governments should retain sovereign rights to determine appropriate punishments for their societies.¹³ Opponents, however, argue that the death penalty violates the fundamental human right to life, enshrined in instruments like the Universal Declaration of Human Rights. Critics also raise concerns about wrongful convictions,

⁸Ibid.

⁹ Law of 12 June 1967, instituting the Cameroonian Penal Code.

¹⁰Seguè, André, and Ambroise Kom. "Front Matter." *Mgr Ndongmo et La Question Bamileke Au Cameroun*, Langaa RPCIG, 2022, pp. 4–8. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/j.ctv2sp3cxj.1>. Accessed 14 Jan. 2025.

¹¹ Law No 2016/007 of 12 July, 2016 relating to the Cameroon Penal Code.

¹²African Commission on Human and Peoples' Rights. *Study on the Question of the Death Penalty in Africa*. Banjul: ACHPR, 2018. Accessed 14 January 2025. <http://archives.au.int/handle/123456789/2069>.

¹³Sarat, Austin, and Claire Boulanger, Eds. *The Cultural Lives of Capital Punishment: Comparative Perspectives*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

its disproportionate application to marginalized groups, and evidence suggesting it does not deter crime. International organizations, including the United Nations and Amnesty International, advocate for abolition, citing it as an inhumane and degrading punishment.

As of 2024, over seventy percent of countries have abolished the death penalty in law or practice, while others like Cameroon, observe moratoriums.¹⁴ Retentionist countries such as the United States, China, and several Middle Eastern nations continue its use, while abolitionist states push for eradication. In Africa, the African Commission on Human and Peoples' Rights has called for an end to capital punishment, urging member states to align with evolving human rights norms.¹⁵

I. LEGAL FRAMEWORK ON THE DEATH PENALTY IN CAMEROON

As demonstrated above, the death penalty has been a part of Cameroon's legal framework for many years. It is embedded in both the national legal system and has implications under international law to which Cameroon is a signatory. The two frameworks provide a complex legal landscape in which the death penalty is applied.

1. National Legal Context

Under Cameroonian law, the death penalty remains a legal sanction for certain crimes, even though its application has been rare in recent years.

A. Constitution of Cameroon

The Constitution of Cameroon,¹⁶ as the supreme legal authority in the country, does not explicitly address the issue of the death penalty. However, it enshrines the right to life, stating: 'every person has the right to life. No one shall be arbitrarily deprived of his or her life.'¹⁷ This constitutional guarantee serves as the foundation for arguments that the death penalty contravenes human rights law, as it is perceived to infringe upon the inherent and inalienable right to life.

¹⁴Amnesty International. *Death Sentences and Executions 2022*. London: Amnesty International, 2023. Accessed January 14, 2025. <https://www.amnesty.org/en/documents/act50/7952/2024/en/#:~:text=Amnesty%20International's%20monitoring%20of%20the,31%25%20from%20883%20in%202022>.

¹⁵African Commission on Human and Peoples' Rights, P.1.

¹⁶ Law No.96/06 of 18 January 1996 Relation to the Constitution of Cameroon as amended.

¹⁷See the Preamble of the 1996 Constitution.

B. The Penal Code of Cameroon

The death penalty in Cameroon is governed by the Penal Code, initially enacted through **Law of 12 June 1967**, and subsequently revised by **Law No. 2016/007 of 12 July, 2016**. The revised Penal Code continues to prescribe the death penalty as a form of punishment, underscoring that the State of Cameroon has retained capital punishment within its legal framework¹⁸ despite increasing advocacy from the international community for its abolition. An analysis of the provisions of the Cameroon Penal Code reveals significant insights into the application of the death penalty within the country's legal system, which can be justified as follows.

Page | 23

1. Classification of the death penalty.

Under Section 18(a) of the Penal Code, the death penalty is categorized as a principal penalty applicable to natural persons, alongside imprisonment and fines.¹⁹ This classification empowers Cameroonian courts, following due process of law, to impose a death sentence on a natural person who commits any of the offences that can attract a death penalty. However, the application of the death penalty is expressly limited to felonies,²⁰ as defined by the Penal Code. Consequently, offenses classified as simple offenses or misdemeanours do not warrant the imposition of a death sentence.

2. Types of Offences Sanctioned with Death under the Penal Code.

The Cameroon Penal Code, under various provisions, outlines specific offenses that can result in the death penalty. Below is a comprehensive list of the key articles from the Penal Code that provide for offenses likely to be sanctioned with the death penalty:

a. **Hostilities against the fatherland or Treason (Section 102).** It provides that any citizen, taking part in hostilities against the Republic, assisting or offering to assist the said hostilities, shall be guilty of treason and punished with death.

b. **Espionage (Section 103).** This section is to the effect that a citizen or a foreigner who instigates a foreign power to undertake hostilities against the Republic, or who surrenders or offers to surrender to a foreign power, or to its agents, any troops, territory, installations or equipment employed in the defence of the nation, or any defence

¹⁸ See Section 18(a) of the Penal Code.

¹⁹Article 18 of the 2016 Penal Code.

²⁰Article 21 of the 2016 Penal Code.

secret, or who in whatever manner acquires such secret with intent to surrender it to a foreign power, with intent to injure the defence of the nation, damages any construction, installation or equipment, or commits any malpractice liable to prevent their normal working or to lead to an accident, shall be punished with death.

c. **Secession (Section 111).** The Penal Code provides that whoever undertakes in whatever manner to infringe the territorial integrity of the Republic in time of war, or in a state of emergency or siege, shall be punished with death.

d. **Civil war (Section 112).** This section provides that whoever provokes civil war by arming the people, or by inciting them to take arms against each other, shall be punished with death.

e. **Capital Murder (Section 276).** This section prescribes the death penalty for individuals who after premeditation, or by poisoning, or with a view to trafficking the organs of the victim; in the preparation, facilitation or commission of a felony or misdemeanour, or to enable the escape or to procure the impunity of the offender or of an accessory to such felony or misdemeanour, shall be punished with death.

f. **Aggravated Theft (320).** The code specifies that, whoever commits a theft by the use of force causing the death of another or grievous harms as provided for in Sections 277 and 279 of the Penal Code shall be punished with the death.

3. Conditions Precedent to Execution and the Mode of Execution

The penal code provides that, every sentence of death must be submitted to the President of the Republic for his decision on commutation.²¹Commutation refers to the reduction of a criminal sentence to a lesser penalty by a competent authority, typically the head of state or a clemency board, as practiced in many jurisdictions.

In Cameroon, the President of the Republic holds the exclusive authority to commute a death sentence, potentially reducing it to life imprisonment or another penalty, depending on the circumstances. Consequently, no death sentence may be carried out unless the President explicitly declines to commute. In practice therefore, while death sentences continue to be imposed by courts, executions have effectively been suspended, resulting in a de facto moratorium. This means that

²¹Article 22(1)(2) of the 2016 Penal Code.

although the legal framework for the death penalty remains intact, no executions have been carried out for over two decades.

The law expressly prohibits the execution of a pregnant woman until after she has given birth.²² This provision reflects a fundamental commitment to protecting the right to life and dignity of both the unborn child and the mother. It ensures that the state does not inflict irreversible harm on an innocent life, thereby upholding principles of justice and humanity. Additionally, the law stipulates that executions must not be carried out on Sundays or public holidays,²³ emphasizing respect for societal norms, religious observances, and public decency. These provisions collectively underscore the need for a humane and measured approach to the application of the death penalty, even in the gravest circumstances.

Regarding the mode of execution, Article 23 of the Penal Code stipulates that the death penalty shall be carried out by shooting or hanging, as determined by the court's judgment. The execution is to be conducted publicly unless the decision not to commute specifies otherwise. The law further provides that the bodies of executed persons may be returned to their families upon request, subject to the condition that the funeral is conducted discreetly. Additionally, the press is prohibited from publishing any details beyond the official record of the execution and any official communiqué released by the authorities.²⁴

C. The 2014 Anti-Terrorism Law

The 2014 Law Suppressing Acts of Terrorism in Cameroon is formally titled Law No. 2014/028 of December 23, 2014. It outlines various provisions aimed at combating terrorism and ensuring national security. While the entire law has multiple articles, the key provisions related to the death penalty and other penalties for acts of terrorism are as follows:

1. **Acts of Terrorism (Article 2).** It provides that any person found guilty of committing acts of terrorism shall be punished with the death penalty, particularly if these acts result in loss of life, significant damage to property or infrastructure, harm to public safety or state security. Including, acts intended to create public fear or insecurity,

²² Ibid Article 22(3).

²³ Ibid Article 22(4).

²⁴ Article 23(1)(2)(3) of the 2016 Penal Code.

destabilize institutions or public authorities and disrupt the functioning of public services or essential infrastructure.

2. **Financing of Terrorists Activities (Article 3).** This article criminalizes the financing of terrorism, prescribing severe penalties, including the death penalty, if the funding results in acts leading to fatalities or significant destruction. Page | 26

3. **Laundering the Proceeds of Acts of Terrorism (article 4).** The law prescribes that anyone who acquires, conceals, holds, converts, transfers or disguises property constituting the proceeds of acts of terrorism and any person who uses or shares, even occasionally the proceeds of acts of terrorism shall be punished with death.

4. **Recruitment and Training of Terrorists (Article 5).** The law punishes with death, anyone who recruits and or trains people with a view to their participation in acts of terrorism regardless of the location of the commission.

It should be noted that the law has been criticized for its broad and vague definitions of terrorism, which could encompass legitimate activities such as political protests or activism. The use of Military Tribunals for trying terrorism cases has raised concerns about due process and the rights of the accused. Notwithstanding, the inclusion of the death penalty aligns with Cameroon's existing legal framework, but its application under this law has heightened scrutiny from international human rights organizations.

2. Cameroon's Obligations Under International Treaties

Article 45 of the Cameroon constitution gives the grounds for the applicability of international instruments in Cameroon. Article 45 of the Constitution is under Part VI, reserved for Treaties and International Agreements (International law, Treaty ratification and Legal status of treaties). The article states that *"Duly approved or ratified treaties and international agreements shall, following the publication, override national laws, provided the other party implements the said treaty or agreement."* States have the liberty to examine conventions and chose whether or not to ratify and adopt them into the constitution of their countries.

A. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

Cameroon is a party to the ICCPR, which recognizes the right to life under Article 6. While the ICCPR does not outrightly abolish the death penalty, it sets stringent safeguards, such as,

limiting its application to the ‘most serious crimes’ (e.g., intentional killing) and prohibiting the execution of juveniles, pregnant women, and persons with mental disabilities. Cameroon’s current death penalty regime need to align with these safeguards, but concerns remain regarding whether certain offences classified under Cameroonian law, such as those in the 2014 Anti-Terrorism Law, meet the ‘most serious crimes’ threshold.

B. African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR)

As a signatory to the ACHPR, Cameroon is obligated to uphold the right to life and dignity under Article 4. While the Charter does not explicitly prohibit the death penalty, the African Commission has consistently advocated for its abolition, citing its incompatibility with the Charter's broader principles of human rights and justice.

C. Convention on the Rights of the Child (CRC)

Cameroon is also a party to the CRC, which prohibits imposing the death penalty for crimes committed by individuals under the age of 18.²⁵ This aligns with Cameroonian law, where the death penalty is not applicable to minors.

D. Second Optional Protocol to the ICCPR Aiming at the Abolition of the Death Penalty.

The Second Optional Protocol to the ICCPR, adopted in 1989, specifically seeks to abolish the death penalty worldwide. States that ratify this protocol commit not to execute anyone within their jurisdiction and to take steps to abolish the death penalty entirely in domestic law. Cameroon has not ratified the Second Optional Protocol, reflecting its retentionist stance. The country's continued use of the death penalty, albeit with a *de facto* moratorium on executions since 1997, demonstrates a reluctance to formally commit to abolition.

In all, Cameroon's obligations under the ICCPR, ACHPR, and CRC impose significant restrictions on the use of the death penalty, even if they do not outrightly prohibit it. However, the lack of ratification of the Second Optional Protocol and ongoing death sentences highlight the gap between international advocacy for abolition and Cameroon’s domestic practice.

²⁵Article 37 of the Convention on the Rights of the Child OF 1989

II. THE HUMAN RIGHTS IMPLICATION OF THE DEATH PENALTY

1. Right to Life: Violation of Article 6 of the ICCPR and Related Provisions in the African Charter

Article 6 of the ICCPR states that ‘every human being has the inherent right to life’ and that the death penalty should only be applied for ‘the most serious crimes,’ under strict safeguards. The Human Rights Committee (HRC) interprets the ‘most serious crimes’ to exclude offences such as economic crimes or non-violent conduct. Cameroon's use of the death penalty for terrorism under Law No. 2014/028 raises questions about compliance with Article 6 as well as the provisions of the penal code on crimes of treason, capital murder, aggravated theft, civil war, secession, and espionage.

Page | 28

Article 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights, in the same vein affirms the right to life and emphasizes the sanctity of human existence. Even though the Charter does not explicitly prohibit the death penalty, the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) advocates for a moratorium on executions. For example, the ACHPR's 2008 *Resolution on the Moratorium on the Death Penalty* urged African states to progressively abolish capital punishment.

Ethically, the debates on state sanctioned killings are rife. Opponents to this rule argue that the state, as a moral agent, should not engage in the premeditated taking of life, as it undermines its role in protecting human dignity. It creates a cycle of violence, eroding the moral authority of the government.

2. Prohibition of Torture and Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment

Execution Methods and Psychological Impact. Common methods used in executing the death sentence such as hanging, firing squad, and lethal injection are often criticized for their potential to inflict extreme pain and suffering. Amnesty International reports, has consistently highlighted cases of botched executions, leading to prolonged agony for the condemned. Inmates on death row often experience significant mental suffering, commonly referred to as the ‘the death row phenomenon.’ Worst of all, extended periods of isolation and uncertainty about execution dates contributes to severe psychological distress.

Global and Regional Human Rights Bodies' Views. The UN General Assembly has adopted multiple resolutions urging states to establish a moratorium on executions with a view toward abolition. For example, the UNGA Resolution 76/168 (2021) emphasizes the incompatibility of the death penalty with human rights and human dignity. The ACHPR has also called for the abolition of the death penalty, citing its incompatibility with Articles 4 and 5 of the African Charter. Article 5 explicitly prohibits torture, cruel, inhuman, or degrading punishment and treatment, which includes the psychological and physical suffering inherent in the death penalty.

III. CASE STUDIES AND JUDICIAL PRACTICES

1. Application of the Death Penalty in Cameroon

Since independence in 1960, Cameroon has carried out several executions, particularly during the 1970s and 1980s. The most recent known executions occurred in 1997. Below is a list of individuals who were executed, along with brief details of their cases:

a. Ernest OUANDIE (Executed on January 15, 1971):

Ernest OUANDIE was a prominent figure in the Union of the Peoples of Cameroon (UPC), a political party that opposed French colonial rule and later the post-independence government. He was charged with insurrection and rebellion against the state and was executed by firing squad in Bafoussam.²⁶

b. Abel KINGUÉ (Executed in 1964):

Abel KINGUÉ was a leading member of the UPC and actively involved in the anti-colonial struggle. He was accused of plotting against the state and involvement in armed rebellion. KINGUÉ was executed following a military tribunal.²⁷

²⁶Awasom, Ndongo. "Cameroon: The Trial and Execution of Ernest Ouandie." *Journal of African History and Politics* 45, no. 2 (1990): 156-160.

²⁷Mbaku, John M. "The Political Life and Execution of Abel Kingué." *African Political Studies Review* 13, no. 4 (1995): 45-49.

c. Michel NDOH (Executed in 1964):

Michel NDOH was associated with the UPC and participated in resistance activities against the government. He faced charges like those of Abel KINGUÉ, including rebellion and threats to state security. NDOH was executed after being found guilty by a military court.²⁸

Page | 30

d. NJOMZEU and OUMBE (1988)

NJOMZEU and OUMBE were convicted for their involvement in the 1979 murder of the MPONDO family. This case shocked the nation due to the gruesome nature of the crime. The Mpondo family, residing in Douala, was brutally murdered during what was believed to be a planned robbery or targeted attack. The case drew significant public attention and outrage, pushing authorities to impose the death penalty. They were executed by firing squad in Douala in 1988, following their conviction. Their case became a symbol of the Cameroonian government's stern approach to violent crimes during that era.²⁹

e. Antoine VANDI TIZE (1997)

Antoine VANDI TIZE was convicted of murder, a capital offense under Cameroon's Penal Code. Specific details about the murder for which he was convicted remain scarce, but it is known that he was tried, found guilty, and sentenced to death by the court. Tize was executed by firing squad in Mokolo in **1997**, marking one of the last recorded executions in Cameroon. This execution stands out because it occurred during a period when executions were already becoming increasingly rare in the country. However, with the coming of the 2014 law suppressing terrorism activities in Cameroon, many more citizens have faced the death penalty.³⁰

f. 2016: 160 Death Sentences in Cameroon

In 2016, military courts in Cameroon handed down over 160 death sentences, making it one of the countries with the highest number of death sentences that year. These sentences were

²⁸Wacham, Samuel. "Michel Nдох: The Political Resistance and Execution." *Cameroon History Journal* 7, no. 1 (1996): 120-125.

²⁹Ngu, Alain. "The Execution of Njomzeu and Oumbe: A Case of Justice or Revenge?" *Cameroon Criminal Law Journal* 18, no. 2 (1992): 75-80.

³⁰Tchoupi, Francois. "The Case of Antoine Vandi Tize: A Summary of the 1997 Execution." *Journal of Contemporary African Legal Studies* 22, no. 3 (1998): 189-193.

primarily related to charges of terrorism, with many individuals accused of supporting or collaborating with Boko Haram.³¹

2020: Three Women Sentenced to Death

In 2020, three women - Marie DAWANDALA, Damaris DOUKOUYA, and Martha WETEYA - were sentenced to death in Cameroon. They were accused of supporting Boko Haram, the extremist group operating in the region. At the time of their arrest, Damaris was three months pregnant, and Marie was six months pregnant. The women were reportedly arrested after fleeing Boko Haram's influence. Their case drew international attention, highlighting concerns about the treatment of women and children in the context of the conflict with Boko Haram.³²

These cases underscore the ongoing challenges Cameroon faces in addressing terrorism-related offenses and the complexities involved in prosecuting individuals accused of such crimes.

2. Sentencing Trends and Frequency of Executions

Death sentences are still issued in Cameroon, particularly for terrorism and violent crimes. However, actual executions have been rare in recent years. The 2022 *Amnesty International Report* noted that while Cameroon sentenced individuals to death, no executions were carried out during the year. Although Cameroon has not formally abolished the death penalty, it has *de facto* observed a moratorium on executions since the 1990s. This moratorium may reflect international pressure and evolving norms on human rights.

3. Judicial Errors, Bias, and Inadequate Legal Representation

Reports indicate that there are cases where convictions are based on insufficient evidence, coerced confessions, or procedural irregularities. For example, the trial of Boko Haram suspects in military courts were out rightly criticised to lack adequate defence counsel, raising concerns about fairness. Political interference and corruption in Cameroon's judiciary have also been highlighted as factors compromising impartiality. Reports by Transparency International

³¹World Coalition Against the Death Penalty. "Cameroon." *World Coalition Against the Death Penalty*. Accessed January 15, 2025. <https://worldcoalition.org/wp-content/uploads/2022/04/Cameroon-CERD-Death-Penalty.pdf>.

³²Death Penalty Worldwide. "Cameroon: Three Juveniles Sentenced to Death for Terrorism After Fleeing Boko Haram; Now Face Retrial." *Death Penalty Worldwide*. Accessed January 15, 2025. <https://deathpenaltyworldwide.org/cameroon-three-juveniles-sentenced-to-death-for-terrorism-after-fleeing-boko-haram-now-face-retrial/>

emphasize systemic issues such as bribery and undue influence in court proceedings.³³ It is also argued that many death row inmates cannot afford competent legal representation, leading to inadequate defence. Legal aid is underfunded and inaccessible to most defendants, particularly in rural areas. This exacerbates the risk of wrongful convictions, violating the right to a fair trial.³⁴

IV. ARGUMENTS FOR AND AGAINST THE DEATH PENALTY (RETENTION VS. ABOLITION) IN CAMEROON

The debate surrounding the death penalty in the world and Cameroon in particular, remains a contentious issue, with strong arguments both for and against its retention. Proponents of the death penalty argue that it serves as a deterrent to crime and a means of delivering justice. On the other hand, opponents emphasize the violation of human rights, the risk of wrongful convictions, and the growing global movement toward abolition.

1. Retentionist Perspectives

a. Arguments in Favour of the Death Penalty

- **Deterrence Effect:** Proponents argue that the death penalty deters potential criminals from committing heinous crimes, such as murder and terrorism. Empirical studies suggest that capital punishment may serve as a preventive measure in certain contexts. However, its effectiveness remains contested globally. In Cameroon, death penalties for terrorism-related offenses under Law No. 2014/028 (2014) are seen as a tool to combat insurgencies like Boko Haram in the North and the Anglophone crisis in the North West and South West Regions of Cameroon.
- **Retribution:** The death penalty provides a form of justice that satisfies societal and victims' need for punishment proportionate to the crime. Retribution is rooted in the principle of "an eye for an eye," reflecting societal outrage against grave offences.
- **Justice for Victims and Their Families:** The execution of perpetrators of heinous crimes can provide closure and affirm the value of the victims' lives.

³³Transparency International. *Corruption in the Judiciary: Challenges in Africa*. Berlin: Transparency International, 2022.

³⁴Article 14 of the ICCPR. 1976.

b. Public Opinion and Political Considerations in Cameroon

- **Public Support:** Surveys and anecdotal evidence suggest that a significant portion of the Cameroonian population supports the death penalty, viewing it as necessary for justice.

Page | 33

- **Political Stance:** The Cameroonian government retains the death penalty as a demonstration of its commitment to law and order, particularly in combating violent crimes and insurgencies. Executions carried out in the wake of Boko Haram activities underline political motivations for retention.

2. Abolitionist Perspectives**a. Arguments against the Death Penalty**

- **Potential for Wrongful Executions:** The irreversible nature of the death penalty means that errors in the justice system can lead to the execution of innocent individuals. Cases of wrongful convictions in African nations underscore systemic flaws in investigations, trials, and appeals.

- **Lack of Deterrence:** Studies show that the death penalty does not significantly deter crime compared to life imprisonment. A 2019 UNODC report highlights that countries with abolitionist policies often experience lower homicide rates.

- **Human Rights Violations:** The death penalty is often viewed as a violation of the fundamental right to life enshrined in international instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights (Article 3) and the African Charter on Human and Peoples' Rights (Article 4).

b. Miscarriages of Justice and Irreversible Consequences

- **Miscarriages of Justice:** Instances of coerced confessions, inadequate legal representation, and judicial corruption increase the risk of wrongful executions.

- **Irreversible Consequences:** Once carried out, the death penalty cannot be undone, leading to irreparable harm if an error is discovered post-execution.

3. Comparative Analysis

a. Regional Trends.

Cameroon's Stance on the Death Penalty Compared to Other Countries offers very little to cherish. The state retains the death penalty for crimes such as aggravated murder, treason, and terrorism, often applying it in cases related to Boko Haram insurgencies and the Anglophone crisis. Similarly, Nigeria retains the death penalty and has sentenced individuals to death for terrorism-related offenses. However, trials in both countries have faced criticism for procedural flaws.³⁵ Egypt is another retentionist state, frequently conducting executions for crimes such as terrorism, often after mass trials.³⁶

Rwanda abolished the death penalty in 2007, emphasizing reconciliation and human dignity in the wake of the genocide.³⁷ South Africa also abolished the death penalty in 1995 after the Constitutional Court ruled in *State v. Makwanyane and Another* that it violated the right to life and dignity.³⁸ Ghana and Kenya are examples of African countries with *de facto* moratoria. Kenya commuted all death sentences to life imprisonment in 2016 due to concerns about judicial errors and systemic biases.³⁹

b. Global Perspectives: The International Movement Toward Abolition

Over 70% of the world's countries have abolished the death penalty in law or practice.⁴⁰ The European Union strictly prohibits capital punishment, requiring abolition as a condition for membership.⁴¹ In Latin America, countries like Argentina and Colombia have abolished capital punishment for all crimes, citing human rights commitments.⁴² The death penalty is viewed as violating the right to life and the prohibition of cruel, inhuman, or degrading punishment. Canada

³⁵Amnesty International, *Death Sentences and Executions 2022* (London: Amnesty International, 2023).

³⁶Hood, Roger, and Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015).

³⁷African Commission on Human and Peoples' Rights, *Resolution on the Moratorium on the Death Penalty in Africa*, ACHPR/Res.42(XXVI)08, 2008.

³⁸Constitutional Court of South Africa, *State v. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391 (CC).

³⁹Transparency International, *Corruption in the Judiciary: Challenges in Africa* (Berlin: Transparency International, 2022).

⁴⁰Ibid. Amnesty International, *Death Sentences and Executions 2022*.

⁴¹European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2012.

⁴²United Nations General Assembly, *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, 1989.

abolished capital punishment in 1976 after a parliamentary debate emphasizing its irreversibility and risk of wrongful convictions.

Evidence indicates that there is no significant correlation between the death penalty and reduced crime rates, as seen in New Zealand's abolition in 1961.⁴³

V. CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

Conclusion

The death penalty in Cameroon remains a deeply divisive issue, with strong arguments both for and against its retention. On one hand, supporters argue that the death penalty serves as an effective deterrent to heinous crimes, provides retribution, and delivers justice to victims. The Cameroonian government has historically relied on the death penalty for serious offences, such as murder and terrorism, under its Penal Code and the 2014 Anti-Terrorism Law. However, the application of the death penalty has been subject to a *de facto moratorium* since 1997, as no executions have taken place for over two decades, despite death sentences being handed down in court.

Opponents of the death penalty in Cameroon, however, contend that it constitutes a violation of Human Right – the right to life, as enshrined in international human rights law, particularly Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the African Charter on Human and Peoples' Rights. The death penalty is irreversible and exposes individuals to the risk of wrongful convictions, exacerbating concerns about judicial errors, bias, and the lack of adequate legal representation. Moreover, the psychological impact on death row inmates, the potential for cruel and degrading treatment, and the growing global trend towards abolition all call into question the legitimacy of retaining the death penalty.

Considering these points, it can be concluded that the death penalty, as currently practiced in Cameroon, raises significant human rights concerns. While the government may argue for its necessity in maintaining law and order, the potential for irreversible harm and the incompatibility of capital punishment with modern human rights standards make it increasingly difficult to justify its continued use. Therefore, the death penalty in Cameroon can be seen as a violation of human rights, particularly the fundamental right to life.

⁴³Ibid. Hood and Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*.

Recommendations

In response to the question of whether the death penalty constitutes a violation of human rights in Cameroon, several actionable recommendations are put forward to address the issues raised:

Page | 36

1. **Abolition of the Death Penalty:** The Cameroonian government should consider formally abolishing the death penalty, aligning with the growing global consensus against capital punishment. This would demonstrate a commitment to respecting the right to life and adhere to international human rights standards, including those enshrined in the ICCPR and the African Charter on Human and Peoples' Rights. The government should initiate discussions with civil society and legal experts to evaluate the benefits of abolishing the death penalty.

2. **Legislative Reform:** The Cameroonian Penal Code should be amended to exclude the death penalty and replace it with life imprisonment or other alternatives that reflect the principle of proportional punishment. Reforms should prioritize rehabilitative justice, focusing on restorative methods that allow offenders to make amends and reintegrate into society.

3. **Strengthening the Judiciary and Legal Aid:** There is a need for improved access to competent legal representation for those accused of capital offenses. Strengthening the legal aid system and ensuring that all accused individuals, particularly in cases involving the death penalty, have access to fair trials, legal counsel, and effective defence is crucial in preventing miscarriages of justice.⁴⁴

4. **Public Awareness Campaigns:** Civil society organizations, in collaboration with the government, should engage in public education and awareness campaigns about the human rights implications of the death penalty. These campaigns should highlight the importance of human dignity, the risks associated with wrongful convictions, and the ethical considerations surrounding state-sanctioned executions.

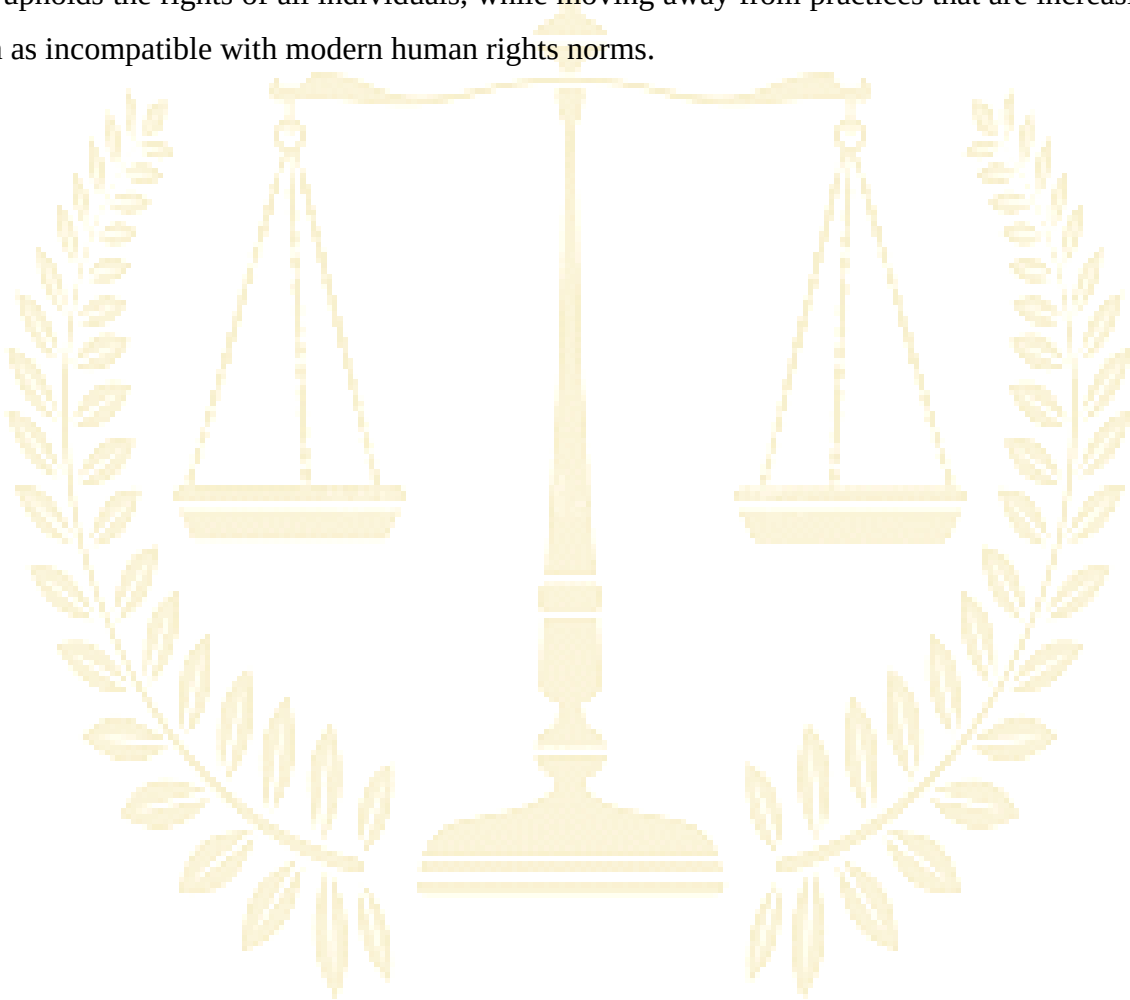
5. **International Support and Collaboration:** Cameroon should engage with international human rights bodies such as the United Nations and the African Union to

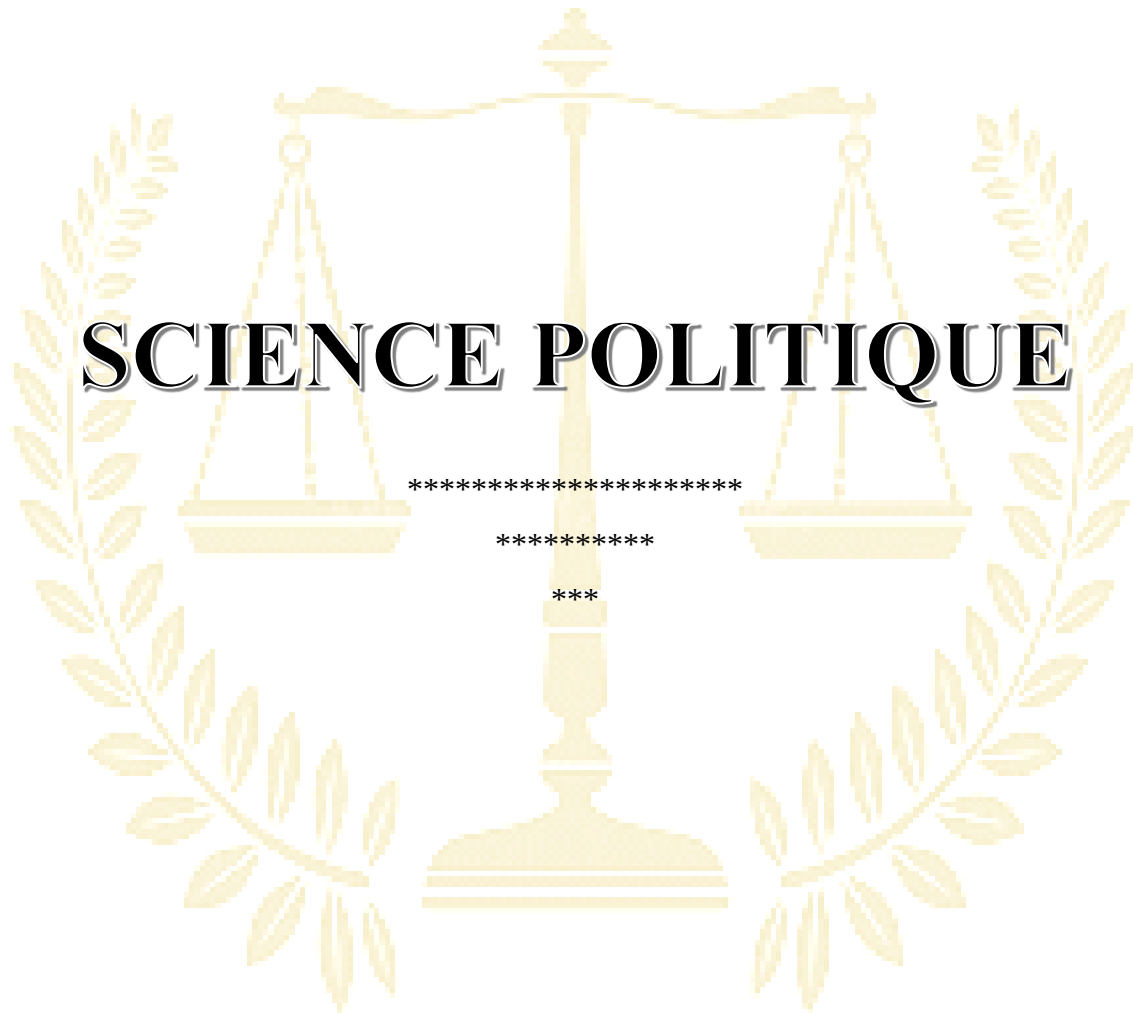
⁴⁴ See Law No. 2009/004 of 14th April 2009 Organizing Legal Aid.

receive support in transitioning away from the death penalty. By becoming a party to the Second Optional Protocol to the ICCPR, which aims to abolish the death penalty, Cameroon would demonstrate its commitment to human rights and align itself with a growing number of countries that have moved towards abolition.

Page | 37

By taking these steps, Cameroon can pave the way for a more humane and just legal system that upholds the rights of all individuals, while moving away from practices that are increasingly seen as incompatible with modern human rights norms.





Libre circulation des personnes et des biens et développement des poches de corruption en zone CEMAC

Free movement of people and goods and the development of pockets of corruption in the

CEMAC zone Page | 38

Par :

Professeur **EBELE ONANA Richard Désiré**

Université d'Ebolowa

ENYEGUE ONDO Raphaëlle Marie Pierre

Doctorant, Université Panafricaine

Résumé :

Les dirigeants des pays de la zone CEMAC, dans leur volonté de construire une zone intégrée de développement ont pensé à la libre circulation des personnes, des biens et des services comme élément moteur pouvant aider la zone CEMAC à atteindre ces objectifs d'intégration et de développement. Ce d'autant plus que la libre circulation assure dans cette zone 80% à 90% des échanges commerciaux. La réflexion sur le développement et la présence des poches de corruption dans les différents corridors de la zone CEMAC amène à s'intéresser et à s'interroger sur les incidences de ces actes sur les activités des usagers de la route, sur les biens, l'intégration et le développement de la CEMAC. Il apparaît que le phénomène de la corruption se présente dans sa globalité comme une importante activité qui freine la libre circulation et l'intégration communautaire. Celle-ci a des conséquences directes sur le bien-être de tous les citoyens de ladite zone. Cette réflexion pourvue d'intérêt permet d'analyser les effets de la corruption ou des poches de corruption sous plusieurs volets : économique, social et politique. Il en ressort au terme de l'exercice que la mobilité des personnes et des biens se heurte à la présence des poches de corruption, présence qui trahit l'intégration et le développement de la zone CEMAC. Les États membres de cette zone doivent redoubler d'ardeur afin d'endiguer ce phénomène afin de stimuler la libre circulation pour des objectifs nobles de développement et d'intégration.

Mots-clés : libre circulation, Poche de corruption, Intégration régionale.

Abstract:

In their desire to build an integrated development zone, the leaders of the CEMAC countries have identified the free movement of people, goods and services as a driving force that can help the CEMAC zone achieve its integration and development objectives. This is all the more true given that free movement accounts for 80% to 90% of trade within the zone. Reflection on the development and presence of pockets of corruption in the various corridors of the Cermac zone raises questions about the impact of these acts on the activities of road users, on goods, and on the integration and development of CEMAC. It would appear that the phenomenon of corruption as a whole is an important activity that hinders free movement and community integration. This has direct consequences for the well-being of all citizens in the area. This interesting reflection makes it possible to analyse the effects of corruption or pockets of corruption from several angles: economic, social and political. At the end of the exercise, it emerged that the mobility of people and goods is hampered by the presence of pockets of corruption, a presence that betrays the integration and development of the CEMAC zone. The Member States of this zone must redouble their efforts to curb this phenomenon in order to stimulate free movement for the noble objectives of development and integration.

Page | 39

Key words: free movement, corruption pockets, regional integration.

Introduction

Il est 6 heures du matin dans la ville de Moundou, dans la province du Logone occidental, à plus de 500 kilomètres à la sortie sud de la capitale politique du Tchad, N'Djamena. Sous un soleil qui peine à se lever faute de brouillard, les camioneurs se pressent pour voyager. Ils doivent traverser la frontière entre le Tchad et le Cameroun, dans le village de Kouteré, à 110 kilomètres du centre-ville de Moundou¹. Page | 40

A la gare routière, des passagers peinent à remplir la voiture de marque Camry qui doit faire la liaison entre la ville de Moundou et Touboro. « *Nous n'avons pas trop de clients maintenant. Si c'était la période des retours des vacances, vous allez juste voir que ce sont les voyageurs qui vont attendre les voitures* », explique Ahmat, un commis de charge en arabe local. Mais avec patience, la voiture qui doit faire le voyage se remplit. Entre temps, il est à peu près 8 heures et demie².

A la frontière tchado-camerounaise, les transporteurs et les voyageurs se heurtent à la loi des agents de contrôles des états membres de la zone Cematic et racketteurs. Entre multiplicité des postes de contrôle, l'interminable signature et enregistrement des documents d'identification, il s'engage un jeu où les poches des usagers de la route prennent un coup. Jeu qui renvoie la nécessité de libre circulation des personnes et des biens au calendrier grec. Ce jeu qui se déroule le long des corridors de la zone Cematic est devenu presque légitime puisque entretenu presque entièrement par les corps de contrôle des différents États. Malgré toutes les réunions organisées à ce sujet par la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale, la réalité sur le terrain démontre le développement permanent des poches de corruption le long des corridors. Pourtant, le 16 mars 1994 intervient à N'Djamena au Tchad la signature du traité instituant la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC). Située dans la partie centrale du continent africain appelée communément région de l'Afrique Centrale, l'espace CEMAC est constitué de six pays à savoir : la Centrafrique, le Congo, le Gabon, le Tchad, le Cameroun et la Guinée équatoriale. La zone CEMAC regorge d'énormes potentialités entre autres le pétrole, des forêts et le diamant etc.

¹<http://www.tchadinfos.com>, *Racket à la frontière Tchad-Cameroun : l'argent d'abord, la libre circulation après mis en ligne* Par Mbaindangroa Djekornonde Adelph le 7 février 2020, consulté le 5 juin 2022.

² Ibid.

La Communautés Économiques Régionales (CER) mise en place en Afrique Centrale a pour enjeu principal de conduire le processus d'intégration. Un espace est dit intégré comme l'indique N'Kodia, lorsqu'on observe une convergence économique, politique, sociale et culturelle. Pour ce qui est de l'intégration économique, celle-ci, se traduit notamment par la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes qui constitue l'élément essentiel de l'intégration en zone CEMAC. Dès le lancement officiel des activités de la CEMAC le 25 juin 1999 en Guinée Équatoriale, les États membres se sont fixés comme objectif majeur de construire un marché commun compétitif et concurrentiel, basé sur la libre circulation des biens et des personnes, en vue de se doter d'une meilleure capacité de création et de production de richesse en vue d'une insertion dans l'économie monde.

Cette volonté politique manifeste, témoigne de ce que la libre circulation est très importante dans la définition des problèmes communautaires (politiques, économiques, sociaux et culturels) en zone CEMAC. Il s'agit d'un processus par lequel deux ou plusieurs États décident par des accords appropriés de constituer un espace homogène en mettant en place des structures et mécanismes supranationaux destinés à éliminer les obstacles aux échanges et les disparités entre leurs économies. Cette conception économique de l'intégration permet que les producteurs des États membres puissent atteindre les acheteurs et consommateurs desdits États et inversement dans les conditions des échanges existants au sein d'un marché national³. L'un des objectifs essentiels poursuivis par la Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) est de fusionner les marchés nationaux des six (6) États membres pour les transformer en un marché commun.

Pour le Professeur Jean Boulouis, le marché commun ou marché unique est « *une aire géographique unique, substituée à la diversité des aires géographiques nationales qu'elle fusionne, soumise à des règles destinées à réaliser une économie de marché*⁴ ». Ce marché commun a besoin pour son émergence d'un minimum d'homogénéité nécessaire. Il s'agit de l'une des tâches prioritaires qui avait été inscrite au programme d'action de l'UDEAC et qui est aujourd'hui reprise mutatis mutandis par les fondateurs de la CEMAC. Il est question ici de faire en sorte que le vaste marché sous-régional soit « non pas statique mais dynamique⁵ ». L'objet d'un marché commun doit être de créer une vaste zone de politique économique commune constituant

3 VALLEE (Charles), *Le droit des Communautés européennes*, Paris, PUF, *Que sais-je ?*, 1983, p. 16.

4Ibid.

5 BOULOUIS (Jean), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 6e éd., 1992, p. 59-67.

une puissante unité de production et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et un développement des relations harmonieuses entre les États qu'il réunit⁶.

En effet, lorsqu'on prend les pays de la zone CEMAC en matière de statistique, il ressort clairement que la libre circulation des biens et services est peu avancée et la compétitivité de la zone reste faible. À titre d'illustration, le commerce intracommunautaire ne représentait, entre 1994 et 2003, que 3,3% du volume des échanges des pays de la sous-région⁷. Bien plus, le faible développement des infrastructures ne facilite pas la libre circulation. Ainsi, la circulation des flux de biens et de capitaux entre pays de la zone est quasi inexistante et les économies, essentiellement agricoles et minières, sont concurrentes. Par exemple, une étude relève que *«Le transport de marchandises entre Douala et N'Djamena coûte six fois plus cher qu'entre Shanghai, en Chine, et le port de Douala. Il dure également deux fois plus longtemps : soixante jours, contre trente jours⁸»*.

À ces obstacles, il faut ajouter un autre qui endigue la libre circulation : la présence des poches de corruption. Le développement et la croissance des poches de corruption ont pris de l'ampleur avec la mise sur pied du phénomène de la libre circulation en zone CEMAC. Cette corruption dans les pays de la zone CEMAC, se manifeste constamment sous forme de détournements de deniers publics, trafic d'influence et de fraude. Les tracasseries administratives, douanières et policières sont également au rendez-vous sur les corridors. Par exemple, les transporteurs réunis à Douala pour la deuxième édition de la semaine de facilitation des transports et du transit en zone CEMAC, en février 2014, avaient révélé qu'il y a plus de 100 postes de contrôles *« illégaux »* le long de la route qui relie Douala à Ndjamen⁹.

Selon la Banque mondiale, le corridor Douala-Ndjamen, « concentre 35% du PIB de ces deux pays, et dessert 20% de la population du Tchad et 35% de celle du Cameroun ». Mais les transporteurs se plaignent régulièrement des tracasseries policières causées par une multitude de postes de contrôles où ils sont obligés de payer des pots-de-vin lors de la distribution des

6 TOUNA MAMA, BEKOLO-EBE, FOUDA OWOUNDI, *Les économies africaines face à l'Europe de 1993*, préface de Georges NGANGO, Yaoundé, PUC, 1992, p. 18 et ss.

7 DOLOGUELE Anicet Georges, *ex-président de la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale*, in *Jeune Afrique* n°2518, du 12 au 19 avril 2009, p.25.

8 RAMSES IFRI 2004 in www.IZF.com consulté le 20 juin 2022

9 KOUÉTCHA Christelle, *« échanges intra régionaux : le commerce entre les États demeure résiduel »*, in *Le Quotidien de l'Économie*, Hors-Série numéro 02 d'avril 2014.

marchandises. En plus la multiplication des contrôles retarde le flux et la fluidité du transport des personnes et des biens du Cameroun vers le Tchad¹⁰. Dans la zone CEMAC, le transit est l'un des instruments susceptibles de matérialiser la libre circulation et contribuer à l'effectivité du marché commun dans cette zone. Cependant, le transit des personnes et des marchandises dans la sous-région fait face à de nombreux problèmes. Parmi ces obstacles on note ceux liés à la corruption.

Germain NGOIE TSHIBAMBE¹¹ indique que, parmi les éléments les plus importants de la corruption, on peut citer les tracasseries administratives le long des couloirs et corridors de transport que prennent les populations en mouvement, les tracasseries routières, le nombre élevé de barrages érigés par les forces de l'ordre et de barrières illégales érigées à la sauvette ainsi que les problèmes d'insécurité routière. Cette première série d'obstacles est l'expression de l'effritement de l'autorité qui est contournée et retournée à certains niveaux où les agents de l'État abusent de leur position et s'adonnent à la corruption. Ces pratiques des agents publics et des structures d'administration obstruent par des rackets la mobilité des populations et par conséquent freine la libre circulation en zone CEMAC.

Dans la continuité de cette idée, pour ce qui est du corridor Douala-N'Djamena et Douala-Bangui, les transporteurs font face à l'épineux problème de la fermeture « fréquente » des routes. D'après la Banque Mondiale, ces fermetures observées sur le tronçon Douala-Bangui, augmentent le délai de livraison. La Banque Mondiale explique qu'un conteneur de 20 tonnes voyageant de l'une à l'autre de ces villes met entre 15 et 28 jours. Bien plus, les tracasseries administratives, douanières et policières ne sont également au rendez-vous sur les mêmes corridors. Par exemple, les transporteurs réunis à Douala pour la 2^{ème} édition de la semaine de facilitation des transports et du transit en zone CEMAC, en février 2014, avaient révélé qu'il y a plus de 100 contrôles « illégaux » le long de la route qui relie Douala à N'Djamena. Autant de tracasseries qui concourent à rendre les coûteux de trafic sur ces différents corridors d'une part et le ralentissement de la mobilité des personnes c'est-à-dire la libre circulation¹².

Toutefois, si l'on tente de procéder à une brève description de la liberté de circulation en Afrique centrale, nous nous accordons à la suite de Philippe HUGON pour dire que, malgré une

10 Dans une lettre adressée, le 6 avril 2022, à son homologue en charge de l'Administration territoriale, le ministre de la Défense (Mindef), Joseph Beti Assomo, révèle que, suite à des dénonciations faisant état d'une multitude de postes contrôles sur le corridor Douala-N'djamena, ses services ont mené des enquêtes.

11 NGOIE TSHIBAMBE Germain « Libre circulation des personnes et défis de l'intégration », in Babacar NDIONE, *L'Afrique centrale face au défis migratoires*, Belgique, acp-migration, 2014, pp, 32-43.

12 KOUËTCHA Christelle, *op, cit*.

intégration sous-régionale institutionnalisée, la zone CEMAC connaît un processus de stagnation économique, de marginalisation internationale et de faible intégration, tant au niveau des flux des marchandises, de capitaux, des mouvements de facteurs que des transferts technologiques¹³. D'ailleurs, la mise en place des désarmements douaniers avant les structures de production et les infrastructures, constitue une raison de l'échec de ces unions douanières. Pour Marc louis ROPIVIA, l'intégration sous-régionale ne procède pas d'une volonté intérieure partagée par tous les acteurs, elle n'est que décrétée, d'où son échec lamentable en Afrique centrale¹⁴. Ainsi, la liberté de circulation prônée par les discours et les politiques implémentées sont de véritables leurres qui cachent une volonté politique balbutiante et des aspirations divergentes.

Dans un article au titre évocateur, Guillaume Duteurtre et Mian Oudang Koussou¹⁵ établies que, « la corruption décentralisée » qui se manifeste par le développement de la taxation et parafiscale illicite, l'usurpation des droits et devoirs des services publics par les individus agissant pour leur propre compte etc., entraîne une augmentation des coûts de commercialisation relatifs aux exportations des troupeaux Tchadien. Toutes ces pratiques licites ou illicites sont des barrières importantes dans le commerce du bétail. Et la conclusion qu'en tire ces deux auteurs est la suivante : la volonté de libre circulation en particulier et celle de l'intégration sous régionale en générale est reléguée au second rang.

Loungou Serge¹⁶ fait remarquer que, les contraintes de circulation découlant des dispositifs juridiques et des pratiques frontalières discriminatoires sont au cœur du développement d'un affairisme notoire autour des profits issus de la "rente migratoire". Celle-ci désigne l'ensemble des profits, officiels et officieux, tirés de la gestion des flux migratoires étrangers. Ces profits se déclinent autant en ressources financières, générées par les frais et taxes auxquels sont soumis les migrants, qu'en avantages de toutes sortes dont jouissent les personnels affectés aux frontières. Cette rente y apparaît précisément sous la forme d'une importante manne alimentée par les frais conditionnant l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers. C'est ainsi que des analystes ont estimé

13 SCHULDERS Guy, *S'unir, le défi des Etats de l'Afrique centrale*, Paris : L'Harmattan, 1990 pp. 87-88

14 ROPIVIA, Marc louis « Institutions délinquantes et espace éclaté : quelle intégration en Afrique centrale ? », in BACH Daniel, *Régionalisation, mondialisation et fragmentation en Afrique subsaharienne*, Paris : Karthala, 1998, p 178.

15 DUTEURTRE Guillaume et KOUSSOU Mian Oudanang, « les politiques d'intégration régionale face aux réalités de terrain : le cas des exportations Tchadiennes de bétail », Communication au colloque international « Tchad, 40 ans d'indépendance : bilan et perspectives de la gouvernance et du développement » CEFOD, N'Djamena, 25-28 février 2002.

16 Loungou Serge, « La libre circulation des personnes au sein de l'espace de la C.E.M.A.C : entre mythes et réalités », p. 315-330.

entre 13 et 15 milliards de francs C.F.A les gains engrangés par les services de l'immigration gabonais. Ce qui entrave objectivement la libre circulation des personnes dans l'espace de la CEMAC.

Respectant les points de vue des auteurs ont écrit sur la libre circulation des personnes en Afrique centrale¹⁷ la présente étude se propose de sortir des sentiers battus pour mettre en exergue le développement des poches de corruption dans la libre circulation en zone CEMAC. Mais, il faudra au cours de cette étude démontrer aussi que la mise en œuvre de cette liberté n'est toujours pas aisée. Elle continue d'être hypothéquée par des difficultés habituelles et nouvelles, à la fois formelles et matérielles. Le sujet tel que formulé est ainsi digne d'intérêt scientifique car, les auteurs s'intéressent très peu au développement des poches de corruption dans la libre circulation en Afrique Centrale.

C'est donc le lieu de souligner la contradiction qui apparaît entre la rhétorique résolument intégrationniste ayant toujours eu cours lors des rencontres officielles et les politiques discriminatoires qui affectent les relations entre États membres de cette sous-région. Ces pratiques exclusives entravent particulièrement la libre circulation des personnes ainsi que leurs droits de résidence et d'établissement dans les territoires du Gabon et de Guinée équatoriale¹⁸. Ce qui nous amène à ré-questionner les freins à la libre circulation en zone CEMAC. Dès lors, la question que nous nous posons est celle de savoir dans quelle mesure le développement des poches de corruption constituent un obstacle à la libre circulation des biens et des personnes, et surtout à l'intégration et au développement de la zone CEMAC ? De ce qui précède, il apparaît que le développement des poches de corruption dans l'exercice de la libre circulation des personnes et des biens dans cette zone d'intégration est dû aux effets de structure et d'opportunité d'une part (I) et que cette gangrène

17 TCHEUWA (Jean-Claude), « Brèves réflexions sur la libre circulation des personnes et la citoyenneté dans la CEMAC », *Cahier africain des droits de l'Homme*, mars 2002, n° 6-7, p. 162 et ss ; GNIMPIEBA TONNANG (Édouard), « La libre circulation des personnes et des services en Afrique centrale : entre consécutions textuelles, vides jurisprudentiels et hésitations politiques », *Recueil Penant*, octobre décembre 2006, n° 857, pp. 3-31 ; LOUNGOU (Serge), « La libre circulation des personnes au sein de l'espace de la CEMAC : entre mythe et réalités », *Revue Belge de Géographie*, 3/2010, pp. 315-330 (il s'agit de l'approche de la libre circulation des personnes par les géographes) ; ZOGO NKADA (Simon-Pierre), « La libre circulation des personnes : Réflexions sur l'expérience de la CEMAC et de la CEDEAO », *Revue internationale de droit économique*, 2011/1, tome XXV, p. 115 et ss ; FOTUE (Sonia Mireille), *La libre circulation des biens et des personnes en zones CEMAC et UEMOA : Étude comparative, Thèse en vue de l'obtention du Master en droit communautaire et comparé CEMAC*, Université de Dschang, avril 2011, pp. 1-113, etc.

18 SAMNICK E.G.), « De la difficulté de circuler librement en Afrique centrale », *Enjeux*, n° 24, 2005, pp. 20-23.

à des répercussions sur la productivité des entreprises, sur la mobilité des personnes et des biens mais également sur la construction de l'intégration sous-régionale d'autre part (II).

I- LE DEVELOPPEMENT DES POCHES DE CORRUPTION DANS LA LIBRE CIRCULATION EN AFRIQUE CENTRALE COMME UN EFFET DE STRUCTURES ET D'OPPORTUNITES

Page | 46

Pour ce qui est de la dynamique en matière de la libre circulation en zone CEMAC, la place et le rôle de la frontière demeurent indispensables. Loungou indique que dans la logique d'intégration, la frontière cesse d'être une barrière pour devenir un pont ou « la base de constructions régionales ». L'objectif de la frontière à l'ère des politiques d'intégration est de favoriser la libre circulation des personnes et des biens. Dans ce cas, la frontière cesse d'être un instrument de division où s'entrechoquent les intérêts nationaux¹⁹. D'où l'installation des postes de contrôle ou Check-point²⁰ pour faciliter cet objectif.

L'objectif de ces points de contrôle étant de limiter les contrôles inopinés et de ne permettre que des contrôles officiels où toutes les administrations peuvent être rassemblées en des points officiellement désignées. En principe, aucun contrôle par quelque administration que ce soit ne peut être fait hors de ces check points.

Par Check point ou poste de contrôle, il faut entendre des postes qui sont situés à la frontière, le plus souvent dans les points de passage autorisés. Ils inspectent et enregistrent les produits qui traversent la frontière dans un sens comme dans l'autre, des services disposés dans différents points de corridor afin d'éviter un déversement illégal de produits à l'intérieur du territoire.

Pendant leurs voyages les transporteurs doivent traverser plusieurs Check-points pour quelques vérifications. Car, le BGFT²¹ a mis en place et gère des points uniques de contrôle au Cameroun qui sont des points de passage obligés pour les camions faisant du transport en transit. Ces « points uniques de contrôle » sont supposés rassembler toutes les administrations qui doivent vérifier le transit des marchandises et des personnes le long des itinéraires. En principe, aucun

19 BEKONO Cyrille Aymard, « *La politique migratoire du Cameroun à l'épreuve de la libre circulation et du droit d'établissement des ressortissants de la Cemas* », Afrique, vol 6 no 12, année 2009, p.43.

20 Le check point est un anglicisme voulant tout simplement dire poste de control.

21 Le bureau de gestion du fret terrestre est chargé de procéder à la répartition des quotas en liaison avec les organismes similaires conformément aux dispositions des conventions bilatérales en matière de transport terrestre des marchandises signées entre le Cameroun et la RCA d'une part, le Cameroun et le Tchad d'autre part.

contrôle par quelque administration que ce soit ne peut être fait hors de ces check points. Or sur le terrain, la réalité est tout autre. C'est dans ce sillage que nous allons concentrer notre attention, tout en mettant relief le prétexte de la légalité comme une opportunité de banalisation de la corruption routière en zone CEMAC (A) et ensuite, le temps comme sésame pour les agents de contrôle de la libre circulation routière (B) leur permettant de faire fonctionner les poches de corruption en zone CEMAC.

A- La légalité comme motif de banalisation de la corruption dans La libre circulation en Afrique centrale

La lutte contre la corruption fait partie des grandes priorités de toutes les organisations du monde. Il en est ainsi de la communauté économique et monétaires de l'Afrique Centrale : en raison cette dernière souhaite faciliter la mobilité des personnes, des marchandises, bref la libre circulation. En fait, depuis la création de la CEMAC le 25 juin 1999 en Guinée Équatoriale, les États membres se sont fixés comme objectif majeur de construire un marché commun compétitif et concurrentiel, basé sur la libre circulation des biens et des personnes, en vue de se doter d'une meilleure capacité de création de richesse et d'insertion dans l'économie mondiale. La libre circulation des personnes, des biens et service se fait à travers les frontières des différents pays. Afin de faciliter cette dernière, plusieurs postes de contrôle ont été créés dans le but de stimuler et fluidifier la libre circulation. Or, avec notre descente sur le terrain, nous avons noté des choses qui vont dans le sens contraire de cet objectif de départ. Ainsi, pour mieux étayer ce qui vient d'être dit, nous porterons l'attention sur le non-respect de la légalité par les agents routiers de contrôle (1), ensuite sur La non-maitrise des lois communautaires par les transporteurs routiers (2).

1- Le non-respect de la légalité par les agents routiers de contrôle

La libre circulation qui demeure une nécessité pour l'intégration sous régionale, est un des principes qui permet de faire avancer les pays africains sur la voie du développement politique, économique et social. Pour qu'elle soit réelle, effective et visible, il faut non seulement le respect des textes mais aussi la matérialisation de ces textes régionaux intégratifs. D'où la place et le rôle évidents de la réglementation dans la facilitation du transport afin de pouvoir réaliser les préoccupations intégratives. Sauf que, il convient de rappeler que, sur le terrain de la réalité, les agents de l'État instituent leur propre loi et réalité.

Le rôle des agents routiers au niveau des points de contrôle est de limiter les contrôles inopinés, illicites et de ne permettre que des contrôles officiels qui puissent amener les acteurs du transport routier à se conformer aux normes et à la légalité tel que requise par les textes de loi de la zone communautaire qu'est la CEMAC²². Or, avec la collecte des données effectuées sur le terrain et chez les transporteurs routiers, il ressort clairement que les contrôleurs routiers s'appuient sur ces éléments pour développer et faire fonctionner la corruption en zone Cemar.

Le pouvoir donné aux agents de l'État dans les axes de contrôler la conformité des usagers de la route à la réglementation en vigueur constitue un pouvoir de fonction potentielle dans des contextes où rares sont ceux qui sont en règle. Et cette non-conformité aux lois communautaires devient une source de corruption et d'enrichissement des agents de l'État. Par ailleurs, si l'on prend le corridor Douala-N'Djamena, l'on peut dire clairement que depuis quelques années, ce corridor est devenu l'un des couloirs très difficile à parcourir. Ceci se donne à voir par les tracasseries fustigées par les transporteurs depuis beaucoup d'années. Par exemple, il est anormalement à noter les tracasseries policières tels que, l'immobilisation abusive des camions, la rétention des documents, les tracasseries administratives : lourdeur et complexité des procédures administratives, les tracasseries douanières : le temps d'attente des camions en transit pour la délivrance d'un certain nombre de pièces à utiliser pour circuler.

Le ministre Tchadien des transports au nom de Assan TOUKA indiquait dans le 4e rapport de la commission technique mixte permanent des transports que : « le principal problème du transit des marchandises réside dans les tracasseries policières récurrentes dont sont victimes les opérateurs économiques. Le corridor Douala-N'Djamena est l'un des plus coûteux au monde. Nous voulons corriger les choses afin qu'elles avancent. Pour le Tchad, c'est important, parce que l'accès pour les ménages de notre pays à certains produits à des coûts abordables en dépend ». À titre illustratif, le transport de marchandises entre Douala et N'Djamena coûte six fois plus cher qu'entre Shanghai, en Chine, et le port de Douala. Il dure également deux fois plus longtemps : soixante jours, contre trente jours²³.

22 Carlos FOULEFACK KUIGUE, in : « Libre circulation et poches de corruption en zone Cemar » *Mémoire de Master II en science politique en vue de l'obtention du diplôme de Master en Relations Internationales à l'Université de Douala*, 2020.

23 DOLOGUELE Anicet Georges, *ex-président de la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale*, in *Jeune Afrique* n°2518, du 12 au 19 avril 2009, p.25.

Ainsi, l'acte de corruption qui fonde ces tracasseries multiples est que, les transporteurs doivent payer pour pouvoir continuer leur voyage. Pendant la collecte des données pour notre travail auprès des transporteurs, il nous a été rapporté que cette corruption se réalise lorsqu'il faut se libérer des tracasseries afin de gagner en temps. Bien plus, ils nous ont fait remarquer qu'ils étaient soumis à des pratiques de corruption à chaque poste de contrôle de la police ou de la gendarmerie. Un Tchadien habitué des lieux disposait pourtant d'une carte de séjour valide, d'un carnet de vaccination à jour et d'un laissez-passer mais cela n'a pas suffi. Il a remis malgré sa réticence, une somme de 2000 Fcfa aux policiers du GMI de Ngaoundéré postés à Ouro-Soua», explique un membre de la société civile à Ngaoundéré et d'ajouter que «ils déclarent des certificats ou attestations de pertes délivrées dans des commissariats de faux et en profitent pour arnaquer les passagers²⁴. Pourtant ajoutent-ils, la plupart des camionneurs sont en règle avec les pièces dûment établis.

2- La non-maitrise des lois communautaires par les transporteurs routiers

L'établissement d'une coopération entre les pays de la zone CEMAC en matière de transports routiers des marchandises et des personnes induit nécessairement la mise sur pied des cadres de collaboration et de coopération sur lequel tout le monde est d'accord. Ce cadre constitue le socle sur lequel, la coopération et la collaboration est suivie et maintenue. Ainsi par exemple, les forces de maintien de l'ordre en service sur la voie publique ont pour rôle essentiel d'assurer la sécurité des personnes et des biens et de veiller au respect de la réglementation en vigueur par les usagers de la route. Aussi, au-delà des politiques globales à long termes prévus dans les textes fondateurs desdits organes spécialisés, plusieurs objectifs concrets ont été assignés. En ce qui concerne la mise en œuvre de la liberté de circulation, il a été requis par la conférence des chefs d'État, l'harmonisation des normes de contrôle de charge des véhicules dans la sous-région.

Cependant, sur le terrain, on note la coexistence de deux systèmes de contrôle de charges des véhicules en Afrique centrale notamment le pont bascule et les stations de pesage routier qui est de nature à produire des résultats de pesée différents. Cette divergence de réglementations combinées à la disparité des résultats de pesage dans les stations de pesages routiers a pour effets directs les amendes infligées aux transporteurs par les agents routiers. Puisque les agents profitent de cette divergence des normes pour installer des poches de corruption.

²⁴ Entretien avec un transporteur poids lourd.

Le retard dans le domaine de la libre circulation des personnes et des biens provient des goulots d'étranglement au niveau de la CEMAC. Car, au quotidien, des pratiques des agents publics et des structures d'administration obstruent par des rackets la mobilité des populations et des biens.

En effet, la non maîtrise de la loi par certains usagers constitue aussi une opportunité pour les agents de contrôle routiers d'extorquer ces derniers. Ainsi, le contrôleur peut coller les motifs aux conducteurs pour l'intimider par des infractions fallacieuses telles que rébellion simple, outrage à fonctionnaire, stationnement abusif, refus de priorité aux ayants droits. Il est en effet le seul à pouvoir apprécier l'acte de l'usager. D'ailleurs, tous les moyens sont bons pour « *coller un motif* » comme on le dit vulgairement, c'est-à-dire pour trouver ou inventer une infraction et obliger l'usager à négocier. Ce pouvoir discrétionnaire que détient l'agent de contrôle routier lui donne la latitude de faire monter les enchères de la corruption. Dans ce registre, les lois et règlements sont souvent appliqués à l'aide de pouvoir discrétionnaire très étendu. Par exemple, le douanier peut sanctionner un fraudeur ou le laisser partir si la valeur de la marchandise saisie est modeste. Il peut encore décider de le sanctionner tout en négociant avec lui le montant de l'amende puisque ces lois et règlements sont rarement vulgarisés et demeurent étrangers aux citoyens communautaires.

Cette ignorance de la loi par les usagers donne la liberté aux agents de contrôle d'avoir un plus dans les pratiques de corruption. C'est le règne de l'opacité et de l'application sélective des règlements qui favorisent les formes de corruption à la quête et abouti à des stratégies de contournement et d'anticipation de la part des usagers²⁵. Dans ce sens qu'Olivier de Sardan pense que «le flou dans les normes ou la coexistence de plusieurs systèmes de normes, en multipliant les marges de négociation, favorisent évidemment la diffusion des pratiques de corruption »²⁶. Toujours dans les services de la douane, ils profitent de l'ignorance de certains usagers en remettant en cause systématiquement les méthodes de calculs effectués au bureau principal et au guichet unique. Ainsi, et malgré le contrôle effectué au niveau du check point, les agents de la douane procèdent à

25 EBELE ONANA Richard Désiré, « Circulation routière et poches de corruption au Cameroun », *Revue africaine de droit et de science politique*. Vol VIII, juil. - déc. 2020.

26 Pour le rapport entre normes pratiques et normes officielle, et un exemple à propos de la corruption dans la santé et les douanes, voir J.P. OLIVIER de SARDAN, « la sage-femme et le douanier. Cultures professionnelles locales et cultures bureaucratique privatisée », cité par BLUNDO, G. et OLIVIER de SARDAN, JP. (éds.) 2001, *La corruption au quotidien en Afrique de l'Ouest. Approches socio-Anthropologique comparative : Benin, Niger et Sénégal, rapport de recherche*, Marseille, EHESS-IUED, CAPE, 2001.

d'autres vérifications et en profitent pour confisquer les dossiers et amener les propriétaires à payer 2000 à 5000 FCFA suivant le standing du véhicule²⁷.

Cette ignorance de la loi fait en sorte que les usagers subissent et acceptent tout, même ce qui n'est pas autorisé. On peut illustrer cet argument par les pratiques occultes de certains agents communaux dans la circulation des personnes et biens au Cameroun. En clair, les agents des communautés urbaines et les mairies d'arrondissement inventent à tout prix les causes de corruption en contrôlant toutes les pièces, même celles qui ne relèvent pas de leur compétence. En principe, ceux-ci devraient se limiter à l'impôt libératoire et à la taxe de stationnement. Mais, certains agents communaux se substituent aux policiers et gendarmes voire aux agents de la prévention routière pour essayer d'arrondir leur fin de mois du fait de leurs salaires qui sont très bas.

Les transporteurs nous ont indiqué que, les commerçants Tchadiens qui partent du Cameroun pour leur pays, nous ont assuré que les Barrières Non Tarifaires (BNT) sont certainement moins nombreuses dans ce pays, mais ils étaient nettement plus coûteux, avec des bakchichs ou « enregistrements » là-bas d'au moins 5 000 FCFA pour les simples citoyens, et 20 000 FCFA pour les commerçants²⁸.

Par ailleurs, comme le relèvent les opérateurs économiques de ces deux pays, le transit de leurs cargaisons sur le territoire camerounais ne se déroule pas dans les conditions souhaitées. Ceux-ci déclarent rencontrer au quotidien des tracasseries et autres complications dû à leur non maîtrise de la réglementation communautaire qui constituent des freins à leurs activités économiques. Par exemple, Moustapha Nour, Directeur général du BNF Tchad explique que : « *dans le processus de transit, nos opérateurs économiques rencontrent beaucoup de difficultés*²⁹. *Celles-ci commencent à l'intérieur même de la communauté portuaire de Douala, et se poursuivent le long du corridor* ».

²⁷

²⁸ Voir Carlos FOULEFACK KUIGUE, in : « Libre circulation et poches de corruption en zone Cemac » Mémoire de Master II en science politique en vue de l'obtention du diplôme de Master en Relations Internationales à l'université de Douala, 2020.

²⁹ Ibid.

B- Usage du temps comme mobile de la corruption en zone Cemac

La Commission Technique Mixte Permanente des Transports (CTMPT) est l'organe chargé de l'évaluation de la coopération en matière de la libre circulation des marchandises, en l'occurrence le transport routier des biens entre les pays de la CEMAC. Cet organe indique après évaluation que plusieurs obstacles constituent un frein à l'évolution du partenariat Tchad-Cameroun-RCA pour ce qui est du transport en transit, dans le cadre de la dynamique de la libre circulation des biens en particulier et celle de l'intégration sous-régionale impulsée par ce regroupement communautaire. Ces obstacles méritent d'être relevés afin d'envisager dans le futur des perspectives pour une coopération plus fructueuse. À cet effet, il s'agira de saisir l'enjeu du temps dans les tracasseries au niveau des postes de contrôles (1) liées à la libre circulation des personnes et biens et de la compensation de ce temps dans les pratiques de corruption (2).

Page | 52

1- L'enjeu du temps dans les actes de corruption pendant le contrôle de la part des agents routiers en Afrique Centrale

L'enjeu du temps pour être bien compris doit s'analyser du côté des agents routiers de contrôle et du côté des transporteurs et commerçants. Pour les agents routiers, il s'agit de jouer sur le temps pour créer la pression et faire monter les enjeux. Car, la notion de temps est essentielle dans la réalisation des actes de corruption. Ainsi, l'immobilisation abusive des camions, la rétention des documents, les tracasseries administratives sont au cœur de cette dimension de la corruption.

En effet, le prélèvement illicite et l'arnaque effectués auprès des transporteurs par les agents sus-évoqués, témoigne de ce que, l'intérêt général est mis de côté au détriment du gain personnel. L'exemple suivant permettra de mieux comprendre et saisir le phénomène de corruption qui s'opérationnalise pendant le transit des marchandises. Moustapha transporteur Tchadien fait remarquer qu'en ce qui concerne les actes de corruption sur le corridor reliant « Douala à N'Djamena, que le transporteur doit payer durant le trajet Douala-Garoua-Boulai au moins 100000 FCFA comme frais de route. Il ajoute plus loin que même si on est en règle ou pas, il faut donner de l'argent sinon l'agent prend tes papiers et dit on reste là, c'est le temps que tu perds. Ainsi, tu es obligé de payer de l'argent ».

Du côté transporteurs et des commerçants, il faut noter que, gagner du temps, c'est rentabiliser son activité. *"Le temps c'est de l'argent"*³⁰. La notion de temps est essentielle dans la réalisation des actes de commerce et de transport, raison pour laquelle certains usagers ne résistent pas à la perte du temps. Conscient de cette réalité, les usagers de la route utilisent tous les moyens possibles pour capitaliser le temps³¹. Ces différents acteurs soumis à l'urgence de la rentabilité sont souvent stressés et vulnérables face aux fonctionnaires et autres agents publics qui interviennent dans la circulation routière.

En effet, les transporteurs et commerçants sont souvent amenés même quand ils sont conformes, à vouloir s'acquitter des actes de corruption pour contourner les pertes de temps. Cette situation née de l'urgence amène les usagers de la route à se livrer à des pratiques de corruption consentantes sans toutefois qu'un agent exerce une pression sur eux. En d'autres termes, il s'agit d'un acte délibéré qui a pour seul but de gagner en temps surtout qu'on dit vulgairement que le *«temps c'est de l'argent»*.

Les transporteurs et commerçants, pendant leur déplacement par exemple, doivent faire face aux multiples postes de contrôles présent le long du corridor Douala-N'Djamena qui leur font perdre du temps. Avec les échanges que nous avons eus avec le syndicat national des transporteurs du Cameroun, ils nous ont fait observer qu'il y a plus de 100 contrôles « illégaux » le long de la route qui relie Douala à N'Djamena et qui font perdre du temps inutilement. Autant de tracasseries qui concourent à rendre le trafic coûteux sur les différents corridors. Pour donc éviter de perdre du temps, les transporteurs nous ont confié qu'ils payent entre 3500 à 5000 aux agents routiers pour gagner en temps.

2- Compensation du temps comme acte de corruption pendant le contrôle de la part des agents routiers en zone CEMAC

Par-là, il s'agit des pertes de temps occasionné par les transporteurs et commerçants lorsqu'ils sont interpellés par les agents de la route pour le contrôle des pièces administrative, techniques etc. ils profitent de cette situation pour leur signifier leur autorité et pour créer une poche qui constitue pour les agents publics une opportunité évidente d'extorsion et de ponction,

30 C'est une expression faite par certaines personnes comme pour dire qu'ils n'ont pas que ça à faire. Elle souvent utilisée pour jauger le temps qui nous reste. Le temps a une valeur bien plus inestimable que l'argent, et assigner une valeur monétaire à votre temps peut poser problème.

31 EBELE ONANA Richard Désiré, op cit.

dans laquelle le coût de la corruption pour l'utilisateur est souvent en deçà de la perte envisageable si l'acte recherché était différé dans le temps. Concrètement, ce que l'utilisateur donne aux agents publics pour éviter la perte de temps a moins de valeur pour lui que ce qu'il va ou peut gagner en posant cet acte. En outre, les clients exercent aussi parfois la pression sur les conducteurs en leur faisant savoir qu'ils sont pressés et par conséquent n'aimeraient perdre le temps. Et c'est l'une des raisons qui explique le pourquoi lorsqu'ils sont interpellés, ils obtempèrent avec beaucoup de lenteurs.

“L'argent d'abord et après quoi, vient la libre circulation”

Il faut tout même rappeler qu'il y a moins de cinq mois, les tchadiens volant traverser la frontière via le village de Kouteré ne payent pas excédant 3000 francs CFA, mais comme par coup de baguette magique, les choses ont changé. Une différence de 3000 francs.

Et pour en ratifiant le traité de libre circulation des biens et des personnes en 2017, lors d'un sommet extraordinaire à N'Djamena, la communauté économique et monétaire d'Afrique centrale s'est inscrite sur la logique de l'intégration des personnes et des biens. Un acte qui met fin à 45 ans de débat³².

Par ailleurs, il convient de souligner également que, les heures de travail des agents routiers constituent aussi un moyen pour extorquer de l'argent aux transporteurs et commerçants. En effet, d'après nos enquêtes, les pratiques de corruption sur les axes routiers au sein de la CEMAC varient en fonction des heures de travail. En journée, ce sont des pratiques de corruption par distribution. Il s'agit en principe de la corruption banalisée, visible, conventionnelle et « populaire ». Un agent des eaux et forêts me parlait de ce phénomène en ces termes: « *c'est à partir de 20 heures que le vrai business commence* », « *Ce n'est pas les papiers qu'on mange !* ». A partir de cette heure, nous ne sommes plus en route pour contrôler quoi que ce soit, que tu sois en règle où pas ce n'est pas, ce qui nous intéresse c'est que tu dois donner pour nous. Surtout que nous sacrifions notre intégrité physique. Donc tout ça doit être récompensé. Ce propos témoigne à suffisance de l'usage du temps dans les actes de corruption au sein de la zone communautaire. La pratique de la corruption est liée ici aux heures de travail, elle devient donc normale en journée, mais les grosses

³²<http://www.tchadinfos.com>, *op cit*.

affaires se traitent en nocturne, c'est le temps des grands richards, une sorte de privatisation interstitielle du service public³³.

II- LES CONSEQUENCES DES DEVELOPPEMENTS DES POCHEs DE CORRUPTION SUR LA COMPETITIVITE, L'INTEGRATION ET LE DEVELOPPEMENT DE LA ZONE CEMAC

Page | 55

Le développement des organisations d'intégration régionale et sous régionale, dont la création s'est faite au cours des dernières décennies du XXe siècle sous l'impulsion de la défunte Organisation de l'Unité Africaine (OUA), cette organisation créée le 25 mai 1963 est sans doute le résultat de l'engagement et de la détermination des détenteurs du pouvoir politique dans les États à stimuler le développement politique, économique, social et culturel de l'Afrique. La réalisation de l'espace de libre circulation des personnes des biens et services dans le cadre de la CEM.AC, malgré le volontarisme des acteurs impliqués dans le processus à divers niveaux de la stratification sociale, rencontre des difficultés inhérentes à la structure fonctionnelle interne de cette organisation, mais aussi à l'environnement socioéconomique des pays engagés dans le processus d'intégration régionale.

Parmi les contraintes, les niches de corruption en font partie et freinent l'opérationnalisation de la libre circulation des personnes, des biens et services et par ricochet celle de l'intégration sous régionale. C'est dans ce même ordre d'idées que la délégation du Fonds Monétaire Internationale (FMI) et les leaders de la société civile ont pu constater que la mal-gouvernance et la corruption sont des principaux obstacles au développement socioéconomique des pays de cet espace. Toutefois, il sera judicieux de s'appesantir sur les répercussions des poches de corruption sur les entreprises et le transport des biens et services en zone Cemac (A) et les incidences des poches de corruption sur la construction et l'intégration économique en Afrique Centrale (B).

A- Les incidences des poches de corruption sur la productivité des entreprises et le transport des biens et services en zone Cemac

Certains pays enclavés de la zone CEMAC sont caractérisés par d'importants déséquilibres commerciaux, avec des ratios exportations-importations inférieurs à 30 %, et par une dépendance excessive au transport routier. Si l'amélioration des infrastructures demeure nécessaire, celles liées

³³ Ibid.

aux tracasseries routières est plus qu'urgentes en vue de réduire les coûts et renforcer la mobilité des personnes, et la compétitivité des entreprises dans les services de transport et de logistique qui est essentielle. Cependant, l'économie politique des réformes nécessaires est complexe et mal comprise.

Peu avant la dévaluation du franc CFA dans les années 1994, le surcoût de transport pénalisait sérieusement la compétitivité des produits africains exportés et renchérisait également le prix des produits consommés sur place, ce qui a conduit notamment la BM à élaborer un Programme de Politique des transports en Afrique Sub-Saharienne³⁴. Les pays africains se sont efforcés d'améliorer la compétitivité de leurs produits, notamment par la dévaluation du franc CFA et par les programmes d'ajustement structurel qui, dans le domaine des transports, se sont traduits par les programmes sectoriels transport. Cependant, malgré ces efforts, la corruption et le développement des poches qui ont pris de l'ampleur à la suite de cette dévaluation à continuer à plomber tous ces efforts entravant ainsi le principe du regroupement communautaire qui est celui de la libre circulation des personnes, des biens et services.

La performance des corridors de transport en zone CEMAC comparée aux autres reste la plus faible. Cette différence peut s'expliquer par les paiements informels et les marges bénéficiaires réalisées par les entreprises de camionnage³⁵. Ce qui non seulement a une incidence sur la hausse du coût de l'activité économique, dans la mesure où cela freine l'investissement privé, mais constitue également un obstacle supplémentaire qui empêche les pays africains de tirer parti de la croissance rapide du commerce mondial et d'être compétitif face aux concurrents (2) et influe sur la mobilité des biens et des services (1).

1- Sur les mouvements des biens et des personnes

La question de la mobilité des biens et des personnes en zone CEMAC longtemps été l'un des principaux écueils sur lequel les pères fondateurs de cette sous-zone ont toujours débattu³⁶. Seulement, il est judicieux de reconnaître que des mécanismes institutionnels et juridiques furent mis en œuvre afin d'y assurer son effectivité et, à ce jour, certains ne sont pas appliqués sur le terrain par les fonctionnaires des Etats qui assurent le contrôle et la sûreté le long des corridors

³⁴ CHRISTOPHE RIZET et HENRI GWET, « Les surcoûts du camionnage en Afrique après la dévaluation du franc CFA », les cahiers scientifiques du transport n° 38, 2000, pages 3-18.

³⁵ Banque Mondiale, « Le prix et le coût du transport en Afrique : Étude des principaux corridors », 2009, Washington DC.

³⁶ Article paru dans la revue Jeune Afrique, novembre 2017.

d'intégration.

Selon la rapport de la Banque Mondiale, le transport routier dans la sous-région Afrique Centrale fait face aux ergotages multiples des agents administratifs qui obstruit par-là, la fluidité du trafic des marchandises³⁷. Les transporteurs font par exemple face à l'épineux problème de fermeture « fréquente » des routes. D'après la Banque Mondiale, ces fermetures observées sur le tronçon Douala-Bangui, augmentent les délais de livraison. Comme conséquence, on observe les pertes en termes de biens et par conséquent en termes de gains³⁸.

De plus, la Banque Mondiale note qu'un conteneur de 20 tonnes voyageant de l'une à l'autre de ces villes met entre 15 et 28 jours, à cause des fermetures des routes.³⁹ Au-delà de ce qui vient d'être dit, les biens font aussi face aux problèmes liés aux barrières physiques et non physiques. Les acteurs de la chaîne des transports, du bureau de gestion du fret terrestre (BGFT), révèlent qu'un camion de marchandise affrété à la frontière du Tchad à 6 h du matin peut être libéré à 22 h au plus tôt⁴⁰. Ce qui fait qu'une bonne partie de la marchandise arrive à destination complètement pourrie entraînant ainsi des pertes d'un point de vue de la marge bénéficiaire et de la compétitivité.

Autant de facteurs qui, selon les autorités, ont pour conséquence d'accroître les coûts des opérations de transport des pays de la Cemap (Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée équatoriale, Tchad). À preuve, indique le Minepat, il est par exemple révélé que les coûts de transport le long des corridors reliant ces Etats sont cités comme les plus élevés au monde, selon une étude publiée en 2014. Sur la liaison Douala-N'Djamena, ces coûts atteignent 0,11 dollar par tonne-kilomètre, soit trois fois plus qu'au Brésil (0,035 dollar) et cinq fois plus qu'au Pakistan (0,02 dollar)⁴¹. Il fallait compter entre 30 et 60 pour un voyage Douala-N'Djamena. Comme obstacle, cela entraîne une perte énorme de la part des commerçants. Car une bonne partie de la marchandise arrive à destination étant complètement détérioré et la compétitivité des biens devient ainsi très faible. À titre d'exemple, la Banque Mondiale fait remarquer que, pour les denrées périssables telles que les tomates et les autres légumes, le mauvais état des routes combiné à la surcharge et aux contrôles illicites fréquents des camions entraînent des pertes importantes de

³⁷ Voir journal le quotidien de l'économie, op, cit.

³⁸ Voir journal le quotidien de l'économie, op, cit.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Minepat, rapport sur la compétitivité au Cameroun, 2023.

produits ou les endommagent. Les efforts visant à accroître le volume des échanges intra régionaux en Afrique de l'Ouest et centrale sont également entravés par la persistance de barrages routiers et d'abus de paiements sur les principaux corridors⁴², aussi bien aux postes de contrôle officiels (péages autorisés par les agents des douanes) que non officiels (péages par des tiers non autorisés, péages non autorisés par des tiers autorisés, etc.), même si la dynamique sous-jacente des pratiques varie considérablement selon ces deux types de situation⁴³.

Au regard, des dispositifs juridiques de la CEEAC en matière de libre circulation des personnes en vue de renforcer l'intégration régionale découlent d'une part du Traité constitutif et du Protocole sur la libre circulation et au droit d'établissement des ressortissants des États membres (Annexe 7 du Traité), et d'autre part d'un certain nombre de décisions prises par la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement au cours de certaines sessions au sommet. Dans les documents fondateurs, on trouve des dispositifs qui concernent la définition et les conditions d'adhésion à la CEEAC au regard du mouvement, de l'entrée/la sortie et le séjour ressortissants ainsi que d'autres catégories de personnes (Article 2 du protocole), la libre des circulation des travailleurs (Article 3), la liberté de circulation, de séjour et d'établissement des ressortissants de la CEEAC dans n'importe quel État membre (Articles 4 et 40 du traité constitutif)⁴⁴.

*Depuis longtemps, on n'a plus besoin de visas dans la zone Cemar. Mais, les gens ne le savent pas. Il y a des difficultés, c'est vrai! Mais, il s'agit de difficultés d'application du fait des hommes (...) Paris ne s'est pas fait en un jour. De même, la Cemar ne se fera pas en un jour »*⁴⁵. Le fait que les documents de voyage communautaires ne sont pas encore opérationnels et qu'il n'y a pas de passeport communautaire de la CEMAC et partant de là, les agents administratifs profitent pour spolier la population. À titre illustratif, les commerçants ou les camerounais qui se rendaient en Guinée équatoriale ou au Gabon, nous ont assuré que les BNT sont certainement moins nombreux dans ces pays, mais ils étaient nettement plus coûteux, avec des bakchichs (ou « enregistrements » là-bas d'au moins 5 000 FCFA pour les simples citoyens, et 20 000 FCFA pour les commerçants.

⁴²Carlos FOULEFACK KUIGUE, op.cit, 2020.

⁴³Le rapport n°00 de l'observatoire régional des pratiques anormales sur les principaux corridors de l'Afrique centrale (OPA-AC), Novembre 2021.

⁴⁴ Germain NGOIE TSHIBAMBE, op, cit, 2014.

⁴⁵Propos de l'ex-Président de la commission de la Cemar Daniel Ona ONDO concernant les tracasseries des voyageurs sur les corridors régionaux en Afrique Centrale, cité par le journal Investir au Cameroun voir <http://InvestirauCameroun.Com>

Quoiqu'il en soit, l'examen approfondi de la libre circulation des personnes, en zone CEMAC met en exergue plusieurs obstacles qui entravent le processus amorcé depuis une quinzaine d'années. Parmi les obstacles les plus importants, nous pouvons citer les tracasseries administratives le long des couloirs et corridors de transport que prennent les populations en mouvement, les tracasseries routières, le nombre élevé de barrages érigés par les forces de l'ordre et de barrières illégales érigées à la sauvette ainsi que les problèmes d'insécurité routière. Cette première série d'obstacles est l'expression de l'effritement de l'autorité qui est contournée et retournée à certains niveaux où les agents de l'État abusent de leur position et s'adonnent à la corruption⁴⁶.

Quand on observe ce qui se fait aujourd'hui en Afrique centrale, on a envie de dire qu'il s'est développé ce qui convient d'appeler un affairisme notoire autour des profits issus de la "*rente migratoire*"⁴⁷. Celle-ci désigne l'ensemble des profits, officiels et officieux, tirés de la gestion des flux migratoires étrangers. Ces profits se déclinent autant en ressources financières, générées par les frais et taxes auxquels sont soumis les personnes, qu'en avantages de toutes sortes dont jouissent les personnels affectés aux frontières.

C'est ainsi que des analystes ont tenté d'expliquer que la quête des ressources financières constitue l'un des principaux mobiles de la récurrence des opérations de régularisation forcée des "sans-papiers" orchestrées dans ce pays, sinon l'un des fondements de la généralisation des tracasseries aux frontières observée à l'échelle de la sous-région.⁴⁸ Le "*respect de la loi des finances*" est l'argument couramment avancé par les préposés aux postes-frontières pour justifier la multiplication des contrôles routiers et l'augmentation des taxes imposées aux voyageurs étrangers, y compris ceux originaires de la sous-région⁴⁹.

En effet, non seulement les exigences financières et les tracasseries administratives auxquelles sont soumis ces étrangers font le lit de l'immigration clandestine, mais encore il semble que ce mystère découle d'une manipulation liée à un affairisme notoire.⁵⁰ Karine Bennafla, fait savoir que tout comme les entraves légales s'y ajoutent, de nombreuses contraintes illégales prennent divers modèles de tracasseries. Plus ou moins tolérées par les États, ces complications sont

⁴⁶ Germain NGOIE TSHIBAMBE, op, cit, 2014.

⁴⁷ Ce concept est de Serge LOUNGOU, op, cit.

⁴⁸ Serge LOUNGOU, op, cit.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Serge LOUNGOU, op, cit.

organisées aux postes-frontières par des agents routiers véreux qui, dans la plupart des cas, sont mus par l'appât du gain⁵¹.

2- Sur la productivité des entreprises

La mobilité des personnes et des marchandises au sein de l'espace de la CEMAC apparaît indiscutablement problématique, et on peut légitimement considérer comme peu probable sa résolution dans un délai raisonnable. Tout porte à croire que face aux enjeux et aux défis mondiaux, les États ne sont toujours pas conscient de l'apport économique du regroupement communautaire au vu de la corruption et du développement des poches de corruption dans cette zone. Ceci peut s'observer au niveau des entreprises. Car, « l'absence et/ou la mauvaise qualité d'infrastructure, combinées aux mauvais services de transport et à son coût très élevé expliquent en grande partie les mauvais résultats économiques (*faiblesse des échanges commerciaux, faible productivité, faible croissance, etc.*) et le ralentissement de l'intégration régionale observés au sein de la CEMAC⁵² ».

Selon Michel Porter « la compétitivité mesure la capacité relative d'entreprises de secteurs, de régions ou de pays à vendre leurs produits sur les marchés internationaux⁵³ ». On distingue deux types de compétitivité : « *la compétitivité prix et la compétitivité hors prix*⁵⁴. *La compétitivité prix d'un pays repose sur sa capacité à produire des biens et services à des prix inférieurs à ceux de ses concurrents.* »⁵⁵. Plusieurs facteurs influencent la compétitivité prix d'un produit à savoir le coût du capital, du travail, des consommations intermédiaires, de productivité, du taux de change, les coûts de transport et du développement des poches de corruption. Comme conséquence, il se dégage que des coûts très élevés freinent ainsi la compétitivité des entreprises⁵⁶. C'est ce qui fait dire à Maurice BERNADET dans son livre intitulé « » que : « le secteur du transport routier de marchandises se caractérise par une situation économique difficile, une situation sociale malsaine

⁵¹ Karine Bennafla, *le commerce frontalier en Afrique Centrale : acteurs, espaces et pratiques*. Paris, Karthala, 2002, p 368.

⁵² LIMA O N et VENABLES A. « Infrastructure, geographical disadvantage and transport costs », Document de travail n°2257, (1999), Recherche sur les politiques, Banque Mondiale, Washington DC.

⁵³ Michael Porter, *l'avantage concurrentiel*, Inter Editions, Paris 1986.

⁵⁴ BELLANDI M., 1996, « Innovation and Change in the Marshallian Industrial District », *European Planning Studies*, 4, 3, 357-368 cité par ARENA R., ROMANI P.-M., 1998, « Contribution à une approche marshallienne de la petite entreprise », *Revue d'Économie Industrielle*, 86, 49-60.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Alfred MARSHALL, *Industry and Trade*, (London, Macmillan, p 874) (Livre II, chapitre VI, section 6) Traduction française : *L'industrie et le commerce*, (Paris, M Giard, 1934, 1919, pp 440-449.

et un mauvais respect des règles du jeu⁵⁷ ». Cette affirmation est bien vérifiée sur le corridor Douala N'Djamena et ceci en observant l'état peu reluisant des moyens, des infrastructures de transport et du fonctionnement.

De plus, Wilfried OWEN indique que, « les transports ont une importance unique du fait qu'ils concourent au succès et à l'échec de presque toutes les autres activités économiques », ce qui est réel puisque le transport sert de pont entre les lieux de productions (usines de fabrication, champs et fermes...etc.) entre eux d'une part, puis les lieux de production et les marchés de consommation d'autre part⁵⁸. Cependant, mal organisé, corrompu, le secteur du transport engendre des coûts supplémentaires et le fret va jusqu'à excéder la valeur de la marchandise ; ce qui a un impact direct sur les prix des produits sur le marché de consommation.

Pour l'ex-Président de la Commission de Cematic Daniel Ona ONDO, par la multiplication des postes de contrôle tracassiers le long des corridors de transit et les interdictions temporaires d'exportations mises en place par certains États-membres freinent le développement des échanges commerciaux⁵⁹. « La semaine dernière, j'ai fait la route Douala-Yaoundé en voiture, puis Yaoundé-Oyem et Oyem-Libreville en voiture (...). Il y a trop de barrages. J'ai demandé à un ministre : "quel est l'animal que vous voulez attraper avec ces barrages" ? Il faudra qu'on lève ces barrages, qui bloquent le commerce. C'est une honte que le commerce intrafricain soit de 4% dans la zone Cematic », éructe ce dernier⁶⁰.

A la lecture du rapport n°00 de l'OPA-AC, il en ressort que les pratiques anormales (multiplication et fréquence des contrôles, les longues attentes aux frontières, pertes de temps aux postes de contrôle, paiements illicites lors de certains contrôles) sont d'un volume « non négligeable », les coûts des contrôles sont variables et très élevés sur certains tronçons, les véhicules sont dans un état défectueux et le traitement des conducteurs n'est pas satisfaisant⁶¹.

⁵⁷Maurice BERNADET, *Le transport routier de marchandises : fonctionnement et dysfonctionnement*

⁵⁸Wilfried Owen, « Distance et développement, transport et communication, Washington : Brookings Institutions, 1968.

⁵⁹<http://InvestirauCameroun.Com>, op cit.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹Rapport n°00 de l'Observatoire régional des pratiques anormales sur les principaux corridors de l'Afrique centrale (OPA-AC), Op.cit.

La principale conséquence de ces coûts élevés est notamment le renchérissement des produits d'importation et d'exportation. Ce qui constitue un frein au commerce intra-régional et provoque une faible compétitivité des économies des pays de la sous-région⁶².

A titre d'exemple, les tracasseries routières induisent un coût représentant 52 % de la valeur des exportations sur le trajet de Douala (Cameroun) à N'Djamena (Tchad), long de 1864,6 km, pour une durée moyenne de 15 jours, « auxquels il faut ajouter jusqu'à 28 jours supplémentaires de temps d'attente dans le port de Douala⁶³ ». Ce braquage des agents de l'Etat réduit la compétitivité des entreprises⁶⁴.

B- Les impacts des niches de corruption dans la construction de l'intégration sous régionale

Les autorités à l'échelle communautaire ont en effet vocation à animer des processus de gouvernance associant l'ensemble des acteurs (services de l'État, collectivités, société civile, secteur privé) à l'élaboration des politiques communautaires plus inclusives. Dans le souci de mieux impulser cette politique, les États ont procédé aux transferts de certaines compétences aux institutions communautaires dont le but est de permettre aux autorités de promouvoir le développement communautaire en rapprochant l'offre de biens et de services publics des citoyens communautaires⁶⁵. Dans chaque État de ladite zone, les lois prévoient un transfert de compétences couplé avec un transfert des moyens financiers et humains.

Cependant, il s'avère que la réalité de l'intégration dans les pays de l'espace CEMAC est plus complexe et ambivalente⁶⁶. Il existe encore de graves facteurs limitant l'intégration communautaire en zone CEMAC, tels que le faible développement des infrastructures, le vaste secteur informel, les règles d'origine contestées et d'autres obstacles non tarifaires au commerce, et enfin le manque de volonté politique des élites Africains à céder la souveraineté nationale en faveur de la promotion de l'intégration sous régionale. De plus, la résurgence répétée du panafricanisme depuis les débuts de l'indépendance africaine dans les années 1960 et l'appel à la Renaissance africaine dans les années 1990 a été contrebalancé par un nouveau nationalisme qui

⁶²Ibid.

⁶³Rapport de l'OMC sur le commerce mondial, 2013, p.72.

⁶⁴Boungou Bazika Jean-Christophe, Souveraineté alimentaire et intégration économique en Afrique, 2007.

⁶⁵Carlos FOULEFACK KUIGUE, op.cit, 2020.

⁶⁶Ibid.

a empêché une intégration régionale effective⁶⁷. Or, depuis sa mise sur pied dans les années 1999, plusieurs écueils participent à la non promotion de l'intégration sous régionale. Parmi ces écueils, l'on a entre autres la corruption ou poches de corruption qui retarde l'intégration politique (1) et budgétaire (2) dans la sous-région Afrique Centrale.

1- Sur les politiques d'intégration sous-régionale

Montrer l'impérieuse contrainte des poches de corruption sous régionale pour le développement de l'Afrique Centrale, revient à présenter les inconvénients qu'elle peut poser aux pays intégrés, à travers ses mécanismes. Notamment sur le plan diplomatique. En effet, par diplomatie, il faut entendre la partie de la politique qui concerne les relations entre États : représentation des intérêts d'un gouvernement à l'étranger.⁶⁸ À partir de là, les tracasseries administratives le long des couloirs et corridors de transport que vivent les populations en mouvement, les tracasseries routières, le nombre élevé de barrages érigés par les forces de l'ordre et de barrières illégales érigées ont comme conséquence, l'effritement des relations entre les États car ils estiment que leurs citoyens ne sont pas bien traités⁶⁹. Ce qui exacerbe les conflits entre État de la sous-région. Car, les États ne se sentent pris en compte dans les projets communautaires.

L'intégration sous régionale constitue pour les États d'Afrique Centrale autant une opportunité à saisir qu'un défi à relever, selon que l'on se réfère aux possibilités qu'elle offre pour une croissance soutenue de leurs économies, ou aux retards et difficultés de mise en œuvre des ambitions exprimées.⁷⁰ D'ailleurs, l'Acte constitutif de l'Union Africaine précise que c'est à travers les CER, que l'on pourra in fine réaliser l'unité du continent. Ainsi comme le souligne Papa Lafatime Sene, « *plus que tout autre région, l'Afrique a besoin d'intégration sur tous les plans pour promouvoir le développement économique et de mettre en place les capacités et la compétitivité requise afin de participer, comme, il se doit au nouveau système commercial multilatéral. Renforcer l'intégration permettrait à l'Afrique de devenir partie intégrante de l'économie mondiale et d'échapper à une plus grande marginalisation*⁷¹ ».

⁶⁷Dirk Kohnert, « New Nationalism and Development in Africa », 2009.

⁶⁸ Maurice Vaisse et Chantal Morelle, Dictionnaire des relations internationales de 1900 à nos jours, Paris, Armand Colin, 2009.

⁶⁹Ibid.

⁷⁰ Prospectus sur l'état de l'intégration en Afrique Centrale, 2008.

⁷¹ Papa Lafatime Sene, « les initiatives d'intégration en Afrique », Université Pierre Mendès France Grenoble II, Master de droit international public et européen 2005.

Sur le plan du leadership, ces pratiques odieuses font que, chaque État cherche à dominer les autres puisqu'il estime qu'il n'est pas le bienvenu au sein du regroupement communautaire à cause des poches de corruption. En d'autres termes, ils se sentent frustrer au sein de l'organisation communautaire⁷². La conséquence directe est que, les institutions communautaires se retrouvent impacté car plus personne ne veut plus contribuer financièrement à leur mise sur pieds. Bien plus, suite à ces tracasseries administratives et routières, on note que beaucoup de pays convergent vers « *une diversité des pôles d'allégeance qui se pose comme un obstacle à l'unité de l'Afrique*⁷³ ».

Par diversité des pôles d'allégeances, il faut entendre l'appartenance et l'adhésion de plusieurs États africains à des différentes communautés économiques régionales (CER), aux différents groupements ou alliances en dehors de l'Afrique, ainsi que leur attachement aux différents « partenaires bilatéraux spéciaux » où ils se sentent aise. Et, l'impact de cette situation se ressent vite sur les projets d'intégration et de l'unité du continent.

2- L'influence sur les budgets des pays de la CEMAC

L'analyse des performances à long terme du projet intégrateur de la CEMAC montre que les finalités depuis une décennie n'ont pas été atteintes car, il y a eu peu d'impacts sur les infrastructures communautaires. Malgré ses nombreuses richesses, la CEMAC est restée en queue de peloton en ce qui concerne l'intégration des projets communautaires et de développement.

L'hypothèse de base ici est que, les poches de corruption créées des manques à gagner de la part de l'État. En effet, le budget de l'État se trouve en déficit à cause des poches de corruption développées par les agents routiers⁷⁴. Au lieu d'appliquer la réglementation et d'amener les usagers de la route à se conformer aux lois, les agents routiers préfèrent faire de la corruption leur sport favori pour leur enrichissement personnel. Sur le linéaire Bertoua-Bangui, plus précisément au niveau de Ketté nous avons eu à échanger à un douanier par rapport à notre sujet et sur les incidences que cela a le budget des États de la sous-région mais sa réponse a été surprenante : « qu'ils ne meurent pas et par conséquent, ils ne vont plus « *manger les lois*⁷⁵ ».

⁷²ISSAKA K. SOUARE, Regard critique sur l'intégration Afrique : Comment relever les défis, 2007.

⁷³Ibid.

⁷⁴Blundo Giorgio, Monnayer les pouvoirs, Espaces mécaniques et représentations de la corruption, Paris, PUF, 2000. Voir également Blundo Giorgio et J-P Olivier de Sardan, « La corruption quotidienne en Afrique de l'Ouest » in Politique Africaine n°83, 2001.

⁷⁵ Fabien EBOUSSI BOULAGA, Valentin Siméon ZINGA: La lutte contre la corruption. Impossible est-il camerounais ? Yaoundé,PUA, 2002, p 71.

Avec ces manques à gagner du point de vue des recettes budgétaires, les États ne peuvent plus engager certaines dépenses pour les projets communautaires tels que: la construction des infrastructures communautaires, l'incapacité d'assurer la paix et la sécurité dans la zone Cemap. Bien plus, le manque d'argent de la part des États de l'Afrique Centrale découle des poches de corruption, entraîne la non cotisation des États pour le fonctionnement des institutions communautaires qui sont chargées d'implémenter ou d'opérationnaliser les projets communautaires.

Conclusion

L'analyse basée sur le développement des poches de corruption dans la circulation routière ci-dessus, donne bien l'impression d'avoir montré l'enracinement de ce phénomène dans ce secteur. En claire, précisons que la pratique de la corruption comme acte normal apparaît comme un tropisme chez la plupart des usagers de la route dont le degré de banalisation est irréversible. Cette pratique dans nos axes routiers produit progressivement une entropie systémique dans les normes et les codes de comportement commun, en légitimant la mise en couple entre les comportements illicites reprouvés et comportement licites approuvés. Cette insalubrité éthique, cette pourriture morale de l'homme⁷⁶ est occasionnée par plusieurs logiques dans la mobilité des personnes et leurs biens en Afrique Centrale.

En effet, les poches de corruption des agents administratifs de l'Etat dans la libre circulation en Afrique Centrale ont un impact significatif sur le mouvement des biens et des personnes, sur la productivité des entreprises et la politique d'intégration communautaires mais également sur le budget d'investissement de ces pays de cette zone.

L'opérationnalisation de la libre circulation des biens et des personnes en zone CEMAC, met en évidence un bilan mitigé à travers le faible taux d'échanges, les velléités protectionnistes et des querelles de leadership, permet de dégager plusieurs axes de réponses aux interrogations suscitées⁷⁷. Ainsi, dans un premier temps, les difficultés inhérentes au processus de mise en œuvre de la libre de circulation des biens et des personnes sont imputables à la faisabilité politique des réformes initiées au sein des États membres et de la communauté elle-même⁷⁸. Concrètement, dans

⁷⁶ Christian TUMI, lors d'une émission diffusée sur la chaîne Catholique KTO en Septembre 2024 parlait du ressenti qu'on les fonctionnaires au Cameroun après avoir détourné les fonds publics.

⁷⁷ HUGON Philippe, « L'intégration régionale dans les économies en développement au regard des nouvelles théories de la régionalisation », CERED/FORUM, Université Paris X-Nanterre, 2001.

⁷⁸ Ibid.

un contexte de corruption généralisée, la faiblesse du réseau de transport et des infrastructures de productions, traduit des économies concurrentielles et un déficit de bonne gouvernance⁷⁹. Ainsi, la mobilité des personnes et des biens s'est dégradée d'autant plus que les traits anthropologiques caractéristiques des peuples de la forêt équatoriale n'ont jamais été favorables aux échanges économiques. Ceci, conforté par l'émergence des préjugés ayant rendu la cohabitation difficile des différents peuples de la CEMAC⁸⁰.

Néanmoins, cette affliction dont souffre ce territoire, est bien plus profonde et se fait ressentir à tous les niveaux de la communauté. Il serait désormais nécessaire que la bonne gouvernance et la justice sociale soient pratiquées, et acceptées par tous les États et les citoyens de cette zone. Cela implique donc une participation de tous, le respect de la légalité, la transparence, la réactivité, la recherche du consensus, l'équité et l'absence d'exclusion, l'efficacité, la responsabilité mais également la confiance. C'est certainement ce qui a permis à Tarik Dahou de dire qu'il faut : *“délocaliser la corruption”*⁸¹ dans le secteur routier en zone CEMAC.

⁷⁹ Tamba Isaac, L'État et le développement dans les pays de la CEMAC : une perspective historique, CREDDA, Yaoundé. 1999.

⁸⁰ SAMNICK E.G., “De la difficulté de circuler librement en Afrique centrale”, Enjeux, n° 24, Juillet-Septembre 2005, pp. 20-23.

⁸¹ Ce concept est utilisé en anthropologie contemporaine anglo-saxonne pour apprécier comment les contextes locaux façonnent d'une manière tout à fait particulière certains phénomènes globaux.

Analyse de la sociologie des régimes autoritaires et camouflage des politiques répressives. Étude de cas : de la Russie et Chine

analysis of the sociology of authoritarian regimes and the Camouflage of repressive policies. Case study of Russia and china

Page | 67

Par :

Pierre OLELA NGONGO

Apprenant en sciences politiques et administratives, Université de Kinshasa et chercheur au
CREM

Résumé :

Cet article explore la sociologie des régimes autoritaires en se concentrant sur le camouflage des politiques répressives à travers des études de cas en Russie et en Chine. La problématique centrale réside dans la manière dont ces régimes justifient et masquent les actions répressives tout en maintenant une façade de légitimité. Les hypothèses avancées suggèrent que les régimes utilisent des stratégies de communication et des mécanismes institutionnels pour dissimuler la répression sous des discours de sécurité nationale ou de développement économique.

La méthodologie adoptée inclut une analyse qualitative des discours politiques et des médias. L'étude se base sur des entretiens avec des experts ainsi que sur des rapports d'Organisation Non Gouvernementale.

Les résultats montrent que, malgré des contextes différents, les régimes partagent des tactiques similaires pour minimiser la perception de la répression. L'interprétation des données révèle que ces stratégies renforcent le contrôle social et limitent la résistance. La discussion souligne l'importance de comprendre ces dynamiques pour éclairer les mécanismes de pouvoir autoritaire et les implications pour la société civile.

Mots clés : répression, pluralisme limité, camouflage, contrôle social.

Abstract :

This article explores the sociology of authoritarian regimes by focusing on the camouflage of repressive policies through case studies in Russia and China. The central issue lies in how these regimes justify and mask repressive actions while maintaining a facade of legitimacy. The proposed hypotheses suggest that regimes employ communication strategies and institutional mechanisms to conceal repression under discourses of national security or economic development.

Page | 68

The adopted methodology includes a qualitative analysis of political speeches and media. The study relies on interviews with experts and reports from Non Governmental Organizations.

The results demonstrate that, despite differing contexts, regimes share similar tactics to minimize the perception of repression. The interpretation of the data reveals that these strategies reinforce social control and limit resistance. The discussion highlights the importance of understanding these dynamics to shed light on the mechanisms of authoritarian power and their implications for civil society.

Keywords : repression, limited pluralism, camouflage, social control.

Introduction

Les régimes autoritaires se développent souvent dans des contextes historiques marqués par des crises politiques, économiques ou sociales. Historiquement, ces régimes émergent en réponse à des situations jugées critiques, où les gouvernements cherchent à maintenir l'ordre et à éviter des révolutions ou des bouleversements sociaux. Par exemple, dans des périodes de forte instabilité, les gouvernements peuvent adopter des mesures répressives pour isoler l'État de la société, en utilisant la force pour contrôler les mouvements sociaux et politiques¹. Page | 69

Il existe plusieurs auteurs et penseurs qui ont largement contribué à l'étude de la répression politique et des régimes autoritaires. Voici quelques figures clés :

Juan Linz ² est un des principaux théoriciens de l'autoritarisme. Il a introduit des concepts tels que le "pluralisme limité", qui décrit comment certains régimes autoritaires peuvent tolérer une opposition contrôlée pour maintenir leur pouvoir. Son travail aide à comprendre les nuances des régimes autoritaires et leur fonctionnement interne.

Charles Tilly ³: Bien que Tilly soit surtout connue pour ses travaux sur le mouvement social, il a également développé la notion de "répertoire d'action", qui peut être appliquée à la répression politique. Cette notion permet d'analyser comment les autorités utilisent divers moyens pour contrôler la population et réprimer les dissensions.

Theodore Adorno et Max Horkheimer ⁴: Ces penseurs de l'École de Francfort ont exploré les implications psychologiques et sociologiques des régimes autoritaires, notamment à travers leur analyse de la culture de masse et de la domination. Leur travail aide à comprendre comment les idéologies autoritaires se propagent et se maintiennent.

Hannah Arendt ⁵: Dans ses écrits sur le totalitarisme, Arendt examine comment les régimes autoritaires utilisent la terreur et la répression pour contrôler les populations. Son analyse des mécanismes de pouvoir et de domination reste pertinente pour comprendre les dynamiques des régimes autoritaires contemporains.

¹ Guy HERMET, « Autoritarisme, démocratie et neutralité axiologique chez Juan Linz » in *revue internationale de politique comparée* 2006/1 vol.13, N°1 p. 83-94.

² Juan Linz, *régimes totalitaires et autoritaires*. Edition Armand colin, Paris, 1980

³ Charles Tilly, *paradigm Publishers à Boulder* ; Colorado, États-Unis. 2004

⁴ ADORNO (T.) et HORKHEIMER (M.), *Dialectique de la raison*, Querido verlag, Amsterdam. 1944

⁵ ARENDT (H.), *les origines du totalitarisme*, Harcourt, brace and compagny, NEW YORK, États-Unis, 1951.

Michel Foucault⁶ : Bien que Foucault ne traite pas directement des régimes autoritaires, ses concepts de pouvoir et de surveillance sont essentiels pour analyser comment la répression politique s'exerce dans des contextes autoritaires. Son travail sur la biopolitique et la gouvernance offre des outils pour comprendre les stratégies de contrôle social.

Sur le plan politique, les régimes autoritaires se caractérisent par une concentration du pouvoir et une limitation des libertés civiles. Ces gouvernements utilisent souvent des stratégies de légitimation pour justifier leur autorité, en prétendant agir pour le bien commun ou en invoquant des menaces extérieures ou intérieures. La manipulation des institutions politiques et la répression des opposants sont des outils courants pour maintenir le contrôle.

Économiquement, les régimes autoritaires peuvent adopter des politiques qui favorisent la croissance tout en maintenant un contrôle strict sur la société. Parfois, ces régimes mettent en œuvre des réformes économiques pour attirer les investissements, tout en réprimant les mouvements sociaux qui pourraient contester leur autorité. Dans des régions comme le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord, les mécanismes d'institutionnalisation sont souvent utilisés pour rassurer les investisseurs tout en maintenant un système politique autoritaire⁷.

Socialement, les régimes autoritaires peuvent créer un climat de peur et de méfiance, où la population est incitée à se conformer aux normes établies par l'État. La répression des libertés d'expression et d'association contribue à un environnement où les critiques du régime sont souvent réduites au silence. Cela peut également mener à une fragmentation de la société civile, rendant plus difficile l'organisation d'oppositions efficaces.

Sur le plan juridique, les régimes autoritaires manipulent souvent le cadre légal pour justifier leurs actions répressives. Les lois peuvent être modifiées pour criminaliser la dissidence ou pour renforcer les pouvoirs de l'État. Cela crée un environnement où les droits humains sont souvent bafoués, et où les mécanismes de justice sont utilisés comme outils de répression plutôt que de protection des droits.

Les théories de la domination politique, notamment celles développées par des penseurs comme Max Weber et Michel Foucault, examinent comment le pouvoir est exercé et maintenu

⁶ Michel Foucault, *surveiller et punir : Naissance de la prison* ; Gallimard, paris, 1975

⁷ Nabil Mustapha et al, « Autoritarisme politique, crédibilité des réformes et développement du secteur privé au Moyen-Orient et en Afrique du Nord » », *in revue d'économie du développement* N°3, Paris, 2008 p.49-85.

dans les sociétés. Weber, par exemple, distingue trois types de légitimité : la légitimité traditionnelle, charismatique, et légale-rationnelle⁸. Dans le contexte des régimes autoritaires, la légitimité est souvent construite par la peur et la répression, où le pouvoir est justifié par des discours sur la nécessité de l'ordre et de la sécurité.

Foucault, quant à lui, explore les relations entre pouvoir et savoir, soulignant comment les régimes autoritaires utilisent des discours pour façonner la réalité sociale et contrôler les populations⁹.

Les théories de la communication, en particulier celles qui se concentrent sur le rôle des médias dans la formation de l'opinion publique, sont essentielles pour comprendre comment les régimes autoritaires camouflent leurs politiques répressives. Les médias jouent un rôle clé dans la diffusion des narrations officielles et dans la construction de la perception publique. Des théoriciens comme Edward Herman et Noam Chomsky¹⁰, dans leur modèle de propagande, soutiennent que les médias sont souvent utilisés pour servir les intérêts des élites au pouvoir, en minimisant les critiques et en renforçant les récits favorables au régime. Cette manipulation de l'information contribue à créer un environnement où la répression peut être présentée comme légitime et nécessaire.

Ce cadre théorique fournit une base solide pour analyser comment les régimes autoritaires utilisent des stratégies de camouflage pour dissimuler leurs politiques répressives. En intégrant ces définitions et théories, nous pouvons mieux comprendre les dynamiques complexes entre pouvoir, communication, et perception dans les sociétés sous autoritarisme.

La question centrale de cette étude est : *Comment les régimes autoritaires utilisent-ils des stratégies de camouflage pour masquer leurs politiques répressives ?*

Cette problématique soulève des interrogations sur la relation entre pouvoir et perception. *Comment les citoyens perçoivent-ils ces stratégies de dissimulation ? Sont-ils conscients des réalités cachées derrière les discours officiels ?*

⁸ Max Weber 1922, *économie et société*, cité par Éric LETONTURIER. En ligne : AUTORITE-Encyclopaedia Universalis sur www.universalis.fr consulté le 14 décembre 2024

⁹ BELLAHCENE (D.), *Michel Foucault et le savoir pouvoir*. Editions universitaires européennes. Chisinau, 2012

¹⁰ Herman (E.) et Chomsky (N.), « la fabrication du consentement, de la propagande médiatique en démocratie ». Nouvelle édition revue et actualisée, 2002. P 605-645.

En vue de répondre aux interrogations soulevées, nous proposons des hypothèses suivantes :

- Ce camouflage se manifeste de diverses manières, y compris par l'utilisation de discours politiques, de propagande médiatique, et de la manipulation de l'information. En cachant la brutalité de leurs actions sous des récits de progrès et de sécurité, ces régimes parviennent à maintenir leur légitimité tout en réprimant toute forme de contestation.

- les citoyens, bien qu'ils soient souvent exposés à des discours officiels qui peuvent masquer certaines réalités, développent une capacité critique qui leur permet de percevoir, à divers degrés, les stratégies de dissimulation mises en œuvre par les autorités. L'impact de ces stratégies sur la perception publique mérite une attention particulière, car il peut influencer la résistance sociale et la dynamique de changement politique.

Dans le cadre de notre travail, nous avons utilisé la méthode d'analyse critique du discours, dont les objectifs sont d'analyser les discours officiels et des représentations médiatiques en comparant quelques dirigeants autoritaires. L'objectif principal de cette étude était de comprendre les mécanismes de dissimulation employés par les régimes autoritaires et leur impact sur la perception publique. Pour y parvenir :

Nous avons analysé les discours officiels pour identifier les thèmes et les stratégies rhétoriques qui minimisent ou justifient la violence d'État. : Ainsi nous avons collecté des discours de dirigeants comme Vladimir Poutine ou Xi Jinping nous avons jugé pertinent d'examiner non seulement le contenu explicite, mais aussi les éléments implicites qui peuvent masquer des politiques répressives. Particulièrement le discours de Poutine sur la "stabilité nationale" nous a servi à justifier des mesures de contrôle social, tout en évoquant un sentiment de sécurité.

Dans le contexte de l'annexion de la Crimée par Poutine, son discours est analysé non seulement comme une affirmation de nationalisme, mais aussi comme un camouflage des politiques de répression intérieure. En se présentant comme un protecteur des Russes, il détourne l'attention des violations des droits humains en Russie, notamment la répression des opposants politiques.

Nous avons aussi examiné la couverture médiatique afin de comprendre comment les médias, qu'ils soient sous contrôle de l'État ou indépendants, représentent les politiques répressives.

A fin nous avons évalué l'impact de ces stratégies de camouflage sur l'opinion publique et la perception des violations des droits humains. Page | 73

I- ANALYSE DE LA SOCIOLOGIE DES REGIMES AUTORITAIRES ET CAMOUFLAGE DES POLITIQUES REPRESSIVES

L'analyse des discours politiques est un domaine riche qui permet de comprendre comment les dirigeants communiquent et influencent l'opinion publique. En faisant une analyse comparative, nous avons trouvés :

A- Analyse des discours de Vladimir Poutine et Xi Jinping

L'analyse des discours de Vladimir Poutine et Xi Jinping révèle des similitudes et des différences significatives dans leurs stratégies de communication, particulièrement en ce qui concerne leurs positions sur les questions géopolitiques et leur vision du monde.

Les deux dirigeants partagent une narrative anti-occidentale qui se manifeste dans leurs discours. Par exemple, ils dénoncent les "révolutions de couleur" et perçoivent les démocraties occidentales comme une menace pour leur pouvoir et leur stabilité. Cette approche souligne leur volonté de se positionner comme des défenseurs de la souveraineté nationale contre les ingérences extérieures¹¹.

1- Rhétorique de la solidarité

Poutine et Xi utilisent également une rhétorique de solidarité dans leurs discours, particulièrement lors de leurs rencontres officielles. Par exemple, lors de la visite de Xi à Moscou, les deux présidents ont souligné l'importance de leurs relations bilatérales et ont exprimé un soutien mutuel face aux défis internationaux. Xi a affirmé que le peuple russe continuerait de soutenir Poutine, renforçant ainsi l'idée d'une alliance stratégique.

¹¹ Pourquoi les discours de Vladimir Poutine sur l'Ukraine et de Xi Jinping sur Taïwan sont si semblables. En ligne sur <https://www.lejdd.fr/International/pourquoi-les-discours-de-vladimir-poutine-sur-lukraine-et-de-xi-jinping-sur-taiwan-sont-si-semblables-4117247>. Consulté le 19 déc. 24

2- Construction d'une identité nationale

Les discours de Xi Jinping, notamment lors de ses allocutions du Nouvel An, mettent l'accent sur le renouveau national et l'unité des Chinois, en particulier en ce qui concerne Taïwan. Il évoque un "but commun" qui unit les Chinois, ce qui renforce l'idée d'une identité nationale forte et d'une vision expansionniste¹². Poutine, de son côté, évoque souvent la grandeur de la Russie et la nécessité de protéger ses intérêts nationaux, notamment en Ukraine, ce qui reflète une approche similaire de construction identitaire.

Page | 74

3- Contexte géopolitique et manipulation de l'opinion publique

Les discours de Poutine et Xi sont également façonnés par le contexte géopolitique actuel. Alors que la guerre en Ukraine et les tensions autour de Taïwan sont des sujets centraux, les deux dirigeants utilisent leurs discours pour justifier leurs actions militaires et politiques. Poutine, par exemple, justifie ses actions en Ukraine comme une défense contre l'expansion de l'OTAN, tandis que Xi présente ses ambitions sur Taïwan comme une nécessité pour le renouveau de la nation chinoise.

Voici une exploration des thèmes récurrents et des stratégies de langage utilisées dans ces discours, en particulier dans le contexte des dirigeants autoritaires : Sécurité, stabilité et développement ; Ce sont des thèmes souvent présents dans les discours politiques. Ces thèmes sont utilisés pour justifier des politiques, souvent en réponse à des crises ou des menaces perçues. Par exemple, les dirigeants peuvent évoquer la nécessité de la sécurité nationale pour légitimer des mesures de contrôle ou des interventions militaires.

Prenons un Exemple : L'utilisation de métaphores par Poutine, telles que celles liées à la défense, crée une image de menace constante, permettant ainsi de justifier des actions répressives comme la surveillance accrue des citoyens sous le prétexte de sécurité nationale.

La stabilité est souvent mise en avant pour rassurer la population sur la continuité des politiques, tandis que le développement est présenté comme un objectif à long terme, souvent lié à des promesses de croissance économique ou d'amélioration des conditions de vie. Les discours de Xi Jinping intègrent souvent le "rêve chinois", qui peut être interprété comme une justification

¹² . Poutine, Xi Jinping , ce qu'il faut retenir de leur discours du Nouvel An, <https://www.lexpress.fr/monde/europe/poutine-xi-jinping-ce-qu'il-faut-retenir-de-leur-discours-du-nouvel-an-IHAUHJ2LCZA7ZERPGKOE5LVVTY/> consulté le 20 novembre 2024.

pour des politiques répressives. En promouvant l'idée d'une renaissance nationale, il légitime les mesures de contrôle sur les libertés individuelles, sous prétexte de sauvegarder l'harmonie sociale.

B- Stratégies de langage pour minimiser la violence d'État

Les dirigeants autoritaires utilisent diverses *stratégies de langage* pour minimiser la perception de la violence d'État. Cela inclut :

Page | 75

- Euphémismes : Utiliser des termes moins chargés pour décrire des actions violentes. Par exemple, parler de “*répression nécessaire*” au lieu de “*violence policière*”.
- Démonisation de l'opposition : Présenter les opposants comme des menaces à la sécurité nationale, justifiant ainsi des actions violentes contre eux.
- Récits de victimisation : Se positionner comme des victimes de forces extérieures ou intérieures, ce qui peut légitimer des mesures extrêmes¹³.

Ces techniques visent à créer un récit où la violence est perçue comme une nécessité plutôt qu'une option, ce qui peut influencer l'acceptation du public.

Un exemple marquant est celui de dirigeants comme Vladimir Poutine ou Bachar el-Assad, qui ont souvent utilisé ces thèmes et stratégies dans leurs discours. Poutine, par exemple, évoque fréquemment la nécessité de la sécurité nationale pour justifier des actions militaires en Ukraine, tout en minimisant les conséquences de ces actions sur les civils. De même, Assad a utilisé des discours sur la stabilité pour justifier la répression violente des manifestations en Syrie, présentant ses actions comme une lutte contre le terrorisme.

Ces discours illustrent comment les dirigeants autoritaires manipulent le langage pour maintenir leur pouvoir et contrôler la narration autour de la violence d'État.

B.1. Représentations médiatiques

L'analyse de la couverture médiatique des violations des droits humains révèle des différences significatives entre les médias d'État et les médias indépendants. Ces différences influencent non seulement la perception des événements, mais aussi l'opinion publique.

¹³ Analyse des discours politiques : exemple avec un spécial présidentielles ! En ligne sur <https://www.inbenta.com/fr/blog/analyse-des-discours-politiques/> consulté le 15 déc. 24

Les médias contrôlés par l'État tendent à minimiser ou à justifier les violations des droits humains. Ils peuvent présenter ces actions comme nécessaires pour maintenir la sécurité nationale ou l'ordre public. Par exemple, des discours peuvent dépeindre les manifestations pacifiques comme des menaces à la stabilité, ce qui permet de légitimer des réponses violentes. Cette approche contribue à créer une image où les violations sont perçues comme des mesures de sécurité plutôt que comme des abus.

En revanche, les médias indépendants ont tendance à couvrir les violations des droits humains de manière plus critique. Ils mettent en lumière les abus, fournissent des témoignages de victimes et analysent les conséquences des actions gouvernementales. Cette couverture peut inclure des narrations alternatives qui contestent les récits officiels, offrant ainsi une perspective plus nuancée sur la situation.

Les biais de couverture sont souvent présents dans les médias d'État, qui peuvent choisir de ne pas rapporter certains événements ou de les présenter sous un jour favorable au gouvernement. Par exemple, les médias peuvent ignorer les rapports d'organisations de défense des droits humains ou minimiser leur importance. En revanche, les médias indépendants cherchent à offrir une couverture équilibrée, mais ils peuvent également être confrontés à des pressions politiques ou économiques qui influencent leur capacité à rapporter librement.

Les narrations alternatives fournies par les médias indépendants peuvent inclure des analyses critiques des politiques gouvernementales, des enquêtes sur les abus et des appels à la responsabilité. Ces récits sont essentiels pour informer le public et encourager un débat démocratique.

Les représentations médiatiques ont un impact significatif sur l'opinion publique. Lorsque les médias d'État minimisent les violations des droits humains, cela peut conduire à une normalisation de ces abus dans l'esprit du public. Les citoyens peuvent devenir moins sensibles aux injustices, percevant les actions gouvernementales comme justifiées.

À l'inverse, une couverture médiatique indépendante et critique peut sensibiliser le public aux violations des droits humains, suscitant des réactions de solidarité et des appels à l'action. Cela peut également encourager une culture de responsabilité et de transparence, où les gouvernements sont tenus de rendre des comptes pour leurs actions.

Les discours de dirigeants autoritaires sont souvent couverts de manière différente selon l'orientation politique des médias. Par exemple, les médias pro-gouvernementaux peuvent présenter les critiques de Poutine comme des attaques extérieures, renforçant ainsi l'illusion d'un front uni contre des menaces, tout en dissimulant les politiques répressives.

Les représentations médiatiques jouent un rôle crucial dans la formation de la perception publique de la répression. La manière dont les médias traitent les violations des droits humains peut influencer non seulement la compréhension des événements, mais aussi les attitudes et les comportements des citoyens face à la répression :

a- Déshumanisation et perception de la répression

Les médias d'État, en particulier, peuvent contribuer à la *déshumanisation* des groupes ciblés par la répression. En présentant ces groupes de manière stéréotypée ou en les décrivant comme des menaces, les médias aident à enlever le caractère humain des victimes. Cela rend plus facile pour le public d'accepter ou de justifier la répression, car les victimes sont perçues comme moins dignes de compassion ou de droits¹⁴. Cette déshumanisation peut également engendrer un sentiment de peur parmi la population, qui peut choisir de ne pas s'opposer à la répression par crainte de représailles.

- **Violations des droits de l'homme en Russie et en Chine**

Les rapports des organisations non gouvernementales sur les violations des droits de l'homme en Russie et en Chine mettent en lumière des situations alarmantes et des pratiques répressives dans ces deux pays.

En Russie, les violations des droits de l'homme sont largement documentées, notamment en ce qui concerne la répression des opposants politiques, la liberté d'expression et les droits des minorités. Amnesty International a souligné que le pays est confronté à une grave crise des droits humains, exacerbée par l'agression militaire contre l'Ukraine. Le Comité des droits de l'homme de l'organisation des nations unies (ONU) a également exprimé des inquiétudes concernant les violations graves signalées tant à l'intérieur du pays qu'en lien avec cette agression. Les organisations non gouvernementales dénoncent une absence de dialogue et de transparence de la part des autorités russes, qui ne se présentent même pas lors des examens de leurs rapports. En

¹⁴ Répression politique — Wikipédia en ligne sur https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9pression_politique consulté le 14 décembre 2024.

Russie, la situation des droits humains est alarmante. Des organisations non gouvernementales comme Mémorial, qui a longtemps été un pilier de la défense des droits humains, sont menacées de dissolution par le gouvernement. Cette organisation non gouvernementale est accusée de justifier des actions de groupes terroristes et de ne pas respecter la loi sur les agents étrangers¹⁵. De plus, un projet de résolution a été proposé par les pays membres de l'Union européenne pour nommer un Rapporteur spécial chargé de surveiller la situation des droits humains en Russie¹⁶. Cela souligne l'inquiétude croissante concernant la répression des libertés civiles et des droits politiques dans le pays.

La situation en Chine est tout aussi préoccupante, en particulier dans la région du Xinjiang, où des rapports du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) ont révélé des "graves violations des droits de l'homme" à l'encontre des Ouïghours et d'autres minorités. Les organisations non gouvernementales affirment que ces violations incluent des détentions massives, des actes de torture et des politiques de répression culturelle. La communauté internationale, y compris des États-Unis, a exprimé des préoccupations croissantes concernant ces abus, mais les efforts pour tenir la Chine responsable restent limités. La Chine est également sous le feu des critiques pour ses violations des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne le traitement des minorités ethniques et la répression des dissidents. Les organisations non gouvernementales dénoncent l'absence de garanties spécifiques en matière de droits de l'homme dans les initiatives promues par le gouvernement chinois¹⁷. Les actions de la Chine, notamment dans le contexte de la surveillance de masse et de la censure, sont souvent citées comme des exemples de violations systématiques des droits fondamentaux.

Pour la Chine le rapport 2022/23 d'Amnesty International¹⁸ souligne : les droits humains sont bafoués en Chine : la peine de mort, la torture, les camps de rééducation par le travail, la restriction de la liberté d'expression, la censure des médias et d'internet ainsi que la persécution

¹⁵ Russie : une ONG emblématique de défense des droits de l'homme menacée de dissolution. En ligne sur https://www.francetvinfo.fr/monde/russie/vladimir-poutine/russie-une-ong-emblematisque-de-defense-des-droits-de-l-homme-menacee-de-dissolution_4851029.html. Consulté le 20 déc. 24.

¹⁶ ONU : la Russie et la Chine visées par des enquêtes sur le respect des Droits de l'Homme. En ligne sur <https://www.sudouest.fr/international/onu-la-russie-et-la-chine-visees-par-des-enquetes-sur-le-respect-des-droits-de-l-homme-12397567.php>. Consulté le 20 déc. 24

¹⁷ Cybercriminalité : l'ONU examine un texte promu par la Russie, la Chine, la Syrie et la Corée du Nord – Next. En ligne sur <https://next.ink/144760/cybercriminalite-lonu-examine-un-texte-promu-par-la-russie-la-chine-la-syrie-et-la-coree-du-nord/>. Consulté le 20 déc. 24

¹⁸ AMNESTY Chine, rapport 2022/23, En ligne sur <https://www.amnesty.ch/fr/pays/asie-pacifique/chine>. Consulté le 22 décembre 2024.

des minorités ethniques sont des exemples. Les protestations à Hong Kong pour la démocratie depuis 2019 sont massivement réprimées.

Les rapports des organisations non gouvernementales soulignent une tendance inquiétante de répression des droits de l'homme en Russie et en Chine, où les régimes autoritaires continuent de restreindre les libertés fondamentales et de persécuter les dissidents. Ces violations sont souvent ignorées ou minimisées sur la scène internationale, ce qui soulève des questions sur l'efficacité des mécanismes de protection des droits de l'homme au niveau mondial.

b- Narration et construction de la réalité

Les narrations médiatiques influencent également la *construction de la réalité* autour de la répression. Les médias indépendants, en fournissant des récits alternatifs et en mettant en lumière les abus, peuvent sensibiliser le public et encourager une réaction collective. Cependant, lorsque les médias d'État dominent le paysage médiatique, ils peuvent créer une perception où la répression est normalisée et considérée comme une nécessité pour la sécurité ou l'ordre public. Cela peut mener à une acceptation passive des abus, où les citoyens deviennent moins enclins à contester les actions du gouvernement.

c- Impact sur l'opinion publique et mobilisation

L'impact des représentations médiatiques sur l'opinion publique est significatif. Une couverture critique des violations des droits humains peut mobiliser l'opinion publique, suscitant des mouvements de solidarité et des appels à l'action. En revanche, une couverture qui minimise ou justifie la répression peut engendrer un climat de peur et de résignation, où les citoyens se sentent impuissants à changer la situation¹⁹.

En bref, les représentations médiatiques façonnent non seulement la perception de la répression, mais elles influencent également les comportements et les attitudes des citoyens face à celle-ci. La manière dont les médias choisissent de représenter les violations des droits humains peut donc avoir des conséquences profondes sur la dynamique sociale et politique d'un pays.

¹⁹ Répression politique op.cit. p.8

II-RESULTATS OBTENUS : interprétation et confrontation des données du terrain**A- Interprétation des résultats sur la sociologie des régimes autoritaires**

L'étude des régimes autoritaires révèle des dynamiques complexes qui vont au-delà de la simple répression. Les régimes autoritaires peuvent être classés selon leur degré de répression et leur relation avec le pluralisme politique. Par exemple, certains régimes sont qualifiés de « simplement dictatoriaux » et peuvent être moins répressifs que d'autres, comme l'indiquent les travaux de Linz. Cela suggère que la nature du régime autoritaire peut varier considérablement, influençant ainsi les stratégies de contrôle social et politique.

Page | 80

1- Camouflage des politiques répressives

Les régimes autoritaires utilisent souvent des stratégies sophistiquées pour masquer leurs politiques répressives. Cela peut inclure la mise en avant d'une façade de légitimité ou de pluralisme, tout en maintenant un contrôle strict sur les dissidences. Par exemple, des études montrent que ces régimes ne cherchent pas seulement à résister à la démocratisation, mais se recomposent en réponse aux défis internes et externes, ce qui complique l'analyse de leur véritable nature.

2- Les témoignages des experts

En Russie, les experts soulignent une répression systématique des voix dissidentes. Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies a dénoncé des arrestations arbitraires, des disparitions forcées, et des cas de torture dans des régions comme la Crimée, annexée par la Russie en 2014.²⁰ Les défenseurs des droits humains rapportent que les autorités utilisent des lois vagues pour justifier la répression, notamment en ciblant les manifestations pacifiques et en criminalisant les critiques du gouvernement. Cette atmosphère de peur est renforcée par des campagnes de désinformation qui cherchent à discréditer les organisations non gouvernementales et les journalistes.

En Chine, les violations des droits de l'homme sont particulièrement visibles dans la région du Xinjiang, où des rapports du Haut-Commissariat des Nations Unies indiquent que des

²⁰ Violations des droits de l'homme et torture en Crimée: l'ONU accuse la Russie – Libération. En ligne sur https://www.liberation.fr/planete/2017/09/25/violations-des-droits-de-l-homme-et-torture-en-crimee-l-onu-accuse-la-russie_1598764/. Consulté le 20 déc. 24

violations graves sont commises contre les Ouïghours et d'autres minorités²¹. Les experts notent que le gouvernement chinois utilise des mesures de surveillance de masse et des programmes de rééducation pour contrôler la population. Cette répression est souvent justifiée par des discours sur la sécurité nationale et l'unité nationale, masquant ainsi la réalité des abus. Les critiques du régime sont souvent réduites au silence par des menaces et des détentions, ce qui crée un climat de peur parmi les défenseurs des droits humains²².

III- DISCUSSIONS DES DONNEES

La confrontation des données sur les régimes autoritaires met en lumière des questions épistémologiques importantes. Les approches typologiques, qui tentent de classifier ces régimes, doivent être nuancées par des études de cas spécifiques. Cela souligne la nécessité d'une analyse contextuelle pour comprendre les mécanismes de pouvoir en jeu.

En somme, l'interprétation des résultats sur la sociologie des régimes autoritaires et le camouflage des politiques répressives nécessite une approche multidimensionnelle, prenant en compte l'interprétation des données sur la sociologie des régimes autoritaires.

Les résultats de recherche fournissent des informations intéressantes sur la sociologie des régimes autoritaires et les politiques répressives qu'ils peuvent mettre en place :

- Caractéristiques des régimes autoritaires :
 - ✓ Ils se distinguent des régimes totalitaires par une répression généralement moins intense, étant "simplement" dictatoriaux plutôt que totalement répressifs.
 - ✓ Ils peuvent néanmoins déployer des stratégies de résistance à la démocratisation et se recomposer face aux défis posés par l'opposition.
- Approches pour étudier le fait autoritaire :
 - ✓ Les approches typologiques permettent de cerner les formes de pluralisme politique sous ces régimes.

²¹ La Chine commet de « graves violations des droits de l'homme » au Xinjiang selon un rapport du HCDH | ONU Info. En ligne sur <https://news.un.org/fr/story/2022/09/1126282>. Consulté le 20 décembre 2024

²² Les ONG s'opposent à l'entrée de l'Arabie saoudite, la Chine et la Russie au Conseil des droits de l'Homme de l'ONU. En ligne sur https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-monde-est-a-nous/les-ong-s-opposent-a-l-entree-de-l-arabie-saoudite-la-chine-et-la-russie-au-conseil-des-droits-de-l-homme-de-l-onu_4121907.html. Consulté le 21 décembre 2024.

✓ Une approche sociologique plus située peut aussi être pertinente pour comprendre les “situations autoritaires”.

- Enjeux liés aux régimes autoritaires :

✓ La stabilité de ces régimes ne repose pas nécessairement sur un “consensus par recouplement” autour de principes de justice, mais plutôt sur le renforcement du pouvoir exécutif.

✓ La demande d’autoritarisme politique peut aussi émerger dans des contextes démocratiques, comme en France.

Les résultats de notre recherche soulignent la complexité des régimes autoritaires, qui ne se résument pas à une simple opposition binaire entre démocratie et totalitarisme. Ils mettent en évidence la diversité des formes d’autoritarisme, leurs modes de fonctionnement et de légitimation, ainsi que les enjeux sociologiques et politiques qui leur sont liés.

Cependant, les données restent relativement générales et ne permettent pas d’approfondir l’interprétation des politiques répressives spécifiquement mises en place par ces régimes pour camoufler leurs actions. Des recherches plus approfondies seraient nécessaires pour mieux comprendre ces aspects.

IV- CONCLUSION

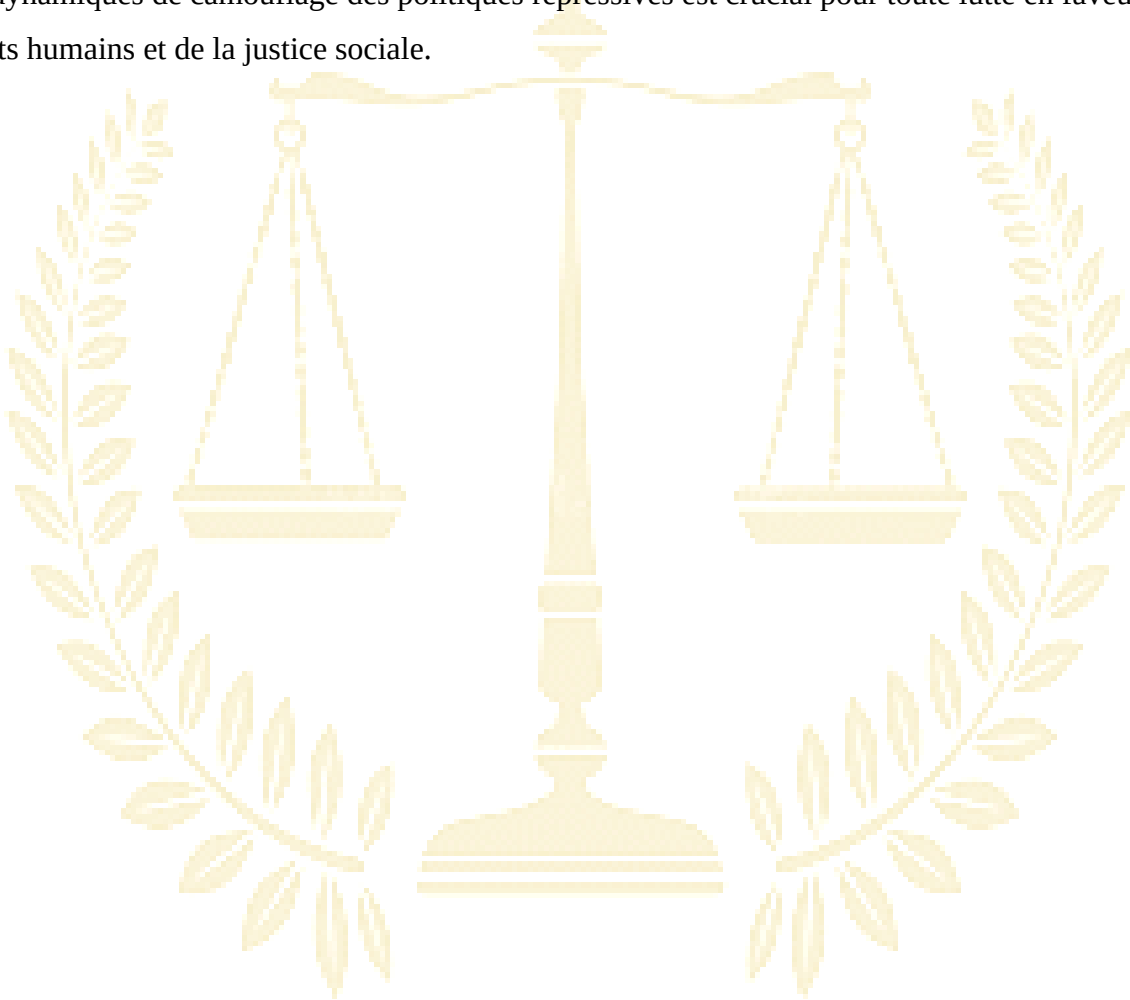
Dans cette étude sur l’analyse de la sociologie des régimes autoritaires et le camouflage des politiques répressives, nous avons mis en lumière plusieurs aspects clés concernant la manière dont ces régimes parviennent à dissimuler leur répression.

Après avoir analysé les discours de quelques autorités, nous avons trouvé que les régimes autoritaires utilisent des stratégies de camouflage sophistiquées, telles que la propagande, la manipulation de l’information et le développement de récits alternatifs, pour masquer la violence d’État et justifier leurs actions. L’analyse des discours officiels et des représentations médiatiques a révélé des thèmes récurrents qui contribuent à façonner la perception publique, souvent en minimisant les violations des droits humains.

Cette étude ouvre la voie à des recherches supplémentaires sur la manière dont ces mécanismes de dissimulation évoluent dans différents contextes sociopolitiques. Il serait pertinent

d'explorer comment la résistance sociale émerge face à ces stratégies et comment les nouvelles technologies influencent la diffusion de l'information dans des régimes autoritaires.

L'importance de la transparence et de la responsabilité dans les régimes politiques ne peut être sous-estimée. Une société informée et critique est essentielle pour contrecarrer les effets délétères de la répression et promouvoir des valeurs démocratiques. En fin de compte, comprendre les dynamiques de camouflage des politiques répressives est crucial pour toute lutte en faveur des droits humains et de la justice sociale.



**La reproduction dans les sphères dirigeantes des partis politiques au
Cameroun : un turn-over canalisé par les dynamiques identitaires
dans le RDPC, le SDF, l'UNDP et l'UPC**

Reproduction in the leadership spheres of political parties in Cameroon: a turnover channeled by identity dynamics in the CPDM, the SDF, the UNDP and the UPC

Par:

TIZE Joseph

Doctorant à l'Université de Ngaoundéré

Résumé :

La problématique du renouvellement de la classe politique, aussi bien au sein de l'Etat que dans les partis politiques, est devenue un phénomène systémique qui a définitivement pris corps au Cameroun. En s'inspirant des travaux de Roberto Michels sur la « loi d'airain de l'oligarchie » et de Maurice Duverger sur le « cercle intérieur », la présente étude se propose de faire une analyse sociologique du turn-over au sommet de certaines formations partisans sur la scène politique nationale camerounaise à partir des dynamiques identitaires ou para textuelles. L'analyse de ce phénomène permet de comprendre facilement que les problèmes liés au renouvellement de la classe d'appartenance partidaire tournent autour des logiques de reproduction et de rotation structuré sur des ressources identitaires ou sociales dans les sphères dirigeantes de nombre de partis politiques camerounais. La problématique du renouvellement de l'architecture dirigeante est donc perceptible à la fois dans le parti au pouvoir, le Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais (RDPC), et dans certains partis dits « historiques » de l'opposition tels que le Social Democratic Front (SDF), l'Union Nationale pour la Démocratie et le Progrès (UNDP) et l'Union des Populations du Cameroun (UPC). Ici, c'est la variable identitaire qui permet de saisir le renouvellement dans sphères dirigeantes des partis politiques au Cameroun.

Mots clés : La reproduction, sphères dirigeantes, partis politiques, turn-over, identitaires.

Abstract:

The issue of political class renewal, both within the state and within political parties, has become a systemic phenomenon that has definitively taken shape in Cameroon. Drawing on the work of Roberto MICHELS on the "iron law of oligarchy" and Maurice DUVERGER on the "inner circle", this study proposes to conduct a sociological analysis of turnover at the top of certain party formations on the Cameroonian national political scene based on identity or paratextual dynamics. The analysis of this phenomenon makes it easy to understand that the problems linked to the renewal of the party membership class revolve around the logic of reproduction and rotation structured on identity or social resources in the leadership spheres of many Cameroonian political parties. The issue of the renewal of the governing architecture is therefore perceptible both in the ruling party, the Cameroon People's Democratic Movement (CPDM), and in certain so-called "historical" opposition parties such as the Social Democratic Front (SDF), the National Union for Democracy and Progress (NUDP) and the Cameroun's Union Peoples (UPC). Here, the identity variable makes it possible to understand the renewal in the governing spheres of political parties in Cameroon.

Key words: Reproduction, leadership, political parties, turnover, identity.

Introduction

La Reproduction et la rotation dans les sphères dirigeantes des partis politiques camerounais, en l'occurrence dans le RDPC, le SDF, l'UNDP et l'UPC, constitue un phénomène relevant spécifiquement de l'exceptionnel, du marginal, de l'inédit, pour s'inscrire selon Yves-Alexandre CHOUALA dans " *l'ordre de la banalité*" comme " *ce qui est entendu, parce qu'il se répète sans grande surprise, dans les faits et gestes de tous les jours*"¹. Allant dans cette logique, le SDF en tant que parti politique a fait l'objet d'une réflexion profonde par Mathias Eric OWONA NGUINI, dont l'objectif consistait « *à consolider les bases de l'écriture d'une « biographie sociale » de l'entreprise politique qui s'est organisée sous la forme d'un parti d'opposition* »². Il s'agit en fait, dans cette perspective de l'inscription du problème dans un registre de conjonctures. Cette posture sociopolitique est tributaire de la vision occidentale post-coloniale d'avoir des pôles de contrôle stratégique, d'agissement et de machination des processus devant conduire à l'objectivation des réalités africaines.

Selon LAVROFF, au moment de leur accession à l'indépendance, les Etats d'Afrique connaissaient des systèmes de partis qui correspondent à trois modèles principaux « *...certains Etats avaient un système de parti unique : institutionnalisé ou de fait (...), la plupart des Etats africains abordèrent l'indépendance avec un système pluri-partisan, (...), le second facteur se trouve dans les caractères propres aux Etats africains, (...), et enfin, la multiplicité des partis fut quelquefois la suite normale de l'existence de plusieurs mouvements de libération nationale* »³. La question de rotation du leader charismatique au sein des partis politiques est devenue un fait banal au Cameroun dans la mesure où, ce sont toujours les mêmes qu'on retrouve dans les sommets des formations partisans au détour des congrès électifs. Au-delà des discours sur la question de la démocratie à l'intérieur des formations partisans, la rotation aux sommets des pouvoirs, c'est-à-dire aux pinacles des partis politiques peut être perceptible dans le cadre de ce travail à travers la sociologie compréhensive de Max WEBER, laquelle est considérée comme « *la science qui se*

¹ CHOUALA (Y-A.), « Conjoncture sécuritaire, champ étatique et ordre politique du Cameroun : éléments d'analyse anthropo-politiste d'une crise de l'encadrement sécuritaire et d'un encadrement sécuritaire de crise », *Polis/RCSP*, Vol.8, 2001

² OWONA NGUINI (M. E), 2004, « Le Social Democratic Front » : Un parti d'opposition entre charisme et bureaucratie », in *Comment peut-on être opposant au Cameroun ? Politique parlementaire et politique autoritaire*, dir. SINDJOUN (L.), CODESRIA, pp. 210-294.

³ Lavroff D. G. *op. cit.*, pp. 24-27.

propose de comprendre par interprétation l'action sociale et par là, d'expliquer causalement son déroulement et ses effets »⁴.

L'histoire constitutionnelle et politique⁵ du Cameroun nous fournit des éléments nécessaires pour mieux cerner les origines, l'évolution, les conjonctures et les perspectives de ce phénomène. Partant d'une construction sociale issue des mouvements sociaux, les partis politiques sont devenus de véritables outils dans le jeu politique. La quête du pouvoir étatique étant l'élément fondamental des partis et/ou des individus ; la sociologie politique met en exergue trois moments qui permettent de saisir le sens des choses : la conquête, la conservation et la perte du pouvoir. Les mouvements de libération nationale ont constitué aux premières heures de la colonisation un activisme sans pareil. Les premiers partis politiques, l'Union des Populations du Cameroun (UPC) en l'occurrence, sont issus des premiers mouvements syndicalistes avant d'être reconnus par le législateur comme tels. Mais, l'inscription d'une société dans le « temps » au sens éliasien⁶ donne du sens dans le champ de perception et d'appréhension des partis politiques. Vu sous cet angle, Claude ABE précise d'une manière aussi pertinente que *« la mise en place de l'ordre politique autoritaire et le rapport du pouvoir à la société camerounaise sous le régime monopartisan apparaissent comme les éléments fondateurs du paradigme conflictualiste au Cameroun »⁷.*

Au Cameroun, dans les années 90, un nouveau vent avait soufflé sur la scène politique avec un air de démocratisation. La loi fondamentale du 18 janvier 1996 est le levier de ce tournant. Au cœur des mouvements de décompressions autoritaires qui précèdent la promulgation de cette loi, on peut observer que les acteurs publics agissent comme s'ils autorisaient aux gouvernés le droit à la différence identitaire :

« Des discours qui frisent des appels pour chaque région à reconnaître son intérêt qui ressemble à ceci « si vous habitants de telle ou telle région votez pour moi, ce sera pour votre intérêt, l'intérêt de votre région, de votre département, de votre arrondissement ; l'intérêt que j'aurai à votre

⁴ COLLIOT-THELENE (C.), 2006, *La sociologie de Max WEBER*, Paris, La découverte, p. 51.

⁵ NGOH (V. J.), 1990, *Cameroun, 1884-1985. Cent ans d'histoire*, CEPER.

⁶ Elias N. 1984, *Du temps*, Fayard.

⁷ ABE (C). 2006, « Espace public et recompositions de la pratique politique au Cameroun », *Polis/R.C.S.P./C.P.S.R.*, Vol. 13, Numéros 1-2, p. 3.

égard sera plus élevé que celui que j'aurai à l'égard des autres. Mon intérêt pour vous sera proportionnel au vote que vous m'accorderez »⁸.

Des lors, comment les dynamiques identitaires rendent compte de la reproduction dans les sphères dirigeantes des partis politiques (RDPC, SDF, UNDP et UPC) au Cameroun ? Page | 88

L'opérationnalisation reproductive du turn-over réservé aux moyens des technologies para-statutaires favorisent aussi des décisions consensuelles, mobilisatrices des forces identitaires pour la reconstitution constante des sphères dirigeantes multiniveaux au sein du RDPC, SDF, UNDP et UPC. L'ethnicité et l'appartenance à une région sont devenues des identifiants cardinaux influençant les rapports sociaux de manière formelle ou implicite⁹ ; l'identité ne sera pas seulement considérée comme un élément d'appartenance communautaire, il va davantage se constituer en un vecteur de positionnement politique au sommet du pouvoir dirigeant des partis politiques. Ceci emmène à une renaissance des identités tribales et régionales. A ce propos, il s'observe des interpellations identitaires aléatoires à l'instar de celles liées aux anglophones, aux francophones, aux anglo-bamis etc. D'où l'usage imprécis d'un certain nombre de notions favorisant des problèmes différentiels de recrutement au pouvoir partisan. Cette logique de fragmentation identitaire de la société se répercute dans les partis politiques (I). Pour éviter l'entropie de ces partis, les leaders optent pour une représentativité ethnicisée des cadres dirigeants dans les partis politiques à travers le mécanisme de l'équilibre ou représentativité régionale à travers la logique élitare. Ceci concourt dans le cadre du turn-over à fragiliser l'entropie probable tout en maintenant une certaine stabilité hégémonico-élitare au sommet des partis politiques (II).

I- LES DIVISIONS IDENTITAIRES DE LA SOCIÉTÉ COMME DYNAMIQUES CANALISANT LE TURN-OVER AU SEIN PARTIS POLITIQUES

Compartimenter signifie diviser en compartiments, faire des divisions et des subdivisions de quelque chose, d'un espace ou d'une surface¹⁰. Dans ce travail, ce terme peut être assimilé à la discrimination, à la différenciation, à la dispersion, au cloisonnement des individus en société. Parler donc de la logique du compartimentage dans cette recherche, revient à inscrire l'identité nationale comme un phénomène que les acteurs partisans instrumentalisent sur le terrain institutionnel, socio-culturel et professionnel. La « *tribalisation* » des pratiques politiques joue par

⁸ Propos recueillis de l'enquête n°1 du 21 Juin 2020.

⁹ Sindjoun (L.), 1996, *op.cit.*

¹⁰ *Dictionnaire encyclopédique, op.cit.* P 418

substitution subtile d'un régime de compartimentation sociologique du territoire à toute forme d'imposition, à l'échelle de l'État, du droit et des compétences individuelles¹¹. Ainsi, l'identité devient un marqueur de positionnement dans le champ social (A) intégrant de ce fait la volonté d'intégration des individus dans un seul référentiel social afin de reproduire aisément la plus haute sphère dirigeante au sein des partis politiques supports à notre étude (B).

A- L'identité sociale comme marqueur de positionnement pour le turn-over au sein du parti politique

Le positionnement social reflète l'emplacement symbolique occupé par un individu au sein de la société, et qui reflète les conditions du sujet par rapport aux autres membres de la communauté. BOURDIEU parle de « *l'acte de magie sociale* »¹². Le rituel d'institution apparaît comme le coup de force symbolique par lequel un groupe fixe et fige des divisions et des hiérarchies¹³. La magie : « *délire bien-fondé* », selon l'expression de DURKHEIM reprise par Bourdieu, est à la fois une marque de la reconnaissance et de méconnaissance¹⁴. Cela concerne le statut social de l'individu comme marqueur et modulateur de l'identité. C'est sans doute dans ce contexte de construction de la « camerounité », comme production de sens de l'identité nationale, qu'il est important de mobiliser le concept de « *champ* »¹⁵ élaboré par Pierre BOURDIEU. Il est structuré comme un système relationnel et différentiel (champ de forces) où chaque agent occupe une position plus ou moins innovante et conservatrice liée à son capital cumulé de légitimité spécifique (capital symbolique)¹⁶.

Penser en termes de champ dans ce travail c'est parler des interactions entre acteurs au sein du RDPC, SDF, UNDP et UPC ; des positions non interchangeables et dont les propriétés dépendent de la position de ces configurations. Ce qui caractérise un champ de forces, ce ne sont pas les propriétés individuelles des acteurs, mais des rapports de complicités, de concurrences qui les opposent où les unissent. C'est dans ce sillage que se retrouve le monopole de la manipulation

¹¹ Lendja Ngnemzue, (A. B.), « Fondement et instrumentalisation de la crise politique et axiologique de l'État camerounais », *Journal des anthropologues* [Online], 2009 pp. 118-119.

¹² BOURDIEU (P.), « Le rites comme actes d'institution » In : *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 43, 1982, pp 59.

¹³ BOURDIEU(P.), 1982, *op.cit.*

¹⁴ ABELES (M.), « mise en scènes et rituels politique, une approche critique », *La Revue- Cognition*, communication, politique, CNRS-Editions, 1990, pp. 243.

¹⁵ BOURDIEU (P.), *Question de sociologie*, Parie, Edition de Minuit. 1984

¹⁶ Séminaires sur le concept de champ, 1972-1975, Introduction de Patrick Champagne, Pierre Bourdieu, Le Seuil | « Actes de la recherche en sciences sociales »,

des ressources¹⁷. Le positionnement des acteurs dans le champ de la distribution du travail interpelle ici notre curiosité. L'importance de la notion de champ relève du fait que, par la distribution sociale de la ressource professionnelle, ressort des discriminations, des décloisonnements et des divisions sociales. Le questionnement de l'enquête n° 1 du 15 janvier 2022 participe sans ambages de ces observations : « *Quel est ce pays qui dit prôner l'unité des esprits et lorsque tu pars chercher du travail, on te pose la question de savoir « de quelle tribu êtes-vous ? Qui est votre parrain ? Qui vous a recommandé ?»* »¹⁸.

C'est pourquoi le recrutement dans cet univers est toujours l'objet d'une attention toute particulière, et prend souvent la forme d'une cooptation quasi déclarée, parce que ce qui est en question c'est la révolution du champ¹⁹. Dans cette optique, c'est l'acteur de pouvoir, le chef de parti, qui par maintes formes de rapacités procède de sa façon à la distribution de la ressource travail, dans l'optique de donner aux individus, une origine avant de lui obtenir une résonnance. Il apparaît de ce fait, des tensions entre le champ professionnel et les demandeurs, des tensions entre les protagonistes de la distribution du travail et les demandeurs de travail. De cette analyse, il ressort que

*« L'attribution d'un travail est devenue une affaire soit familiale, soit tribale, soit des fraternités. Si tu ne fais pas parti d'un réseau, ou alors d'une tribu aristocratique, tu ne peux pas être accepté. Et si cette situation de la non distribution du travail à certains Camerounais tout en l'accordant à d'autres créait un sectionnement de la société camerounaise ? Comment comprendre que des gens prônent le sentiment national et créent encore la division ? Ceci nous donne l'impression qu'ils manipulent le peuple pour mieux le diviser »*²⁰.

Dans le même ordre d'idées, le pouvoir partisan du RDPC²¹ avait eu à utiliser le slogan suivant : « *politics na njangui* », en d'autres termes le jeu politique fonctionne comme une tontine : « tu me cotises »-« je te cotise », en référence à la promesse implicite de la récompense des citoyens qui feraient allégeance au parti ou au régime. Le langage du « *njangui* » consistait à

¹⁷ Séminaire sur le concept de champ, 2013, *op.cit.*

¹⁸ Propos recueillis de l'enquête n°1 du 15 janvier 2022

¹⁹ Séminaire sur le concept de champ, 2013, *op.cit.*

²⁰ Suite des propos de l'enquête n°1 du 15 janvier 2022

²¹ C'était le slogan de campagne du parti RDPC lors des élections présidentielles de 1997.

proposer au citoyen un pacte politique selon lequel « tu tapes dans mon dos, je tape dans ton ventre » ou mieux « tu me donnes ta voix et je te donne l'action publique en retour, sinon tu n'as rien ». Le Premier Ministre camerounais d'alors, Simon ACHIDI ACHU, auteur principal du slogan, en témoignait lui-même :

Page | 91

« Nous disions aux gens que si vous donnez votre soutien à Paul BIYA, étant donné qu'il gère le pays, il sera en mesure de vous donner en retour, en fonction de vos besoins et des disponibilités du pays, la chose à laquelle vous aspirez ».²² Ainsi, il semble que les acteurs de pouvoir manipulent la ressource travail pour le soutien au leader, pour l'accumulation du capital sympathique, la conservation du capital symbolique qui est le pouvoir. BOURDIEU parle de « *s'orienter activement* » dans des stratégies de positionnement et de conservation. Ainsi, Paul BIYA du RDPC, John FRU NDI du SDF, Bello Bouba MAIGARI de l'UNDP ou BAPOOH LIPOT de l'UPC ont toujours récompensé la loyauté et le soutien qui leur ont été apportés aussi bien par leurs militants que leurs sympathisants, aux moyens de positionnement à des strapontins politiques ou administratifs.

Il se trouve à cet effet que, pour les militants au sein de ces formations politiques, c'est la société qui leur inspire une identité par les positions qu'elle définit, pour chaque individu dans le réseau social. L'identité apparaît de ce fait comme une fabrication, une création de l'individu qui n'existe à son tour que par rapport aux « rôles » joués dans la société, lesquels lui permettent d'occuper des « places », de (se) « donner la face », bref de se positionner. Il s'agit d'inscrire ce concept dans l'interactionnisme symbolique pour montrer que l'identité n'est ni une substance, ni seulement une stratégie²³, mais qu'elle est surtout une création, une construction²⁴. De cet état de choses, cette situation a le mérite de produire un régime de représentation qui fait d'un parti politique un « *ennemi du peuple-opposant* », ou tout au moins d'une partie de ce peuple. Ceux qui ne donnent pas activement leur soutien au leader candidat à la candidature suprême du parti, ou ceux qui rechignent à rentrer en alliance avec le pouvoir en place sans marchandisation de l'appartenance ethnique n'ont pas voix au chapitre. Plus que des discours centrifuges, cela produit des régimes dissidents d'allégeance, où on voit, par exemple dans le RDPC, comment des intellectuels, des acteurs politiques et des membres de la société civile tentent de recomposer

²² Le journal *L'Action*.

²³ CAMILLERI (C.), et al., *Stratégies identitaires*, Paris, PUF. 1990

²⁴ KAUFMANN, (J.-C.), *L'invention de soi*. Paris, Armand Colin. 2004

l'échiquier politique et le contrat social en s'appuyant uniquement sur les identités ethniques²⁵ dans la vague des motions de soutien à Paul BIYA afin que ce dernier rempile dans les fonctions des pouvoirs de son parti et de l'appareil étatique. Des trajectoires individuelles encadrées dans une société précise, qui dessine peu à peu la construction des identités primaires. Rester figé à une identité sociale commence à relever de la rigidité politique. Ainsi, dans ce contexte, l'identité commence à se faire sociale et plurielle, elle se confond avec les rôles multiples que chaque acteur doit jouer dans le parti ou la société et négocier avec les autres.

B- L'hypothèse de la réduction des acteurs à un seul référentiel identitaire

Claude LEVI-STRAUSS a relevé, en étudiant les conceptions de l'identité propres aux sociétés primitives, qu'aucune ne semble tenir pour acquise une identité substantielle. Les identités se morcellent en de multiples éléments dont la synthèse est toujours problématique. Suivant les cultures, l'individu est décomposé en plusieurs « âmes » ou recomposé au moyen d'emblèmes et de positions²⁶. L'identité apparaît alors comme une fonction combinatoire labile et non comme une essence immuable : lieu et moment pareillement éphémères, de concours, d'échanges et de conflits auxquels participent seules, et dans une mesure chaque fois infinitésimale, les forces de la nature et de l'histoire²⁷.

De cette appréhension de LEVI-STRAUSS, il ressort qu'il n'est pas évident de réduire un leader politique à un seul référentiel identitaire. Car son identité semble être une identité politique circonstancielle vis-à-vis des militants qui peuvent l'adouber. Cette identité se traduit en une ressource mobilisable par les acteurs selon les contingences et selon leurs finalités. Plus encore, un seul un seul militant qui soutient un entrepreneur politique peut avoir une pléiade d'identités sur le plan culturel à savoir : culturelle, linguistique, professionnelle, communautaire. Constamment, des identités interchangeableables sont mises à contribution, car l'on est toujours tenté de repartir vers l'identité qui sert mieux les convictions ou alors les intérêts du leader-candidat au processus reproductif du turn-over réservé. Cependant, les acteurs de pouvoir, considèrent que les acteurs de la société civile doivent être intégrés dans une catégorie identitaire bien définie. Une production basée sur des orientations pouvant produire la société, car disent-ils :

²⁵ NGNEMZUE, (A. B.), 2009, *op.cit.*, p. 14.

²⁶ LEVI-STRAUSS, (C.), *l'identité*, cours au Collège de France, Paris, 1ère édition Grasset et Frasnelle. 1977

²⁷ LEVI-STRAUSS (C.), *idem.*, p. 11.

« Il n'est pas à notre avantage pour nous de laisser le peuple penser par lui-même, ressentir par lui-même des choses, car un peuple qui pense devient plus dangereux qu'un ouragan. Il est donc nécessaire d'orienter leurs sentiments et leurs pensées vers une idée forte d'un « nous » commun qui consiste à faire vivre l'image de la « communion » dans l'esprit de chaque Camerounais, une image qui nous le savons, ne peut être visiblement implémentée »²⁸.

De cet état de choses, il est important de noter comme Alain TOURAINE que, la société n'est pas un organisme qui maintient ses règles et son organisation. *« Toute société est capable de modifier ses normes et ses objectifs pour s'adapter à des changements internes et externes. La société crée même ses orientations. La société donne un sens à ses activités et transforme ce sens en conduites »²⁹*. Il devient perceptible que, la production de la société camerounaise à travers le RDPC, SDF, UNDP et UPC semble être considérée par les acteurs non étatiques comme une logique de leur aliénation et de leur robotisation, favorisant des déchirements et des tensions entre groupes antagonistes, créant des mouvements sociaux à la solde d'un leader pour opérer le turn-over. Ainsi, il se trouve comme l'affirme l'enquête n°3 du 15 janvier 2022, *« L'action pratique des gouvernants et les discours politiques de pseudo-communion agresse sans cesse la reproduction de l'ordre établi, défonce l'ordre social, fait apparaître les rapports sociaux là où étaient installés les vrais principes et les valeurs de l'identité nationale »³⁰*.

Tout ceci montre que l'identité produit le marqueur de positionnement dans le champ social, voilà pourquoi, il est important de se pencher aussi sur la logique ethno-élitaire

II- LA DYNAMIQUE ETHNO-ELITAIRE ASSOCIEE AU MECANISME D'EQUILIBRE REGIONAL POUR OPERER LE TURN-OVER REPRODUCTIF

On note une perception d'ethnisation des directoires ultimes des partis politiques comme le RDPC, le SDF, l'UNDP et l'UPC en raison des premiers soutiens qu'ils engrangent au détour d'une échéance de renouvellement de leurs sommets de pouvoirs. Cette ethnisation se traduit par

²⁸ Enquête n°3 du 15 janvier 2022.

²⁹ Touraine (A.), *La Production de la société*, Paris, Seuil. 1973

³⁰ Enquête n° 3 du 15 Janvier 2022.

« l'assimilation réciproque des segments de l'élite »³¹. Une configuration de gestion de l'Etat qui se justifie dans la technique des « quotas », du « triangle équilatéral », des « macro-équilibres géopolitiques », des « micro- dosages régionaux et des chaînes d'action ethnique »³². En effet, la technique des quotas s'exprime dans le décret n°92-407 du 7 septembre 1982 complété par l'arrêté n°10467-MFP-DC du 4 octobre 1982 et la décision n°0015-MINFOPRA-CAB du 20 août 1992 qui régit le quota de places réservées aux ressortissants des différentes provinces. La technique du triangle équilatéral quant à elle se ramène à l'action supposée de ce que Roger Gabriel NLEP présente comme le complexe ethnique bamiléké dans l'ouest, le complexe ethnique bété dans le Centre, le Sud et l'Est et le complexe ethnique nordiste qui couvre les régions administratives actuelles du Nord, de l'Extrême nord, et de l'Adamaoua³³. En fait, selon NLEP, la technique du triangle équilatéral traduit la prétention de ces trois grands complexes ethniques à « confisquer » la vie politique camerounaise, en estimant qu'ils constituent pour une raison ignorée, les dépositaires légitimes et exclusifs du pouvoir d'Etat au Cameroun³⁴. Pour la technique des macro-équilibres géopolitiques et des micro-dosages régionaux développés par Pierre-Flambeau NGAYAP, elle concerne la logique qui préside à la composition du personnel gouvernemental³⁵. Ainsi, au sein du RDPC, SDF, UNDP et UPC, des efforts sont faits par les acteurs pour que toutes les aires géographiques du Cameroun soient représentées dans les arcanes du pouvoir partisan afin que les élites qui les incarnent appellent les militants et sympathisants locaux au soutien du leader à la candidature du turn-over. Plus spécifiquement dans le RDPC, si le Chef de cette formation politique est du « complexe ethnique » bété dans le Centre, le Sud et l'Est ; le Secrétaire général est du « complexe ethnique » bamiléké dans l'ouest ; et certains dignitaires du Bureau politique appartiennent aux régions administratives de la grande région septentrionale du Cameroun.

Il semble s'observer par ailleurs que les élites au pouvoir instrumentalisent régulièrement le sentiment ethnique pour se conserver et se légitimer, tout en faisant de sa négation officielle l'argument central de leur rhétorique politique toute entière, vouée à l'apologie du développement et de l'unité du parti³⁶. Ce qui a fait dire à NGUELIEUTOU que c'est une instrumentalisation

³¹ NKOT (F.), 2019, *op.cit.*, p 18.

³² *Idem*, p 18

³³ NLEP (R.-G.), *L'administration publique camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, L.G.D.J. 1986

³⁴ Nlep R.-G. 1986, 1986, *op.cit.*, cite par Nkot F, 2019, *op.cit.*

³⁵ NKOT (F.), 2019, *op.cit.*, p 23.

³⁶ OTAYEK (R.), 1992, *op.cit*

concomitante du vouloir vivre ensemble camerounais dans les luttes politiques³⁷ qui s'opérationnalise au sommet de l'Etat que dans les sphères dirigeantes des partis politiques. TCHINDA KENFO parle d'acteurs politiques à travers leurs multiples instrumentalisation des différences ethniques et linguistiques³⁸. De cet état de choses, il s'est intégré une politisation des référents identitaires tels que les Bamiléké et les Bétis, les anglophones et les francophones, les kirdis et les Foulbés etc. ; des allégeances particularistes au profit de l'identité camerounaise. De ce fait, OTAYEK dira que « *les acteurs centraux de pouvoir se sont dévoués au bornage des frontières ethniques, bornage d'autant plus fonctionnel qu'il constituait souvent le pivot des stratégies d'accès à l'État et aux mécanismes d'accumulation* »³⁹. SINDJOUN Luc pense que « *cette réappropriation s'est faite d'autant plus sûrement que les élites au pouvoir ont instrumentalisé l'ethnicité tout en se prévalant de l'idéale civilisation rhétorique des mœurs politiques* »⁴⁰.

En tout état de cause, les identités deviennent des constructions pour s'éterniser dans les sommets des pouvoirs partisans c'est-à-dire, « *des opérations spécifiques de quelques arts de construire qui reposent sur un lieu, un milieu de vie, de pensée et d'action dans lequel un groupe se reconnaît, dote ce qui l'entoure de sens et se dote lui-même de sens, met en route un processus identificatoire et identitaire* »⁴¹. Une instrumentalisation de l'identité ethnique qui vient servir le maintien de certains hommes politiques au sommet des partis politiques notamment au sein du RDPC, du SDF et de l'UNDP.

A- La fabrication de la docilité communautaire par les élites politiques des formations partisans

De prime à bord, on peut considérer « *les schémas de docilités* » comme des « *enjeux du procès disciplinaire* »⁴², qui influencent les processus de construction de l'identité nationale. Les « *disciplines* », expliquait FOUCAULT, sont « *ces méthodes qui permettent le contrôle minutieux*

³⁷ NGUELIEUTOU (A.), 2003-2004, *op.cit.*

³⁸ TCHINDA KENFO (J.), « Les mirages de l'unité nationale au Cameroun. Comment dépasser les frontières ethniques et linguistiques ? » Note d'analyses Sociopolitiques, n°02, 20 avril, 2018, *CARPADD, Montréal*.

³⁹ Otayek (R.), 1992, *op.cit.*, p. 9.

⁴⁰ Sindjoun (L.), « La Politique d'affection en Afrique noire. Société de parenté, « société d'État » et Libéralisation politique au Cameroun », *Boston University, Graf, Monographies*. 1998

⁴¹ TSOFAK (J. B.), « Nominations et constructions identitaires au Cameroun », *PUR, Cahiers de sociolinguistique*, n° 11, 2006 p 101.

⁴² FOUCAULT (M) ., 1975, *op.cit.*

des opérations du corps, qui assurent l'assujettissement constant de ses forces et leur imposent un rapport de docilité-utilité »⁴³. De cette perspective, STINCHCOMBE dira que la clé pour institutionnaliser une valeur est de concentrer le pouvoir dans les mains de ceux qui croient en cette valeur⁴⁴. De cet état de choses, le non-respect du code de fabrication d'une identité nationale sur fond d'unité nationale, prôné par les dépositaires du pouvoir, emmène à subir des châtements tant au niveau de la sphère étatique qu'au sein des appareils politiques camerounais. En effet, tous ceux qui ne respecteront pas le processus seront considérés comme les ennemis de la paix au sein de l'organisation. Tous ceux qui n'adhéreront pas aux idées du pouvoir d'Etat ou du parti semblent être considérés comme des ennemis de l'intérieur. MONGO BÉTI parlera des « conformes » qui sont « les bons » et des « non conformes » qui sont considérés comme « les mauvais », et qui semble-t-il doivent être matraqués, étouffés, asphyxiés. C'est de cet état de choses que, le 19 février 1990, YONDO Black un ancien bâtonnier au barreau national, sera arrêté à Douala avec plusieurs de ses compagnons, dont Anicet ÉKANÈ, Albert MUKONG, Henriette EKWÈ, Rodolphe BWANGA, Charles René DJON DJON, Gabriel HAMANI, Francis KWA MOUTOME, Vincent FEKOM, Julienne BADJE, Vincent FEKOM. Ils sont accusés d'avoir tenu des réunions clandestines, d'avoir fabriqué et distribué des tracts hostiles au pouvoir et injurieux envers le Chef de l'Etat et d'incitation à la révolte.

En réalité, ils sont soupçonnés d'avoir voulu créer un parti politique⁴⁵. Ils seront donc condamnés pour sédition, subversion et affront au Chef de l'Etat, car ils ont violé les dispositions de l'ordonnance 62-OF- 18 du 12 mars 1962 réprimant la subversion. YONDO Black sera condamné à trois ans de prison, Anicet ÉKANÈ à quatre ans tandis que Jean-Michel TEKAM, alors en France, a écopé de cinq ans d'emprisonnement. Les autres ont été condamnés à des peines avec sursis ou ont été acquittés⁴⁶. En réalité, l'objectif de ces condamnations semble être le refus d'un changement du modèle de l'Etat unitaire décentralisé qui reste logé dans cette logique idéologique de construction de l'identité authentique. A côté de cette analyse au sein de l'appareil étatique, il est observé dans les partis politiques supports à nos travaux des agissements similaires à l'encontre de ceux qui osent challenger les leaders partisans lors des procédures du turn-over réservé. Une lutte de sens qui se fait à travers la programmation reproductive du chef de parti, des

⁴³ *Idem.*, p. 139.

⁴⁴ STINCHCOMBE, (L. A.), *Constructing Social Theories*, published by University of Chicago Press. 1968

⁴⁵ PIGEAUD (F.), , *Au Cameroun de Paul Biya*, Paris, Éditions Karthala, 2011 p 46.

⁴⁶ *ibid.*

images à s'approprier, un processus d'assimilation autoritaire, qui n'autorise que le choix de l'acceptation. Un élan de production de la docilité qui semble traduire la position incontestable du pouvoir de « l'ordre »⁴⁷ dans la formation partisane.

Aussi, la proclamation des communautés par l'acte constituant du 18 janvier 1996 intègre- il la construction de la « camerounité » à travers la production de l'identité nationale par la constitution. SINDJOUN la considère comme un enjeu politique, un élément de légitimation de la domination politique, l'ajustement hégémonique du régime politique camerounais⁴⁸. Comme MBEMBE l'avait dit concernant le colonisé, le même objectif semble se trouver chez les acteurs de pouvoirs camerounais, de l'image qu'ils se font de l'identité nationale, celle de « *plier cette masse informe, la rendre constamment disponible, lui insuffler l'automatisme des habitudes, la surveiller, coordonner ses gestes et, partant, la perfectionner* »⁴⁹. Une relation de contrainte qui procède par répartition des individus dans l'espace social, un contrôle des mouvements des populations, décomposant les implantations ethniques et édictant des mesures sur le respect de l'ordre identitaire. Davantage une disposition de fabrication normative d'un ensemble. Cette définition de l'identité nationale formulée par un enquêté, vient renforcer cette analyse :

*« L'identité nationale est contraignante au Cameroun dans la mesure où, elle est devenue pour les hommes politiques une stratégie de recrutement des jeunes Camerounais dans les partis politiques s'ils veulent réussir à des concours dans la fonction publique. Les hommes politiques de ma localité décident de qui nous devons être ou ne pas être. De ce que nous devons penser ou ne pas penser car ils nous contrôlent, nous qui avons été scolarisés. »*⁵⁰.

De cette déclaration, l'identité des jeunes dépend de la volonté de l'élite politique qui recherche la reproduction de son leader dans les sphères de sa formation partisane. Cette docilité que devrait avoir le jeune à l'endroit de l'acteur de pouvoir, renseigne sur ce mode de production que FOUCAULT avait nommé, la « *gouvernementalité* », qui est selon lui (pour les acteurs de pouvoir) « *une manière d'agir sur un ou sur des sujets, et ce en tant qu'ils agissent ou qu'ils sont*

⁴⁷ BELOMO ESSONO (P.), , *L'ordre et la sécurité publics dans la construction de l'Etat au Cameroun*. Thèse de doctorat en sciences politiques, Université Montesquieu-Bordeaux IV. 2007

⁴⁸ SINDJOUN (L.), 1996, *op.cit.*, p 16.

⁴⁹ MBEMBE (A.), , *La naissance du maquis dans le sud-Cameroun (1920-1960) : histoire des usages de la raison en colonie*, Karthala, Paris, 1996 p. 30.

⁵⁰ Entretien du 15 janvier avec l'enquêté n° 1

susceptibles d'agir. Une action sur les actions »⁵¹. Plus encore, cette autre affirmation d'une élite de la localité du Nord, dont le schéma est de faire l'usage « utile » des individus vient encore renforcer cette assertion :

« Lorsque j'étais encore dans l'administration, étant l'élite de ma localité, j'avais le pouvoir de recommander une liste de noms ou des listes dans les différents concours, mais à la seule condition que ces jeunes-là en retour me soit loyaux, par leur adhésion dans le parti politique que je représente. Car ils devaient intégrer le parti politique afin d'apporter leur soutien à ceux qui ont conçu notre communauté, dans l'espoir de préserver le sentiment national »⁵².

Page | 98

A ce point, l'identité nationale semble être un instrument politique de conservation ou de conquête du pouvoir partisan. Cet acteur de pouvoir qui prône le recrutement dans les concours par l'inscription des jeunes dans le parti politique, dont il est le représentant, selon lui pour favoriser le renforcement du sentiment national, permet de comprendre comment ils se représentent l'identité nationale. Une représentation manipulée et pervertie, de la pensée authentique d'une identité nationale camerounaise. Il s'agit de la construction et de la mobilisation des signes, des actes et des pratiques attestant de l'existence d'une communauté, d'un groupe social soudé ou alors faisant croire en l'existence de celle-ci⁵³. L'identité nationale s'avère être pour les acteurs de pouvoir à la fois, un enjeu et un ordre politique. Elle constitue ainsi une réserve de réalisations dans laquelle puisent les acteurs pour agir, et aussi un espace de contraintes limitant les possibles acteurs entrepreneurs⁵⁴, davantage une technique de la domination par production de technologies de contrôle pour perdurer dans les fonctions politiques et de manipulation des corps sociaux pour garantir une bonne gestion politique du turn-over réservé à « la vie nue »⁵⁵.

B- L'hypothèse d'une dogmatique institutionnelle par le refoulement du sentiment communautaire au sommet des partis

A l'observation du caractère galvaudé de l'identité nationale comme nous l'avons relevé ci-haut, il faut entendre par là l'instrumentalisation, c'est-à-dire sa construction autoritaire,

⁵¹ FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, t. IV : 1980-1988. Paris, Gallimard, 1994, p. 237.

⁵² Entretien du 20 janvier 2022 avec l'enquête n° 2

⁵³ SINDJOUN (L.), 1996, *op.cit.*, p 1.

⁵⁴ BLANC (A.), *Institutions, pouvoir et acteurs : un modèle intégrateur*, AIMS. 2012

⁵⁵ AGAMBEN (G.), *Homo sacer I. Le pouvoir souverain et la vie nue*. Paris, Seuil. 1997

tatillonne, partielle et imparfaite. Le propre de la pensée du bricolage sur le plan pratique selon LÉVI-STRAUSS est d'élaborer des ensembles structurés, non pas directement avec d'autres ensembles structurés, mais en utilisant des résidus et des débris d'évènements⁵⁶ pour imposer la reproduction des leaders dans les sommets des partis politiques. Ces ensembles structurés sont les normes politiques, le langage, la construction des images virtuelles grâce aux structures que fabrique le « bricoleur ». Ces représentations sociales, concourent à transformer les individus en autant de sujets capables de se plier à des règles communes⁵⁷ communément admises pour la cause du turn-over reproductif. FOUCAULT parle de la « *normalisation disciplinaire* »⁵⁸ qui consiste à poser d'abord un modèle optimal qui est construit en fonction d'un certain résultat. Cette opération de normalisation disciplinaire autorise à rendre les gens, leurs gestes et leurs actes conformes à la volonté instituée de ne pas perturber l'équilibre dans les sphères des formations partisans. Le normal étant précisément ce qui est capable de se conformer à cette norme anormale, ce qui n'en est pas capable. Ainsi, au Cameroun au sein du RDPC, SDF, UNDP et UPC, les acteurs constitués de militants par le bas considèrent que leurs leaders sont dotés d'un pouvoir de messianisme. A cet effet, les gouvernants dans ces partis procèdent par une dogmatique institutionnelle.

Le dogmatisme dans le cas d'espèce est la propension à donner à ses principes, opinions ou raisonnements un caractère affirmatif, impérieux péremptoire, rigide n'admettant pas la discussion. Il ressort de cette conception philosophique ou religieuse qui refuse toute discussion, toute critique des principes ou des opinions qu'elle énonce⁵⁹. FRANÇOIS Jacob disait déjà dans son ouvrage « le jeu des possibles » que, « *Ce n'est pas seulement l'intérêt qui fait s'entre-tuer les hommes. C'est aussi la dogmatique. Rien n'est aussi dangereux que la certitude d'avoir raison* »⁶⁰. La dogmatique qui vient du terme dogme (doctrine, idéologie), a pour but ici de montrer une certaine rigidité des principes, raisonnements, symboles et représentations de l'identité par les acteurs de pouvoir comme construction de l'ethno-identitaire au sein des partis pour perdurer dans les sphères dirigeantes de leurs formations politiques respectives.

⁵⁶ LEVI-STRAUSS (C.), 1962, *op.cit.*, p 32.

⁵⁷ CHOQUET (S.), 2015, *op.cit.*, p 255.

⁵⁸ FOUCAULT (M.), , *Sécurité, territoire, population*. Cours au Collège de France 1977-1978, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 59.

⁵⁹ *Dictionnaire encyclopédique*, Nouvelle édition, des éditions Auzou, Paris 2012, p.514

⁶⁰ FRANÇOIS (J.), *Le Jeu des possibles : Essai sur la diversité du vivant*, Fayard, 1981.

Il importe de relever que l'élite politique au sein du RDPC en occurrence considère le discours de construction identitaire comme un outil de « *despotisme décentralisé* »⁶¹, qui pour eux, est une doctrine instituée, une chose imposée par les acteurs de pouvoir, dans l'optique de les assujettir en les enfermant dans un seul et unique raisonnement. Ce propos vient renforcer cette réflexion :

« Nous sommes dans un Etat où le pouvoir a créé une histoire qu'ils appellent l'unité nationale. Mais à quoi nous sert-elle à nous les gens d'en bas. Est-ce que ces pouvoiristes ont demandé notre avis sur la gestion de l'équilibre régional par exemple ? Est-ce qu'ils se sont posé la question de savoir si le peuple était d'accord avec le fonctionnement de cette affaire d'équilibre machin, chose qui ne satisfait même pas les populations. Ils devaient plutôt parler d'équilibre des réseaux parce que c'est exactement cela. Plus encore, ce sont ces mêmes pouvoiristes qui déterminent l'unité nationale et nous obligent à marcher dans leurs combines ; ils ne font pas ce qu'il faut pour la « vraie » unité c'est-à-dire unité des corps et des esprits pour le bon fonctionnement des affaires publiques en rejetant la corruption, les détournements des fonds publics etc... »⁶².

Dans le même ordre d'idées, l'hypothèse de l'instrumentalisation par les gouvernants partisans de l'ethno-identité subodore ici, la prise en compte de l'équilibre régional par les élites au sommet des partis politiques, notamment le RDPC, comme un instrument de légitimation de leur pouvoir. De ce point de vue, les élites usent de l'équilibre régional dans leurs régions d'origine pour permettre aux jeunes d'être admis aux concours d'entrée à la fonction publique. L'enquête poursuit : *« La politique de l'équilibre régional est devenue un instrument de légitimation des élites. Elle ne respecte plus l'objectif de la discrimination positive, prôné par l'Etat. Cette politique est devenue un instrument de légitimation du pouvoir. Tout ce que les acteurs de pouvoir veulent c'est l'allégeance des jeunes à l'endroit des élites pour ne pas bousculer les leaders à la tête des partis. Et en retour inscrire leurs noms dans les différentes listes des candidats potentiellement admis au concours. Il faut donc se transformer en un vassal avili, en lèche bottes si tu veux réussir. Cette politique est devenue une tactique de perversion puisque*

⁶¹ NYAMJOH, (F. B.), « Cameroon: a country united by ethnic ambition and difference », *Africanc affairs*, vol. 98, n°390, 1999. p 106.

⁶² Entretien du 15 janvier 2022 avec l'enquête n° 3

c'est maintenant l'élite qui fait réussir les jeunes à des concours dans les localités. C'est une stratégie de recrutement au sein du parti politique sans chercher à questionner la longévité politique des pères-fondateurs dans les cimes des pouvoirs partisans »⁶³.

Un ordre au sein duquel dominants et dominés doivent s'accorder, explicitement ou tacitement, pour respecter certaines règles fondamentales, afin de rendre possible la poursuite de l'assujettissement⁶⁴ en acceptant la reproduction du chef de parti dans les sphères du pouvoir partisan. De cette approche instrumentalisée de l'ethno-identitaire par les acteurs de pouvoir du RDPC, les dominés se trouvent dans une forme de sociabilité institutionnelle qui tend vers la conception d'une misère intellectuelle planifiée ou « *une intériorisation normative et culturelle* »⁶⁵ d'un projet hégémonique de reproduction d'une ethno-identité. Une manière d'arranger les relations d'enceinte, un ensemble de fréquences et de routines, conventionnelles ou forcées, dont le but est de rendre praticable les rapports entre subordonnés et dominants⁶⁶; ce qui assure l'avidité de ces derniers à lutter pour se maintenir au sommet du RDPC, en occurrence.

Au sein des partis politiques camerounais dont le RDPC, le SDF, l'UNDP et l'UPC, il est observé diverses formes de ponctions coercitives⁶⁷ à travers la conservation par les acteurs de pouvoir de leurs positions dominantes. Une assimilation réciproque des segments de l'élite, dans un maillage de réseaux caractérisés par une grande plasticité qui repose sur des identités instrumentalisées au service des stratégies des acteurs⁶⁸. Le projet certain du turn-over reproductif et la stabilité hégémonique d'une élite conservatrice au sommet du parti politique au niveau national comme au niveau local, est l'idéal de tout acteur politique que se croit investi d'une mission messianique dans l'appareil partidaire. Une marque camerounaise notamment, qui semble complètement advenir de la volonté d'une classe dominante.

Conclusion

Aux termes de cet article, il est essentiel de retenir que les dynamiques de domination, associées à des logiques de reproduction des sphères dirigeantes au sein du RDPC, du SDF, de l'UNDP et de l'UPC privilégient la mobilisation des ressources identitaires acquises pour opérer

⁶³ Suite des propos de l'enquête n° 3 du 10 juin 2020

⁶⁴ Mbembe, (A.), 1996, *op.cit*, p 32.

⁶⁵ DUBET (F.), MARTUCCELLI (D.), , *À l'école : sociologie de l'expérience scolaire*, Paris, Seuil, 1996, p. 551.

⁶⁶ Mbembe, (A.), 1996, *Idem*.

⁶⁷ BAYART (J-F) , *L'Etat en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard. 1989

⁶⁸ BASTIEN (F.), « Bayart, Jean-François, *L'Etat en Afrique. La politique du ventre* », Paris, Fayard, ("L'espace du politique"), 1989. In : *Politix*, vol. 3, n°9, Premier trimestre 1990. En Vert et contre tout ? L'écologie en politique.

le turn-over reproductif. Ces ressources inhérentes aux moyens identitaires sont des déclinaisons de l'organisation structurelle de ces formations politiques pour perpétuer le pouvoir partisan du leader perçu comme l'acteur le plus à même de faire rayonner le parti. D'un autre point de vue, les ressources identitaires mobilisées concourent à produire le turn-over réservé qui s'opérationnalise de façon reproductive à travers des technologies politiques para-statutaires des partis politiques. Dans le processus de reproduction du pouvoir des dirigeants politiques, cela favorise donc des décisions dominantes, consensuellement partagées par les cadres et la masse des militants et sympathisants au sein de l'appareil partisan. L'opérationnalisation reproductive du turn-over réservé s'accommode des ressources extratextuelles, identitaires, qui demeurent fondamentalement liées au processus de prise de décisions relatif au renouvellement de la classe politique dirigeante dans les partis politiques, à tous les niveaux organisationnels. Ainsi, l'organisation structurelle de la société politique camerounaise exerce une influence sur la restructuration des différents niveaux organisationnels et hiérarchiques des partis politiques historiquement représentatifs. Cela implique aussi une logique ethno-égalitaire au sein des organisations partisans. D'où le dosage ethnique dans les cercles dirigeants des entreprises politiques en concurrence ou en accordance sur la scène politique camerounaise.

L'État stratège et stratégies de l'Etat en contexte de crise sanitaire en Afrique : de quelques leçons apprises des actions publiques de lutte contre la Covid 19 au Sénégal

The strategic state and state strategies in the context of the health crisis in Africa: some lessons learned from public actions to combat Covid-19 in Senegal

Page | 103

Par :

Dr. Moustapha DIENE

Enseignant-chercheur en Science politique/ Chercheur au Laboratoire : Institution, Gouvernance démocratique et Politiques Publiques (IGD2P) – Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD)

Résumé :

L'État stratège qui a émergé en France au début des années 1980 dans un contexte de profondes transformations de l'environnement international et de l'action publique a longtemps eu du mal à s'épanouir en Afrique. Jusqu'au tournant des années 2000, il était difficile de voir un État en Afrique doté d'une grande efficacité dans le pilotage sur le long terme de l'économie nationale et en matière de gouvernance des politiques publiques. Ainsi, quoique renforcé ces deux dernières décennies, l'État africain est soumis, en début 2020, à une rude épreuve sanitaire nécessitant le développement de stratégies et d'actions plus adaptés et porteurs de changement efficace. La particularité de la pandémie de Covid-19 est la difficultés à identifier et comprendre les modes de transmission dominants, les controverses sur les traitements, la défiance vis-à-vis des vaccins, Mais encore la rapidité de progression mondiale, réactivité aussi bien dans les stratégies d'atténuation (confinements, fermetures des frontières...) que médicales (développement de nouveaux vaccins). Voilà pourquoi il n'est pas anodin de réinterroger le comportement de l'État africain face à cette pandémie afin de voir comment les stratégies et mécanismes de gestion s'accommodent avec le contexte socio-politique et culturel du continent.

Mots clés : État stratège, crise sanitaire, actions publiques, Covid-19.

Abstract:

The strategic state that emerged in France in the early 1980s in a context of profound transformations in the international environment and public action has long struggled to flourish in Africa. Until the turn of the 2000s, it was difficult to envision a state in Africa with great effectiveness in the long-term management of the national economy and in the governance of public policies. Thus, although strengthened over the last two decades, the African state is subjected, at the beginning of 2020, to a severe health test requiring the development of more appropriate strategies and actions that bring about effective change. The particularity of the Covid-19 pandemic is the difficulties in identifying and understanding the dominant modes of transmission, the controversies over treatments, the distrust of vaccines, but also the speed of global progression, responsiveness both in mitigation strategies (lockdowns, border closures, etc.) and medical strategies (development of new vaccines). This is why it is not insignificant to re-examine the behavior of the African State in the face of this pandemic in order to see how the management strategies and mechanisms fit with the socio-political and cultural context of the continent.

Page | 104

Keys Words: Strategic state, health crisis, public actions, Covid-19.

Introduction

Les réflexions sur les politiques publiques ont toujours mis le focus sur trois aspects non négligeables : la connaissance, l'action ou la gestion et la formation¹. Cette posture est largement motivée par le fait que les « Policy sciences » s'intéressent à un ensemble de connaissances pragmatiques applicables aux problèmes de l'action politique et administrative². Autant dire avec Yves Surel³ qu'il y'a politique publique que sil problème à résoudre. Cette tendance curative des politiques publiques est sans doute l'une des manifestations saillantes des stratégies de gestion des Etats, aussi bien en période de crise qu'en situation normale.

Page | 105

Par ailleurs, il est important de rappeler que les grandes orientations des politiques publiques ainsi que les modèles de mise en œuvre ont toujours été à la base des variantes de l'Etat. En d'autres termes, le comportement économiques des Etats ont pendant longtemps poussés économistes, sociologue, juristes et politistes à parler d'Etat planificateur (ou l'Etat organise de manière cohérente les programmes économiques, détermine les objectifs et met les moyens appropriés), d'Etat régulateur⁴ voire d'Etat stratège qui nous intéresse pour cet article.

En effet, la notion d'« *État stratège* » est polysémique, étant entendu que ses acceptions ont sensiblement évolué au cours des dernières décennies. Le vice- président du Conseil d'État français, Jean-Marc Sauvé le définissait en affirmant qu'« *À un État interventionniste, s'est substitué un État stratège et pilote, soucieux de faire participer les citoyens à l'élaboration des décisions administratives, sans pour autant se déposséder de ses compétences ni de ses prérogatives* »⁵. Il va donc sans dire que contrairement à la conception académique orientée vers des tactiques sur des questions économiques, cette définition milite en faveur de l'implication des citoyens dans le processus de mise en œuvre des politiques publiques. L'action publique en général devient le produit d'une large concertation et d'une collaboration entre de multiples acteurs de la

¹ LANDRY (R), *Introduction à l'analyse des politiques*, Québec, Presses Universitaires de Laval, 1980, p.96

² LERNER (D) & LASSWELL (H.D.), *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1951, pp. 3-15

³ Yves Surel est professeur de science politique à l'université Paris-Panthéon-Assas, directeur du Centre de recherches en sciences administrative et politique (CERSA, CNRS/Paris-Panthéon-Assas) et directeur du master « Politiques publiques » dans cette même université.

⁴Nous sommes d'accord avec Jacques Chevalier que par État régulateur on peut entendre un Etat conçu, tantôt comme principe de cohésion sociale, tantôt comme la clef de voute du développement social, tantôt comme arbitre du jeu économique, et tantôt encore comme l'expression d'un nouveau modèle étatique.

⁵ SAUVE (J.-M.) « Le droit de la régulation économique », Allocution d'ouverture du colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), 16 juin 2014.

sphère étatique. Nous estimons avec Philippe BANCE que « *Dans la volonté de faire de l'État un stratège, on entend le doter de la capacité de définir et piloter efficacement les politiques publiques nationales à moyen et à longs termes. On préconise pour ce faire le recentrage de son action sur ses fonctions essentielles, pour délaissier toute intervention jugée secondaire* »⁶. En termes claires, la dimension stratégique de l'Etat cesse d'être appréciée à l'aune des choix économiques pour intégrer l'ensemble des secteurs qui contribuent au fonctionnement et à la survie de l'Etat et de sa population. La « cohésion sociale », que certains rattacherait à l'État providence garant de la protection des individus, relève ainsi des attributions de l'État stratège si tant est qu'en matière de cohésion sociale notamment, l'État stratège doit « *assumer sans complexe les valeurs qui fondent la solidarité nationale* »⁷, dont il doit conserver le monopole.

Cette conception quelque peu étendue de l'Etat stratège trouve sa substance dans l'action ou les actions publique(s) de lutte contre la crise sanitaire de la Covid 19. En effet, depuis le 02 Mars 2020, le Sénégal est entré dans la riposte de la COVID-19. Cette phase de riposte a été précédée d'une phase préparatoire au cours de laquelle des notes techniques ainsi que des procédures pour la prise en charge des cas avaient été élaborées ; également des formations avaient été menées à l'endroit des prestataires des districts. Sur le plan de la prise en charge sociale, la Direction Générale de l'Action sociale a procédé à la prise en charge des premiers cas confinés à l'AIBD par un appui en matériels (lits, matelas, draps, kits alimentaires). La même procédure a été appliquée pour 26 personnes en provenance d'Espagne via la Mauritanie (point d'entrée), mises en quarantaine au centre de formation de « Ngallèle » à Saint Louis.

Aujourd'hui, tout semble revenir à la normale et la question du comment repenser l'État stratège pour panser les stratégies de l'État aujourd'hui dans un contexte post-pandémie du coronavirus semble importante en ce sens qu'elle prédispose à une connaissance éclairée du comportement des États face à des menaces d'envergure mondiale. L'idée étant de répondre à la question du : comment peut-on rendre compte des logiques de gouvernance qui ont structurer les actions de lutte contre la Covid-19 au Sénégal ? ou encore : comment les stratégies de gestion de

⁶ BANCE (P), & al., *Quel modèle d'Etat stratège en France ?* Presses universitaires de Rouen et du Havre, collection « Economie publique et Economie sociale », 2016, p.31

⁷ Questiaux (N)., « chapitre 4 : L'État stratège et la cohésion sociale et territoriale », in BANCE (P), & al., *Quel modèle d'Etat stratège en France ?* CIRIEC-France, PURH, 2016, p. 112

crise développées par l'Etat du Sénégal se sont comportées face aux pesanteurs socio-culturelles et politiques qui structuraient l'espaces public ?

Justement, cet article se propose de mettre le focus sur le cas sénégalais qui, du reste, offre aux chercheurs un cadre d'analyse non négligeable. Pour ce faire, nous partons d'une hypothèse plus ou moins structuro-fonctionnaliste selon laquelle les contextes de crise ne sont pas favorables à l'affirmation effective de l'État stratège en Afrique, du fait des faiblesses structurelles et au poids des dynamiques socio-culturelles.

Page | 107

Un tel présupposé impose une démarche méthodologique rigoureuse, alliant entretiens semi-directifs, focus group et observations libre. Ceci implique un mode d'investigation qualitative aidant à obtenir plus d'informations soit sur les caractéristiques actuelles de l'État stratège, soit sur les phénomènes liés aux dynamiques socio-culturelles du comportement social des acteurs. Justement, notre souci d'investigation en profondeur sur l'articulation entre les stratégies de l'État et les comportement sociaux des acteurs nous a naturellement orientés vers ce type de recherche que Patton (1980-1983) et Van Maanen (1996) qualifient de plus appropriée pour étudier les processus sociaux et psychologiques. A noter que nous avons retenu les milieux urbains comme cadre de l'étude car offrant plus de catégories analytiques pertinentes en rapport avec notre objet d'Étude.

Par ailleurs, si la crise sanitaire dévoile le degré de performance et d'efficacité du cadre politico-institutionnel sénégalais c'est parce que les stratégies de lutte, quoique adéquates, adoptent une dynamique sinusoïdale qu'il conviendrait de mettre en évidence.

I- UN CADRE POLITICO-INSTITUTIONNEL MIS A L'EPREUVE DE LA FATALITE DE LA COVID 19

Le Sénégal de l'avant covid-19, tout comme la plupart des Etats africains, était caractérisé par une situation politique plus ou moins équilibrée qui valse entre les tensions polémiques des débats publics et le maintien homéostatique de la cohésion sociale. En effet, deux éléments phares ont alimentés l'actualité politique de la fin de l'année 2019 au Sénégal : il s'agit en l'occurrence du débat sur un probable troisième mandat du président Macky Sall et de celui sur l'augmentation du prix de l'électricité qui a mobilisés l'attention des acteurs politiques, de la société civile, des activistes et aussi des médias.

Cependant, même si le débat sur le troisième mandat a opposé, pour la plupart, le pouvoir et l'opposition c'est-à-dire les acteurs politiques, celui sur l'augmentation de l'électricité a été à la base d'une opposition populaire qui n'est pas sans conséquences. En d'autres termes, l'arrestation de l'un des activistes les plus influents du Sénégal, monsieur Guy Marius Sagna, figure de proue du mouvement « *Frappe-France Dégage* »⁸, lors d'une manifestation du 29 novembre 2019 devant les grilles du palais présidentiel de Dakar, a installé un climat politique mouvementé.

Il ne serait point anodin de rappeler que le militantisme actif de Guy Marius Sagna contre ce qu'il appelle « les scandales » du pouvoir, allant du mouvement « *Aar li nu Bokk* »⁹ au front « *Frappe-France Dégage* », a très vite fait de ce travailleur social de profession l'un des activistes les plus connus du Sénégal. Ainsi, arrêté avec huit autres manifestants qui seront par la suite remis en liberté provisoire, la justice rejette sa demande de remise en liberté le 21 janvier 2020, période où les *Centers for Disease Control* (CDC) ont annoncé le premier cas atteint du « mystérieux virus chinois »¹⁰ près de Seattle aux Etats-Unis.

Ce contexte politique quelque peu tendu a jalonné l'espace public sénégalais avant l'arrivée de la maladie du covid-19 le 02 mars 2020. Qualifié depuis décembre 2019 de « *virus Chinois* », le ministre de la santé et de l'action sociale monsieur Abdoulaye Diouf Sarr annonce le premier cas positif le lundi 02 mars 2020. « *Les résultats des tests effectués par l'institut Pasteur de Dakar se sont avérés positifs* » a-t-il confirmé devant la presse. A cette date, quoique le patient est de nationalité française, le Sénégal devient le deuxième pays de l'Afrique subsaharienne qui a confirmé l'arrivée du Covid-19, après le Nigéria qui lui aussi traitait un italien infecté dès son retour.

Cette situation plonge le pays dans une mobilisation pour une riposte appropriée contre la maladie qui devient de plus en plus une inquiétude mondiale. Des séries de mesures sont prises dès le début par les pouvoirs publics et, malgré tout, la maladie continue sa progression. La fermeture de l'Aéroport International Blaise Diagne (AIBD) dès le 20 mars et l'instauration du couvre-feu entre 20h et 06h du matin trois jours après – le 23 mars – et les interdictions propres à la gestion des maladies épidémiologiques ont plongés le pays dans une reconfiguration inédite.

⁸ Le front pour une révolution anti-impérialiste populaire et panafricaine.

⁹ Ce mouvement est plus connu dans ses luttes pour la justice et la transparence notamment sur l'affaire pétrolière touchant le frère du président de la république et qualifiée par la BBC de « scandales à 10 milliards de dollars ».

¹⁰ Selon l'appellation encore retenue par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS).

Les restrictions et interdictions plongent les secteurs névralgiques du pays dans le chaos. La croissance économie est en chute libre et les prévisions de recettes publiques sont donc parties pour subir les conséquences de la baisse des activités économiques inhérentes aux restrictions multiples sur le transport et la production. Le Sénégal est ainsi parti pour subir le sort de l'ennemi invisible. S'il ne suffisait pas la sortie du ministre de l'économie, du plan et de la coopération, dès le mois d'avril pour annoncer une baisse des recettes à hauteurs de 340 milliards, le secteur informel qui génère près de 95% de l'emploi se retrouve à terre. A en croire aux estimations de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) du mois d'avril 2020, 30 millions de travailleurs aux Etats-Unis et plus de 12 millions de travailleurs en France ont perdu leurs emplois en raison du confinement.

Encore, cette situation de déliquescence dispose d'un effet boules de billards sur d'autres secteurs, creusant par la même occasion le fossé des inégalités socio-économiques et accélérant le processus de vulnérabilité et de paupérisation des populations. La dette globale de 9114 milliards FCFA le 31 décembre 2019, soit 63,7% du PIB, se rapproche de la ligne rouge, le respect des mesures d'hygiène entraine une restriction des libertés individuelles, l'interdiction des rassemblements suscite un bouleversement culturel sans précédent exacerbé par la fermeture des lieux de cultes. A priori sanitaire, la pandémie de la Covid 19 engendre des répercussions au plan politique, sociales, économiques voire culturel au Sénégal et dans le monde.

Voilà le Sénégal dans la tourmente engendrée par la pandémie du coronavirus. En effet, Si durant tout le mois de mars le Sénégal n'a enregistré qu'un seul décès, huit (8) ont étaient déplorés durant le mois d'avril, trente-trois (33) au mois de mai et rien qu'à la première quinzaine du mois de juin, vingt-deux (22) cas de décès ont étaient annoncés sans compter la recrudescence des cas contrôlés positif.

A l'analyse, cette progression de la pandémie a fait état non seulement de la faiblesse des infrastructures sanitaires et de l'orientation des politiques de santé mais aussi et surtout des contraintes socio-économiques qui portent atteinte aux choix politiques effectués par les décideurs.

A- Faiblesse des structures sociales et/ou remise en cause du modèle sénégalais de politique sanitaire

Aujourd'hui, la bonne gestion des problématiques sanitaires dépend en large partie de la qualité et de la mise en cohérence des structures chargées de la prise en charge. Réussir sa politique

de santé revient alors à mettre en place des infrastructures sanitaires qui seraient apte à offrir aux malades potentiels des soins médicaux adéquates. Voilà pourquoi l'Organisation mondiale de la santé estime que la santé est « *un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en l'absence de maladie ou d'infirmité*¹¹ ». Même si cette définition est critiquée pour ses penchants quelque peu idéalistes, elle a le mérite de dépasser la dialectique malade/non malade pour aller vers une conception multidimensionnelle de la santé.

Cette acception de la santé montre comment est-ce qu'il est aussi pertinent de que les structures chargées de la question sanitaire soient en mesure de s'accommoder aux situations sanitaires. Voici une tendance de promotion de la santé qui peine à montrer son efficacité dans les pays en difficultés économiques. Autant dire que l'arrivée de la Covid-19 a mis à nu les capacités de traitement épidémiologique de la plupart des Etats dans le monde et le Sénégal en particulier.

Comment comprendre le fait qu'à une semaine avant la confirmation du premier cas, le Sénégal ne disposait pas d'un personnel qualifié capable de diagnostiquer ou de tester la présence ou non de la maladie du coronavirus ? Comment comprendre qu'au Sénégal, seul l'institut pasteur de Dakar était à priori en mesure d'accueillir les potentiels malades de la Covid-19 ?

Il aurait ainsi fallu une formation de quatorze laboratoires africains au diagnostic du coronavirus au mois de février, si bien que pendant cette période, seul deux établissements subsahariens étaient en mesure de mener des tests : seul l'institut pasteur de Dakar et l'Institut nationale des maladies transmissibles en Afrique du Sud.

La question de la qualité des plateaux techniques des hôpitaux se pose sans ambages. Justement même si des efforts considérables sont consentis dans le traitement de certaines maladies graves avec notamment l'amélioration du plateau pour les échographies cardiaques trans-thoracique et trans-œsophagienne, la Covid-19 a dévoilé les manquements pour les maladies infectieuses.

L'absence de plateau technique adéquat et la faiblesse de l'effectif du personnel médical spécialisé sur les questions d'épidémies caractérisent le système médical Sénégal qui doit inévitablement faire face à la pandémie du coronavirus. Effet de surprise et obligation d'agir avec diligence ont poussés le président de la république monsieur Macky Sall à mettre sur place la force

¹¹ HOUETO (D) et LAVERACK (G), promotion de la santé et autonomisation dans le contexte africain, série poche, 2014, p.75.

de riposte contre la Covid-19, constituée d'un fonds de 1000 milliards alimenté de manière collégiale par le budget, l'aide internationale et les contributions des bonnes volontés.

Par ailleurs, au-delà des structures de santé, l'avènement de la Covid-19 remet en question le modèle de politique sanitaire sénégalais. En d'autres termes, l'orientation curative et non préventive est en grande partie à l'origine de l'inefficacité des politiques de santé. Jusqu'à la deuxième alternance de 2012, la politique sénégalaise de santé et d'action sociale tirait sa source dans la déclaration de politique de santé et d'action sociale de juin 1989 avant de s'appuyer sur le Programme national de développement sanitaire (PNDS) qui a connu deux phases : un premier Programme de développement intégré de la Santé (PDIS 1) de 1998 à 2003, et un deuxième Programme de développement intégré de la Santé (PDIS 2) de 2004 à 2008¹².

Après l'alternance de 2012, les nouvelles orientations en matière de santé se fondent sur l'axe II du Plan Sénégal Emergent (PSE). Certes, la nouvelle dynamique sectorielle s'inscrit dans la volonté du président Macky Sall de territorialiser les politiques publiques mais le volet prévention reste concrètement le parent pauvre des objectifs sanitaires du PSE. L'efficacité de la politique de santé réside-t-elle dans sa nature typiquement curative ?

C'est donc dire que guérir les malades ne doit pas être la seule vocation de la politique de santé. La dimension préventive devient de plus en plus l'orientation privilégiée de l'Etat stratège en matière de santé. L'idée est de mettre en œuvre des mécanismes d'anticipation de la maladie à travers des stratégies et programmes de promotion de la santé.

B- De la réaction contraignante de l'État aux contraintes économico-institutionnelles

L'annonce du premier sénégalais à avoir chopé le virus et son accentuation dans la cité religieuse de Touba ont installées dans le pays une psychose générale. La conscience de la qualité faible des infrastructures sanitaires et la réaction protectionniste et égoïste des Etats, marquée par la fermeture des frontières, alimentent le sentiment de vulnérabilité des populations face au coronavirus.

Voilà l'occident englouti par la fatalité de la pandémie malgré son niveau développement industriel et, le pire est déjà attendu si seulement le virus franchit la terre africaine. De multiples déclarations des chefs d'Etats ont promis le cataclysme au continent noir et certains organismes

¹² Rapport USAID et le Ministère de la santé et de la prévention : MBENGUE (C. S.A.), DERRIENNIC (Y) et al. *Evaluation du système de santé du Sénégal*. Abt Associates Inc, Septembre 2009 p.24

comme l'organisation mondiale de la santé (OMS)¹³ ont même allé jusqu'à anticiper sur le nombre potentiel de victimes si seulement le continent était infecté.

Ce contexte de panique généralisée aura un impact réel ou supposé sur la réaction des pouvoirs publics face à la pandémie dont on ignore encore le remède approprié. Les discours et les débats politiques annoncent une « *guerre contre la Covid-19* », et dans toutes les situations de guerre, il fallait penser aux restrictions. Ainsi évoquant l'article 69 de la constitution du Sénégal lors de son allocution du lundi 23 mars, le président Macky Sall « *déclare l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire national* », Et que « *le gouvernement, les autorités administratives et l'ensemble des services de l'Etat concernés prendront toutes dispositions nécessaires à l'application sans délai du décret sur l'état d'urgence* »¹⁴. Comme si cela ne suffit pas, l'état d'urgence sera assorti d'un couvre-feu et dans le même temps, l'assemblée nationale vote la loi d'habilitation pour confier au président de la république les pleins pouvoirs.

Ce régime d'exception juridique va permettre aux autorités publiques de régler ou tout simplement d'interdire le déplacement des personnes et des biens, d'obliger la fermeture des lieux publics de réunion ou de rassemblement, d'interdire le transport terrestre, maritime et aérien entre autres.

Toutes ces entorses à la liberté, connues pour leurs efficacités en matière de gestion des épidémies, ont fini par porter atteinte aux activités économiques et installer la plupart des ménages dans une précarité inédite. Les perspectives budgétaires s'annoncent sombres pour la suite de 2020 et pour l'année 2021. Il est déjà prévu pour cette année 2020 une perte de plus de 5 points de croissance et 30% de baisse des transferts de la Diaspora qui représentent au Sénégal près de 11% du PIB. Le secteur informel suscite la plus grande inquiétude puisqu'elle regorge de plus de 95% de l'emploi dans le pays. Ceci constitue une entorse aux programmes qui vise la résilience des ménages.

Avant 2013 par exemple, l'assistance sociale ciblée sur les populations vulnérables se limitait à des programmes de bons alimentaires et de transferts monétaires axés sur la nutrition des enfants soutenus par le Programme alimentaire mondial (PAM). Toutefois, depuis 2013, des

¹³ Ces prévisions de l'OMS au début du mois de mai estiment qu'en cas d'échec des mesures du confinement, l'Afrique risque 190 000 victimes avec un nombre d'infectés qui s'étend entre 29 à 44 millions rien que pour la première année. Scénario qualifié de « dramatique » par les médias.

¹⁴ Nous rappelons qu'à cette date, le Sénégal comptait 67 cas confirmés de coronavirus.

évolutions notables ont été constatées grâce à l’affirmation d’un leadership politique en faveur de la protection sociale et le démarrage de programmes de grande envergure au profit de la Couverture Maladie Universelle (CMU) et de transferts monétaires conditionnels, comme le Programme national de bourses de sécurité familiale (PNBSF). Le PNBSF est aujourd’hui considéré comme un programme prioritaire de l’État. Ainsi, à travers la Délégation générale à la protection et à la solidarité Nationale (DGPSN), l’Etat sénégalais souhaitait renforcer les synergies entre le programme de transfert monétaire PNBSF (Programme national de bourses de sécurité familiale) mis en œuvre sur l’ensemble du territoire sénégalais depuis 2013 (14 régions), et ses initiatives de soutien à la résilience des ménages.

Toutes ces efforts à l’endroit des ménages semblent être sabotés par les mesures de restrictions suite à la propagation rapide de la pandémie de la Covid-19. La situation des ménages vulnérables se détériore et les populations qui jadis étaient dans la précarité du travail se retrouvent parmi les vulnérables, mettant l’Etat devant une responsabilité sociale inouï. L’urgence est alors à la mise en jachère des orientations phares du Plan Sénégal Emergent (PSE) au profit du Plan de Résilience Economique et Social (PRES) afin de faire face à la pandémie du coronavirus¹⁵. En début du mois d’avril 2020, le gouvernement sénégalais lance et entame l’exécution d’un Fonds de Riposte contre les Effets du COVID-19 (FORCE COVID 19), doté de 1000 milliards de FCFA, financés par l’Etat et des donations volontaires. Ce plan est déjà un bouleversement majeur dans les finances publiques, élaborées en mode budget programme pour un montant budgétaire de plus de 3700 milliards FCFA au titre de l’année 2020.

Confiée à un comité ad hoc pour garantir l’équité et la transparence dans l’affectation, le fonds de riposte FORCE-COVID-19 prévoit :

- 64,4 milliards F CFA pour le secteur de la santé ;
- Environ 602 milliards1 FCFA pour accompagner les entreprises dans tous les secteurs confondus ;
- 12,5 milliards F CFA pour la Diaspora ;

¹⁵ Smith (A) « Travail politique et changement institutionnel : une grille d’analyse », *Sociologie du travail* [En ligne], Vol. 61 - n° 1 | Janvier-Mars 2019, mis en ligne le 07 mars 2019, consulté le 01 janvier 2025. <https://journals.openedition.org/sdt/14661#quotation>

- Les 69 milliards F CFA alloués à l'assistance alimentaire aux ménages vulnérables,
- 18,5 milliards FCFA pour le paiement pour les clients de la tranche sociale de leurs factures d'électricité et d'eau.

Toutefois, il convient de rappeler que malgré ces mesures juridiques contraignantes et ce programme ambitieux de résilience de 1000 milliards, les résultats sont loin d'être satisfaisant au regard de la conjoncture socio-économiques des populations. C'est pour ainsi dire que les actions posées ont certes du mérite mais restent insuffisantes pour garantir la sécurité alimentaire des individus tout en relançant la croissance économique. S'appuyant sur le registre national unique (RNU) et les bénéficiaires de la PNBSF, le Plan de Résilience Economique et Social fait état non seulement d'une incapacité à couvrir tous les ménages vulnérables mais aussi d'une inefficacité face à la lutte contre la Covid-19 car rien qu'en fin juin 2020, le pays a enregistré 19 cas de décès liés au coronavirus en une semaine. Une large majorité des sénégalais est de ce fait obligé de sortir du cadre familial nonobstant le fameux « *restez chez vous* » pour la recherche de la dépense quotidienne¹⁶. Les rues de la capitale qui étaient vides entre 20 h et 6h suite aux mesures contraignantes commencent à accueillir du monde.

Cette situation pose le débat sur les stratégies de gestions adoptées et mises en œuvre par les autorités publiques pour empêcher la propagation du virus.

II-LES STRATEGIES DE GESTION DE L'ÉTAT ENTRE HEURTS ET MALHEURS

La Constitution sénégalaise stipule en son article 14 que « *l'État et les collectivités publiques ont le devoir social de veiller à la santé physique, morale et mentale de la famille* ». Une telle affirmation met en évidence toute l'importance de la santé dans le développement économique et sociale du pays. A cela s'ajoute la ratification des textes internationaux, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme, la charte de l'OUA et la Convention des droits de l'enfant.

L'encadrement juridique autour de la question sanitaire induit en une sorte d'« état providence sanitaire ». En effet, ce premier système de protection sociale se caractérise par ses visées de protection et de justice sociale faisant de l'Etat un agent chargé d'assurer le bien-être

¹⁶ Les kits alimentaires annoncés par l'État et qui devraient soulager les ménages démunis peinent à être distribuer et que l'incertitude des potentiels bénéficiaires inquiète les populations.

social des citoyens. Cela passe par sa volonté de jouer un rôle central de régulation de l'économie et de redistribution des ressources aux populations jugées nécessiteuses. Cette posture statocentrée est largement observable dans la réaction de la plupart des Etats touchés par la fulgurante propagation de la Covid-19. Ainsi, même si la remarque n'est valable que sur l'aspect précis de la gestion du coronavirus, cette volonté manifeste de protéger les citoyens replace l'Etat dans sa responsabilité première, celle du « Léviathan » au sens de Thomas Hobbes.

Conscient de cette responsabilité, l'Etat du Sénégal se positionne au premier rang pour l'éradication de la maladie du coronavirus. La stratégie de départ était l'arrêt systématique de la diffusion du virus. Il fallait bloquer immédiatement la circulation du virus avec une série de mesures restrictives et contraignantes. Ainsi, en plus des mesures juridiques mentionnées ci-haut, les écoles, les universités et les lieux de prières ont été fermés sans oublier les règles strictes d'hygiène imposées à la population comme dans la plupart des pays touchés par le virus. Le vote par l'assemblée nationale de la loi n°2020-13 habilitant le président de la république à prendre, par ordonnances, des mesures relevant du domaine de la loi a permis de faire respecter ces mesures d'urgences contre la pandémie.

Selon le docteur Bousso « *toute la stratégie a été mise en œuvre. L'ensemble des structures sanitaires du pays sont mobilisées.*¹⁷ » Il a même fallu un hôpital mobile de campagne (HMC) d'une capacité de 20 lits pour la ville de Touba, deuxième foyer du coronavirus à côté de la capitale Dakar.

Pour les impacts éducatifs de la crise, l'appui du bureau régional de l'UNESCO pour le respect des décisions s'oriente vers l'enseignement à distance afin de garantir la continuité de l'éducation en cette période de fermeture des établissements. Le système éducatif sénégalais profondément affecté tente de prendre un souffle grâce à l'opportunité offerte par les nouvelles technologies de l'information et de la télécommunication (NTIC). Certains médias audiovisuels intègrent des programmes pédagogiques pour assurer la continuité pour les classes d'examens et les instituts privés d'enseignement supérieur instaurent le modèle du E-learning. L'éducation du pays est dans des périodes de noirceurs et l'urgence se fait sentir de revoir le modèle d'enseignement présentiel et de jeter les bases d'un modèle qui serait beaucoup plus résilient par rapport à ces genres de crises.

¹⁷ Journal seneweb 2020 disponible en ligne <https://www.seneweb.com/actualites/coronavirus-le-senegal-s>

Toutefois, il convient de rappeler que la plupart de ces mesures prises ont subi des périodes de succès même s'il faut reconnaître que la durée de la pandémie a amplement contribué au relâchement des populations quant à leur respect. La situation économique de plus en plus délétère, la nécessaire reprise des activités pour les chefs de ménages vulnérables, l'arrivée de l'hivernage entre autres ont poussé les décideurs publics à revoir la stratégie de départ pour permettre aux individus de reprendre les activités tout en respectant les mesures barrières. Vient alors une stratégie de la propagation contrôlée du virus marquée par la réouverture du transport interurbain, la reprise des enseignements pour les classes d'examen, la réouverture des lieux de culte mais aussi et surtout la levée du couvre-feu et de l'Etat d'urgence.

Justement, il serait important de passer au crible le modèle de gestion, le degré d'implication des acteurs mais encore le poids des facteurs socio-culturels dans la lutte contre la pandémie du coronavirus.

A- Une gestion holistique, multi-acteurs et normative en dents de scie

Si certaines décisions de politique publique peuvent revêtir un degré de complexité moindre, elles sont pour la plupart difficiles à développer et à implanter, et requièrent l'implication de multiples participants¹⁸. L'objectif de cette participation est au moins double : d'une part, elle vise à développer de « meilleures » politiques publiques, car davantage éclairées, en s'appuyant sur une compréhension plus intégrée et étendue d'une situation complexe ; d'autre part, elle vise à accroître l'acceptation des décisions prises¹⁹.

Ainsi, l'une des premiers actes posés par les pouvoirs publics sénégalais a été de lancer un appel à l'union de toutes les forces vives de la nation. C'est dire que dès le début du coronavirus au Sénégal, le président de la république Monsieur Macky Sall a lancé une vaste concertation qui réunit acteurs politico-administratifs, société civile et experts, dans une perspectives d'implication des « stakeholders »²⁰. La date du 24 mars 2020 fut une belle occasion pour le pouvoir de réaliser une union sacrée avec l'opposition politique. A cette date, le palais de la république a accueilli les

¹⁸ Bérard (C) « Les démarches participatives en matière de politiques publiques : le cas de la propriété intellectuelle des innovations biotechnologiques », *Politiques et management public*, Vol 30/1 | 2013, pp.51-73.

¹⁹ ELBANNA (S), CHILD (J). Influences on Strategic Decision Effectiveness: Development and Test of an Integrative Model, *Strategic Management Journal* 28 (4), 2007, pp.431-453.

²⁰ FREEMAN (R.E), REED (D.L). "Stockholders and Stakeholders: a new Perspective on Corporate Governance », *California Management Review* 25 (3), 1983, pp.88-106

forces politiques les plus influents de l'opposition pour une concertation sur les mesures à prendre pour faire face à la pandémie de la Covid-19.

Justement, suite à l'annonce des résultats du scrutin du mois de février, les géants de l'opposition sénégalaise à l'image de Monsieur Idrissa Seck et Ousmane Sonko ont montré leurs farouches désaccords avec les orientations du président Sall. Ce climat quelque peu tendu a jalonné les rapports entre pouvoir et opposition jusqu'à l'avènement du coronavirus. La remarque du ministre conseiller du président monsieur Mor Ngom semble être entendu par les acteurs de la vie politique sénégalaise. Selon ce dernier « *le monde traverse une crise. Si, face à cela, nous ne sommes pas assez responsables pour mettre en place une synergie et conjuguer nos efforts au-delà des clivages politiques, l'humanité risque d'en souffrir* »²¹. Propos qui, visiblement semblent être compris par l'ex-maire de la ville de Dakar qui affirme aux marches du palais qu'« *il s'agit d'être solidaires, nous assurons au gouvernement de notre soutien* », même s'il est conscient que cette pandémie serait une opportunité de « *remettre en cause nos modèles de développement économiques* ». L'idée étant pour Monsieur Ousmane Sonko de faire ressortir le sens de la responsabilité en chacun afin d'aller vers le « *dépassement des convictions* » individuelles. Encore faudrait-il selon lui d'œuvrer pour une gestion rigoureuse du fond de solidarité pour qu'« *un seul franc destiné à ce combat ne se retrouve ailleurs* ».

Cette concertation a le mérite de miser sur un leadership éclaté pour faire face à la redoutable pandémie de la Covid-19. L'occasion fut donnée d'échanger avec l'opposition sur la conduite à tenir pour la gestion de la crise sanitaire qui nécessite des actions rapides, coordonnées et efficaces. La loi d'habilitation mentionnée ci-haut était une opportunité pour les présidents de la république d'avoir les outils nécessaires à la mise en œuvre du PRES. Autant dire avec le leader du parti « Réwmi » qu'« *il s'agit désormais de ne pas trop débattre* » car « *l'eau destinée à éteindre le feu n'a pas besoin d'être filtrée* »²². Il faut donc impliquer tout le monde dans la gestion tout comme dans tout le processus de prise de décision car « *quand le Sénégal est en jeu, aucun enjeu partisan ne peut être pris en compte* » estime le président du « grand parti » Monsieur Malick Gakou.

²¹ Article de jeune Afrique du 24 mars 2020 mis en ligne à 20h 8mn par Manon Laplace et mis à jour le 09 avril 2020 à 09h 49mn.

²² Ibid.

Cette manière de faire des pouvoirs publics tout au début de l'entrée du coronavirus au Sénégal a, pendant un moment, laisser croire à une sorte d'Etat stratège dans la gestion de la crise sanitaire. Impliquer les acteurs de la société civile, les experts et les membres de l'opposition politique fut, pour ainsi dire, une démarche largement salubre. La composition du comité chargé du suivi du fond « FORCE-COVID-19 » en est une large illustration. Créer le 17 Avril par le président de la république, ce dit comité est un mobile de transparence et de traçabilité mais surtout d'une bonne gestion de la crise. Le président du comité, le général de division monsieur François Ndiaye affirmait que la nature *« civique de cette mission impose un devoir de dialogue, de partage et de transparence »*. L'heure est ainsi à l'union des forces vives de la nation afin de pouvoir faire face à la menace commune.

Toutefois, il convient de mettre un bémol à cette ambition mort-née. En effet, la suite de la gestion a concrètement montré le contraire de la volonté d'inclusion affiché tout au début de la crise. Cette situation nous fait penser à deux stratégies phares qui ont marqué les deux temps de la réaction des pouvoirs publics face à la pandémie : Une phase des réactions épidermiques et brutales caractérisées par une hyper communication politique et une stratégie de l'apeurement pour faire respecter les mesures étatiques mais aussi une phase de mégestion caractérisée par un relâchement aussi bien des pouvoirs publics que des populations. Ainsi si la première met le focus sur le blocage de la circulation du virus, la seconde quant à elle milite pour une circulation contrôlée dû à l'urgence de la reprise des activités économiques du pays.

Le Sénégal qui au départ avait une réaction catégorique et ferme face à la propagation du coronavirus semble revenir sur la plupart des mesures prises malgré l'augmentation croissante du nombre de cas de décès et d'infections. Cette démarche en dent de scie soulève tout le paradoxe de la gestion de la pandémie. Les chiffres du communiqué numéro 123 du 02 juillet 2020 du ministère de la santé et de l'action sociale montrent que le Sénégal n'a pas encore atteint son pic en termes de progression du nombre de personnes infectées. Pour un seul cas de décès pendant tout le mois de mars, le Sénégal enregistre 5 décès pour la journée du 1^{er} juillet 2020 sans compter le chiffre porté à plus de 7 000 contaminés à cette date. Se pose alors la question légitime des motifs de la levée de la plupart des mesures prise par l'Etat : Relâchement ou réorientation stratégique ? Déjà, la directrice régionale de l'OMS pour l'Afrique estimait au début du mois de mai que *« si les gouvernements mettent brusquement fin à ces mesures, nous risquons de perdre les gains que les pays ont réalisé jusqu'à présent contre la Covid-19 »*. Maintenant que la plupart

des mesures institutionnelles relèvent du passé quelle serait la suite de la nouvelle stratégie de gestion ?

L'avenir nous le dira mais il faut admettre qu'un certain nombre de facteurs socio-culturels sont à la base de ces tergiversations. Il convient de ce fait de s'intéresser aux comportements des populations vis-à-vis des décisions prises par les gouvernants. Page | 119

B- Des logiques socio-culturelles au chevet de la délégitimation des mesures étatiques

La mise en œuvre des stratégies de gestion de la Covid-19 par l'Etat est fortement dépendante du respect des mesures prises par les populations. Cela pose le débat de la légitimité des décisions publiques. Dans le domaine de la science politique, la sociologie de l'Action Publique²³ s'est efforcée de montrer que la réalité du processus de décision est bien plus complexe que l'expression de la volonté du décideur « *je veux... j'ai décidé* ». C'est dire que même si la décision est le résultat de l'interaction entre plusieurs acteurs, les informations, qui sont un élément essentiel dans la prise de décision rationnelle²⁴, ne sont presque jamais parfaitement connues. Le ou les décideurs restent soumis à ce que l'économiste Herbert Simon appelle la « *rationalité limitée* »²⁵. La défaillance empirique du modèle absolu de la prise de décision publique pousse Simon à avancer l'idée que la rationalité des acteurs est limitée par leurs capacités, leur nature d'être humain et par les caractéristiques du système dans lequel ils évoluent. Cette position est plus observable en situation de crise ou gouvernants, experts, membres de l'opposition et société civile sont tout de même frappés par les effets de la crise et sont, par-delà, tenus de trouver des issues favorables pour les citoyens.

Ces considérations d'ordres générales nous permettent de saisir sans difficultés comment est-ce que la pandémie de la Covid-19 a mis les pouvoirs publics dans un dilemme cornélien. D'une part, il faut stopper et éradiquer le virus et d'autre part, cela n'est possible qu'à travers les mesures restrictives contraignantes à l'endroit des populations.

Néanmoins, ces mesures quoiqu'obligatoires en période d'épidémies s'inscrivent en grande partie en porte-à-faux avec l'idéal social de la vie au Sénégal. Ne pas aller à la mosquée pour un pays où le soufisme est largement dominant, ne pas fréquenter les églises pour des

²³ LASCOUMES (P), LE GALES (P), *Sociologie de l'action publique*, Paris, Armand Colin, 2012 (2^e édition). p.45

²⁴ HALPERN (C). « Décision », *Dictionnaire des politiques publiques*, 2019, pp.199 - 206.

²⁵ Tran, L. (2018). Herbert Simon et La rationalité limitée. *Regards croisés sur l'économie*, 22(1), 54-57. <https://doi.org/10.3917/rce.022.0054>.

générations de chrétiens qui n'ont jamais vécus ces restrictions, ne plus serrer la main aux parents et aux proches, ne plus rendre visite à un voisin qui souffre d'une maladie quelconque, ne plus célébrer le mariage, le baptême les obsèques ... c'est tout un système social qui s'effondre en un temps record. Comment comprendre l'effritement de ce lien social et du rapport au culte ? Le discours de sensibilisation proféré par les gouvernants est-il assez convainquant pour remettre en cause un éthos social de plusieurs années séculaire ? La stratégie de l'apeurement pour faire respecter les mesures pouvait-il perdurer dans le temps ?

Autant d'interrogations qui mettent en avant le défaut de légitimité des mesures prises par l'Etat du Sénégal en un certain moment. L'on assiste ainsi en une crise de la confiance faite aux dirigeants. En effet, le débat sur la possibilité pour le continent noir d'être contaminé, celui sur l'essai du vaccin en Afrique et toute la cacophonie qui s'en est suivi sur le traitement²⁶, ajouté à la précarité économique ont fini par installer un sentiment de doute et, par ricochet, un des tendances de non-respect des mesures. Par exemple, la rapidité de la mise au point et de la diffusion des vaccins a donné lieu à des mythes sur le vaccin et ses effets secondaires. Pour ceux qui ont cherché à se faire vacciner, des obstacles géographiques, logistiques et autres ont limité la capacité de nombreuses personnes à se faire vacciner. Malgré ces obstacles, le projet a permis d'améliorer l'acceptation et l'utilisation du vaccin en écoutant les voix de la communauté lors de la planification, de la promotion et de la fourniture des vaccins.

Voilà pourquoi la vaccination COVID-19 a nécessité de nouvelles stratégies pour atteindre les personnes qui n'étaient pas auparavant visées par les services de vaccination. Pour augmenter le taux de participation, le projet a redoublé d'efforts pour rendre les vaccins accessibles aux populations prioritaires dans les lieux à forte circulation et à des heures élargies.

En outre, la difficulté des choix des décisions est la conséquence d'un certain nombre de facteurs multiformes. Par exemple, les paysans effectuant l'exode rural vers la capitale Dakar doivent rejoindre leurs villages d'origines pour les activités agricoles de la saison des pluies qui s'approche. L'urgence de libérer cette masse critique d'individus pour retourner à la campagne est sans conteste, étant entendu que la sécurité de la consommation agricole de l'après Covid en dépend. A cela s'ajoute la pression des acteurs du transport pour la réouverture du flux interurbain.

²⁶ Le trio l'hydroxychloroquine, l'Azithromycine et l'Artémisia.

Les incidents des jeunes du quartier de la médina (Dakar) qui ont défiés les forces de l'ordre pour le respect du couvre-feu et de Médina baye (Kaolack) par rapport à la réouverture des mosquées sont la preuve parfaite de ce relâchement de la population. L'incompréhension socio-culturelle et les différences de perceptions²⁷ sur la fermeture des mosquées par les communautés religieuses deviennent en ce sens des facteurs qui ont contribué à délégitimer les décisions prises par les gouvernants.

Voilà pourquoi l'existence des actions publiques ne se résume pas seulement à l'existence d'un problème social, mais c'est au contraire le résultat d'un travail social, de la mobilisation d'acteurs, etc. dans la reconnaissance de ce problème en tant que tel par les acteurs publics mais également par les citoyens en question. Les pesanteurs socio-culturelles occupent ainsi une place prépondérante dans l'acceptation et la légitimation des décisions publiques. Ainsi, l'épuisement des forces de l'ordre, l'insuffisance de la couverture du système de sécurité social, l'incompréhension entre autorités politico-administratives et autorités religieuses tout comme le rapport social des individus sont entre autres facteurs qui charcutent le respect convenable des règles de conduites élaborées par les dirigeants.

Conclusion

Si la nature stratégique de l'État est appréciée à l'aune des stratégies de l'État, ces dernières ont pour le cas sénégalais étaient fortement limitées pendant la lutte contre la pandémie de la Covid 19. En effet, le contexte d'insécurité sociale²⁸ dont faisait allusion Robert Castel, n'est pas favorable aux nouvelles exigences de l'État stratège. Les multiples années de progrès technologiques et scientifiques, d'amélioration des modes de vie font que les sociétés, et notamment des sociétés comme la nôtre, deviennent averses au risque²⁹.

Ce présent article a permis de dresser le portrait des atouts et limites des stratégies de gestion de crise développées par l'État sénégalais pendant la pandémie de la covid-19.

L'une des premières leçons est que les parties prenantes les plus fréquemment impliquées par les décideurs possèdent à la fois un caractère légitime et un pouvoir décisionnel. Ceci confirme

²⁷ MOREL (D) « Chapitre 5 : Perception et différence. "Phénoménologie de la perception" ». In *Une formation humaniste*. Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2008, p.119

²⁸ Castel (R), *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Seuil et La République des Idées, Paris, 2003, 95 p.

²⁹ TAÏEB, (E). Les politiques de santé à l'épreuve du Covid-19 Entretien avec Gwenola Le Naour. Quaderni, n° 106, 2022, pp.119-134. <https://doi.org/10.4000/quaderni.2325>.

donc les travaux de Jamali en 2008³⁰, qui concluent en effet que les décideurs considèrent principalement les parties prenantes qui exercent ces formes d'influence. Deuxièmement, et dans le même ordre d'idées, les parties prenantes jugées non légitimes sont souvent exclues : la tendance est de répondre aux éventuelles pressions subies de leur part, plutôt que de les impliquer d'une manière proactive durant le processus. Troisièmement, les parties prenantes dépendantes sont incluses sous certaines conditions : leur capacité à se faire connaître et leur capacité à former un groupe organisé.



³⁰ JAMALI (D), "À Stakeholder Approach to Corporate Social Responsibility: a Fresh Perspective into Theory and Practice", *Journal of Business Ethics* 82, 2008, pp.213-231.

L'influence des missionnaires sur la culture congolaise : une analyse de l'impact de la religion comme facteur de fragilisation de l'identité et de la résistance face aux agressions en République Démocratique du Congo

The influence of missionaries on congolese culture : an analysis of impact of religion as a factor in the weaking of identity and resistance to aggression in the Democratic Republic of Congo

Page | 123

Par :

Pierre OLELA NGONGO

Apprenant en sciences politiques et Administratives à l'Université de Kinshasa et Chercheur au C.R.E.M./RDC

RAMAZANI KAMANDJI

Assistant et apprenant en sciences politiques et administratives, Université de Kinshasa

Résumé :

Cet article explore l'impact significatif de la religion sur l'identité culturelle en République Démocratique du Congo (RDC). Il souligne comment l'introduction des missionnaires a agi comme un facteur de fragilisation de l'identité congolaise, en remplaçant certaines croyances et pratiques traditionnelles par des valeurs chrétiennes.

Les missionnaires, par leurs efforts de conversion, ont souvent imposé des normes qui ont conduit à une transformation radicale des coutumes locales. Cette imposition a créé des tensions au sein des communautés, provoquant une résistance culturelle face à la perte d'identité. il analyse également la façon dont cette résistance s'est manifestée, en soulignant que, malgré la pression missionnaire, de nombreuses communautés ont cherché à préserver leur culture. L'influence des missionnaires est donc perçue non seulement comme un facteur de changement, mais également comme un catalyseur de résilience face aux agressions extérieures.

Cet article met en lumière la complexité de l'interaction entre la religion, l'identité culturelle et la résistance en RDC, et invite à réfléchir sur les conséquences à long terme de cette influence missionnaire.

Mots clés : influence, missionnaire, culture congolaise, identité, résistance

Abstract:

The article explores the significant impact of religion on cultural identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC). It highlights how the introduction of missionaries acted as a factor of fragilization_ for Congolese identity, replacing certain traditional beliefs and practices with Christian values. Missionaries, through their conversion efforts, often _imposed norms_ that led to a radical transformation of local customs. This imposition created tensions within communities, provoking cultural resistance against the loss of identity. The article also analyzes how this resistance manifested, emphasizing that, despite missionary pressure, many communities sought to preserve their culture. The influence of missionaries is thus perceived not only as a factor of change but also as a catalyst for resilience in the face of external aggressions.this article sheds light on the complexity of the interaction between religion, cultural identity, and resistance in the DRC, and invites reflection on the _long-term consequences_ of this missionary influence.

Page | 124

Keywords : influence, missionaries, congolese culture, identity, resistance.

Introduction

Historiquement, l'arrivée des missionnaires en RDC s'inscrit dans un contexte colonial. Dès le début du 19^e siècle, les missionnaires ont joué un rôle crucial dans la diffusion du christianisme et la conquête coloniale. L'histoire de l'évangélisation est marquée par un double mouvement : celui de l'imposition des valeurs chrétiennes et celui de l'adaptation des Congolais à ces nouvelles influences. L'histoire de la RDC montre comment le christianisme, via les missions, a été utilisé à la fois comme un outil d'assimilation et un vecteur de résistance face à l'occupation coloniale. Les missionnaires ont contribué à l'imposition d'une structure sociale conforme aux idéaux européens, souvent en opposition avec les traditions et valeurs africaines. Cependant, ces mêmes missionnaires ont parfois joué un rôle paradoxal en favorisant une forme de résistance à la domination coloniale, en particulier par leur soutien aux mouvements d'indépendance ou par leur rôle dans l'éducation et la formation d'élites politiques congolaises.

Page | 125

Politiquement, l'influence des missionnaires sur la culture congolaise peut être analysée sous l'angle de la gestion coloniale et des relations entre les pouvoirs colonisateurs et les populations locales. Les missionnaires ont souvent été perçus comme des alliés des autorités coloniales, mais ont parfois joué un rôle subversif en favorisant l'éducation, l'émancipation et l'autonomisation des Congolais. La religion chrétienne est devenue un instrument de domination politique en imposant un modèle de société occidentale. Cependant, cette imposition a aussi permis aux Congolais de s'unir autour de leur identité religieuse et d'organiser une résistance contre la colonisation. Le rôle des missionnaires dans la formation d'élites politiques et de leaders d'opinion est également important à souligner dans l'analyse politique de l'impact des missions.

Sur le plan éducatif, les missionnaires ont été des acteurs clés dans l'introduction de l'éducation formelle en RDC. Ils ont fondé les premières écoles, souvent en lien avec les églises, et ont joué un rôle crucial dans la formation des premiers intellectuels congolais. Cependant, l'éducation missionnaire a souvent été marquée par une certaine forme de contrôle idéologique, où les valeurs chrétiennes et occidentales étaient transmises en parallèle avec l'enseignement académique. Le système éducatif missionnaire a contribué à la formation des élites mais a aussi perpétué des rapports de domination, où les valeurs traditionnelles et l'histoire locale étaient souvent ignorées. Les effets de cette éducation, qui a parfois dévalorisé les savoirs et savoir-faire traditionnels, ont eu un impact durable sur la manière dont les Congolais se sont perçus et ont perçu leur propre culture.

Enfin, d'un point de vue religieux, l'impact des missions chrétiennes sur la culture congolaise est considérable. Les missionnaires ont non seulement introduit de nouvelles croyances, mais ont aussi bouleversé les structures religieuses existantes. Les pratiques religieuses traditionnelles ont été marginalisées, tandis que le christianisme a été imposé comme la "vérité" absolue. L'évangélisation a entraîné une transformation radicale des rapports entre les individus, leur divinité et la nature. Toutefois, ce processus a aussi donné lieu à une forme de résilience religieuse, où les Congolais ont adapté les pratiques chrétiennes à leurs propres valeurs spirituelles, créant ainsi une forme de syncrétisme religieux. Le christianisme a aussi joué un rôle dans la redéfinition des rapports entre les communautés et a contribué à la construction de nouvelles identités religieuses, parfois en opposition avec les autorités coloniales.

Voici quelques auteurs et leurs travaux sur les dynamiques culturelles en Afrique, en lien avec la religion, le syncrétisme, et les résistances culturelles :

Jean-Pierre Lemoine¹ explore l'impact profond des missions chrétiennes sur les cultures africaines à travers une approche historique et anthropologique. Il analyse la manière dont les missions ont modifié les structures sociales, religieuses et culturelles des sociétés africaines. L'auteur met en lumière les tensions entre les cultures traditionnelles et les pratiques missionnaires, souvent perçues comme imposées par les puissances coloniales. Il examine aussi les processus de syncrétisme, où des éléments des traditions africaines ont été intégrés dans les pratiques chrétiennes, donnant lieu à de nouvelles formes de spiritualité. Lemoine conclut que les missions ont eu un impact à la fois destructeur et transformateur, redéfinissant la culture africaine de manière complexe et ambivalente. L'analyse des interactions entre missions chrétiennes et cultures africaines, en soulignant l'aspect de transformation et de résistance.

Jean-Marc Ela² propose une analyse des rapports entre le christianisme et les cultures africaines en se concentrant sur les pratiques religieuses et les systèmes de croyance. Il examine les effets des missions chrétiennes dans l'intégration des valeurs européennes et leur confrontation avec les systèmes de pensée africains. Dans une perspective critique, l'auteur décrit le christianisme comme une institution qui a non seulement réprimé les cultures africaines, mais aussi participé à la redéfinition des pratiques sociales et religieuses locales. Il met également l'accent

¹ Lemoine, (J.-P.), *Impact des missions chrétiennes sur les cultures africaines, Une étude historique et anthropologique*, Paris, Éditions Harmattan, 2010.

² Jean-Marc Ela, *Le Christianisme et les cultures africaines*, Éditions Karthala, 1985.

sur les résistances culturelles, en expliquant comment certaines pratiques africaines ont survécu et se sont adaptées dans un cadre chrétien. La résistance et l'adaptation des cultures africaines face à l'imposition du christianisme.

Vassilis C. Fouskas³ examine les missions chrétiennes dans le contexte de la colonisation européenne en Afrique. Il analyse l'impact des missions sur les cultures africaines en les considérant comme des instruments de domination coloniale. Cependant, il souligne également que les missions ont joué un rôle ambigu en introduisant de nouvelles formes de savoirs, de l'éducation, et des pratiques religieuses. L'auteur explore les mécanismes par lesquels les missions ont transformé les sociétés africaines, en particulier dans la sphère de l'éducation et de la religion, tout en analysant les tensions entre modernité et tradition. Il étudie les dynamiques sociales, notamment la façon dont les Africains ont résisté à certaines pratiques missionnaires tout en adoptant d'autres. La dialectique entre l'imposition coloniale et l'intégration de certains aspects des missions chrétiennes dans les cultures africaines.

David Smith⁴ s'intéresse à la résistance culturelle des peuples africains face à l'introduction des religions chrétiennes et islamiques, ainsi qu'à l'émergence du syncrétisme religieux. Il analyse comment les sociétés africaines ont résisté aux tentatives de suppression de leurs croyances traditionnelles tout en intégrant certains aspects des religions importées. Smith montre que, loin de se contenter de l'acceptation passive des religions étrangères, les Africains ont souvent adopté un processus créatif d'intégration et d'adaptation de ces religions dans leur propre culture, donnant naissance à des formes uniques de syncrétisme. Il explore les mécanismes de résistances culturelles dans plusieurs régions d'Afrique, tout en mettant en lumière l'évolution des pratiques religieuses locales. L'étude du syncrétisme religieux et des formes de résistance aux missions chrétiennes, en tenant compte des processus d'adaptation et de transformation religieuse.

Ali A. Mazrui⁵ explore les effets du syncrétisme religieux sur les sociétés africaines face à la modernité. Il analyse comment la rencontre entre les religions traditionnelles africaines et les religions mondiales, comme le christianisme et l'islam, a donné lieu à de nouvelles formes de croyances religieuses. Il soutient que le syncrétisme n'est pas seulement un phénomène de fusion

³ Vassilis Fouskas (C.), *Les missions et l'évolution des cultures africaines sous influence coloniale*, Cambridge University Press, 2012.

⁴ Smith, (D.), *Résistance culturelle et syncrétisme religieux en Afrique : Une analyse des effets des missions chrétiennes sur les sociétés traditionnelles*. Londres : Routledge, 2015.

⁵ Ali. Mazrui (A.), « Le syncrétisme religieux et la modernité en Afrique », *The Journal of African Studies*. 1993.

mais aussi un processus dynamique dans lequel les sociétés africaines réagissent aux influences extérieures en intégrant des éléments modernes tout en conservant leurs traditions. L'auteur met en lumière la complexité de l'identité religieuse africaine, notamment en ce qui concerne les pratiques sociales, politiques et culturelles.

L'interaction entre syncrétisme religieux et modernité en Afrique, en soulignant les changements sociaux et culturels induits par cette interaction.

Chantal Kambale⁶ s'intéresse au syncrétisme religieux dans le contexte historique de l'Afrique centrale. Elle explore la manière dont les religions imposées par les missionnaires ont été intégrées dans les pratiques culturelles locales tout en étant modifiées par ces dernières. Elle analyse comment les populations africaines ont résisté à l'assimilation totale des croyances étrangères en les adaptant à leurs propres systèmes de croyance et en créant des formes hybrides. Cette résistance culturelle et religieuse a permis aux sociétés africaines de conserver une certaine autonomie face aux pressions coloniales. L'auteure propose également une réflexion sur le rôle du syncrétisme dans la préservation de l'identité culturelle africaine face aux changements. Le rôle de la résistance culturelle face à l'imposition des religions et la manière dont le syncrétisme religieux a servi de mécanisme de préservation de l'identité culturelle en Afrique centrale.

Marie Thomas⁷ étudie les dynamiques de genre dans les contextes des missions chrétiennes en Afrique. Elle examine comment les rôles de genre ont été redéfinis par les missions, en particulier en ce qui concerne la place des femmes dans la sphère religieuse, sociale et politique. Thomas analyse également les conséquences de l'implantation des missions chrétiennes sur les structures familiales africaines, en mettant l'accent sur les changements dans les rôles traditionnels des hommes et des femmes. Elle explore la manière dont les missions ont souvent renforcé les stéréotypes de genre tout en introduisant des possibilités de transformation pour les femmes africaines, notamment à travers l'éducation missionnaire. L'impact des missions chrétiennes sur les rôles de genre en Afrique, en mettant l'accent sur les transformations sociales et religieuses des femmes et des hommes.

⁶ Chantal Kambale (Z. W.), *Syncrétisme religieux et résistances culturelles : Perspectives historiques en Afrique centrale*. Paris : L'Harmattan. (2009),

⁷ Thomas(M), *Les dynamiques de genre dans les missions chrétiennes, Une étude des rôles des femmes et des hommes dans les contextes missionnaires en Afrique*, Dakar, Presses Universitaires du Sénégal, 2020.

Linda M. Giles⁸ explore les changements sociaux qu'ont induits les missions chrétiennes en Afrique, en se concentrant particulièrement sur les rôles des femmes. Elle analyse comment les femmes missionnaires, tout comme les femmes africaines, ont joué un rôle clé dans les processus de changement social et religieux. Giles montre que, bien que les femmes aient été souvent reléguées à des rôles secondaires dans les structures missionnaires, elles ont néanmoins contribué à la diffusion de l'éducation et des valeurs chrétiennes. L'auteur met en évidence la complexité de l'impact des missions sur les femmes africaines, en soulignant les opportunités et les défis qu'elles ont rencontrés dans ce contexte. Le rôle des femmes dans les missions chrétiennes, et comment leur implication a façonné les changements sociaux et religieux en Afrique.

Sophie Massamba O.⁹ analyse le rôle des femmes missionnaires et leur influence sur l'évolution des pratiques religieuses en Afrique. Elle s'intéresse à la manière dont les femmes missionnaires ont modifié les perceptions et les pratiques religieuses locales en introduisant des valeurs chrétiennes tout en adaptant certaines pratiques locales. Elle examine également l'évolution des rôles sociaux et familiaux des femmes africaines dans les communautés missionnaires, en tenant compte des tensions entre les valeurs traditionnelles et les normes chrétiennes. Elle montre que les femmes ont joué un rôle central dans la réinterprétation des pratiques religieuses africaines dans un cadre chrétien. Le rôle des femmes missionnaires dans l'évolution des pratiques religieuses en Afrique et leur influence sur les dynamiques de genre et les transformations sociales.

Eu égard de ce qui précède, une question, nous revienne à la tête qui est :

Comment les missions chrétiennes ont-elles contribué à la fragilisation de l'identité culturelle congolaise tout en influençant les dynamiques de résistance face à ces agressions culturelles ?

Partant de cette question, nous émettons quelques hypothèses ci-dessous

- Les missions chrétiennes ont servi d'outil de domination qui a affaibli les systèmes de connaissance endogènes.

⁸ Linda Giles (M.), *Genre et missionnaires, Les rôles des femmes et les changements sociaux en Afrique*, Oxford University Press, 2017

⁹ Sophie Massamba (O.) « Les femmes missionnaires et l'évolution des pratiques religieuses en Afrique ». *Revue de l'Afrique Chrétienne*, 2012, 45(2), pp.87-105

- Malgré l'imposition de normes chrétiennes, des formes de résistance culturelle ont émergé, témoignant d'une continuité identitaire.
- La transformation des identités culturelles a été ambivalente, engendrant à la fois des pertes et des réappropriations culturelles.

Cette recherche adoptera une approche interdisciplinaire, combinant des méthodes historiques, sociologiques et anthropologiques. Les sources incluront des documents d'archives, des témoignages oraux et des études de cas sur l'impact des missions à divers niveaux de la société congolaise.

Voici comment chaque méthode est utilisée pour mener une étude approfondie sur notre sujet de recherche :

La méthode historique permet de comprendre l'évolution des interactions entre les missionnaires et la société congolaise, en retraçant les événements et les changements survenus au fil du temps. Elle implique l'analyse des sources primaires et secondaires pour étudier les périodes de colonisation et d'influence missionnaire en République Démocratique du Congo. Elle est opérationnalisée par une analyse des archives coloniales et des écrits missionnaires, nous avons recherché des documents relatifs aux missions chrétiennes au Congo (lettres, rapports missionnaires, décrets coloniaux, etc.). Ces documents fournissent des informations sur la manière dont les missionnaires ont introduit la religion et influencé les pratiques culturelles des communautés locales.

Étudier les résistances aux missions chrétiennes, nous avons recherché les traces de mouvements de résistance à l'implantation des missions, à travers des révoltes, des réclamations culturelles ou des alternatives religieuses développées par les populations.

Chronologie des impacts culturels, nous avons retracé les principaux changements culturels dus à l'arrivée des missions chrétiennes : transformation des croyances, des pratiques, des rites, de l'éducation, etc. Comprendre comment la religion chrétienne a modifié les structures sociales, culturelles et politiques en RDC, et les conséquences de cette évolution sur l'identité congolaise.

La méthode sociologique permet d'étudier les interactions sociales et les effets des missions chrétiennes sur les comportements collectifs, les valeurs et les normes au sein des

communautés congolaises. Elle met l'accent sur la manière dont les individus et les groupes sociaux se sont adaptés, résistés ou ont intégré les enseignements missionnaires.

L'Enquête par entretiens ou questionnaires : nous avons mené des enquêtes sociologiques auprès de différentes communautés congolaises, y compris les croyants et les non-croyants, pour évaluer l'impact des missions chrétiennes sur les pratiques sociales et culturelles. Ainsi, nous avons constitué un échantillon de 30 répondants (historiens, chercheurs, pasteurs, croyants, prêtres, chefs coutumiers, panafricains et politiciens).

L'Observation participante : nous avons assisté à des services religieux ou à des événements communautaires pour observer les dynamiques sociales et la manière dont la religion chrétienne influence la vie sociale, les rôles de genre, et les relations intercommunautaires.

L'Analyse des changements dans les institutions sociales, nous avons étudié l'impact des missions chrétiennes sur des institutions sociales telles que l'école, le mariage, la famille, la politique, et la gouvernance locale. Avec comme objectif d'analyser comment l'introduction de la religion chrétienne a influencé les structures sociales, les comportements individuels et collectifs, et les pratiques sociales traditionnelles, notamment la transformation des rôles de genre, des rapports familiaux et des pratiques religieuses.

La méthode anthropologique permet d'analyser les dynamiques culturelles, les croyances et les valeurs des sociétés congolaises sous l'influence des missions chrétiennes. Cette approche permet de comprendre l'impact de la religion chrétienne sur les systèmes de valeurs et les pratiques culturelles. Nous l'avons opérationnalisé par l'analyse des rites et pratiques culturelles, en étudiant les pratiques religieuses traditionnelles (rites, festivals, croyances) et la manière dont elles ont été modifiées ou supprimées par l'arrivée des missionnaires. Cela inclut aussi l'étude du syncrétisme religieux (fusion des croyances chrétiennes et traditionnelles).

Les Études de terrain et observations ethnographiques nous ont permis à mener des études de terrain dans des communautés rurales et urbaines pour observer la manière dont les individus perçoivent et réagissent à la religion chrétienne, à la fois en termes de croyances et de pratiques quotidiennes.

En faisant une analyse du syncrétisme culturel, nous avons observé la manière dont les Congolais ont intégré ou résisté à la religion chrétienne, par exemple en pratiquant des rites mixtes ou en réinterprétant les valeurs chrétiennes à travers le prisme de leurs croyances traditionnelles.

Concernant l'étude des effets sur l'identité culturelle, nous avons exploré comment l'imposition de la religion chrétienne a modifié l'identité culturelle congolaise, en particulier chez les jeunes générations qui sont influencées par les valeurs chrétiennes. Avec objectif de Comprendre comment les missions chrétiennes ont transformé les pratiques culturelles, les rituels et la façon dont les Congolais définissent et préservent leur identité culturelle face à l'influence extérieure

Les Objectifs de recherche sont analyser les mécanismes par lesquels les missions ont affecté les structures culturelles et identitaires, identifier et étudier les formes de résistance culturelle face à l'imposition des normes religieuses, proposer des pistes pour une réconciliation entre spiritualité chrétienne et identité congolaise.

L'échelle d'analyse de cette étude sera à la fois locale (au sein des communautés congolaises) et nationale, en tenant compte des dynamiques historiques et contemporaines qui influencent les interactions entre religion et culture en RDC.

Afin de mieux cerner la problématique, notre analyse s'articulera autour de deux axes principaux : l'analyse et interprétation des données et la discussion

I- ANALYSE ET INTERPRETATION DES DONNEES

Afin de mieux cerner le profil sociodémographique des personnes interrogées dans le cadre de cette étude, nous présentons ci-dessous la répartition des enquêtés selon leur tranche d'âge. Ce tableau permet d'apprécier la diversité générationnelle de l'échantillon et d'évaluer l'influence possible de l'âge sur les opinions exprimées.

Tableau N°1 : variable âge

N°	Age	fréquence	pourcentage
1	Moins de 18 ans	0	0
2	18-30 ans	4	13,33
3	31-45 ans	8	26,7
4	46- 60 ans	14	46,7
5	Plus de 60 ans	4	13,33
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Il ressort de ce tableau, il convient de dire que 4 soit 13,3% sont de la tranche d'âge de 18 à 30 ans, 8 soit 26,6 sont de la catégorie de 31 à 45 ans, 14 soit 46,6 % représente la catégorie de 46 à 60 ans, 4 soit 13,3 % ont l'âge allant de plus de 60 ans.

Tableau N°2 sexe

La variable sexe constitue un élément sociodémographique essentiel permettant de mieux comprendre la diversité des perceptions exprimées au sein de l'échantillon. Le tableau ci-dessous présente la répartition des enquêtés selon le sexe.

N°	Sexe	fréquence	pourcentage
1	Féminin	0	0
2	Masculin	30	100
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Commentaire : au travers de ce tableau, il se dégage que 30 enquêtés, soit 100% de nos enquêtés sont de sexe masculin et aucune femme n'a été repérée dans nos enquêtes sur terrain.

Tableau N°3 Niveau d'étude

Le niveau d'instruction des enquêtés est un facteur déterminant dans l'analyse des réponses, car il influence souvent la perception des faits sociaux. Le tableau suivant illustre la répartition des enquêtés selon leur niveau d'étude.

N°	Niveau d'étude	fréquence	Pourcentage
1	Primaire	0	00
2	Secondaire	8	26,6
3	Universitaire	18	60
4	Autre (post universitaire)	4	13,3
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Il ressort de ce tableau, il convient de dire que nous avons enquêtés 8 soit 26,6% sont des universitaires, 18 soit 60% sont des diplômés d'Etat, 4 soit 13,3% sont de post universitaires (DEA, doctorat)

Tableau N°4, Appartenance religieuse

L'appartenance religieuse constitue un élément important dans l'étude des représentations sociales, surtout dans un contexte où la religion influence souvent les valeurs, les comportements

et les prises de position. Le tableau ci-dessous présente la répartition des enquêtés selon leur confession religieuse.

N°	Eglise chrétienne	fréquence	Pourcentage
1	Oui	20	66,7
2	Non	10	33,3
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Il convient de signaler que dans ce tableau, nous avons eu enquêté 20 chrétiens (professeurs d'universités, chercheurs, historiens, prêtres, pasteurs, enseignants) et 10 non chrétiens (panafricains, chefs spirituels, chefs coutumiers, musiciens et danseurs traditionnalistes.)

Tableau N°5 impact des missions chrétiennes sur la culture congolaise

N°	Sexe	fréquence	Pourcentage
1	Positif	8	26,7
2	Négatif	10	33,3
3	Mixte	12	40
4	Aucun impact	0	0
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

L'analyse des réponses des enquêtés révèle une diversité d'opinions. Parmi les 30 enquêtés, 12 d'entre eux, soit 40%, estiment que l'impact des missions chrétiennes sur la culture congolaise est mixte, suggérant que ces missions ont eu à la fois des effets positifs et négatifs sur les traditions et pratiques culturelles locales ,8 enquêtés, soit 26,67%, jugent que l'impact est positif, ce qui indique que, selon eux, les missions chrétiennes ont eu un effet bénéfique, probablement en matière d'éducation, de modernisation ou de valeurs sociales. en revanche, 10 enquêtés, soit 33,33%, considèrent que l'impact des missions chrétiennes a été négatif. Cela pourrait refléter des perceptions de perte d'identité culturelle, d'imposition de croyances étrangères ou d'altération des pratiques traditionnelles

Tableau N°6 changement dans les pratiques culturelles congolaises

N°	Changement	fréquence	pourcentage
1	Oui	20	66,7
2	Non	10	33,3
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Les résultats montrent une opinion partagée parmi les enquêtés. Sur les 30 participants à l'enquête, 20 d'entre eux, soit 66,67%, affirment qu'il y a eu un changement notable dans les pratiques culturelles congolaises en raison de l'influence des missions chrétiennes. Ces changements peuvent se rapporter à des modifications dans les coutumes, les rites, les croyances et les modes de vie, dus à l'introduction de la religion chrétienne et à l'imposition de nouvelles normes sociales et culturelles

En revanche, 10 enquêtés, soit 33,33%, rejettent cette idée et affirment qu'il n'y a eu aucun changement dans leurs pratiques culturelles. Selon eux, les missions chrétiennes n'ont pas eu d'impact significatif sur les traditions et les coutumes locales, ou ils estiment que les pratiques culturelles ont été préservées malgré l'influence extérieure.

Commentaires des enquêtés : Les réponses des enquêtés sur la question de savoir si des changements ont été observés dans les pratiques culturelles congolaises depuis l'arrivée des missionnaires offrent une vue d'ensemble sur l'impact profond de la mission chrétienne sur la culture et la société congolaises.

Premièrement, il est indiqué que la mission chrétienne a joué un rôle significatif dans l'abandon de pratiques traditionnelles telles que le fétichisme et certaines coutumes. Ces traditions, souvent perçues comme liées à des cérémonies obscures, sont jugées responsables de la régression des sociétés locales. L'introduction du christianisme a donc été perçue comme une forme de réforme culturelle, visant à élever le niveau spirituel et moral des populations locales.

De plus, il est souligné que les missionnaires ont grandement contribué à l'alphabétisation des Congolais, un apport majeur dans le développement de l'éducation et la volonté de nombreux parents de scolariser leurs enfants. Cette contribution a facilité l'accès à une éducation formelle et a également permis de faire progresser la population locale dans des secteurs tels que la lecture et l'écriture. L'alphabétisation, bien que positive dans un sens, est toutefois également vue comme un facteur de division au sein des foyers. Les différences d'opinions sur l'adhésion ou non aux valeurs chrétiennes ont occasionné des tensions familiales et ont parfois mis en lumière un mépris des valeurs ancestrales prônées par les coutumes et traditions tribales.

En termes de changements sociaux, les pratiques vestimentaires traditionnelles ont été transformées, avec l'introduction de vêtements modernes tels que des robes, des cravates, des vestes et des habits occidentaux. Ce changement s'accompagne d'une transition symbolique vers

des valeurs occidentales, influençant de manière significative le mode de vie quotidien des Congolais. Les cérémonies traditionnelles ont, quant à elles, subi des ajustements ou ont été totalement abandonnées. Toutefois, certains rituels ont été adaptés pour se conformer aux nouvelles croyances chrétiennes, montrant une forme d'accommodation entre les pratiques anciennes et les enseignements missionnaires. Cette évolution a été perçue par certains comme une forme de perte d'identité culturelle, un affaiblissement des structures sociales ancestrales qui autrefois contribuaient à la cohésion communautaire.

Les enquêtés ont également souligné des conséquences plus profondes, telles que la destruction de la mentalité structurée des sociétés locales et la perte d'identité culturelle. L'introduction des normes occidentales, en particulier en collaboration avec le pouvoir colonial, a entraîné une acculturation progressive, marquée par l'imposition de valeurs et de pratiques étrangères au détriment des traditions locales. Cette acculturation a été perçue comme un processus de dilution culturelle, rendant les Congolais vulnérables à une forme d'assimilation qui a détruit l'équilibre social et culturel.

Enfin, il ressort de ces réponses un sentiment global de désintégration culturelle, les pratiques traditionnelles étant remplacées par des systèmes de valeurs venus de l'extérieur, ce qui a contribué à une perte de l'identité culturelle et à une déstabilisation de l'organisation sociale congolaise.

Tableau N°7 : Diminution de l'importance des croyances et pratiques culturelles traditionnelles

N°	Diminution de l'importance des croyances et pratiques culturelles	fréquence	Pourcentage
1	Oui	28	93,3
2	Non	1	3,3
3	Peut être	1	3,3
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Il ressort de ce tableau que la majorité soit 93,3 % des enquêtés affirment que la religion chrétienne a contribué à diminuer l'importance des croyances et pratiques culturelles traditionnelles,

Les réponses des enquêtés concernant la diminution de l'importance des croyances traditionnelles en République Démocratique du Congo révèlent l'impact profond de la mission

chrétienne sur les pratiques culturelles locales, particulièrement dans le domaine spirituel. De manière générale, la religion chrétienne a été perçue comme supérieure à la religion traditionnelle, ce qui a conduit, selon certains enquêtés, à un déclin progressif des pratiques culturelles ancestrales.

Les missionnaires ont souvent introduit le christianisme dans les communautés locales avec une vision négative des croyances traditionnelles, les qualifiant de païennes ou diaboliques. Cette perception a eu pour effet d'encourager les populations à abandonner leurs pratiques spirituelles ancestrales au profit de la religion chrétienne. Ce rejet des traditions spirituelles a été renforcé par la violence et l'aliénation associées à la répression des pratiques traditionnelles, notamment les rites de passage, la vénération des ancêtres et la divination. Ces pratiques, considérées comme idolâtriques, ont été systématiquement rejetées et interdites, renforçant l'idée que seule la religion chrétienne pouvait offrir un salut véritable.

Les objets culturels et symboliques spirituels, qui jouaient un rôle central dans les croyances traditionnelles, ont été progressivement remplacés par des symboles chrétiens, tels que la Bible, les statues de la Vierge Marie et les chapelets. Cette substitution des artefacts culturels traditionnels par des symboles religieux chrétiens a contribué à l'effacement des repères spirituels et culturels locaux, remplaçant ainsi une partie de l'identité culturelle congolaise par une identité chrétienne occidentalisée.

Dans cette dynamique, le rejet des croyances traditionnelles ne s'est pas seulement limité à un processus de conversion religieuse, mais s'est également inscrit dans une logique de domination culturelle, où les pratiques africaines étaient systématiquement dévalorisées et éradiquées au nom de la foi chrétienne. En conséquence, les croyances traditionnelles, jadis au cœur de la structure sociale et communautaire, ont progressivement perdu leur place dans la vie quotidienne des Congolais, marquant un tournant majeur dans l'histoire culturelle du pays.

Tableau N°8 croyance de l'enseignement missionnaire sur l'art, la musique ou d'autres aspects culturels congolais.

N°	croyance de l'enseignement missionnaire sur l'art, la musique ou d'autres aspects culturels congolais	Fréquence	pourcentage
1	Oui	28	93,3
2	Non	1	3,3
3	Peut être	1	3,3
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Concernant la question de savoir si les enseignements missionnaires ont eu un impact sur l'art, la musique ou d'autres aspects culturels congolais, les résultats sont majoritairement positifs. 28 enquêtés sur 30, soit 93,33%, affirment que les enseignements missionnaires ont effectivement influencé ces domaines culturels. Cela suggère que, pour la grande majorité des répondants, les missions chrétiennes ont joué un rôle important dans la transformation ou l'évolution des formes artistiques et musicales, introduisant de nouvelles influences ou modifiant les traditions existantes

Les réponses des enquêtés concernant l'impact des enseignements missionnaires sur l'art, la musique et d'autres aspects culturels congolais révèlent un profond changement dans les formes et les contenus de ces expressions culturelles traditionnelles. De manière générale, il est observé que les thèmes religieux ont pris une place prédominante dans la musique et les arts congolais, avec une forte influence chrétienne qui s'est manifestée à la fois dans les styles et les sujets abordés. Les éléments religieux, notamment les hymnes et les représentations chrétiennes, ont largement occupé l'espace autrefois dédié aux expressions culturelles traditionnelles.

Certains enquêtés soulignent que des groupes se sont opposés à l'introduction de la musique mondaine et de l'art lié aux enseignements missionnaires, estimant que ces pratiques déviaient de la pureté de la culture traditionnelle et qu'elles allaient à l'encontre des valeurs ancestrales. Cependant, cette opposition n'a pas empêché l'émergence de nouvelles formes musicales et artistiques, influencées par la religion chrétienne, et ce, notamment à travers l'adoption de nouveaux instruments modernes, remplaçant ainsi les instruments traditionnels. Ce remplacement a été perçu par certains comme une dénaturaion des pratiques culturelles locales et un facteur de destruction des savoir-faire artistiques anciens.

L'influence chrétienne s'est également étendue à d'autres domaines culturels, tels que la sculpture et l'artisanat, où de nouvelles formes de production ont été introduites, souvent liées aux symboles religieux chrétiens. Les artistes locaux ont ainsi vu leur travail se transformer, certains cherchant à intégrer des représentations chrétiennes dans leurs œuvres tout en modifiant les formes traditionnelles. Parallèlement à cela, de nouvelles formes d'expression ont émergé, notamment dans le domaine du théâtre, de la dramaturgie, de la littérature et des langues, où l'influence chrétienne a modifié les pratiques artistiques en insistant davantage sur des messages de moralité, de religion et de foi chrétienne.

L'influence missionnaire s'est également manifestée dans les festivités et célébrations populaires, où les rituels traditionnels ont été peu à peu remplacés par des pratiques religieuses chrétiennes. Les fêtes chrétiennes, telles que Noël et Pâques, ont progressivement pris le pas sur les célébrations culturelles traditionnelles, modifiant ainsi le calendrier des festivités.

Tableau N° 9 : la modification de la langue et traditions locales congolaises.

N°	la modification de la langue et traditions locales congolaises	fréquence	Pourcentage
1	Oui	24	80
2	Non	6	20
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025.

Le tableau nous révèle que la majorité 24 soit 80% confirment d'avoir observé des formes de résistance à l'enseignement chrétien dans leur communauté.

Les réponses des enquêtés concernant la modification des langues et des traditions locales par les missionnaires révèlent un processus complexe qui a conduit à la destruction de plusieurs langues congolaises au profit de l'enseignement du français, perçu comme un moyen d'intégrer plus efficacement les enseignements bibliques. Plusieurs enquêtés évoquent que les missionnaires ont délibérément détruit les langues locales, les remplaçant par le français, avec l'objectif principal d'inculquer la Bible aux populations congolaises. Cette imposition linguistique a été vue comme un outil stratégique pour assurer non seulement une meilleure transmission des enseignements chrétiens, mais également pour renforcer le contrôle social et culturel des populations locales.

Les enquêtés soulignent que l'introduction du français dans les écoles missionnaires n'était pas seulement une question d'éducation religieuse, mais aussi un moyen de communiquer et

contrôler la population congolaise. Le français, en tant que langue véhiculaire, a donc joué un rôle central dans la structure de pouvoir imposée par les missionnaires, facilitant l'adhésion au projet colonial et missionnaire. Cela a permis aux missionnaires de mieux encadrer les pratiques culturelles locales et de favoriser l'adhésion à la civilisation occidentale, en vue de la christianisation des populations congolaises. L'imposition d'une langue étrangère a ainsi participé à une uniformisation culturelle qui a effacé, dans une large mesure, les langues et les traditions locales, affaiblissant l'identité culturelle des Congolais. De manière générale, l'usage du français s'est imposé dans les pratiques religieuses, administratives et scolaires, reléguant les langues vernaculaires à un rôle marginal, voire secondaire. Cette dynamique linguistique a contribué à l'effacement des traces linguistiques locales et à une déconnexion progressive des Congolais vis-à-vis de leurs racines culturelles et historiques. Ce phénomène a également été perçu comme une manière de subjuguer les populations locales sous l'autorité coloniale et missionnaire, renforçant ainsi l'imposition de normes culturelles et religieuses étrangères

Tableau N°10 : la résistance à l'enseignement chrétien dans la communauté

N°	Avez-vous observé des formes de résistance à l'enseignement chrétien dans votre communauté ?	fréquence	pourcentage
1	Oui	25	83,3
2	Non	5	16,7
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Concernant la question de savoir si des formes de résistance à l'enseignement chrétien ont été observées dans la communauté, les résultats montrent une tendance claire à la résistance. 25 enquêtés sur 30, soit 83,3%, affirment avoir observé des formes de résistance à l'enseignement chrétien dans leur communauté. Cela suggère que, dans une large majorité des cas, les répondants reconnaissent des actions ou des attitudes de résistance, qui peuvent se manifester sous différentes formes, telles que le maintien des traditions culturelles, des mouvements religieux alternatifs ou des oppositions directes à l'imposition du christianisme.

En revanche, 5 enquêtés sur 30, soit 16,7 %, indiquent qu'il n'y a pas eu de résistance notable à l'enseignement chrétien dans leur communauté. Cette minorité pourrait refléter des communautés où l'intégration de l'enseignement chrétien a été plus facile ou moins contestée, ou peut-être un manque d'observation de telles résistances.

Les réponses des enquêtés concernant la résistance à l'enseignement chrétien au sein de leurs communautés mettent en lumière plusieurs formes de réaction active et passive face à l'imposition des valeurs et pratiques missionnaires. La résistance s'est manifestée sous diverses formes, allant du rejet pur et simple de l'enseignement chrétien à des mouvements organisés de résistance religieuse et culturelle.

Un des éléments fréquemment mentionnés est le refus de l'asservissement, exprimant une forte volonté de "rester soi-même" et de préserver l'identité culturelle face à ce qui était perçu comme une tentative d'assimilation forcée. Ce rejet de la christianisation a souvent été vu comme un acte de résistance à la domination coloniale et missionnaire, où de nombreux Congolais ont choisi de maintenir leur autonomie culturelle et spirituelle, même au péril de leur vie. La volonté de résister "jusqu'à la mort" est un témoignage poignant de l'importance accordée à la préservation de l'identité locale et des traditions ancestrales.

Parmi les formes les plus notables de résistance, on retrouve les mouvements religieux indigènes, tels que le Kimbanguisme et le mouvement des Kimpa Vita. Le Kimbanguisme, par exemple, est apparu comme une réponse spirituelle à la domination chrétienne et coloniale. Il a cherché à revendiquer une foi qui soit propre aux Congolais, en opposition aux enseignements imposés par les missionnaires. Ce mouvement, centré autour de la figure de Simon Kimbangu, a eu une influence majeure dans la résistance spirituelle à la colonisation chrétienne, et a joué un rôle significatif dans l'affirmation de l'identité religieuse et culturelle congolaise.

Dans le royaume Yaka, un autre exemple de résistance a été observé avec l'abdication forcée d'un roi sous pression des missionnaires. Cette situation illustre l'influence que les missions ont exercée sur les structures politiques locales, mais aussi la manière dont la communauté a réagi en protégeant ses dirigeants traditionnels et ses formes de gouvernance face à l'ingérence chrétienne. L'abdication d'un roi, contraint de renoncer à son trône en raison de la pression missionnaire, témoigne de la manière dont l'introduction du christianisme a bouleversé les hiérarchies et les dynamiques de pouvoir locales, tout en provoquant des résistances internes au sein des communautés traditionnelles.

De plus, des groupes au sein de la communauté se sont également organisés pour discuter et revendiquer le maintien des traditions culturelles, face à ce qu'ils percevaient comme une

imposition étrangère. Ces réunions étaient souvent des espaces où la population réfléchissait collectivement sur la manière de préserver ses croyances et ses coutumes face à l'édification d'une culture chrétienne dominante. Ce type de résistance intellectuelle et culturelle a permis à plusieurs traditions de perdurer, même en dépit des tentatives missionnaires d'éradication.

Tableau N°11 : la réaction des autorités traditionnelles face à l'influence des missionnaires sur la culture locale.

N°	Comment les autorités traditionnelles réagissent-elles face à l'influence des missionnaires sur la culture locale ?	fréquence	pourcentage
1	Acceptation	4	13,3
2	Résistance active	4	13,3
3	Résistance passive	2	6,6
4	Mélange des deux	16	53,3
5	Autre	4	13,3
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

La question portant sur la réaction des autorités traditionnelles face à l'influence des missionnaires sur la culture locale révèle une grande diversité de réponses, ce qui reflète la complexité des interactions entre les autorités traditionnelles et l'impact des missionnaires.

4 sur 30, soit 13,33%, des répondants affirment que l'attitude des autorités traditionnelles est celle de l'acceptation. Cela peut indiquer une certaine ouverture ou une adaptation des autorités traditionnelles aux enseignements des missionnaires, ou peut-être une cohabitation pacifique entre les traditions et les nouvelles croyances chrétiennes.

4 sur 30, soit 13,33%, ont répondu que les autorités traditionnelles adoptent une résistance active. Cela suggère que dans certaines régions, les autorités traditionnelles s'opposent activement à l'influence des missionnaires, cherchant à préserver les traditions culturelles face à l'imposition de croyances étrangères.

4 sur 30, soit 13,33%, considèrent que la réponse des autorités traditionnelles est une résistance passive. Cela pourrait signifier que bien qu'il y ait une opposition à l'influence des missionnaires, celle-ci n'est pas exprimée de manière forte ou visible, mais plutôt sous forme de réticence ou de non-engagement.

16 sur 30, soit 53,33%, des répondants indiquent qu'il y a un mélange des deux (acceptation et résistance). Cette catégorie majoritaire suggère que dans de nombreuses communautés, les autorités traditionnelles adoptent une approche pragmatique, intégrant certains éléments des enseignements des missionnaires tout en cherchant à maintenir des aspects clés de leur culture et de leurs traditions. Cela peut également signifier des situations de compromis ou de négociation entre les autorités traditionnelles et les missionnaires.

Enfin, 4 sur 30, soit 13,33%, ont donné une autre réponse, ce qui indique qu'il existe des réactions variées et moins définissables face à l'influence des missionnaires.

Tableau N°12 : syncrétisme religieux en RDC

N°	Pensez-vous qu'il existe un syncrétisme religieux en RDC ?	fréquence	Pourcentage
1	Oui	20	66,7
2	Non	2	6,7
3	Peut être	8	26,7
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Le tableau montre les résultats d'une enquête sur la perception du syncrétisme religieux en République Démocratique du Congo (RDC). Sur un total de 30 personnes interrogées 20 personnes soit 66,7% pensent qu'il existe un syncrétisme religieux en RDC, ce qui indique une majorité claire en faveur de cette idée. 2 personnes soit 6,7% ne croit pas à l'existence de ce syncrétisme, ce qui représente une opinion minoritaire, 8 personnes soit 26,7% sont indécises et répondent "peut-être", ce qui montre qu'il y a une certaine hésitation ou ambivalence sur le sujet.

Tableau N°13 : l'affaiblissement de l'identité culturelle congolaise

N°	Pensez-vous que l'introduction du christianisme a affaibli l'identité culturelle congolaise ?	fréquence	Pourcentage
1	Oui	16	53,3
2	Non	6	20
3	Peut être	8	26,7
	Total	15	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Il ressort de ce tableau que la majorité des enquêtés 16 soit 53,33% pensent que l'introduction du christianisme a affaibli l'identité culturelle congolaise. Cependant, un nombre

significatif de répondants 8 soit 26,67% reste incertain, et une minorité 6 soit 20% considère que l'introduction du christianisme n'a pas eu cet effet.

Tableau N°14 : création d'identité congolaise moderne

N°	L'influence chrétienne a-t-elle contribué à la création d'une identité congolaise moderne ?	fréquence	Pourcentage
1	Oui	24	80
2	Non	6	20
3	Peut être	0	0
	Total	30	100

Page | 144

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

Il ressort de ce tableau que la majorité des enquêtés soit 80% croient que l'influence chrétienne a contribué à la création d'une identité congolaise moderne. Cependant, une minorité soit 20% pense que cette influence n'a pas joué un rôle déterminant dans ce processus. Cela suggère que l'impact du christianisme sur l'identité moderne congolaise est largement perçu comme positif, mais il existe une petite divergence d'opinion sur ce sujet

Tableau N°15 : acceptation actuelle des croyances traditionnelles et chrétiennes dans les communautés congolaises.

N°	Comment évaluez-vous l'acceptation actuelle des croyances traditionnelles et chrétiennes dans les communautés congolaises ?	fréquence	pourcentage
1	Complètement séparées	10	33,33
2	Complètement fusionnées	4	13,3
3	Coexistence partielle	10	33,3
4	Autre	6	20
	Total	30	100

Source : nos enquêtes sur terrain 11 février -18 mars 2025

La majorité des répondants 20 soit 66,6% pense que les croyances traditionnelles et chrétiennes sont soit partiellement coexistantes, soit complètement séparées. Cela montre une diversité de perceptions quant à la manière dont ces croyances sont intégrées ou vécues dans les communautés congolaises. Une minorité, cependant, croit à leur complète fusion, ce qui témoigne d'une forme de syncrétisme ou d'intégration dans certaines communautés. L'acceptation des croyances chrétiennes et traditionnelles reste donc un phénomène complexe et nuancé, reflétant des pratiques variées en fonction des contextes locaux.

Dans les réponses recueillies lors des questions 16 et 17, les enquêtés ont exprimé plusieurs points de vue essentiels sur la relation entre la RDC et les forces extérieures, la place de la religion et des traditions culturelles dans la résolution des conflits.

Premièrement, il est souligné que le Rwanda n'est pas perçu comme l'ennemi principal de la RDC, et que la foi en Dieu n'est pas nécessairement le moteur d'une guerre contre les agresseurs. L'accent est mis sur la nécessité d'une approche scientifique et stratégique pour comprendre et contrer les agressions extérieures. Cela suggère que la diplomatie, l'éducation et la science peuvent jouer des rôles cruciaux dans la résolution des conflits, au-delà de la seule foi religieuse. Page | 145

Deuxièmement, l'idée du dialogue intercommunautaire émerge comme une solution clé pour la pacification. Les enquêtés encouragent la promotion de la paix et du pardon, des valeurs qui, selon eux, doivent être soutenues par les forces religieuses et traditionnelles. Ils soulignent le potentiel de ces forces dans le renforcement du tissu social, notamment en créant des ponts de réconciliation et en dénonçant les injustices. Les participants à l'enquête suggèrent également d'explorer de manière plus approfondie la manière dont l'éducation religieuse pourrait être intégrée aux traditions culturelles afin de renforcer et enrichir l'identité congolaise. Selon eux, il est fondamental de prioriser l'identité culturelle africaine, notamment pour en préserver l'essence face aux influences extérieures.

Enfin, bien que la solution politique soit jugée essentielle dans la résolution des conflits, l'action de la prière ou des forces religieuses chrétiennes est vue comme ayant une importance limitée dans la fin immédiate des agressions. Ces forces, selon les réponses, n'ont pas de pouvoir militaire ou politique direct mais peuvent jouer un rôle dans la recherche de la paix, notamment en dénonçant les injustices et en appelant à la solidarité et à l'unité nationale.

Il en ressort ainsi l'importance d'une approche holistique mêlant stratégies politiques, engagement religieux et respect des traditions culturelles dans la construction d'une identité nationale forte et résistante aux agressions extérieures.

II-DISCUSSIONS DES RESULTATS

Les résultats de cette enquête révèlent une forte demande pour une réconciliation entre les croyances traditionnelles et chrétiennes, tout en mettant l'accent sur la nécessité d'une approche pragmatique dans la gestion des conflits en RDC. Le retour à l'identité culturelle congolaise, le

renforcement de l'éducation religieuse et la prééminence des solutions politiques sur les solutions religieuses sont des éléments clés pour relever les défis auxquels fait face le pays.

II.1. La résistance à l'enseignement chrétien

La résistance à l'enseignement chrétien au sein des communautés congolaises révèle une dynamique complexe entre l'imposition des valeurs missionnaires et la préservation de l'identité culturelle locale. Cette résistance se manifeste à travers des réactions tant actives que passives, illustrant une volonté profonde de maintenir l'autonomie culturelle face à ce qui était perçu comme une tentative d'assimilation.

Page | 146

A- Refus de l'asservissement

Un des aspects les plus marquants de cette résistance est le refus de l'asservissement, qui témoigne d'une forte volonté de "rester soi-même". Ce rejet de la christianisation est souvent interprété comme un acte de défi contre la domination coloniale. Les Congolais ont exprimé leur détermination à préserver leur identité culturelle et spirituelle, même au risque de leur vie. Cette volonté de résister "jusqu'à la mort" souligne l'importance cruciale de la préservation des traditions ancestrales dans un contexte de pression extérieure.

B- Mouvements religieux indigènes

Des mouvements tels que le Kimbanguisme et le mouvement des Kimpa Vita illustrent des formes de résistance religieuse significatives. Le Kimbanguisme, en particulier, a émergé comme une réponse spirituelle à la domination chrétienne, cherchant à établir une foi qui soit authentiquement congolaise. Ce mouvement, centré sur Simon Kimbangu, a non seulement contesté les enseignements missionnaires, mais a également joué un rôle clé dans l'affirmation de l'identité religieuse et culturelle des Congolais.

C- Impact sur les structures politiques

L'abdication forcée d'un roi dans le royaume Yaka, sous la pression des missionnaires, met en lumière l'influence des missions sur les structures politiques locales. Cet événement illustre comment l'introduction du christianisme a perturbé les hiérarchies traditionnelles et les dynamiques de pouvoir, tout en suscitant des résistances au sein des communautés. La protection des dirigeants traditionnels face à l'ingérence chrétienne témoigne d'une volonté collective de défendre les formes de gouvernance locales.

D- Résistance intellectuelle et culturelle

Enfin, des groupes au sein des communautés se sont organisés pour discuter et revendiquer le maintien des traditions culturelles. Ces réunions ont servi d'espaces de réflexion collective sur la manière de préserver les croyances face à l'imposition d'une culture chrétienne dominante. Cette résistance intellectuelle et culturelle a permis à plusieurs traditions de perdurer, malgré les efforts missionnaires pour les éradiquer.

Page | 147

II.2. La modification des langues et des traditions locales

Les résultats des enquêtes mettent en évidence les conséquences profondes de l'imposition des langues et des traditions par les missionnaires sur les communautés congolaises. Ce processus, complexe et souvent douloureux, a conduit à une transformation culturelle significative, marquée par la destruction de plusieurs langues locales au profit du français.

A- Destruction des langues locales

L'introduction du français par les missionnaires a été perçue comme une stratégie délibérée pour faciliter l'enseignement des valeurs chrétiennes. Les enquêtés rapportent que cette imposition linguistique visait non seulement à transmettre les enseignements bibliques, mais également à renforcer le contrôle social et culturel sur les populations locales. En remplaçant les langues congolaises par le français, les missionnaires ont cherché à créer un environnement où la culture occidentale pouvait s'implanter plus facilement, effaçant ainsi la diversité linguistique et culturelle qui caractérisait la région.

B- Rôle du français comme langue véhiculaire

Le français, en tant que langue véhiculaire dans les écoles missionnaires, a joué un rôle central dans la structuration du pouvoir imposé par les missionnaires. Loin de se limiter à la sphère religieuse, l'utilisation du français a aussi servi à contrôler et à communiquer avec la population congolaise. Ce changement linguistique a facilité l'adhésion au projet colonial et missionnaire, permettant aux missionnaires d'encadrer les pratiques culturelles locales et de promouvoir l'adoption de la civilisation occidentale.

C- Uniformisation culturelle et affaiblissement de l'identité

L'imposition d'une langue étrangère a entraîné une uniformisation culturelle, qui a largement effacé les langues et traditions locales. Les pratiques religieuses, administratives et

scolaires se sont progressivement tournées vers le français, reléguant les langues vernaculaires à un rôle marginal. Cette dynamique a non seulement contribué à l'effacement des traces linguistiques locales, mais a également créé une déconnexion progressive des Congolais vis-à-vis de leurs racines culturelles et historiques. L'identité culturelle, déjà mise à mal par la colonisation, a souffert davantage de cette imposition linguistique.

D- Subjugation sous l'autorité coloniale

Enfin, cette transformation linguistique a été perçue comme une manière de subjuguer les populations locales sous l'autorité coloniale et missionnaire. En renforçant l'imposition de normes culturelles et religieuses étrangères, les missionnaires ont non seulement modifié la structure linguistique des communautés, mais ont également sapé les fondements mêmes de leur identité culturelle. Cela soulève des questions importantes sur la manière dont l'éducation et la langue peuvent être utilisées comme outils de domination dans des contextes colonisés.

II.3 Les réponses obtenues aux questions 16 et 17

Elles révèlent des perceptions nuancées et stratégiques de la part des enquêtés quant à la gestion des conflits et à la préservation de l'identité congolaise. Contrairement à certains récits dominants, les participants ne désignent pas exclusivement le Rwanda comme l'ennemi principal, mais évoquent plutôt une complexité géopolitique nécessitant une approche rationnelle, scientifique et diplomatique. Cela marque un glissement important de la foi aveugle vers une conscience analytique du conflit, où la science, l'éducation et la stratégie politique sont considérées comme des leviers d'action plus efficaces.

Par ailleurs, les résultats mettent en avant une vision inclusive et communautaire de la paix, qui valorise le dialogue intercommunautaire, la réconciliation et le pardon. Ces éléments sont perçus comme des conditions préalables à une stabilité durable. Les institutions religieuses et traditionnelles, bien qu'ayant une influence limitée sur le plan militaire ou politique, sont vues comme des catalyseurs de cohésion sociale. Elles sont appelées à dénoncer les injustices, à mobiliser les consciences et à renforcer le tissu social. Ce positionnement souligne la nécessité de repenser leur rôle dans une dynamique de pacification nationale, non pas en tant qu'acteurs dominants, mais comme soutiens éthiques et culturels.

Enfin, un autre point majeur réside dans l'appel à la valorisation de l'identité culturelle congolaise et africaine. Les enquêtés expriment un besoin urgent de redonner une place centrale

aux traditions locales dans la construction d'une résistance identitaire face aux agressions extérieures. L'intégration de l'éducation religieuse dans une matrice culturelle africaine est perçue comme une stratégie pertinente pour renforcer l'ancrage identitaire des jeunes générations.

II.4. L'impact des enseignements missionnaires sur l'art et la culture congolaise

Page | 149

Les résultats des enquêtes révèlent un changement profond dans les formes et les contenus des expressions culturelles congolaises, en particulier en ce qui concerne l'art, la musique et d'autres aspects culturels. L'influence des enseignements missionnaires a modifié le paysage culturel du Congo, avec une prédominance des thèmes religieux dans les œuvres produites.

A- Prédominance des thèmes religieux

Il est clair que les enseignements missionnaires ont introduit des thèmes religieux dans la musique et les arts congolais, remplaçant souvent les sujets traditionnels. Les hymnes et les représentations chrétiennes occupent une place significative, redéfinissant ainsi l'espace artistique qui était autrefois dédié à des expressions culturelles ancestrales. Cette transformation souligne non seulement une évolution dans le contenu, mais aussi dans les styles artistiques, où l'influence chrétienne s'est intégrée dans la pratique artistique quotidienne.

B- Opposition à la musique mondaine et aux nouvelles formes artistiques

Cependant, cette évolution n'a pas été acceptée sans résistance. Certains enquêtés évoquent une opposition à l'introduction de la musique mondaine et des arts liés aux enseignements missionnaires, perçus comme des déviations de la pureté culturelle. Cette opposition met en lumière une tension entre la préservation des valeurs ancestrales et l'adoption de nouvelles influences. Malgré cela, l'émergence de nouvelles formes musicales et artistiques, influencées par la religion, indique une adaptation et une transformation des pratiques culturelles locales.

C- Transformation des pratiques artistiques

Le remplacement des instruments traditionnels par des instruments modernes est un exemple concret de cette transformation. Pour certains, cela représente une dénaturation des pratiques culturelles anciennes et une perte des savoir-faire traditionnels. Toutefois, d'autres artistes cherchent à intégrer des éléments chrétiens dans leurs œuvres tout en modifiant les formes traditionnelles, illustrant ainsi une hybridation culturelle. Cette dynamique montre comment les artistes locaux naviguent entre l'innovation et la préservation de leur héritage culturel.

D- Extension de l'influence chrétienne dans d'autres domaines culturels

L'influence chrétienne ne se limite pas à la musique ; elle s'étend également à d'autres domaines comme la sculpture, l'artisanat et même le théâtre. De nouvelles formes de production ont vu le jour, souvent centrées sur des symboles religieux chrétiens. Cela a conduit à une transformation des pratiques artistiques, qui mettent désormais l'accent sur des messages de moralité et de foi chrétienne. Ce phénomène soulève des questions sur la manière dont la culture locale est redéfinie par des influences externes.

Page | 150

E- Modifications des festivités et des célébrations populaires

Enfin, l'impact des enseignements missionnaires est également visible dans les festivités et célébrations populaires. Les rituels traditionnels ont progressivement été remplacés par des pratiques religieuses chrétiennes, comme les célébrations de Noël et de Pâques, qui ont pris le pas sur les fêtes culturelles traditionnelles. Cette évolution modifie le calendrier des festivités, illustrant comment la culture locale est influencée par des normes religieuses et coloniales.

Conclusion

L'article « L'influence des missionnaires sur la culture congolaise » met en exergue la dualité de l'impact missionnaire sur la société congolaise. D'une part, l'introduction de la religion chrétienne a contribué à une fragilisation de l'identité culturelle, remplaçant des pratiques et croyances ancestrales par de nouvelles valeurs. D'autre part, cette imposition a également engendré des formes de résistance qui témoignent de la résilience des communautés congolaises face aux agressions extérieures.

Les tensions générées par cette dynamique soulignent l'importance de reconnaître et de respecter la diversité culturelle au sein de la RDC. La résistance à l'influence missionnaire illustre non seulement une lutte pour la préservation de l'identité, mais aussi un témoignage de la richesse et de la profondeur des traditions congolaises.

Ainsi, cette analyse invite à réfléchir sur les conséquences à long terme de l'interaction entre missionarisme et culture, tout en soulignant la nécessité d'un dialogue respectueux entre les différentes croyances et identités, afin de favoriser une coexistence harmonieuse et enrichissante pour toutes les parties impliquées.

La consolidation de la démocratie béninoise face aux candidats providentiels

Consolidating Benin's democracy with providential candidates

Par:

Mathieu Adjagbe

Page | 151

Département de science politique et relations internationales

Université de Parakou

Résumé :

Le Bénin a amorcé sa transition démocratique avec la Conférence des forces vives de la nation de février 1990. Depuis lors, les élections présidentielles se déroulent autour des candidats en marge des partis politiques. L'électorat accorde le suffrage à des candidats providentiels. Une telle évolution soulève des interrogations sur la contribution de ces élections à la consolidation de la démocratie béninoise. Cette étude visant à approfondir notre connaissance soutient que l'élection des candidats providentiels ne se dissocie pas de la perception populaire sur la présidentielle et le président de la république. Une analyse sociohistorique des données a permis de découvrir que les campagnes électorales valorisent moins les qualités de démocrate que la force financière des candidats et leur hégémonie nationale, ce qui rappelle les idées de puissance mythique ancrée dans la figure du monarque dahoméen. Ces signes ostentatoires font défaut aux candidats issus des partis politiques alors que le public suspecte des intrigues de leurs fondateurs. L'article trouve en particulier que les présidentielles au Bénin sont des élections capitalistes subalternes dans un milieu de compréhension classique de la politique. Néanmoins, ces élections sont perfectibles en montrant que la consolidation de la démocratie ne peut faire économie du développement de la culture de la démocratie.

Mots clés : élection présidentielle ; consolidation démocratique, parti politique, culture politique.

Abstract:

The Republic of Benin began its democratic transition with the Conference of the Living Forces of the Nation in February 1990. Since then, the presidential elections have not made any particular contribution to the consolidation of Beninese democracy. These elections take place around candidates from outside the political parties. The Beninese electorate prefers to grant the vote to providential candidates at the expense of political party apparatchiks. Such a development raises these pressing questions: How can we understand, from the perspective of political sociology, elections that favor providential candidates? To what extent can presidential elections contribute to the consolidation of Beninese democracy? Aiming to deepen our knowledge, we maintain that in order to understand the elections of providential candidates, we must share a critical vision of the presidential election and of the president of the republic, as well as of the political culture of the voters. A socio-historical reading of the data revealed that the electoral campaigns value less the qualities of democracy than the material capacities of the candidates and their national hegemony, which is partly reminiscent of the ideas of mythical power anchored in the figure of the Dahomean monarch. These ostentatious signs of power are lacking in candidates from political parties even though the public suspects the intrigues of their founders. In particular, the chapter finds that presidential elections are degraded capitalist elections in a milieu of classical understanding of politics. However, these elections can be improved by showing that the consolidation of Beninese democracy cannot save the modernization of political parties.

Keywords: election campaigns; presidential election; democratic consolidation, political party, political culture.

Introduction

« Je m'en voudrais, ici, de ne pas souligner avec force, que l'enracinement démocratique de notre pays est largement tributaire du système partisan qui est le nôtre et des valeurs, qu'ensemble, nous envisageons de promouvoir. Il n'est pas alors sans intérêt de s'inquiéter du rôle de l'argent dans la compétition politique et le vote des électeurs. Il nous faut de toute urgence, prendre la mesure du péril collectif, auquel nous sommes exposés. En termes clairs, si l'état démocratique que nous aspirons à construire passe par des élections libres et transparentes tenues à bonne échéance, le vote du citoyen en tant que moyen d'expression de son adhésion à l'idée démocratique doit être débarrassé de toute considération financière ou rétributive »¹.

Page | 153

Ces propos du président Patrice Talon du Bénin le 06 avril 2016 posent le problème de la nature de la démocratie béninoise. En effet, le Bénin a renoué avec la démocratie pluraliste² après avoir répudié le marxisme-léninisme³ à la Conférence des forces vives de la nation (ci-après Conférence nationale)⁴ suivie des premières élections démocratiques⁵. Depuis, le pays enregistre sept élections présidentielles. L'autonomie organisationnelle d'un système politique ouvre sur la nature réelle de la démocratie, son mode de fonctionnement et les problèmes qui lui sont propres. Il va de soi que l'émancipation de la vie publique béninoise est acquise avec la consécration du suffrage universel à telle enseigne que l'égalité des conditions⁶ est devenue le principe ordonnateur

¹ Extrait du discours d'investiture tenu le 06 avril 2016.

² G. Marcel, *La Révolution moderne : L'avènement de la démocratie*, Folio essais, Gallimard, 2013, p. 57.

³ Cela remonte au 30 novembre 1974, où Mathieu Kérékou, arrivé au pouvoir le 26 octobre 1972, a adopté cette philosophie comme une idéologie officielle de gouvernement. Voir, Essertel Yannick, « Camille Strandsbjerg, Religion et transformations politiques au Bénin. Les spectres du pouvoir », *Paris, Karthala*, 2015, 294 p., ill., fig. (« Hommes et sociétés »), dans *L'Homme* 2017/2(n°222), p.174-175 ; Voir aussi, Aivo Frédéric J., « La Cour Constitutionnelle du Bénin », *Presses Universitaires de France, Revue française de droit constitutionnel*, 2014/3 n°99, p. 715-740. Le marxisme léninisme fait partie des régimes totalitaires. On dit qu'un régime est totalitaire, à l'image du fascisme, lorsqu'il exerce son emprise sur l'ensemble des activités de ses sujets, qu'il abolit ou tente d'abolir toute notion de vie privée. Voir, Verdussen Marc, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 50-62 ; Lemieux Vincent et Bélanger André, *Introduction à l'analyse politique*, Les Presses de l'Université de Montréal, Gaëtan Morin, 2002, p. 128-129.

³ Cette conférence fut une assemblée des différents corps de la nation pour proposer une sortie de crise. Dans la foulée des travaux de la conférence nationale du Bénin, plusieurs assises ont été convoquées en Afrique avec pour mission de poser les bases d'une transition politique consensuelle. Voir sur la conférence nationale du Bénin, F. Laloupo, « La conférence nationale au Bénin : un concept nouveau de changement de régime politique », *L'Année Africaine*, CEAN, 1992-1993, p. 89-113 ; J.-B. K. Monkotan, « Une nouvelle voie d'accès au pluralisme politique : la conférence nationale souveraine », *Afrique 2000*, N°7, oct.-déc., 1991, p. 41-53.

⁴ R. Banégas, *La démocratie à pas de Caméléon. Transitions et imaginaires politiques au Bénin*, Paris, Karthala, 2003, p. 247-252.

⁵ R. Aron, *Introduction à la philosophie politique : Démocratie et révolution*, Paris, LGF, 1997, p. 36.

⁶ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t.1, p. 1.

de la vie politique⁷. Succédant historiquement à la théocratie, la démocratie, fruit des révolutions sociales, est également celui des idéologies. Elle est l'horizon inséparable du présent malgré les soubresauts, de sorte que même si elle a changé et change encore, elle en a toutefois gagné⁸. Son histoire au Bénin rime avec le contexte historique particulier ayant structuré son rétablissement. Ce contexte donne de la voie pour la consolidation démocratique. C'est de lui qu'est issue, avec l'accommodation du régime présidentiel⁹, la séparation des pouvoirs qui prévoit l'élection du Président de la République au suffrage universel pour un mandat fixe¹⁰.

L'élection présidentielle est non moins le passage d'une gouvernance à une autre, mais permet le transfert pacifique du pouvoir pour la rénovation de la démocratie et aussi de l'offre politique¹¹ pour asseoir un espace favorable à sa consolidation¹². Cette organisation d'élection, devenue une tradition au Bénin, s'inscrit dans la *fête démocratique*¹³, réunissant les citoyens de diverses régions autour d'un candidat. A priori, l'on pourrait y voir une forme d'affirmation de la souveraineté populaire qui mobilise le corps politique et ses composantes institutionnelles. Ces institutions sont entre autres les partis politiques, considérés comme étant les enfants de la démocratie et premiers attributaires des élections bien qu'ils soient aux pelletons de la doctrine en tant que regroupements idéologiques ; c'est-à-dire « *une réunion d'hommes qui professent la même doctrine politique* »¹⁴. Si cette définition relève plus de l'histoire des idées politiques, elle marque un point de départ¹⁵. La conception de Offerlé¹⁶, reprenant Lapalombara & Weiner, et Weber, rend compte davantage de ce qu'est un parti politique : « *une organisation durable, c'est-*

⁷ Gauchet Marcel, *op.cit.*, p. 6.

⁸ Voir par exemple Francis Fukuyama ; *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 2009.

⁹ Il s'entend du régime dans lequel coexistent, d'un côté, un président élu au suffrage universel, dirigeant seul le pouvoir exécutif, et de l'autre, un parlement élu par le peuple, disposant seul du pouvoir législatif (auquel le président peut toutefois opposer un veto, par le refus de promulgation d'une loi votée par l'Assemblée nationale par exemple). Le critère juridique du régime présidentiel est l'irrévocabilité mutuelle entre ces deux pouvoirs, c'est-à-dire l'impossibilité pour le président de dissoudre l'assemblée et, pour cette dernière, l'incapacité à renverser le gouvernement.

¹⁰ Article 42 de la loi n°90-32 portant constitution du Bénin.

¹¹ F. Bastien, « A quoi sert l'élection du Président au suffrage universel ? », *Parlements, Revue d'histoire politique*, vol.2, n°4, 2005, p.128-143.

¹² Mais il faut une certaine tradition d'organisation régulière pour passer à cette étape de consolidation à l'image de la théorie de « Two turnovers test » ou test de l'alternance de Huntington Samuel. Voir, S. Huntington, *The third wave : Democratization in the late twentieth century*, Norman, UOP, 1992, p. 267.

¹³ Puisque les Béninois se retrouvent de temps en temps autour des offres politiques qui ne reflètent pas surtout l'image d'une offre au rang de programme politique ou de projet politique.

¹⁴ Définition citée par Duverger Maurice dans Duverger Maurice, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd, 1951, p.19

¹⁵ Puisqu'il n'existe pas une seule définition des partis politiques. Les textes de Burke, Constant, Guizot, Tocqueville, et Marx, mettent souvent l'accent sur la doctrine ou sur le référent social général du parti que sur son organisation.

¹⁶ M. Offerlé, *Que sais-je ? Les partis politiques*, Paris, PUF, 1987, p. 13.

à-dire une organisation dont l'espérance de vie politique est supérieure à celle de ses dirigeants en place ; une organisation locale bien établie et apparemment durable, entretenant des rapports réguliers et variés avec l'échelon national ; la volonté délibérée des dirigeants nationaux et locaux de l'organisation de prendre et d'exercer le pouvoir seuls ou avec d'autres, et non pas simplement d'influencer le pouvoir ; le souci, enfin, de rechercher le soutien populaire à travers les élections ou de toute autre manière »¹⁷. Alors que notre analyse vise à relier les partis politiques et l'élection présidentielle à la consolidation de la démocratie, cette définition relativise le rôle de l'élection qui permet aux candidats potentiels de prendre le pouvoir. Mais en même temps, il faut s'abstenir de tomber dans le piège conceptualiste quand l'auteur évoque la prise du pouvoir par tous autres moyens. Il précise qu'il s'agit de moyens démocratiques à la manière de Linz pour des démocraties consolidées¹⁸. Par ailleurs, Weber invite à prendre les partis pour « des associations reposant sur un engagement (formellement) libre ayant pour but de procurer à leurs chefs le pouvoir au sein d'un groupement et à leurs militants ... des chances – idéales ou matérielles – de poursuivre des buts objectifs, d'obtenir des avantages personnels ou de réaliser les deux ensemble »¹⁹. Elaborant davantage sa conception, il estime que les partis politiques ne peuvent être analysés qu'en relation avec la démocratie et le suffrage universel, puisque c'est en leur sein que se décident les candidatures aux élections²⁰. Autrement dit, pour le sociologue politique, les partis politiques sont des laboratoires de la démocratie.

Bien entendu que les élections disputées et à intervalles réguliers sont une caractéristique essentielle de la démocratie²¹ permettant le renouvellement de ceux qui obtiennent la confiance du

¹⁷ J. Lapalombara et M. Weiner, « The origin and development of Political parties », dans Lapalombara Joseph et Weiner Myrion (dir.), *Political Parties and Political development*, Princeton, PUP, 1966, p. 6.

¹⁸ Voir Linz Juan J., « Transitions to democracy », *Washington Monthly*, vol.13, 1990, p. 158.

¹⁹ M. Weber dans *Economie et Société, Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1921, repris par Offerlé, *op. cit.* ; p.14.

²⁰ Pour Weber, « ces nouvelles formations (les partis) sont des enfants de la démocratie, du suffrage universel, de la nécessité de recruter et d'organiser les masses, de l'évolution des partis vers l'unification de plus en plus rigide au sommet et vers la discipline la plus sévère aux divers échelons. Nous assistons à la décadence de la domination des notables ainsi qu'à celle d'une politique dominée par les seuls parlementaires. Du point de vue formel, nous assistons à une démocratisation accentuée. Ce n'est plus le groupe parlementaire qui établit le programme fixant la ligne de conduite du parti, ce ne sont plus les notables locaux qui décident des candidatures aux élections, mais ce sont des réunions de militants organisées à l'intérieur du parti qui choisissent les candidats et qui d'autre part, délèguent certains de leurs membres dans les assemblées de l'instance supérieure dont il peut exister plusieurs échelons jusqu'à l'assemblée générale appelée congrès du parti. En fait, le pouvoir est maintenant entre les mains de permanents qui sont responsables de la continuité du travail à l'intérieur de leur organisation ou encore entre celles des personnalités qui dominent personnellement ou financièrement l'entreprise». Voir, Weber Max, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1963, p. 171.

²¹ M. Djedjro F., « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, 2009/2, n°129, p. 139-155.

peuple²². En ce sens, l'élection se présente comme un mode de désignation des titulaires des politiques octroyant aux membres le droit de choisir leurs représentants. Une vision approfondie invite à saisir dans l'élection une « *technique de désignation des gouvernants recourant à une procédure de vote* »²³. Suivant cette perspective, elle remplit des fonctions de désignation des dirigeants, de consécration et de retrait aux décideurs de leur légitimité tout en rendant compte des tendances partisans actuelles ou qui se dessinent. En appoint, le vote se dévoile comme une arme, un acte individuel de souveraineté qui exprime les préférences électorales libres, une « *procédure formelle destinée à dégager un choix collectif par le décompte de choix individuels* »²⁴. C'est en fait l'idée que l'on a de ce qu'il ne peut être question d'élection sans le vote qui marque l'aboutissement d'un processus de formation des attitudes auquel concourent les organisations politiques et qui ne se définit que comme réponse de l'électeur à une question dont la maîtrise revient à la classe politique²⁵. Cet électeur au Bénin semble ignorer la profondeur de l'acte que lui offre la Constitution de poser et alors opère sur la base des considérations ethno-régionalistes et des préférences subjectives sur lesquelles les candidats fondent leur stratégie de conquête. Puisque la consolidation démocratique est au centre de la présente étude, la vision minimaliste par Schmitter de régime démocratique consolidé est adaptée. Suivant une vision constructiviste, il a soutenu que la consolidation démocratique n'est pas une donnée mais plutôt un « *processus de transformation des arrangements accidentels, des normes prudentielles et des solutions apparues lors de la transition vers des relations de coopération et de concurrence connus de manière fiable, pratiqués régulièrement et volontairement acceptés par ces personnes ou collectifs qui participent à la gouvernance démocratique* »²⁶. Dans sa propre contribution, Linz²⁷ trouve qu'une démocratie consolidée est celle dans laquelle « *aucun des principaux acteurs politiques, partis ou intérêts organisés, forces ou institutions ne considère qu'il existe une alternative au processus démocratique pour accéder au pouvoir et qu'aucune des institutions ou groupes n'a le droit de veto sur l'action des décideurs démocratiquement élus* ». Pour le dire simplement, la démocratie doit

²² Th. Holo cité par Kitti Nathaniel, « Présidentielle de 2016. Rupture ou continuité dans le champ politique Béninois », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2019, p. 27-47.

²³ O. Nay, *Lexique de Science politique*, Paris, édition DALLOZ, p. 375.

²⁴ *Ibid*, p. 1166.

²⁵ G. Hermet et B. Badie, *La politique Comparée*, Paris, Armand CLIN, 2001, p. 218.

²⁶ Ph. Schmitter « *The Consolidation of Democracy and Representation of Social Groups* », *American Behavioral Scientists* 35, March/June 1992, p. 424.

²⁷ J.J. Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, and Reequilibration* Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978, p.158.

être considérée comme « *le seul jeu possible dans la cité* »²⁸. La consolidation concerne le maintien du régime et voit en les institutions politiques les seuls cadres légitimes de contestation politique et d'adhésion aux règles démocratiques du jeu²⁹. Cette vision accentue en particulier le comportement politique qui ne se dissocie pas de la culture de la démocratie³⁰. Pour approfondir leur analyse, Linz et Stepan offre une définition conceptuelle de la transition démocratique qui ne manque pas d'intérêt. Elle est accomplie lorsque les acteurs concluent un accord suffisant sur les procédures visant à former un gouvernement élu, quand un gouvernement arrive au pouvoir par un vote libre et populaire, que ce gouvernement a *de facto* le pouvoir de générer de nouvelles politiques, et que le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire généré par la transition n'a pas à partager le pouvoir avec d'autres organes *de jure*. La démocratie consolidée ne jouit pas que d'un État qui fonctionne, mais aussi de l'existence de cinq autres conditions interdépendantes qui se renforcent mutuellement : une société civile et une société politique responsable, un État de droit, une bureaucratie publique solidaire et une société économique³¹. Les comparativistes méritent de distinguer une économie capitaliste d'une société économique qui médiatise l'État et le marché³². Pour eux, l'autonomie du marché et la propriété privée sont essentielles pour produire l'indépendance et la vitalité de la société civile afin que cette dernière contribue effectivement à la démocratie. Paradoxalement, Linz et Stepan trouvent qu'il n'y a jamais eu et il n'y aura pas de démocratie consolidée dans une économie de marché pure, car l'État interventionniste est

²⁸ J.J. Linz, A. Stepan, *Problems of Démocratie Transition and Consolidation*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996, p. 11.

²⁹ I. S. Ogundiya, « *A decade of Democratic Governance in Nigeria* » in Ogundiya, I. S. et al (eds) *A Decade of Redemocratization in Nigeria (1999-2009)*. Ibadan: Ayayayugu Publishers, 2009 in Aduku Akubo (A.) and Adejo Umoru Yakubu, « *Political Parties And Democratic Consolidation In Nigeria's Fourth Republic* », *Centre for Inter - African and Human Development Studies (CIDES)*, Jos, Nigeria School of General Studies, Federal Polytechnic, Kaura Namoda, Zamfara State, Nigeria, in *Global Journal of Political Science and Administration*, Vol.2, No.3, September 2014, p.79-108.

³⁰ Voir G. Almond et S. Verba, *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton, PUP, 1963. Pour une vision critique, voir R. Otayek, « *Démocratie, culture politique, sociétés plurielles. Une approche comparative à partir de situations africaines* », *Revue française de science politique*, 6, 1997. p. 798-822 ; L. Diamond, *Political Culture and Democracy in Developing Countries*, Londres, L. Rienner, 1994; P. T. Robinson, « *Democratization: Understanding the Relationship between Regime Change and the Culture of Politics* », *African Studies Review*, 37, 1994, p. 39-67. La conception de la culture politique adoptée ici est celle de Diamond. Pour ce dernier, la culture politique renvoie, non pas à un ensemble monolithique mais à des croyances, attitudes, valeurs, idéaux, sentiments et évaluations prédominants que partage un peuple sur le système politique de son pays et le rôle de soi dans ce système; elle suppose que les attitudes, les sentiments et les connaissances qui informent et régissent le comportement politique dans toute société représentent des modèles cohérents qui s'emboîtent et se renforcent mutuellement. Mais ceci ne signifie pas que les groupes sociaux partagent la même culture politique, ou que les valeurs et les croyances sont réparties uniformément dans la population. Il est quelque peu trompeur de parler de la culture politique d'un pays, sauf en tant que mélange d'orientations cognitive, affective et évaluative.

³¹ Linz et Stepan, *Ibid*, p.7.

³² *Ibid*., p.11.

nécessaire pour créer et maintenir l'économie de marché, corriger les défaillances du marché, offrir les biens publics et promouvoir un certain degré d'égalité qu'une économie de marché pure nierait³³.

Pour leur part, Gunther, Diamandourous et Puhle³⁴ insistent sur trois phases constitutives de la démocratisation: chute du régime autoritaire, consolidation et persistance la démocratie. Malgré les écarts, ces analyses se rejoignent par une approche néoinstitutionnelle. En d'autres termes, une démocratie consolidée implique en partie une affirmation et un renforcement des institutions clés qui n'excluent pas les partis politiques. Au même titre que Weber établit une relation constitutive entre l'éthique protestante et la vigueur du capitalisme, de même, il est un lien intime entre l'éthique de la démocratie et la consolidation démocratique³⁵. La consolidation implique donc la pratique active du principe démocratique³⁶. C'est pour cela que Diamond fait autorité, prenant en compte la qualité, la profondeur et l'authenticité de la démocratie dans ses diverses dimensions améliorées. Il trouve une démocratie consolidée lorsque « *la concurrence politique devient plus juste, plus libre, plus vigoureuse et exécutive; participation et représentation plus larges, plus autonomes et inclusives ; libertés civiles sont plus intégralement et rigoureusement protégées ; responsabilité plus systématique et transparente* »³⁷. Aussi une démocratie est forte et digne de confiance si elle a surmonté sans succomber des chocs substantiels dans le passé³⁸.

Cependant, les élections en Afrique en général, sont répandues et organisées de diverses manières ou à la manière de la culture politique de chaque pays. Au Bénin, la Constitution de 1990

³³ Ibid; p.13. Cette vision relaie sans doute Lipset, Seymour Martin, « Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy », *American Political Science Review*, 53, 1959, pp. 69-105.

³⁴ R.P.N Gunther, P.N Diamandourous, et H.J. Puhle (eds.), *The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1995, in Aduku Akubo and Adejo (Umoru Yakubu), «Political Parties and Democratic Consolidation in Nigeria's Fourth Republic», *Centre for Inter - African and Human Development Studies*, Jos, Nigeria School of General Studies, Federal Polytechnic, Kaura Namoda, Zamfara State, Nigeria, in *Global Journal of Political Science and Administration*, Vol.2, No.3, September 2014, p.79-108.

³⁵J.S. Valenzuela, *Democratic Consolidation in Post-Transitional Settings: Notion, Process, and Facilitating Conditions*. Working Paper #150 - December 1990 In Scott Mainwaring, G. O'Donnell, et J. S. Valenzuela, eds., *Issues and Prospects of Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective* Kellogg Institute series with University of Notre Dame Press, 1990, p.104.

³⁶ D.A. Yagboyaju, «Democratic consolidation, fiscal responsibility and national development: An appraisal of the fourth Republic», *African Journal of Political Science and International Relations* Vol. 7(2), 2013, p.101.

³⁷L. Diamond, «Democracy in Latin America: Degrees, Illusions and Directions for Consolidation», in *Democracy and Communism: Theory, Reality, and the Future*, ed. Sung-chul Yang (Seoul: Korean Association of International Studies), 1995, p.171.

³⁸ D. Beetham, « Conditions for Democratic Consolidation », *Review of African Political Economy*, n°60, 1994, p.160-161.

ouvre la voie à tout citoyen éligible de se porter candidat³⁹ sans mesurer le coût pour la démocratie, sous prétexte de libérer l'expression du pluralisme longtemps étouffé par le régime précédent⁴⁰. La démocratie de type schumpétérien paraît ainsi implantée au Bénin⁴¹. Sur la base des principes inscrits dans la Constitution, plusieurs candidatures sont enregistrées depuis les premières élections et pendant lesquelles les moyens de mobilisation des électeurs sont divers et diversement appréciés au regard de la conjoncture qui se présente à chaque élection. Car, comme l'on peut y croire, l'élection est la procédure par laquelle un corps électoral accorde un mandat à une ou plusieurs personnes qu'il choisit par son vote⁴². Même si les élections, comme le souligne Quantin, sont comme « *un objet politique déjà identifié, leur étude ne permet pas au politologue « africaniste » de s'affirmer comme spécialiste pour maintes raisons, dont la principale est ... l'impossibilité d'adopter la posture de l'électoraliste pur. Pas de résultats fiables, encore moins de statistiques. Même les archivés administratives qui permettraient une approche qualitative sont la plupart du temps introuvables*⁴³ », elles sont toutefois un point de départ pour la consolidation de la démocratie. Et s'il en est ainsi, alors même que des analyses trouvent qu'avec l'avènement des commissions électorales⁴⁴, les élections revêtent un caractère ouvert et de plus en plus accepté, au Bénin, le juge des élections, dans le cadre de l'exercice de ses compétences de régulation des institutions⁴⁵ et de proclamation des résultats⁴⁶, a essayé au mieux d'affirmer son indépendance en veillant à la régularité desdites élections et en étudiant les recours en contestation pour limiter les

³⁹ Article 44 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution du Bénin.

⁴⁰ *Idem*, le Préambule, 3^{ème} tiret « NOUS, PEUPLE BENINOIS, Affirmons solennellement notre détermination par la présente constitution de créer un Etat de droit de démocratie pluraliste, dans les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et promus comme la condition nécessaire au développement véritable et harmonieux de chaque béninois tant dans sa dimension temporelle, culturelle que spirituelle ».

⁴¹ V. Darracq et V. Magnani, « Les Élections En Afrique : Un Mirage Démocratique ? », *Politique étrangère*, 4, 2011, p. 840.

⁴² M. de Villiers et A. Divellec, *Dictionnaire du droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, p.143.

⁴³ P. Quantin, *Voter en Afrique : Comparaison et différenciations*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 360.

⁴⁴ C'est le cas de la CENA avec la décision du juge constitutionnel en sa décision Dcc 31-94 du 23 décembre 1994 de la Cour constitutionnelle. La Cour estime que « Rien dans la Constitution ne s'oppose à la création par l'Assemblée nationale d'une Commission électorale nationale autonome ; qu'en procédant comme elle l'a fait, l'Assemblée nationale n'a fait qu'exercer l'un des prérogatives constitutionnelles et n'a donc pas violé le principe de séparation des pouvoirs.... Considérant que l'organisation, le fonctionnement et les attributions de la Cena, tels qu'ils apparaissent dans la loi n° 94-13 ne ressortissent pas du domaine du pouvoir réglementaire, qu'il s'en suit qu'il n'y a eu non plus violation des principes de la séparation des pouvoirs. ». La haute juridiction poursuit : « la création de la Cena, en tant qu'autorité administrative indépendante est liée à la recherche d'une formule permettant d'isoler, dans l'administration de l'Etat, un organe disposant d'une réelle autonomie par rapport au gouvernement, aux départements ministériels et au Parlement, pour l'exercice d'attributions concernant le domaine sensible des libertés publiques, en particulier des élections honnêtes, régulières, libres et transparentes est conforme à la Constitution ».

⁴⁵ Constitution du Bénin, *Idem*, article 114.

⁴⁶ *Idem*, article 117.

violences post-électorales qui ébranlent souvent l'État dans d'autres pays. Différents candidats ont pris part à ces élections avec pour élus en 1991, le président Nicéphore Soglo, premier ministre de la transition face au tenant du titre, le candidat Mathieu Kérékou. En 1996, ce dernier revint ravir deux fois la vedette au sortant, Soglo⁴⁷, avant de céder la place à son successeur Boni Yayi⁴⁸ qui exerça ses mandats avant de passer à son tour le pouvoir à Patrice Talon⁴⁹.

Au regard de ce qui précède, quelques questions pressantes méritent d'être posées, dont les plus essentielles sont entre autres : Comment peut-on comprendre, sous l'angle de la sociologie politique, les élections qui plébiscitent des candidats providentiels ? Dans quelle mesure les élections présidentielles peuvent-elles contribuer à la consolidation de la démocratie béninoise ? Ces questions trouvent leurs réponses dans le fait que les élections présidentielles l'ont été sur la base d'une mobilisation ethnique⁵⁰, régionale, voire religieuse⁵¹. Ces élections⁵² n'ont abouti qu'au plébiscite des candidats providentiels aux dépens des apparatchiks des partis politiques, étant entendu que les institutions en charge de l'organisation de ces élections en ont statué ainsi. Cette analyse de l'élection des candidats providentiels face à la consolidation de la démocratie béninoise est importante au regard des contributions sur la base desquelles ont été menés des travaux antérieurs, par la lecture sociohistorique des données, c'est-à-dire les ressorts de comportements électoraux à partir des paradigmes d'ethnicité, de régionalisme, de religion et psychosociologiques pour expliciter la mobilisation dans le champ politique béninois⁵³. Pour cerner au mieux ces différents aspects de l'étude, il est question de ressortir l'idée des élections présidentielles consolidatrices de la démocratie tout en ajoutant que les élections présidentielles au Bénin sont tout de mêmes capitalistes.

⁴⁷ Il s'agit de Kérékou I&II, de 1996 à 2001 et de 2001 à 2006.

⁴⁸ Boni Yayi de 2006 à 2011, puis de 2011 à 2016.

⁴⁹ Patrice Talon 1, de 2016 à 2021. Celui de 2021 est en cours.

⁵⁰ Voir H. S. Kakaï, *Le Vote Ethnique au Bénin. Contribution à une étude sociopolitique de l'élection*, Thèse de doctorat, Chaire Unesco des Droits de la Personne et de la Démocratie, Université d'Abomey-Calavi, octobre 2011, 666 p. Voir aussi N. Kitti, *Registres de mobilisation et enjeux politiques des mutations dans le jeu électoral au Bénin de 1990 à 2011*, Thèse de doctorat, Chaire Unesco des Droits de la Personne et de la Démocratie, Université d'Abomey-Calavi, décembre 2012, 457p.

⁵¹ Pendant les deux mandats de Boni Yayi, les églises évangéliques ont soutenu ou du moins ont affirmé leur soutien au pouvoir. En retour, certains pasteurs de certaines églises évangéliques ont été promus. Il en est de même pour la mandature de Patrice Talon avec le rôle de Parfaite de Banamè dans son élection.

⁵² Cf. les articles 42, 43 et 45 de la constitution du Bénin.

⁵³ Le champ politique est « le lieu où s'engendrent, dans la concurrence entre les agents qui s'y trouvent engagés, des produits politiques, problèmes, programmes, analyses, commentaires, concepts, événements, entre lesquels les citoyens ordinaires, réduits au statut de « consommateurs », doivent choisir, avec des chances de malentendu d'autant plus grandes qu'ils sont plus éloignés du lieu de production ». Voir Bourdieu Pierre, « La représentation politique », In, Actes de la recherche en sciences sociales, p. 3-24, vol.36-37, février/mars 1981, p. 3-4.

I- DES ELECTIONS PRESIDENTIELLES CAPITALISTES

L'argent définit tout au Bénin, est au cœur de tout comme les intérêts définissent les choix. A l'image des conclusions de l'école de Columbia, les élections présidentielles au Bénin se déroulent sans grands intérêts programmatiques. Plutôt, les orientations politiques vont de la conformité aux normes familiales, sociales et culturelles, aux capacités matérielles des candidats⁵⁴. Toutefois, il n'est pas exclu que d'autres facteurs renseignent sur la perception des électeurs des enjeux⁵⁵. Les choix sont le résultat des forces psychologiques qui orientent le vote⁵⁶. Depuis 1991, l'évolution du paysage politique montre qu'il n'est de prédilection pour l'un ou l'autre des écoles, puisque les acteurs politiques essaient d'adopter les moyens à disposition à leur fin, laissant l'électeur à une sorte de rationalité limitée⁵⁷. La perception par l'électeur des candidats dépend en grande partie à la fois de la puissance financière mythique de ces derniers et de leur prodigalité. Comprendre ces facteurs qui, entre autres, fragilisent les partis politiques implique de les connecter à la culture politique séculaire d'avant « *la grande nuit* »⁵⁸. Dans ce contexte, la dynamique de l'élection présidentielle au Bénin permet d'en dégager les grands succès des candidats providentiels.

Page | 161

A- La dynamique évolutive de l'élection présidentielle au Bénin

Depuis le début du renouveau démocratique, après la décompression autoritaire⁵⁹, bien des élections présidentielles sont organisées. Ces dernières constituent un important enjeu de par le

⁵⁴ Ce qui répond d'ailleurs à la conclusion de l'école de Columbia, et selon laquelle, « *Une personne pense politiquement comme elle est socialement. Les caractéristiques sociales déterminent les caractéristiques politiques* ». Voir P.F. Lazarsfeld, B. Berelson et H. Gaudet, *The People's Choice*, New York, Columbia University Press, 1944, p. 27.

⁵⁵ Comme c'est le cas de l'élection présidentielle de Mars 2016, avec une rupture nette des considérations ethno-régionales, pour marquer la rupture avec la continuité de la gouvernance.

⁵⁶ Il s'agit de considérer les attitudes électeurs en termes d'attachement à l'égard des candidats comme aux partis et à leurs programmes. Il est donc question de l'identification partisane, comme étant l'attachement affectif et durable des électeurs à des partis politiques. Voir A. Campbell et al., *The American Voter*, New York, Wiley and Sons, 1960, p. 136.

⁵⁷ L'électeur rationnel vote au coup par coup pour le parti qui maximise son bénéfice ou son « *utilité* ». Pour les tenants de cette théorie du choix rationnel, les déterminants classiques du comportement électoral proximités politiques ou variables de positions sociales seraient devenus impuissants à expliquer les variations du vote. À chaque élection une frange croissante d'électeurs ferait son choix non plus en fonction de ses appartenances sociales et/ou politiques mais selon l'offre politique du moment et la conjoncture, un peu comme un consommateur sélectionne, parmi des produits concurrents, celui qui satisfait le plus complètement ses exigences. Le profil de ce « *nouvel électeur* » correspondrait à celui de groupes sociaux cultivés et intéressés par la politique, dotés, par conséquent, d'une compétence politique propre à leur faire apprécier au cas par cas les « *raisons* » de choisir tel ou tel candidat Voir, H. Th. Himmelweit et al., *How Voters Decide*, Philadelphie, Open University Press, 1986; Voir aussi, P. Merle, « *L'homo politicus est-il un homo oeconomicus ?* », *Revue française de Science politique*, 40, 1990, p. 64-80.

⁵⁸ A. Mbembe, *Sortir de la grande nuit : Essai sur l'Afrique décolonisée*, Paris La Découverte, 2010.

⁵⁹ F. E. Boulaga, *Les conférences nationales en Afrique noire, une affaire à suivre*, Paris, Karthala, 1993, p. 14.

choix d'un Président de la République, un des grands acteurs de la vie politique et un personnage central du système constitutionnel⁶⁰ ; le Président de la République étant considéré comme la clé de voûte de la société politique moderne⁶¹. Si son élection constitue un moment fort et singulier de la vie politique béninoise, en mobilisant les ressources publiques, politiques et sociales, c'est parce que le Président est un acteur à part et à part entière⁶². Son évolution, contrairement aux autres élections nationales, a suivi une trajectoire aussi différente qu'elle la spécifie. Dès lors, plusieurs candidatures enregistrées⁶³ confirmaient et continuent de confirmer autant la diversité et le pluralisme du champ politique béninois autrefois confisqué par le régime marxiste-léniniste. Ces candidatures annonçaient déjà tant les couleurs de la géolocalisation⁶⁴ des déclarations de candidatures que le soutien ethno-régionaliste des électeurs. Les candidatures étaient dans le rang de ceux qui ont pris part aux travaux de la Conférence Nationale, et appartenaient à la classe élitiste, excepté Mathieu Kérékou qui s'est fait remarquer au cours de la période révolutionnaire, c'est-à-dire que dans ce lot de candidatures qu'on pouvait tout de même classer en deux catégories à savoir, les grosses pointures à partir de leur parcours professionnel et politique⁶⁵, et les autres rivaux qui ne sont, si l'on peut le dire, favoris⁶⁶. Du fait de son enjeu lié à la tentative de rompre avec la dictature marxiste, l'élection présidentielle de 1991 était d'une importance capitale. Elle représentait la première élection ouverte de l'ère du renouveau démocratique au Bénin. A cet égard, il était plus question pour tous les candidats de proposer un nouveau pacte social et économique aux populations pour rompre avec la monotonie du paysage politique passé et renouer avec l'Etat de droit. Les candidats Nicéphore D. Soglo et Mathieu Kérékou représentaient un avantage certain sur les autres. En effet, d'ethnie Fon majoritaire dans le Zou, l'Atlantique et originaire d'Abomey, Soglo avait dirigé avec succès la transition en tant que Premier Ministre. Il

⁶⁰ J. Aïvo, *Le Président de la République en Afrique noire francophone, Genèse, mutations et avenir de la fonction*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 45.

⁶¹ S. Adjovi, *Election d'un chef d'Etat en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 15.

⁶² J. Aïvo, *op. cit.*, p. 46 ;

⁶³ Ce sont Albert Tévoédjrè, Bertin Borna, Idelphonse Lemon, Adrien Houngbédji, Bruno Amoussou, Robert Dossou, Moïse Mensah, Séverin Adjovi, Assani Fassassi, Gatién Houngbédji, Thomas Goudou, Nicéphore D. Soglo et Mathieu Kérékou. Parmi ces treize candidats, onze sont originaires du sud (Nicéphore Soglo, Adrien Houngbédji, Gatién Houngbédji, Séverin Adjovi, Assani Fassassi, Thomas Goudou, Robert Dossou, Albert Tévoédjrè, Idelphonse Lmon, Bruno Amoussou, Moïse Mensah) et deux du nord (Bertin Borna et Mathieu Kérékou) ; quatre du sud-est (Adrien Houngbédji, Gatién Houngbédji, Albert Tévoédjrè et Assani Fassassi) ; cinq du sud-ouest (Robert Dossou, Idelphonse Lemon, Bruno Amoussou, Moïse Mensah, Séverin Adjovi), puis enfin deux du centre (Nicéphore Soglo et Thomas Goudou).

⁶⁴ Il est question de l'appartenance Nord-Sud, du centre, de l'Est à l'Ouest des candidats.

⁶⁵ Dans ce lot, il y a Albert Tévoédjrè, Bertin Borna, Idelphonse Lemon, Adrien Houngbédji, Bruno Amoussou, Moïse Mensah, Nicéphore Soglo et Mathieu Kérékou.

⁶⁶ Ce sont Séverin Adjovi, Assani Fassassi, Gatién Houngbédji, Thomas Goudou et Robert Dossou.

avait réussi à relancer l'économie, à remettre les Béninois au travail, payer régulièrement les salaires, et donc avait une admiration du peuple, malgré qu'il n'appartînt à aucune formation politique. Toutefois, il a été porté par une coalition de partis politiques et de mouvements sous la dénomination de l'UTR (Union pour le Triomphe du Renouveau démocratique), dans laquelle on comptait la plupart des ministres de la transition et certains anciens défenseurs de la révolution qui ont réussi à vite retourner leur veste. Quant à Mathieu Kérékou, président sortant, même si dans l'opinion, il était véhiculé que c'était un mauvais gestionnaire à cause de son bilan économique et politique, il bénéficiait cependant de l'estime d'une bonne partie de l'opinion publique nationale et internationale pour avoir réussi à s'adapter à la situation géopolitique en convoquant la Conférence Nationale, en acceptant ses résultats et en conduisant dans le calme la période de la transition. Il avait en face de lui Bertin Borna (qu'il appelait affectueusement Babliba), un candidat de la même ethnie (Wama) que lui, originaire de la même ville (Natitingou) mais, qui avait été un de ses opposants pendant la période du Gouvernement Militaire Révolutionnaire (GMR) et condamné à mort dans l'affaire COVACS⁶⁷. Au plan politique, le président Kérékou s'est vite démarqué du Parti de la Révolution Populaire du Bénin (PRPB) à cause du passé funeste auquel l'évocation de ce parti rappelait, pour se présenter sous la bannière de candidat indépendant même s'il a été soutenu par la plupart des dignitaires du GMR. Au total, pour le compte de l'élection de 1991, seuls trois candidatures⁶⁸ n'étaient pas issues ou portées par des organisations politiques⁶⁹.

En revanche, l'élection présidentielle de 1996 a enregistré au premier tour une surprise générale. En effet, alors que tout le monde l'avait presque oublié, après sa passation du pouvoir le 4 avril 1991 au candidat Soglo déclaré élu, Kérékou annonce sa candidature en janvier 1996. Face au succès de la Renaissance du Bénin, parti créé par Rosine Vieyra Soglo soutenant l'action du président Soglo, aux élections législatives de 1995 où il a réussi à faire élire vingt députés, devenant le premier parti de l'échiquier politique national, des leaders de l'opposition ont changé de fusil d'épaule. Ils se rendirent compte de leur incapacité individuelle à battre le président

⁶⁷ Voir, Yahoudehou Janvier, *Les vraies couleurs du caméléon*, Planète communication, 2002, Le droit de savoir, t.1, 238 p.

⁶⁸ A la suite de Bertin Borna, Moïse Mensah, et Thomas Goudou étaient des candidats indépendants.

⁶⁹ Par exemple, Adrien Houngbédji était porté par le Parti du Renouveau Démocratique (PRD), un parti de masse, créé sur les cendres du PRD du président Apithy ; Albert Tévoédjrè était candidat sous la bannière de Notre Cause Commune (NCC), un parti de cadres originaires majoritairement de l'Ouémé et de l'Atlantique ; Bruno Amoussou, était pour sa part candidat du Parti Social-Démocrate (PSD), Robert Dossou l'était sous le manteau de l'ASD, un parti politique qu'il a créé après la Conférence Nationale. Quant à Sévérin Adjovi, initiateur de la table ronde de Versailles en 1989 à Paris pour tenter de trouver une solution à la situation politique chaotique d'alors au Bénin, il a été porté par le Rassemblement des Démocrates Libéraux (RDL Vivotin).

sortant. Au nombre de ceux-ci figurent Sévérin Adjovi, vice-président de l'Assemblée nationale et Albert Tévoédjrè. Ce dernier, alors président du parti Notre cause commune (NCC), s'est imposé comme le plus irréductible des adversaires du Président sortant. En effet, l'inimitié entre les deux hommes remonte à la période de transition. Dans les marchandages autour de la Conférence Nationale, il a été convenu que celui qui brigue la Primature ne se présentera pas à l'élection présidentielle suivante. Le choix de Soglo comme Premier Ministre de la transition reposait sur ce deal. Tévoédjrè avait cru que cette profession de foi était un principe inscrit dans le rapport de la Conférence pour éviter que le Premier Ministre ne soit juge et partie. Mais la ruse en politique oblige, Soglo se porte candidat à l'élection présidentielle de 1991. Le chef du parti NCC évoqua sans succès cette incompatibilité devant le Haut Conseil de la République qui jouait le rôle de la Cour Constitutionnelle en attendant la mise en place de cette dernière. Par ailleurs, le Président sortant Soglo n'a pas digéré le fait que Tévoédjrè, avant le second tour de la présidentielle de 1991, ait demandé à ses électeurs de voter « selon leur conscience ». Pour lui, ce mot d'ordre équivalait à un soutien hypocrite au candidat Mathieu Kérékou. De même, le Président Soglo répétait à l'envie que lorsqu'il était malade, juste après son élection à la Magistrature Suprême en avril 1991, Tévoédjrè, pensant sa situation désespérée, avait signé un pacte avec l'ancien président Kérékou pour que celui-ci reprenne le pouvoir et le nomme, lui Tévoédjrè, Premier Ministre. Cette intrigue vicia les relations entre ces deux acteurs, Soglo et Tévoédjrè, qui se regardaient en chien de faïence. Mais en réalité, Tévoédjrè accusait Soglo d'une dérive autoritaire dans la gestion du pouvoir et l'avait rendu responsable de la débâcle électorale de son parti aux élections législatives de 1995 où il n'obtint que trois députés contre six sous la précédente législature. Il attribue ce recul à l'effet du pouvoir et à la corruption de l'électorat par ses adversaires, et décida de ne pas se présenter à la présidentielle. NCC a alors jeta son dévolu sur le candidat Mathieu Kérékou. Il fut rejoint par les mouvements comme le Front pour la démocratie et l'unité dirigé par Sévérin Adjovi, et le Front d'Action pour le Renouveau Démocratique (FARD Alafia), implanté dans la région septentrionale. Pour rappel, le FARD Alafia, troisième force politique à l'Assemblée Nationale avec dix députés tous originaires du Nord parmi lesquels d'anciens collaborateurs du candidat Kérékou, a alimenté l'idée que le Président Soglo marginalisait les cadres de la région septentrionale. Les forces de l'opposition acquises à la cause du Président Kérékou ont créé la Coalition des Forces Démocratiques et se transformèrent en courtiers politiques dès le premier tour contrastant ainsi avec leur stratégie de 1991.

Quant à l'élection présidentielle de 2001, elle en a enregistré dix-sept (17) candidatures, parmi lesquelles figurait une femme, Marie Elise Gbèdo⁷⁰. Outre le Président sortant, candidat à sa propre succession, il y avait Soglo, Adrien Houngbédji et Bruno Amoussou. Tous les autres candidats peuvent être qualifiés d'outsiders, et au nombre desquels on peut citer François X. Loko, Adébayo Abimbola, Wallis Zoumarou, Rhétice F. Dagba, A. K. Léandre Djagoué, Lionel J. Agbo, Gatien Houngbédji, Sadikou Alao, Akandé Olofindji, François Kouyami, Sacca Lafia et Soulé Dankoro.

Par ailleurs, en difficulté d'un dauphin crédible, et dans l'incapacité de pouvoir réviser la constitution du 11 décembre 1990, le président Kérékou s'est retrouvé dans une situation de fin de mandat difficile. Pour cette raison, il ne voulait pas, au regard du nombre et de la diversité des prétendants à sa succession, désigner un dauphin. Le faire risque de provoquer l'écclatement de la coalition UBF qui le soutenait. Or, dans le même temps, le pays avait besoin d'un oiseau rare pouvant relever les défis économiques auxquels l'Etat est confronté à partir de la gestion peu orthodoxe du gouvernement. Il lui était reproché d'ailleurs d'être moins intellectuel. Ces qualités reprochées à Kérékou s'étaient a priori celles qu'incarnait l'homme de la BOAD, Boni Yayi. Le fait que Boni Yayi n'a occupé au Bénin aucun poste administratif ni politique le met à l'abri des accusations de la population contre les politiciens. Outre sa candidature et celle de Houngbédji, il y a eu vingt-quatre candidatures⁷¹. Après deux mandats, l'homme providentiel fut confronté aux mêmes difficultés que son prédécesseur. Si Kérékou a évité de désigner un dauphin, Yayi quant à lui, a désigné un candidat qualifié de militant de la vingt-cinquième heure, alors qu'il avait en face deux candidats qui mobilisaient les politiciens de tous bords par leurs fortunes, en plus des trente autres qui étaient constitués des anciens collaborateurs frustrés de la désignation de la personne du Premier ministre Lionel Zinsou. De ces candidats, deux étaient portés par des partis politiques. Il s'agit de la coalition PRD-RB (aile Léhady Soglo), et les Forces Cauris pour un Bénin Emergent (FCBE). Sauf qu'en 2021, des trois candidatures, deux l'ont été sous la bannière de deux différents partis, et la troisième (du duo Talon-Talata), a été revendiquée par l'ensemble des partis politiques soutenant la mouvance présidentielle. Talata est de l'Union Progressiste et Talon, lui, l'a été sous

⁷⁰ Avocate de formation et originaire de Ouidah, a été Ministre du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme dans le deuxième gouvernement du président M. Kérékou II. Elle est connue pour son militantisme en faveur de la cause des femmes et des enfants.

⁷¹ Il s'agit de Bruno Amoussou, Léhady Soglo, Ibrahima Idrissou, Luc Gnacadja, Lénadre Djagoue, Zul Kifl Salami, Lionel Agbo, Adjaho Richard, Marcel Gbaguidi, Célestine Zanou, Gatien Houngbédji, Soulé Dankoro, Adolphe Djimon Hodonou, Antoine Dayori, Rafiou Toukourou, Sènou Richard, Lazard Sèhoueto, Daniel Tawema, Fassassi Karimou, Kolawole Idji Antoine, Yahouedehou Janvier, Galiou Soglo, Marie Elise Gbedo, puis Séverin Adjovi.

le manteau du Bloc Républicain. Ces différentes élections ont vu porter au pouvoir des candidatures providentielles.

B- Les candidatures providentielles plébiscitées

L'histoire politique du Bénin, dans le contexte du renouveau démocratique, a montré que non seulement du chemin reste à faire, mais aussi et surtout en ce qui concerne la consolidation de la démocratie béninoise. Depuis les premières élections à l'ère du renouveau démocratique, le Président de la République est rarement issu d'actions coordonnées et d'investiture de partis politiques constitués et ayant un ancrage national suivant LaPalombara. Cela ne se dissocie pas de la crise du système partisan lui-même, puis du manque d'un espace de compétition sur fonds d'offres programmatiques. Il résonne au sein des partis une insuffisance de démocratie interne liée à l'absence de l'animation de la vie politique qui devrait à juste titre être le leitmotiv de ces organisations. Si l'objectif de positionnement politique et administratif est une constance, il est tout à fait normal que des partis politiques sont des *clubs électoraux* créés pour permettre à leurs fondateurs de prendre part au partage des ressources de l'Etat⁷². Cela a dû contribuer à une élection des fortunés ou du moins des candidats détenteurs de fortunes reconnues.

On se retrouve devant le fait accompli, peut-on dire, du moment où l'espace public et politique⁷³ de compétition béninoise est mis à l'épreuve et dominé par une classe de ploutocrates, et par conséquent, après les élections de 1991, la victoire de l'UTRD pourrait faire penser que la démocratie béninoise inaugure un jour nouveau, où la participation des partis politiques soit

⁷² P. V. Topanou, *Introduction à la sociologie politique du Bénin*, Paris, L'Harmattan, 2013. Cet analyste résume en ces termes la conception populaire de l'Etat que partagent les acteurs : « *l'Etat ça se vole ça se mange* ».

⁷³ C'est celui qui caractérise la « *formation de l'opinion et de la volonté collectives, que de scène d'apparition et de jugement d'un public de spectateurs. L'espace public sera alors envisagé comme un espace de discussion, c'est-à-dire comme un lieu de formation et de consensus sur des questions pratiques ou politiques, par une confrontation publique d'arguments. Le concept d'espace est tout à fait au cœur de la réflexion philosophique actuelle sur la démocratie, et fournit un fil directeur pour imaginer des solutions à la crise institutionnelle des sociétés dites complexes. On peut aussi inclure dans cette réflexion l'usage du concept à des fins de « critiques idéologiques* ». Dans ce domaine prévaut une problématique de la publicité et du débat public, en rapport avec trois types de questions : La légitimation du pouvoir politique dans une société vouée à l'auto-détermination et à l'auto-organisation ; la définition des conditions d'une communication démocratique et d'une souveraineté populaire (via la formation rationnelle de l'opinion et de la volonté collective) ; le traitement des problèmes d'intérêt public par une action collective. Dans ce cadre, la notion d'espace public comporte deux idées essentielles : celle d'une sphère publique de libre expression, de communication et de discussion, cette sphère constitue une instance médiatrice entre la société civile et l'Etat, entre les citoyens et le pouvoir politico-administratif ; celle d'une scène publique, c'est-à-dire d'une scène d'apparition, où accèdent la visibilité aussi bien des acteurs que des événements et des problèmes sociaux ». Voir, Quere Louis, « L'espace public : de la théorie politique à la métathéorie sociologique ». In : Quederni n°18, Automne 1992. Les espaces publics. pp.75-92.doi : 10.3406/quad.1992.972 http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/quad_0987-1381_1992_n°18_1972_p_76-77.

comme un grand pas, puisque l'UTRD était une coalition de partis politiques et de personnalités ayant ou non soutenu Mathieu Kérékou et ayant participé à la Conférence nationale. Or, c'est la personnalité même de Soglo, son palmarès et son charisme de par ses anciennes fonctions d'administrateur à la Banque mondiale qui lui ont permis d'avoir une avancée sur les autres prétendants du moins dans l'opinion publique. Appelé « *l'homme de la situation* » (susceptible de sortir le Bénin de la faillite), Soglo était perçu comme un homme de réseaux des forces globales du marché. Ainsi, l'élite politique et administrative lui a accordé l'onction et l'a hissé à la tête de l'Etat. Mais en même temps, Soglo n'était pas non plus un produit fini d'un parti politique ancré sur l'échiquier national. On pourrait toutefois comprendre que le Bénin sortait de la Conférence nationale, et d'une courte transition, et donc il est difficile de mettre un point d'honneur sur l'appartenance à une formation politique d'envergure nationale. Pourtant, il a été élu au second tour face à Kérékou, avec un suffrage de 67,5% des voix contre 32,5% pour son adversaire⁷⁴. En raison de l'absence d'un tel parti, la tentative de Soglo de réunir, après son élection, les soutiens d'un parti politique ou de personnalités avec l'appel de Goho, et qui plus est lui permettrait de créer la RB dans l'espoir de remporter les élections présidentielles de 1996, a échoué à cause des malentendus avec ses alliés de circonstance. Poussés par ce que Bayart (1990) a qualifié de « *politique du ventre* », ceux-ci ont jeté leur dévolu sur la personne de Kérékou naguère rejeté par la technologie électorale⁷⁵. Or Kérékou ne faisait pas confiance à la classe politique, accumulé du fait que la diversité observée dans cette classe ne lui a pas permis d'être porté par un parti politique digne. Il s'était présenté au premier tour de l'élection comme candidat indépendant, mais soutenu par l'Alliance des forces du progrès rejoint par le Front d'Action pour le Renouveau et le Développement (FARD-Alafia)⁷⁶. Il se représenta à sa propre succession avec Soglo qui avait

⁷⁴ A raison de : dans l'Atacora et le Borgou dans le Nord, le président Mathieu Kérékou arrive en tête respectivement avec 93.6% et 96.4%. Dans les autres départements la stratégie de report de voix a fonctionné avec un grand succès. Ainsi le président Nicéphore Soglo l'a emporté dans l'Atlantique avec 93.2 %, le Mono avec 81.5%, l'Ouémé avec 91.0% et le Zou avec 90.7 % des voix. Au sud, c'est dans le Mono que le président Mathieu Kérékou a fait le plein de ses voix avec 18,5% suivi de l'Ouémé avec 9% des voix. Ces résultats se comprennent par le fait qu'aucun des candidats originaires de ces deux départements n'étaient qualifiés pour le second tour et cela a eu pour conséquence la recomposition de l'électorat dans lequel les deux candidats étaient allés chasser. L'influence majoritaire et la très forte présence des Fons, ethnie du candidat Soglo, dans les départements de l'Atlantique et du Zou ont joué principalement dans son score dans ces deux régions. Il en est de même pour le Président Kérékou au Nord à la différence que son score dans le Borgou est plus élevé que celui de l'Atacora sa région d'origine. Dans ce dernier département l'appel des autres candidats dont celui de Bertin Borna a joué fondamentalement dans le score de Soglo, soit 6.4 % contre 3.6% dans le Borgou.

⁷⁵ Pour certains, Kérékou aurait gagné la présidentielle de 1991. Florentin Feliho alors Ministre de l'intérieur aurait renversé les résultats en faveur du Premier Ministre Soglo.

⁷⁶ Cette coalition était formée autour de Kérékou par ceux qui condamnaient la dérive népotiste et totalitaire, de même que l'usure du pouvoir de Soglo, à savoir l'opposition démocratique. Il est également soutenu par les candidats arrivés en troisième et en quatrième position, Houngbédji et Bruno Amoussou. Alors que le taux de participation était de

contesté son élection en 1996. Le second tour de la présidentielle de 2001 opposa le président sortant Kérékou à l'ancien président Soglo. Après les tractations⁷⁷ pour obtenir le soutien des candidats recalés au premier tour surtout celui de Houngbédji, Kérékou est déclaré élu pour un second mandat. A la fin de ce dernier mandat, et vu la difficile succession qui se profilait à l'horizon dans le camp de la mouvance d'une part et d'autre part, au regard de la divergence et les chicanes qui sclérosaient le paysage politique⁷⁸, l'homme de la BOAD fait son retour. Yayi se porte candidat avec le statut d'indépendant. Toutefois, il a obtenu le soutien de nombreux partis et personnalités politiques qui animaient la vie politique depuis 1990. Dans leur calcul, les partis politiques identifient rapidement les potentiels candidats ayant une chance de gagner le scrutin. Face à des

78%, les résultats officiels lui attribuèrent 52,49% du suffrage ; Kérékou a été déclaré élu le 18 mars 1996 Président de la République. Mais SOGLO conteste la régularité des résultats confirmés par la Cour constitutionnelle le 1er avril.
⁷⁷ Au même moment que le camp de SOGLO courtisait le PRD de Houngbédji, la mouvance présidentielle le faisait de même. Par exemple, à l'endroit du camp de Soglo, les discussions tournaient autour du poste de Premier ministre et celui des Affaires étrangères. Poste pour lequel Rosine Soglo consulte son mari qui oppose un non catégorique. On explique à Houngbédji que c'est le Premier ministre qui assurera l'intérim du Président de la République en cas d'absence de ce dernier. Après quelques tergiversations, Houngbédji accepte un poste de Premier Ministre, chargé du plan et de la restructuration économique. Il obtient pour ses proches les portefeuilles de la santé et de l'environnement. Le poste des mines et de l'énergie a fait l'objet d'un long débat. Les négociateurs de Soglo estiment que ce ministère stratégique doit revenir à un de ses proches. Mais devant l'insistance de leur interlocuteur, ils se résignent. La seconde partie des négociations porte sur le moyen de garantir l'accord s'engage. Houngbédji souhaite que le document soit signé en présence d'une haute personnalité. Il propose le président de l'Assemblée Nationale française Philippe Séguin, son ami personnel, en visite officielle pour inaugurer le nouvel hémicycle de l'Assemblée Nationale. Sa visite suscita des controverses entre le gouvernement Soglo et Houngbédji. Pour ne pas raviver cette plaie, les négociateurs de Soglo font observer que Séguin est très loin du Bénin et qu'il ne serait pas honorable pour les deux parties de se déplacer à Paris juste pour signer un accord électoral. De plus, le temps presse par rapport au second tour de l'élection. Houngbédji propose alors Isidore de Souza. Rosine Soglo écarte immédiatement cette proposition, du fait qu'elle n'a pas oublié les récentes déclarations du chef de l'église catholique sur le népotisme du gouvernement. Finalement, les deux parties s'entendent sur le choix de Lucien Agboka, président de la Conférence épiscopale. Les discussions prennent fin le 9 mars 1996 au petit matin. Les partisans de Soglo doivent encore rédiger les termes de l'accord. A midi, ses émissaires apportent le texte à Houngbédji et repartent pour une ultime retouche. La radio nationale annonce qu'elle va retransmettre en direct la déclaration du leader du PRD, prévue pour 13 heures. Les partisans de Kérékou et ceux de Soglo retiennent leur souffle. Vers 13h30, Houngbédji lit enfin sa déclaration. Il invite ses électeurs à reporter leurs suffrages sur Kérékou, à ses yeux « candidat du second tour le plus à même de faire du Bénin un pays plus uni, plus solidaire et plus engagé dans la consolidation de la démocratie ». A l'instant même où Houngbédji annonce son choix, les Ministres, Holo et Monou se présentent au portail de sa maison, munis du texte définitif de l'accord. Sans comprendre ce qui s'est passé, ils repartent précipitamment. Quelques heures plus tard, ils improvisent une conférence de presse. Les ministres exhibent le texte de l'accord négocié, pensant dévoiler la mauvaise foi de Houngbédji. Ils fustigent l'alliance Kérékou- Houngbédji qui est, selon eux, l'œuvre d'un « vaste complot international contre la démocratie béninoise avec des ramifications nationales ». Après le désistement en faveur de Kérékou, les chances du président sortant Soglo semblent compromises. Dans son camp, on sent déjà souffler le vent de la défaite. Les résultats du deuxième tour n'ont pas démontré le contraire. Le président sortant a été crédité de 47,51% contre 52,49% pour le candidat Kérékou. Au nord, Kérékou confirme sa filiation avec 95,58% dans l'Atacora et 85,45% dans le Borgou. Il renverse la tendance du premier tour et obtient dans le Mono 56,90% et dans l'Ouémé 68,62%, mais Soglo confirme son ancrage dans l'Atlantique et le Zou avec les scores de 70,42% et 79,94%. Le taux de suivi de l'appel de report de voix au profit de Kérékou est à 67,53% au plan national. Ce qui a créé le désistement de Soglo et qui donna lieu d'un match amical entre Amoussou et Kérékou au deuxième tour de 2001.

⁷⁸ C. Mayrargue, « Yayi Boni, un président inattendu ? Construction de la figure du candidat et dynamiques électorales au Bénin », *Politique africaine*, 2, N°102, 2006, p. 155-172.

concurrents présents dans le jeu politique depuis la Conférence nationale et les nouveaux ténors déjà bien introduits dans le harem politique⁷⁹, son image de nouveau venu se situant au-dessus des rivalités politiciennes, a pesé⁸⁰. Cette image signifiait surtout qu'il n'a pas été mêlé aux malversations qui caractérisent la gouvernance politique depuis le renouveau démocratique. De plus, il a été distillé dans l'opinion que le candidat Yayi détient une fortune qui le met à l'abri de toute tentative de corruption du fait qu'il revenait d'une institution financière sous-régionale. Sur la base d'image construite de prométhée, Yayi obtint l'adhésion populaire qui lui a valu la victoire au premier tour de la présidentielle. Après ses deux mandats, il laisse un héritage décevant. Les scandales économiques et politiques ayant marqué son mandat hypothèque les chances de son dauphin de gagner face à une opposition forte et soutenue par l'opinion publique. Nonobstant l'appui des partis politiques comme la RB, le PRD, et la coalition au pouvoir, le candidat indépendant et défenseur de la rupture a ravi la vedette. Il faut rappeler que ce sont les mêmes arguments servis ça-et-là pendant la candidature de Yayi qui ont été ventilés cette fois-ci. Mais plus encore, Yayi a travaillé contre son propre camp lorsque le champion de la gouvernance népotiste répétait à l'envie que le challenger de Zinsou est le plus riche du Bénin. Par exemple, Yayi même criait que si Talon mettait le dixième de sa fortune à disposition, le Bénin allait se développer. D'un autre côté, les soutiens de l'homme d'affaire Sébastien Ajavon disaient la même chose. Au second tour de l'élection, Talon, avec le soutien non seulement de Ajavon mais également des petits candidats qu'il avait suscités au premier tour, a remporté le scrutin. Rappelons que de tous les candidats, aucun n'a été un militant direct de parti politique. Des analystes trouvent que l'élément fondamental qui jouait en défaveur des partis politiques est la « méfiance ». Et ceci du fait des nombreux scandales pour lesquels les partis politiques sont pointés du doigt, et du fait

⁷⁹ Sur les vingt-cinq autres candidats, quatorze avaient déjà occupé une fonction ministérielle tandis que les trois présidents successifs de l'Assemblée Nationale depuis 1990 étaient candidats.

⁸⁰ Des mois avant le scrutin de 2006, le nom de YAYI Boni était déjà sur de nombreuses lèvres. Au sein de la population, beaucoup se demandaient encore qui était cet homme dont on commençait à parler de plus en plus, dont on disait qu'il allait être candidat, mais qui gardait le silence sur ses intentions. A cette époque, les visites se multipliaient au domicile du futur candidat à Cotonou, signe que se structurait déjà, de façon souterraine, un certain nombre de réseaux. En son absence, c'est son épouse et quelques proches qui, de manière encore assez amateur et informelle, recevaient les visiteurs. Ceux-ci, appartenant à toutes les catégories sociales, diplômés au chômage, hommes d'affaires, leaders associatifs ou religieux, mères de famille, venaient manifester leur soutien et proposer leurs services. Certains affirmaient leur capacité de mobilisation d'un quartier, un village ou un secteur d'activité. D'autres offraient de mettre à disposition du candidat des moyens matériels ou financiers pour sa campagne. Des groupes se réunissaient pour établir des programmes d'activités, organiser des rencontres. Certains de ces visiteurs recontactés se voyaient proposer des tâches dans l'animation de la campagne. Des meetings jamais en présence de Boni Yayi, mais auxquels assistait parfois son épouse se tenaient pour susciter sa candidature. Cet engouement croissant autour de Yayi était le résultat d'un travail discret entamé en amont et qui commençait à susciter des inquiétudes au sein de la classe politique.

que l'on fait croire à la population que ces présumés allogènes sont des « oiseaux rares » qui pouvaient étancher sa soif de développement. Si nous ne pouvons pas exclure le sous-développement, l'analphabétisme des populations et la politique du ventre des élites des variables explicatives du penchant des électeurs béninois pour les candidatures providentielles, ces facteurs ne sont pas suffisants pour autant. Une historicisation ajoute à une compréhension critique de ce comportement électoral qui ne se dissocie pas de la culture politique séculaire.

Dans leur ouvrage publié en 2017, Flahaut et Tronquoy édifient sur la nature et les pouvoirs du Président de la République en soutenant que ce dernier est « *le monarque républicain* » ou « *l'homme de la Nation* »⁸¹. Dans ce sens de monarque républicain, ils trouvent que son élection au suffrage universel est non seulement le rendez-vous électoral majeur de la vie politique mais également le « marqueur par excellence des institutions ». Cette sociohistoire autorise à faire le lien entre la figure du roi dahoméen et celle du Président qui tend à alimenter la culture politique béninoise. Dans son *Ancien Royaume du Dahomey : mœurs, religion, histoire*, publié en 1911, Le Hérissé partie du bataillon armé sous le Commandement de Dodds Alfred dans sa guerre coloniale a présenté des témoignages uniques sur la figure du monarque dahoméen susceptibles de nous éclairer sur l'inclinaison des électeurs pour les candidats providentiels au Bénin. En effet, « *Dada! Nous entendons encore l'accent de vénération [...] avec lequel les Dahoméens prononcent ce mot ! Pour eux, il synthétise les idées de richesse, de grandeur et de puissance* ». Dada est le maître absolu, « *la Force devant laquelle [le noir] n'avait qu'à plier l'échine; l'idole que le Dahoméen n'osait aborder que le front prosterné* ». Dada est le roi et le Dahoméen est sa propriété⁸².

La construction de la puissance du futur monarque commence par sa sélection. Bien que la primogéniture soit la règle, il arrive que la consultation du Fâ ou la voix du Destin par le Bokonon du palais, intervient pour permettre au souverain régnant d'écarter celui qui par droit de naissance aurait pu devenir roi, mais qu'il jugeait manquer du caractère ou des qualités requises pour gouverner. Après avoir choisi son héritier et l'avoir présenté aux grands chefs et à sa famille, le souverain lui confiait les secrets du royaume, en particulier certaines traditions cachées sur les origines des « *Aladaxonu* ». Il lui montre aussi le Danxomè, une petite amulette que personne, autre que les rois, n'a jamais vue. La préparation du candidat à la magistrature suprême touche également sa puissance financière ou du moins sa richesse. Comme le rapporte conquérant, « *le*

⁸¹ *Le président de la république en trente questions*, Paris, La documentation française, 2017, p.7-9.

⁸² Le Hérissé A., *L'Ancien royaume du Dahomey : mœurs, religion, histoire*, Paris, Emile Larose, 1911, p. 5-6.

roi faisait construire à l'héritier présomptif, au Vi-Daho, des [maisons]. Il lui donnait des femmes, des esclaves, des palmiers; il l'autorisait à recevoir hors de sa présence certains honneurs royaux et lui concédait une sorte de droit d'asile ou plutôt de droit de grâce en faveur de ceux qui, poursuivis par la justice, réussissaient à obtenir sa protection ». De cette manière, « le Prince héritier s'élevait par degrés au-dessus de ses frères, en science, en richesse et en honneurs; mais le roi le dominait encore de tout le prestige de l'acte mystérieux qu'il avait accompli à Allada aussitôt après son avènement »⁸³. Le roi disposait d'ailleurs des revenus qui lui permettent de faire ostentation de sa générosité et d'entretenir les militaires, les deux seuls titres de dépenses à son budget. Revenant sur la préparation du futur souverain, le capitaine informe que les choses les plus simples au Dahomey deviennent des sujets de vénération si elles restent cachées ou s'accomplissent dans l'ombre. Par exemple, « Le voile du temple sacré ne dérobe aux regards qu'un monticule de terre glaise, des ossements et des poteries ; ces objets ont pourtant une grande attirance sur la foule, parce que personne n'a vu le [sacrificateur] les placer là et que personne ne sait ni quelles paroles il a prononcées ni quelles cérémonies il a faites pour attirer la divinité en eux »⁸⁴. Prestige du mystérieux, les rois et les Danxomènu étaient convaincus de sa nécessité pour commander souverainement. Aussi à eux seuls était réservée la vue d'Adjahouto, la plus grande divinité des Aladaxonu avec Agasu. Le roi est l'idole du Dahomey. Dans la culture populaire, le monarque est le propriétaire du Danxomè puisque le monarque hérite du pays de par ses aïeux soit par la guerre ou par l'achat comme cela se faisait en Occident. Le témoignage de l'administrateur colonial est éloquent à cet effet : « Au moment où nous l'avons détruit, le royaume du Dahomey occupait un territoire qu'il avait conquis pied à pied, dans l'espace de trois siècles... Les uns après les autres, les royaumes qui le séparaient de ses puissants rivaux, se voyaient attaqués, détruits ou absorbés »⁸⁵.

Ce que nous essayons de montrer ici est que les croyances, les traditions et les pratiques séculaires qui se sont sédimentées dans la conscience des électeurs béninois ne peuvent être écartés pour comprendre la persistance du penchant pour les candidats providentiels. Dans ce contexte,

⁸³ Idem, p.9.

⁸⁴ Ibid., p.10.

⁸⁵ Ibid., p.2.

comment peut-on espérer une consolidation de la démocratie béninoise par l'action des partis politiques, qui dit-on sont des enfants de la démocratie⁸⁶ ?

II- DES ELECTIONS PRESIDENTIELLES CONSOLIDATRICES DE LA DEMOCRATIE

Page | 172

La démocratie telle que définie dans la partie introductive de ce chapitre se fonde sur la pluralité et la diversité. Dans le contexte béninois, la consolidation démocratique nécessite une institutionnalisation autoritaire des partis politiques, puis une éducation au forceps à la culture de la démocratie.

A- Une institutionnalisation autoritaire des partis politiques

Dans l'idée de remettre les partis politiques au cœur de la sélection du personnel politique⁸⁷ et de la conquête du pouvoir d'Etat⁸⁸ comme une contribution à la consolidation de la démocratie béninoise, il est important de durcir les conditions d'existence des partis politiques. Ce faire est une nécessité vu les turpitudes ayant marqué la vie des partis politiques au Bénin. Dans ce contexte, l'institutionnalisation des partis politiques au Bénin a commencé avec l'avènement des différentes chartes des partis politiques combiné avec les codes électoraux. En effet, si l'on la considère comme l'ensemble des règles écrites consécutives de principes et d'obligations réciproques que les signataires s'engagent à respecter, la charte des partis politiques a été une réalité au tournant de la page du marxisme-léninisme au profit de la démocratie pluraliste ayant facilité le multipartisme intégral ; une option faite à la Conférence Nationale de février 1990. Pour matérialiser la volonté des participants à cette Conférence, de privilégier, au regard des expériences et événements vécus pendant la période révolutionnaire, l'expression diversifiée des choix politiques, la première charte des partis politiques a été éditée par le Haut Conseil de la République⁸⁹. Cette disposition a donné le départ de la définition de parti politique, de leur but et des conditions de leur création. En la matière, le parti politique suivant cette disposition, « *est un regroupement de citoyens béninois autour d'un projet de société et d'un programme politique dans un but non lucratif, afin de concourir à l'expression du suffrage universel et de participer à*

⁸⁶ M. Gazibo et J. Jenson, *Politique comparée : fondements ; enjeux et approches théoriques*, 2^{ème} édition revue et mise à jour, Québec, Les Presses de l'Université de Montréal, 2015, p. 107.

⁸⁷ J-M. Denquin, *Science politique*, Paris PUF, 1996, p. 361 ;

⁸⁸ J. Lapalombara et M. Weiner, «The origin and development of political parties », dans Lapalombara Joseph et Weiner Myron (dir.), *Political parties and political development*, Princeton, PUP, 1966, p. 6.

⁸⁹ Loi n°90-023 du 13 aout 1990 portant Charte des partis politiques en République du Bénin.

l'animation de la vie politique par des moyens démocratiques et pacifiques »⁹⁰. Ces formations politiques définies par cette disposition sont créées sur la base d'une déclaration strictement administrative de constitution⁹¹, à raison de trois (03) membres fondateurs par département⁹².

L'existence légale du parti interviendrait après un contrôle de conformité par le ministère de l'intérieur⁹³, laquelle disposition, nous le verrons plus tard, a été corsetée dans la charte de 2018. Du 13 août 1990 au 11 décembre 1990, quelques mois se sont écoulés pour que soit adoptée la nouvelle Constitution béninoise. Et pour conformer la charte des partis politiques en vigueur à la Constitution, en 2003, le législateur d'alors a modifié la loi N°90-023 du 13 août 1990, au profit de la nouvelle Charte⁹⁴. Déjà les premières dispositions nouvelles justifient sa modification. Cette dernière a été modifiée en conformité à la nouvelle Constitution, et dans la droite de repenser le sens donné au parti politique pour qu'il soit conforme à la conception qui fait du parti politique une représentation du peuple du niveau national jusqu'au niveau local, tout en leur assignant de nouvelles missions au-delà de la conquête et de l'exercice du pouvoir d'Etat⁹⁵. Si dans la loi de 1990, l'alliance de parti politique n'a pas été évoquée, il faut dire que celle de 2003 a par conséquent autorisé la constitution d'alliance de partis sur la base d'un libre consentement⁹⁶. La charte de 2003 sonne comme une révolution dans la vie des partis politiques après une douzaine d'années d'expérience démocratique au regard de ce que, malgré la volonté exprimée par le législateur de voir exister des formations politiques et d'exercer librement leurs activités, celles-ci peuvent perdre leur statut d'existence à partir du moment où elles cessent de présenter des candidats à deux élections législatives consécutives⁹⁷, en portant le nombre de membres fondateurs à dix par Département⁹⁸. Cependant, après environ quinze (15) années d'expérimentation des dispositions de la loi N°2001-21 du 21 février 2003 portant charte des partis politiques, le besoin s'est fait sentir de la modifier. Le résultat a été la loi N°2018-23 du 17 septembre 2018 portant charte des partis politiques en République du Bénin. Cette dernière a connu une évolution rapide pour donner lieu à une modification⁹⁹, afin de se conformer avec les dispositions de la nouvelle

⁹⁰ Article 2 de la Loi n°90-023 du 13 août 1990 portant Charte des partis politiques en République du Bénin ;

⁹¹ *Ibid*, article 9.

⁹² *Ibid*, article 8.

⁹³ *Ibid*, article 13.

⁹⁴ Il s'agit de la loi n°2001-21 du 21 février 2003 portant Charte des partis politiques.

⁹⁵ Article 2, al.2 de la loi n°2001-21 du 21 février 2003 portant charte des partis politiques.

⁹⁶ Article 6 de la loi n°2001-21 du 21 février 2003 portant charte des partis politiques.

⁹⁷ Article 7, al.2 de la loi n°2001-21 du 21 février 2003 portant charte des partis politiques.

⁹⁸ Article 15 de la même loi.

⁹⁹ Loi n°2019-41 du 15 novembre 2019 modifiant et complétant la loi n°2018-23 du 17 septembre 2018 portant charte des partis politiques en République du Bénin.

Constitution de novembre 2019. Cette nouvelle modification a reconsidéré non seulement la définition des partis politiques mais aussi les conditions de leur création et de leur existence légale¹⁰⁰ en portant le nombre de membres fondateurs à quinze par Communes. Tout ceci dans un but de renforcer le système partisan nouvellement pensé. Malgré cette évolution toutefois, on ne ressent pas encore un changement au niveau et au sein des partis politiques pouvant aider à une quelconque consolidation de la démocratie béninoise. Les partis se créent, se fusionnent et se dissolvent au quotidien, créant une instabilité institutionnelle et structurelle de la vie partisane, au point où on se demande s'il faut durcir davantage la loi au risque de tomber dans un autoritarisme nuisible à la cause de la démocratie ! Si les causes de ce comportement des acteurs politiques sont toutefois connues, la modernisation indique d'instaurer une éducation populaire à la culture de la démocratie au Bénin.

B- Une éducation populaire à la culture de la démocratie

Si nous nous inscrivons dans une dynamique que la consolidation de la démocratie béninoise doit passer par une alternative institutionnelle où les principales forces politiques ne peuvent envisager leurs actions que dans le cadre institutionnel démocratique¹⁰¹, et de l'autre côté, que les valeurs démocratiques soient passées dans les mœurs et attitudes des gens, c'est-à-dire pénètrent les représentations populaires¹⁰², il faut de toute urgence une éducation à la citoyenneté, au patriotisme, à la conviction politique, mais plus encore à la démocratie interne au sein des partis politiques. Puisque, on le sait, la politique, en tant qu'activité, consiste par ailleurs en un effort plus ou moins tenace, digne de la démocratie, qui plus est consolidée. Cet effort, pourrait-on dire, exige tout à la fois de la passion et plus encore un coup d'œil sur ce qu'il y a d'intimement lié à la conviction politique, laquelle participe à éduquer les politiques à se tremper dans les valeurs et les vertus de la démocratie, afin de prétendre la consolider. Celle-ci ne peut parfaitement s'obtenir si l'on ne peut s'attaquer à l'impossible en forçant la main des politiques au changement. Car l'histoire politique ou du moins l'expérience historique, aussi bien à la démocratie qu'à sa consolidation la confirme le mieux, qu'on ne saurait attendre l'impossible si l'on n'est pas en mesure de s'attaquer à l'impossible. Il est vrai que la politique se fait avec la tête, mais il est tout

¹⁰⁰ Articles 2, 16, 19, 20-23 de la Loi n°2019-41 du 15 novembre 2019 modifiant et complétant la loi n°2018-23 du 17 septembre 2018 portant charte des partis politiques en République du Bénin.

¹⁰¹ A. Przeworski, *Democracy and market : Political and economic reforms in Easter Europe and Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 26.

¹⁰² P. McDonough, S. Barnes, et L.A. Pina, « The growth of democracy legitimacy in Spain », *American Political Science Review*, vol. 80, n°3, 1986, p. 735-757.

aussi vrai qu'on ne le fait pas uniquement avec la tête. Sur ce point, les partisans de l'éthique de conviction ont parfaitement raison. On ne peut pas prescrire à personne d'agir selon l'éthique de conviction ou selon l'éthique de responsabilité, pas plus qu'on ne peut lui indiquer à quel moment il doit suivre l'une ou l'autre¹⁰³. L'éthique de la conviction et celle de la responsabilité ne sont pas contradictoire, mais elles se complètent l'une et l'autre et constituent ensemble l'homme politique authentique, c'est-à-dire un homme qui peut prétendre à la « *vocation politique* »¹⁰⁴.

Par ailleurs, l'éducation à la culture démocratique doit passer aussi par l'instauration de la démocratie interne au sein des partis politiques. Sur ce point, il faut dire qu'il s'impose aux organisations politiques de favoriser une démocratie interne qui facilite le renouvellement du cercle intérieur, c'est-à-dire la métamorphose de l'oligarchie, quel que soit son caractère ou quelle que soit sa force et sa forme, sans quoi l'écart entre la structure sociale de la masse représentant les adhérents et celle des autres membres ne saurait se consolider pour finir par se répercuter sur l'électorat. Car au fur-et-à-mesure que d'autres figures politiques naissent ou font leur apparition dans le milieu politique ou au sein du parti, l'électorat prend une autre dimension et ou une autre orientation. Plus encore, la démocratie interne est manifestement la source ou la cause du renouvellement de la classe dirigeante dans les assemblées de prise de décisions. Ensuite, les partis politiques, pour une culture démocratique, doivent travailler à offrir des programmes politiques à l'électorat¹⁰⁵ plutôt qu'à la distribution des prébendes, lesquelles constituent bien évidemment des sources de corruption. Ils doivent travailler à une représentation de valeurs pour rompre avec le mythe de la méfiance entre eux et le peuple. A cet effet, les représentants des formations politiques constituent eux-mêmes et par eux-mêmes une importante source de l'offre politique, non pas du fait de leur personnalité, mais plutôt parce qu'ils sont la « *personnification des dispositions et valeurs négativement ou positivement valorisées et crédibles* »¹⁰⁶. Quant à la citoyenneté, il faut la reconnaître comme étant une forme tout à faire particulière de lien et de condition sociale partagés avec des droits et devoirs. Droits en ce sens que l'engagement politique sur la base de l'idée de conviction, sort le politique de son état de serviteur de soi-même, au profit des citoyens qu'il est appelé à représenter au sein des partis politiques et par conséquent au sein de l'appareil gouvernemental. Devoirs, justement parce que la citoyenneté contribue à la participation commune

¹⁰³ M. Weber, *le Savant et la politique*, Paris, Presse Electronique de France, 2013, p. 93.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 94.

¹⁰⁵ Offerlé Michel, *op.cit.*, p. 72.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 72 ;

à la construction de la cité¹⁰⁷. Sans la citoyenneté, la politique est vidée de son sens. Il en est de même pour les dirigeants la nécessité d'une éducation permanente qui permet d'éclairer le choix du « bon » représentant¹⁰⁸.

Enfin, la démocratie béninoise doit être reformée, reconstruite avec la nécessité de mettre en débat de façon régulière, les grandes orientations pour sensibiliser les électeurs, de même permettre d'aider les élus dans leur prise de décisions, ce qui favoriserait bien évidemment la possibilité du vote indicatif¹⁰⁹.

Conclusion

La consolidation est un concept important en études de la démocratie et un but politique vital pour les jeunes démocraties africaines en particulier. L'idée de l'élection présidentielle comme facteur de la consolidation de la démocratie béninoise, dans un contexte sociopolitique où les partis politiques semblent, à bien des égards, ne pas refléter à la fois des leviers sociaux et politiques pour leurs permettre de jouer leur rôle de conquête, d'exercice et de conservation du pouvoir. Ils semblent conforter la conviction selon laquelle *« les grands partis bouleversent la société, les petits l'agitent ; les uns la déchirent et les autres la dépravent ; les premiers la sauvent quelquefois en l'ébranlant, les seconds la troublent toujours sans profit »*. Bien plus, dans le contexte béninois, les partis politiques sont au service de ceux qui détiennent une importante part de ressources financières, et les électeurs sont soumis à la manipulation. Une telle relation entre partis politiques, hommes d'affaires et les électeurs ne saurait contribuer au renforcement de la démocratie béninoise tant vantée comme un label. Les lois subséquentes ont montré et continuent de montrer leur limite quant à leur capacité à réguler les comportements politiques.

L'espoir que la réforme du système partisan puisse permettre aux partis politiques de jouer au Bénin leur rôle de laboratoire de la démocratie et donc un canal de consolidation de la démocratie béninoise semble prendre un coup avec la déclaration du président Talon qui trouve que *« ce qui permet à un président d'être réélu avec assurance, ce qui assure la réélection d'un président, ce n'est pas son mandat, ce n'est pas ses performances, ce n'est pas ses résultats, c'est*

¹⁰⁷ R. Sue, *Un nouveau totalitarisme : Citoyenneté ou barbarie*, éditions les Liens qui Libèrent, 2020, p. 43 sur <https://www.editionslesliensquiliberent.fr> ;

¹⁰⁸ On conçoit à l'évidence l'éducation permanente du citoyen à travers des actions d'intérêt général pourrait améliorer le débat démocratique et permet de redonner confiance à l'ensemble du peuple. A ce propos, il faut un engagement associatif qui d'ailleurs favorise la participation aux élections.

¹⁰⁹ J. Viard, *L'implosion démocratique*, Collection Monde en cours, éditions de L'Aube, 2019, à. 123 ;

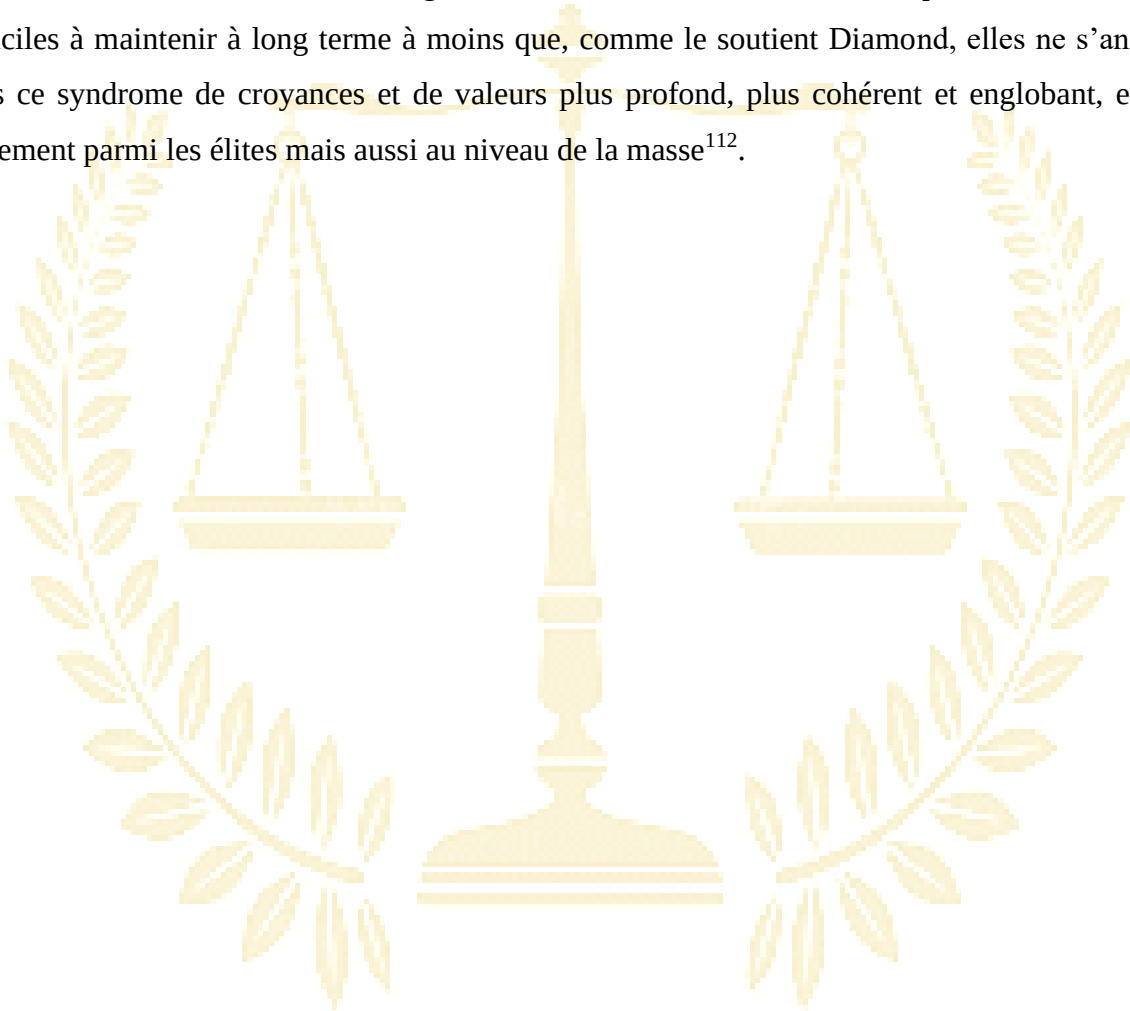
la manière dont il tient les grands électeurs, c'est la manière dont il tient tout le monde, c'est la manière dont personne n'est capable de lui tenir tête, d'être compétiteur contre lui. Quand vous n'avez pas de compétiteur, vous avez beau être mauvais vous serez réélu »¹¹⁰. Une telle conviction venant de la part du réformateur du système partisan béninois indique le rôle essentiel de la culture de la démocratie au cœur du passage de la transition à la consolidation.

Une élite consensuelle unifiée peut émerger à travers un processus de convergence des élites. Ce dernier implique la formation de larges coalitions électorales mais également une acceptation progressive par les grandes élites dissidentes et hostiles à la légitimité du système démocratique et la modération des positions idéologiques et politiques. Ainsi, nous observons lors de la consolidation démocratique l'émergence d'une culture politique d'élite caractérisée fondamentalement par la modération, l'accommodement, la partisanerie limitée, la loyauté au système et la confiance. Ces normes améliorent la prévisibilité et atténuent l'intensité des conflits politiques. Toutefois, la retenue, le compromis et un engagement rigoureux envers les procédures démocratiques de la part des élites sont liées aux valeurs politiques changeantes, aux idées et aux croyances. Ainsi, la consolidation implique une amélioration de la confiance et de la coopération entre les rivaux politiques, et un engagement de principe et non instrumental envers les règles du jeu démocratiques, ainsi que des changements plus larges dans la perception politique obtenus grâce à la socialisation politique de masse.

Dans cette perspective, le développement d'une culture démocratique de masse est un facteur important dans la consolidation de la démocratie, d'où la place centrale de l'éducation civique et de la mobilisation. Les institutionnalistes ont manqué de comprendre que la culture politique est importante pour la démocratie. On ne peut rejeter que les institutions orientent les choix et comportements et que la pratique habituelle de ces derniers s'ancre dans des valeurs et normes culturelles intrinsèques. Mais cela n'implique pas que l'analyse institutionnelle satisfait le besoin de saisir la relation entre la culture politique et la démocratie, ou que la construction des institutions suffira comme agent de changement culturel. Ces éléments de culture politique (modération, tolérance, connaissance, civilité, efficacité, participation) sont nécessaires pour un équilibrage des clivages et des conflits avec le consensus. La modération et l'accommodement impliquent non pas que la tolérance pour les opinions et positions politiques opposées, et pour les différences sociales et culturelles plus généralement, mais aussi et surtout le pragmatisme et la

¹¹⁰ Interview, A bâton rompu de Patrice Talon le 9 avril 2017.

flexibilité, un sentiment de confiance en les autres acteurs, et dans l'environnement social plus généralement, une volonté de compromis née d'une croyance intrinsèque en la nécessité et l'opportunité du compromis, et une civilité du discours politique et le respect des opinions adverses¹¹¹. Certes, les deux (la modération et l'accommodement) peuvent être induits par des incitations et des contraintes structurelles et institutionnelles, faute de normes sous-jacentes, comme le soutiennent les transitologues. Toutefois, ces orientations comportementales seront difficiles à maintenir à long terme à moins que, comme le soutient Diamond, elles ne s'ancrent dans ce syndrome de croyances et de valeurs plus profond, plus cohérent et englobant, et pas seulement parmi les élites mais aussi au niveau de la masse¹¹².



¹¹¹ (Bernard Crick, *In Defence of Politics*)

¹¹² L. Diamond "Introduction: Political Culture and Democracy", dans Larry Diamond (ed), *Political Culture and Democracy in Developing Countries*, Lynne Rienner Publishers, Boulder and London, 1994.



La politique pénitentiaire au prisme de la réinsertion sociale des détenus terroristes au Mali

Prison Policy and the social réintégration of terrorist Prisonnes in Mali

Par : Page | 179

Bouréma KANSAYE

Professeur titulaire à l'Université kurukanfuga de Bamako

Boureïma KAREMBE

Docteur en droit privé

Enseignant- chercheur à l'Université kurukanfuga de Bamako

Résumé :

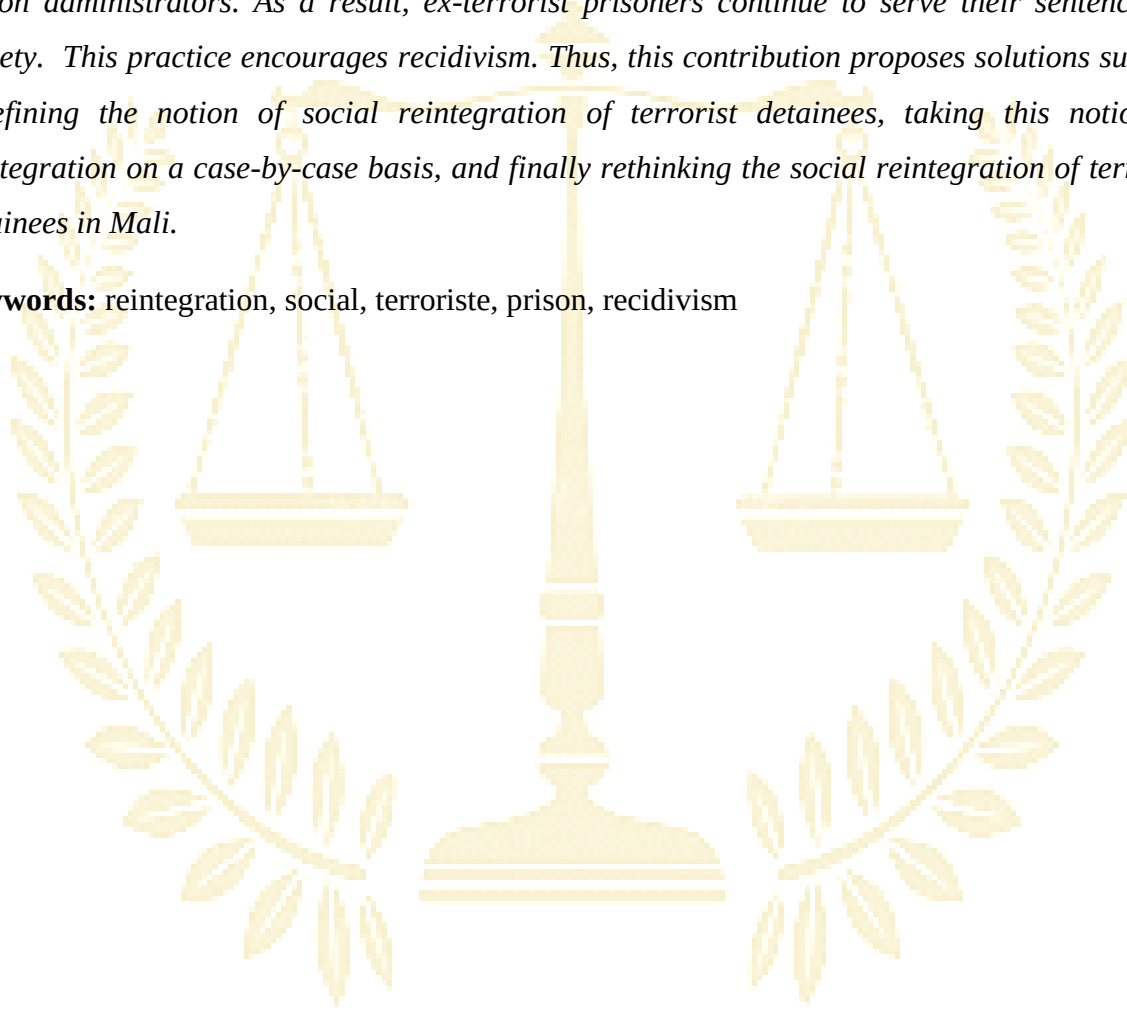
Le système carcéral malien des détenus terroristes n'offre pas de perspectives en vue d'une réinsertion effective des condamnés terroristes pendant l'incarcération et après la libération. En effet, ils sont toujours perçus par la société comme des terroristes. Il y a des risques de vengeance qui pèsent sur leur personne. Malheureusement, la réinsertion des détenus terroristes, n'est pas une préoccupation majeure pour non seulement le législateur malien encore moins pour les magistrats et l'administration pénitentiaire. Ainsi, pour les ex détenus terroristes c'est la prison en société qui continue après avoir purgé leur peine en milieu carcéral. Cette pratique encourage la récidive. Ainsi, cette contribution propose des pistes de solution telle que de redéfinir la notion de réinsertion sociales des détenus terroristes, de prendre cette notion de réinsertion au cas par cas et en fin de repenser la réinsertion sociale des détenus terroristes au Mali.

Mots clés : réinsertion, social, terroriste, prison, récidive

Abstract :

Mali's prison system for terrorist prisoners offers no prospects for the effective reintegration of convicted terrorists during incarceration and after release. Indeed, they are still perceived by society as terrorists. There is a risk of revenge. Unfortunately, the reintegration of terrorist detainees is not a major preoccupation for Malian lawmakers, let alone magistrates and prison administrators. As a result, ex-terrorist prisoners continue to serve their sentences in society. This practice encourages recidivism. Thus, this contribution proposes solutions such as redefining the notion of social reintegration of terrorist detainees, taking this notion of reintegration on a case-by-case basis, and finally rethinking the social reintegration of terrorist detainees in Mali.

Keywords: reintegration, social, terroriste, prison, recidivism



Introduction

Afin que la prison puisse assurer son rôle sur les détenus « *on peut attendre d'elle qu'elle prépare très sérieusement la sortie des condamnés qu'elle suive de près leur réinsertion. Or, c'est probablement là que le bât blesse le plus* »¹.

Page | 181

Le Mali depuis les années 1980 avait déjà une vision dans le cadre de la réinsertion sociale des détenus. Cette vision se concrétise par l'adoption d'une loi portant régime pénitentiaire qui a été abrogée par la loi portant régime pénitentiaire de 2001². A cette loi s'ajoutent les textes de création et d'organisation de la Direction Nationale de l'administration Pénitentiaire et l'Education surveillée et des deux centres spécialisés de détention, de Rééducation et de Réinsertion pour femmes (CSDRF) et pour Mineurs (CSDRM de Bollé).

En décembre 2020, la population carcérale du Mali était de 6190 personnes détenues dont plus de 285 présumés terroristes³ pour cinquante –neuf établissements pénitentiaires dont 47 fonctionnels. L'administration pénitentiaire et l'éducation surveillée a un effectif total de huit cent soixante-dix⁴ personnels pluridisciplinaires⁵ composé de ; surveillants de prison, travailleurs sociaux, agents de santé, personnel d'appui.

La notion de réinsertion s'apparente ainsi à une technique de retour du détenu à la société , après avoir purgée sa peine ou bénéficié de l'exonération de peine pour bonne conduite.

Les conditions de vie dans les établissements pénitentiaires au Mali sont décrites comme difficiles. Elles ne facilitent pas la réinsertion sociale des détenus. Le traitement ne doit pas mettre l'accent sur l'exclusion des détenus de la société, mais au contraire sur le fait qu'ils continuent à en faire partie

C'est pourquoi, le ministère de la justice conscient de ce drame, a entrepris des reformes inscrites dans le sens de la planification et de programmation à moyen et long terme. C'est dans cet ordre d'idée que de 2015 à 2019, a vu le jour, le projet⁶ d'un plan d'action stratégique de réforme de la justice, de l'administration pénitentiaire et de l'éducation surveillée. Le projet avait

¹ VERNIER (D), *peines perdues. Faut-il supprimer les prisons ?* Fayard, Paris, 2002, P.51.

² La loi n° 01/003 du 27 février 2001

³ Multidimensionnelle (sécuritaire, socio- politique, institutionnelle , humanitaire, culturelle et culturelle)

⁴ RH DNAJ, 2019

⁵ Loi N° 01-003/du 27 février 2001 portant régime pénitentiaire et éducation surveillée

⁶ MBANZOULO (P) *Mission d'appui à la formulation de la politique pénitentiaire du Mali*, , HDR et docteur en droit, Expert international senior 2018

pour but de moderniser l'administration pénitentiaire. Ce projet adopté par la DNAPES fait mention de quelques éléments constitutifs d'un embryon de la politique de réinsertion sociale des détenus. Or, pour une bonne réintégration des détenus, il faut impérativement que la préparation au retour à la vie en société soit mise en œuvre avant que les détenus ne quittent le milieu carcéral.

La réintégration sociale des personnes détenues constitue l'un des principaux défis majeurs pour les acteurs de la justice. Le défaut d'une réintégration sérieuse occasionne la récidive du détenu. Cette épineuse question doit prendre en compte l'analyse de la préparation à la sortie et à la réinsertion sociale des personnes détenues et La réinsertion des libérées,

Cette contribution vise à promouvoir la réinsertion sociale des détenus majeurs et mineurs pour une société paisible avec moins de récidive est d'une importance capitale.

Cet article attache son intérêt sur le fait qu'il Il est impératif de faire en sorte que le temps d'incarcération du détenu ne soit pas inutile dans sa vie. Il ne doit pas être seulement un temps de punition mais aussi un temps de réinsertion sociale avec des perspectives sérieuses.

Cet article, ambitionne également de faire des propositions de système efficace visant à faciliter la réinsertion des détenus. Dans ces conditions, l'étude de ce sujet, apparaît tout à fait bienvenue. Mais, avant tout, c'est la place incontournable des prisonniers dans la société qui justifie l'opportunité de la recherche entreprise. Ainsi, personne n'est à l'abri d'une prison ; Mandela et tant d'autres constituent des parfaites illustrations à ce paradigme. Cela dit, il convient de préciser la question est suivante ; face à l'ensemble des exigences liées au principe de la réinsertion des détenus majeurs et mineurs des prisons au Mali, peut-on alléguer que ce principe demeure consolidé et effectivement garanti ?

Comme délimité un peu plus haut, il est à examiner d'abord le droit d'un prisonnier majeur de bénéficier d'une réinsertion sociale adéquate (I) avant d'analyse, le droit aux prisonniers mineurs de bénéficier d'une réinsertion sociale adéquate (II).

I- LE DROIT LEGITIME POUR UN MAJEUR TERRORISTE DE BENEFICIER D'UNE REINSERTION SOCIALE ADEQUATE

La réintégration sociale des personnes condamnées pour des causes de terrorisme constitue l'un des principaux défis majeurs pour les acteurs de la justice. Le défaut d'une réintégration occasionne la récidive du terroriste. Cette épineuse question doit prendre en compte l'analyse de

la préparation à la sortie et à la réinsertion sociale des personnes détenues (A) et La réinsertion des libérés terroristes (B).

A- La préparation à la sortie, une réinsertion sociale des personnes détenues

Afin que la prison puisse assurer son rôle sur les détenus *« on peut attendre d'elle qu'elle prépare très sérieusement la sortie des condamnés qu'elle suive de près leur réinsertion. Or, c'est probablement là que le bât blesse le plus »*⁷.

Page | 183

Il faut souligner que pour une bonne réintégration du terroriste, il faut impérativement que la préparation au retour à la vie en société soit mise en œuvre avant que les détenus terroristes ne quittent le milieu carcéral. Pour arriver à une bonne réinsertion des détenus, il faut mettre l'accent sur le repentis actif à saisir et à promouvoir (1) et la nécessité d'une non rupture entre le terroriste incarcéré et le monde extérieur (2).

1- Le repentir actif à saisir et à promouvoir

L'affaire du terroriste malien Ahmed Al Faqi⁸ à la cour pénale internationale (CPI) mérite d'être analysée en faveur de la réinsertion. Dans cette affaire, Ahmed Al Faqi Al Mahdi ancien dirigeant d'Ansar Dine, allié d'Al Qaeda, a non seulement demandé pardon à la population de Tombouctou pour ses actes de terrorisme, mais aussi au peuple malien pour les crimes qu'il a commis au nord du Mali à partir de 2012.

Il a demandé sa réinsertion sociale après avoir purgé les deux tiers de sa peine⁹. Il prit la parole à la CPI en ces termes *« je suis ici devant vous aujourd'hui pour exprimer à vous et à l'ensemble du monde mon remord, ma tristesse, mes regrets à la population de Tombouctou, à mes concitoyens, à mon pays le Mali, pour les crimes que j'ai commis. Je me suis préparé à intégrer la société. J'ai appris de nouveaux métiers. J'ai acquis de nouvelles expériences pendant ma détention. Ce qui a amélioré ma pensée. Je vous assure que je me suis entièrement dissocié du monde du crime et je n'y reviendrai jamais »*¹⁰. Il faut comprendre que c'est un cas de repentir exemplaire à notre sens. Or, très généralement, les terroristes disent qu'ils ne regrettent pas leur

⁷ VERNIER (D), *peines perdues. Faut-il supprimer les prisons ?* op.cit. , P.51.

⁸ Ahmad Al Faqi a été arrêté en 2015, puis jugé et condamné en 2016 à neuf ans de prison pour son rôle dans la destruction des patrimoines culturelles de Tombouctou classés au patrimoine mondial de l'humanité par l'Unesco, ⁹<https://www.aa.com.tr/fr/afrique/lancien-malien-ahmed-al-faqi-a-pr%C3%A9-ses-excuses-%C3A0-la-population-de-tombouctou/2390555> consulté le 13/11/ 2021 à 11h 50.

¹⁰<https://www.aa.com.tr/fr/afrique/lancien-malien-ahmed-al-faqi-a-pr%C3%A9-ses-excuses-%C3A0-la-population-de-tombouctou/2390555> consulté le 13/11/ 2021 à 12h 00.

acte terroriste parce qu'ils se battent pour Dieu. La CPI devrait lui accorder l'opportunité d'intégrer la société avec une certaine mesure de surveillance.

Il est impératif de faire en sorte que le temps d'incarcération des terroristes ne soit pas inutile dans sa vie. Il ne doit pas être seulement un temps de punition mais aussi un temps de réinsertion sociale avec des perspectives sérieuses. Il est remarquable que la doctrine est plus abondante sur la réinsertion des détenus après leur libération. C'est pourquoi, l'utilisation du terme l'ex détenu est fréquent. Ainsi, si cette pratique de la préparation à l'insertion des autres catégories des détenus est efficace, il faut souligner qu'elle est moins efficace pour les détenus terroristes. A ce propos, Paul disait que « *les préparatifs en vue de la mise en liberté et de la réinsertion sociale débutent dès l'arrivée en prison en tenant compte des besoins spécifiques de la personne détenue ...* ». ¹¹ Ainsi, les besoins de réinsertion sociale doivent porter sur l'employabilité de certains détenus terroristes, qui se sont trouvés dans le terrorisme pour cause de chômage dans certaine région du Mali. En occurrence, dans les 5 régions abrite un certain nombre de terroristes qui ont acceptés d'être recruté pour échapper de chômage. Le primitif des audiences terroristes renseigne beaucoup sur la cause de leur implication. Dans l'affaire de Moustapha Ahmed ¹² contre le Ministère public (MP). Il a reconnu les faits en hauteur de sa participation aux actes terroristes sans connaître de quoi il s'agissait. Il avait été recruté par un certain David qui l'aurait envoyé vers un autre dont il ignore le nom pour un travail. Il faisait juste la cuisine et la lessive lorsque la force barked l'appréhendait. Il est souhaitable que ces primitifs soient transférés à la direction de la pénitence pour le programme de réinsertions des détenus terroristes. Par exemple la Belgique a réglé le problème de réinsertion des détenus depuis la prison. En Belgique, « *la promulgation de la loi de principes sur l'administration des établissements pénitentiaires et le statut juridique des détenus a érigé le travail et la formation au statut de droits fondamentaux* » ¹³. Le législateur malien doit s'inspirer de l'exemple son homologue de Belgique pour permettre aux détenus terroristes de continuer leur séjour en prison tout en travaillant. Cette option prépare leur sortie pour une éventuelle réinsertion sociale.

Il s'agit ensuite, du traitement de l'alcoolisme ou de la toxicomanie de certains terroristes. En outre, il faut un programme de déradicalisation dans les établissements pénitentiaires.

¹¹ MBANZOULOU (P), *Mission d'appui à la formulation de la politique pénitentiaire du Mali*, op.cit.

¹² Le primitif des audiences du Mercredi 9 Décembre 2020 à la cour d'appel de Bamako.

¹³ BENECH (C), DUPUIS (I), GAZZOLA (M), GOUVERNEUR (M), ZAUCHE (Y), et al., *la réinsertion des détenus : quels moyens pour quels résultats ?* Europe ed .Resp. : Denis Stokkink 2013, P.42.

2- La nécessité d'une osmose entre le terroriste incarcéré et le monde extérieur

Il est souhaitable, sinon impératif de rétablir le lien entre les terroristes¹⁴ et le monde extérieur pour une bonne et sérieuse préparation à la réinsertion sociale. Force est de constater qu'ils sont coupés du monde extérieur et gardés sous une haute surveillance pénitentiaire sous prétexte qu'ils sont dangereux. Cette pratique, à notre sens, les amène d'un sentiment non seulement d'abandon mais aussi d'être traité comme un monstre. Par conséquent, elle renforce leur haine contre la société. Malheureusement, la relation entre les terroristes et leurs proches sont ignorées par l'administration pénitentiaire. L'administration pénitentiaire dépossède les détenus terroristes du statut qui était le leur dans leur famille en occupant tout lien entre eux et le monde extérieur. Toutefois, il est à rappeler que le maintien des liens sociaux ou familiaux des détenus est capital dans la lutte contre la désocialisation. Il est capital pour la préparation de la réinsertion du détenu à sa sortie.

L'établissement pénitentiaire en tant que gardien des détenus, doit mettre les moyens pratiques et théoriques possibles pour montrer aux détenus terroristes qu'il n'y a pas assez de différence entre la vie en prison et la vie en liberté, en respectant la dignité de la personne détenue. Ainsi, le conseil économique et social a laissé entendre cette réalité dans un rapport en ces termes « *la méconnaissance des enjeux de la réinsertion et de ses résultats favorise la primauté accordée à la mission de garde sur celle de la réinsertion des détenus* »¹⁵.

Toutefois, comme dans plusieurs autres pays, la politique d'une bonne préparation de la réinsertion sociale est quasi inexistante au Mali. Comme le disait Paul « *la situation des établissements pénitentiaires et de l'éducation surveillée du Mali se caractérise par une insuffisance notoire dans la préparation des personnes détenues à la sortie et surtout à leur perspective de réinsertion sociale. L'indigence générale des établissements dans ce domaine se traduit par l'insuffisance des ateliers de formation socioprofessionnelle (savonnerie, couture, maroquinerie, teinture, menuiserie bois/ métallique, notamment) et le nombre insuffisant des*

¹⁴ Aujourd'hui aucune rencontre avec les détenus n'est possible ni à la maison centrale d'Arrêt (MCA) ni au can 1 encore moins à la sécurité d'Etat (SE). Or des rencontres sous surveillance avec des chercheurs et d'autres couches de la société telle que des imans etc. pourraient être une puce de solution pour une éventuelle réinsertion sociale. Ce rôle ne peut pas être assuré par les personnels pénitentiaires qu'ils considèrent comme le disait un des personnels comme leur ennemi.

¹⁵ Conseil économique et social, les conditions de la réinsertion socioprofessionnelle des détenus en France, rapport présenté par Donat. DECISIER, au nom de la section des Affaires sociales présidée par Hubert, BRIN, n°227, 17 février 2006, Les Editions des journaux officiels, 2006, n°2.

personnels techniques et spécialisés. Dans la plupart d'établissements pénitentiaires, il est difficile de créer des ateliers à cause de la vétusté et surtout l'exiguïté des lieux »¹⁶. Il est aussi intéressant d'embaucher certains au sein de la pénitence. Par exemple Balayer la cour pourrait être une option. Il faut juste les occuper, trouver un moyen de leur faire oublier qu'ils sont en prison. Dans cette logique, même les terroristes condamnés à mort en prison vont passer le restant de leur vie dans la dignité et la joie parce qu'ils pourraient aimer la vie en prison plus que la vie en liberté. Ainsi, il est à rappeler qu'au Mali, les terroristes sont condamnés à des peines de prison à vie comme c'est le cas de Moustapha Ahmed¹⁷ etc. et à des peines de longue durée comme c'est le cas de Harouna Ahmadou¹⁸ etc.

Selon Amnesty international, en 2015, à titre d'exemple « aucune exécution n'a eu lieu au Mali. Dix nouvelles condamnations à mort ont été prononcées par les tribunaux. A la fin de l'année, 23 personnes étaient incarcérées dans le quartier des condamnés à mort, et 16 avaient vu leur sentence capitale commuée »¹⁹

Il est à retenir que l'objectif essentiel du traitement des prisonniers doit être leur amendement et leur réinsertion sociale.²⁰

Le volet formation doit être développé en prison pour ceux qui ne sont pas alphabétisés. En effet, pour les condamnés terroristes, dans le pire des cas, c'est la prison à vie et dans le meilleur des cas c'est la prison à longue durée. Ceux qui ont eu la chance de bénéficier de la prison de longue durée, peuvent obtenir des diplômes qui vont leur permettre de trouver de l'emploi en dehors ou dans les établissements pénitentiaires après leur libération. On suppose que ce sont des criminels qui se trouvent en prison. Pour leur rééducation, il faut une politique pénale plus douce en leur faveur. Le législateur de Belgique a bien compris cette politique pénale qui est digne d'exemple pour le Mali. Il a mis l'accent sur la formation. « Il faut distinguer deux formes d'enseignement au sein des établissements pénitentiaires : les formations professionnelles et les formations non qualifiantes (cours de français, de mathématiques) »²¹.

¹⁶ MBANZOULOU (P), *Mission d'appui à la formulation de la politique pénitentiaire du Mali*, P. 29. Op.cit.

¹⁷ Le primitif des audiences de la cour d'appel de Bamako du mercredi 9/ décembre 2020.

¹⁸ Le primitif de l'audience de la cour d'appel de Bamako du 8/9/ 2017.

¹⁹ Rapport mondial d'amnesty international, condamnations à mort et exécutions. En 2015. P 19.

²⁰ Manuel de formation aux droits de l'homme à l'intention du personnel pénitentiaire, les Droits de l'homme et les prisons, Nations Unies New York et Genève, 2004. P 190.

²¹ BENECH (C),DUPUIS (I) ,GAZZOLA (M) , GOUVERNEUR(M), ZAOUCHE (Y), et al., *la réinsertion des détenus : quels moyens pour quels résultats ?* op, cit, P.45.

Il est souhaitable que le législateur malien pense à la création d'un service pénitentiaire et de probation chargé de la préparation à la sortie des personnes détenues terroristes et du suivi des mesures en milieu ouvert. Toutefois, il serait utile d'analyser le suivi postpénal des libérés terroristes.

B- La réinsertion des terroristes libérés, un défi à relever par tous

La réinsertion peut être comprise comme une faveur accordée aux ex-détenus après leur sortie de prison en vue de faciliter leur bon retour dans la société.

Cette réinsertion doit non seulement passer par le suivi des libérés conditionnels et définitifs (1) mais aussi par un nécessaire aménagement de la peine d'emprisonnement, facteur de réinsertion des détenus (2).

1- Les libérés conditionnels et définitifs

Il faut rappeler que l'article 148 CPPM stipule que « *En toute matière, la mise en liberté assortie ou non du contrôle judiciaire peut être ordonnée par le juge d'instruction soit sur demande de l'inculpé ou son conseil, soit sur réquisitions du ministère public, soit d'office, à charge pour l'inculpé de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure aussitôt qu'il en sera requis et de tenir informé le magistrat instructeur de tous ses déplacements* »²². Cette ouverture d'esprit du législateur sur le suivi postpénal des détenus montre son engagement pour la réinsertion des détenus.

Le suivi postpénal des détenus doit logiquement se fonder non seulement sur le suivi des libérés conditionnels des terroristes, s'il en existait même un cas, pour des raisons de la dangerosité du terrorisme, mais aussi sur le suivi des libérés définitifs. Il traduit un accompagnement des ex-détenus à l'extérieur des établissements pénitentiaires pour éviter une éventuelle récidive. « *Il est assuré par un comité de probation et d'assistance aux libérés composé d'agents de probation, qui appartiennent au corps des éducateurs de l'administration pénitentiaire, d'assistants sociaux, de délégués bénévoles, mais également de membres actifs et de membres d'honneur et bienfaiteurs. Il regroupe un ensemble de mesures d'accompagnement socio-éducatif de la personne détenue après la sortie de prison dont l'objectif est de faciliter la transition entre la prison et la vie à l'extérieur. Il est généralement assuré sous l'autorité d'un magistrat, le président du tribunal de*

²² Loi n°92-020 du 23 septembre 1992 Modifiée par la loi n°2013-016 du 21 mai 2013.

grande instance. De nos jours, le suivi-post-pénal s'est transformé en suivi en milieu ouvert avec la création du sursis avec une mise à l'épreuve (SME), nécessitant le contrôle de l'exécution des mesures et des obligations relatives au régime de la mise à l'épreuve. Le travail d'intérêt général (TIG) a lui aussi complété le contenu de ce suivi en milieu ouvert, assuré généralement par des services d'insertion et de probation, sous le contrôle du juge de l'application des peines »²³.

Aussi, la liberté conditionnelle des terroristes est quasi inexistante au Mali à fortiori de parler de l'insertion. Le législateur malien doit envisager cette possibilité qui pourrait non seulement désengorger la prison mais aussi faciliter leur insertion sociale. La méfiance des juges de l'octroyer aux détenus terroristes est fondée sur la crainte de la récidive. Il est bon d'attirer l'attention du législateur sur l'instauration du bracelet électronique comme un instrument de lutte contre le terrorisme. L'utilisation du bracelet électronique pourrait être un début de solution.

Paul affirme que « le suivi postpénal permet d'optimiser les chances de réinsertion sociale du libéré définitif grâce à l'assistance que les personnels pénitentiaires qui en sont chargés peuvent lui apporter. Il favorise également la réinsertion du libéré conditionnel ou du mis à l'épreuve grâce à la supervision et l'assistance qui lui sont apportées. »²⁴.

Au Mali, malheureusement, la législation²⁵ en matière de suivi post pénal des libérés est quasi inexistant. Ainsi, en matière de sursis avec mise à l'épreuve, le condamné est sous la haute surveillance du procureur de la République (art.21 CP). Il est tenu de se conformer aux mesures de surveillance prescrites par la décision de condamnation (art.22 CP).

En ce qui concerne les ex-détenus terroristes, on note deux situations. Il s'agit notamment de ceux qui veulent changer et de ceux qui ne veulent pas changer et qui continuent à être une sérieuse menace pour la société. La libération de ces derniers coupe le sommeil à la population.

La première variante, dès sa sortie de prison, fait face à de nombreuses difficultés. Il s'agit notamment de l'isolement social de la méfiance de la société à leur égard, du problème de santé lié aux conditions d'incarcération, du manque d'emploi de la rupture des relations avec les proches, de la vengeance des victimes directes ou collatérales qui pourrait aller jusqu'à l'assassinat de l'ex

²³MBANZOULOU (P) , *Mission d'appui à la formulation de la politique pénitentiaire du Mali*, op.cit. P. 32.

²⁴ Idem.

²⁵ Le Décret n°06-036/du 31 janvier 2007 déterminant les modalités d'application de la peine de travail d'intérêt général confie l'exécution et le suivi de la peine de travail d'intérêt général à la direction de l'administration pénitentiaire et de l'éducation surveillée sous la surveillance du procureur de la République (PR) ou du juge de paix à compétence étendue (JPCE).

détenus terroristes etc., ces difficultés pourraient contribuer à la récidive de l'ex-détenu. Cette épineuse problématique peut être traitée par un accompagnement sérieux non seulement de l'Etat mais aussi des ONG. Cet exemple est très illustratif, *« la fondation France soutiendra des initiatives permettant aux personnes sortant de prison de disposer d'un projet de réinsertion, avec un accompagnement global adapté. Ce projet devra se construire dès la détention quand cela est possible et proposer un accompagnement dans le temps, en partenariat avec l'ensemble des acteurs institutionnels et/ou associatifs concernés (santé, emploi, hébergement, etc.). Il pourra également concerner des projets de remobilisation des personnes détenues, travaillant sur la restauration de l'estime de soi et sur l'investissement dans un projet en vue de préparer la sortie »*.²⁶ Malheureusement, on constate que les projets d'accompagnement des détenus terroristes sont quasi inexistantes. La politique de réinsertion n'est pratiquée qu'en milieu carcéral. En France, *« 63% des détenus libérés de prison, en sortie sèche, sans accompagnement, récidivent dans les 5 ans »*²⁷.

La deuxième variante basée sur les ex-détenus terroristes qui n'ont aucune envie de changer doit être gardée non pas pour leur sûreté en tant qu'ex détenu mais pour sécuriser les citoyens de leur danger. Il faut une autre politique pénale pour leur suivi parce qu'on ne peut plus les maintenir en prison après avoir purgé leur peine. Il serait judicieux de prévoir comme en France une loi de suivi des libérés terroristes. En France, la loi antiterroriste Dupond Moretti²⁸ veut des mesures judiciaires jusqu'à 5 ans après la sortie de certains détenus terroristes. Il affirme qu'« aucun détenu terroriste, aujourd'hui, ne sortira de prison sans être doublement suivi par des mesures administratives et par des mesures judiciaires qui le contraignent à rester au contact de la justice qui le surveille de près. C'est une mesure qui pourra durer jusqu'à 5 ans ».²⁹ Notamment cette surveillance doit être renforcée par le port de bracelet électronique. Cette pratique du bracelet électronique sur les détenus qui ont purgé leur peine de notre point de vue est un bouleversement du droit pénal. Il ne peut y avoir de peine après avoir purgé une peine directement sans commettre une autre infraction. Ceci rend difficile leur réintégration sociale également. C'est une pratique non seulement qui impose une double sanction à l'ex détenu terroriste, parce qu'il a purgé déjà sa peine et il continue à le faire mais aussi, c'est une marque qui prouve à la société qu'il est toujours

²⁶ www.fondationdefrance.org/fr/prisons-sortir-de-la-delinquance consulté le 22/10/2021 à 1h00

²⁷ Idem.

²⁸ L'ex ministre de la justice de la République française en 2021.

²⁹ Explique, l'ex ministre de la justice, Eric DUPOND-MORETTI sur le plateau de France 2. Le 28 avril 2021.

un criminel. Cela réduit sa chance de réinsertion, à notre sens. Par contre, les mettre sous la surveillance de la SE serait une alternative à ne pas ignorer. Le législateur malien doit penser à un nouveau dispositif qui prévoit par exemple 6 mois avant leur libération évaluer leur niveau de dangerosité pour la population avant de les mettre sous surveillance pour la prévention de la récidive. Il peut également prévoir, sous forme de surveillance, que l'ex détenu terroriste reçoit des accompagnements de réinsertion qui doivent être mis en place. La prise en charge sanitaire, sociale, éducative, psychologique aussi que sa disponibilité à répondre aux convocations du juge chaque fois que le besoin se fait sentir etc. pourraient être des pistes de solution. La relation étroite entre la justice et l'ex-détenu terroriste est un élément clé pour la réussite de cette surveillance dans l'intérêt exclusif de la société.

S'agissant de la liberté conditionnelle, elle est largement consacrée par le CPPM. Selon le code pénal malien, la libération conditionnelle est la mise en liberté par anticipation des condamnés à une peine privative de liberté. Pris sous cet angle, la liberté conditionnelle est un élément clé pour la réintégration des condamnés terroristes qui ont le sentiment d'être déshumanisé par la société. Toutefois, l'obtention de cette liberté est soumise à des conditions particulières. Parmi ces conditions, il y a celles liées aux peines, le législateur camerounais parle d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sureté de même nature³⁰.

S'agissant des conditions liées au délai, le non récidiviste ne peut bénéficier de la libération conditionnelle qu'après l'accomplissement de la moitié de la peine. Elle ne peut être accordée au récidiviste qu'après l'accomplissement des deux tiers (2/3) de sa peine³¹. Concernant la liberté conditionnelle liée à la réinsertion sociale, elle n'est pas obtenue de façon automatique. Il faut l'expiration d'un délai fixé. Le condamné doit faire preuve de bonne conduite qui est gage de sa libération conditionnelle et présenter des gages sérieux de réadaptation sociale³². En revanche, après avoir obtenu la libération conditionnelle, le condamné doit avoir un comportement exemplaire pendant le délai fixé pour que cette libération conditionnelle soit définitive. Au

³⁰ Art. 691 alinéa 1 CPPC.

³¹ Art. 693 alinéa 1 CPPC : « la libération conditionnelle ne peut être accordée au condamné qu'après l'accomplissement de la moitié de sa peine ou de la moitié de l'ensemble des peines en cas de cumul, compte tenu, s'il échet, des mesures de grâce. Elle ne peut être accordée au récidiviste qu'après l'accomplissement des deux tiers de sa peine ».

³² NEMOV (I), « la place du droit pénal socialiste dans la prévention de la criminalité », in *Mélanges*, Pierre. BOUZAT, Paris, 1980, P. 821.

contraire, s'il se conduit mal, il peut y avoir révocation. Ainsi, la période de la liberté conditionnelle ne sera pas imputée sur le restant de la peine.

Dans les affaires de terrorisme, les juges sont très réservés sur l'octroi de la liberté conditionnelle, leurs réserves sont bien fondées. Ils doivent se donner le temps d'étudier le dossier du condamné terroriste pour se rendre compte qu'il y a des terroristes qui méritent une seconde chance, surtout, ceux qui se sont retrouvés dans le terrorisme non par conviction ni par idéologie mais seulement pour cause du chômage. C'est le cas de Ahmed AG³³ qui a été jugé et condamné. Il y a également ceux qui se sont retrouvés dans le terrorisme parce qu'on leur a fait croire que c'est une guerre inter ethnique suite à la défaillance de l'Etat à les protéger.

Aucun condamné terroriste n'a obtenu, malheureusement une liberté conditionnelle, qui est gage d'une bonne réinsertion sociale.

Par ailleurs, Assène, avocate, dont de nombreux clients sont poursuivis dans des affaires terroristes, fait le témoignage suivant : *« mes clients le savent : ils n'auront aucun aménagement de peine »*³⁴. Ainsi, *« Le cadre légal restrictif et la frilosité des magistrats font que les demandes d'aménagement de peine sont quasi- systématiquement rejetées, et les sorties sèches la norme »*³⁵. Cependant, il serait intéressant d'aborder les aménagements de la peine d'emprisonnement comme facteur de réinsertion sociale des détenus terroristes.

2- Un nécessaire aménagement de la peine d'emprisonnement comme facteur de réinsertion sociale des détenus terroristes

Le système de peine du code pénal malien a quasiment toujours été axé sur la peine privative de liberté. En matière du terrorisme il n'y a pas eu d'exception sur la peine privative de liberté, à notre connaissance. Un aménagement de peine au profit de la réinsertion sociale des détenus terroristes pourrait favoriser la réinsertion sociale. C'est encore d'être le cas comme l'atteste la littérature.

³³ Les primitifs des audiences de la cour d'appel de Bamako du 9 décembre 2020.

³⁴ Cité par la section française de l'observation internationale des prisons (OIP-SF) qui est une association loi 1901 qui agit pour le respect des droits de l'homme en milieu carcéral et un moindre recours à l'emprisonnement et qui dispose du statut consultatif auprès des Nations Unies. Disponible ici <https://oip.org/analyse/lamenagement-de-peine-pour-les-detenus-terro-un-mirage-qui-seloigne-de-jour-en-jour/> consulté le 24/10/2021 à 13h 07.

³⁵ <https://oip.org/analyse/lamenagement-de-peine-pour-les-detenus-terro-un-mirage-qui-seloigne-de-jour-en-jour/> consulté le 24/10/2021 à 14h 07.

Il « pourtant gage de réinsertion, les aménagements de peine sont, en matière terroriste, quasi inexistantes. Alors qu'ils étaient déjà rarement prononcés, la législation antiterroriste de 2016 est venue durcir les conditions d'octroi de certains de ces aménagements, et en supprimer purement et simplement d'autres. In fine, c'est toute la philosophie de l'aménagement de peine - et derrière elle, de la préparation à la sortie qui est remise en cause »³⁶.

L'efficacité des peines alternatives à l'emprisonnement est reconnue aujourd'hui dans plusieurs pays. Même si on déplore le manque de données objectives pour étayer ce propos, on peut quand même remarquer que ces peines ont un effet positif en matière de réduction, de récidive dans le pays où elles sont appliquées. En France, par exemple « la loi de programmation de la justice (dans la partie dite 'bloc peine' entrée en vigueur le 24 mars 2020) a permis des alternatives et des mesures d'aménagement de peine, dans un volume et une intensité inédite.

La fondation de France soutiendra des projets visant à accompagner l'insertion sociale des personnes concernées par des mesures d'aménagement de peine ou condamnées à des sanctions alternatives à la détention (sursis probatoire, détention à domicile sous surveillance électronique, placement extérieur, travail d'intérêt général, etc.). Sans un accompagnement social adapté, ces peines ne peuvent suffire en elles-mêmes, ni pour résoudre les difficultés d'accès aux droits, aux soins, à l'emploi, ni encore pour résorber d'autres freins à la réinsertion sociale des personnes condamnées »³⁷. Cette approche limite le nombre de récidiviste et du coup de criminels dans la société.

Il nous convient de soutenir que l'utilisation des peines privatives de libertés moins sévère est facteur déterminant pour la réinsertion facile et rapide des détenus terroristes. Il s'agit notamment de la semi-liberté, la conditionnelle etc.

En ce qui concerne la semi-liberté, l'Encyclopédie Dalloz de droit pénal et procédure pénale définit la semi-liberté comme étant une mesure judiciaire par laquelle la juridiction de jugement autorise le condamné à se rendre en dehors de la prison, pour y accomplir une activité ou une tâche personnelle ou sociale nécessaire, sans faire l'objet de surveillance, à condition de

³⁶<https://oip.org/analyse/lamenagement-de-peine-pour-les-detenus-terro-un-mirage-qui-seloigne-de-jour-en-jour/> consulté le 22/10/2021 à 17h 07.

³⁷www.fondationdefrance.org/fr/prisons-sortir-de-la-delinquance consulté le 22/10/2021 à 1h20.

réintégrer la prison au moment déterminé par la décision. La semi-liberté se présente comme une modalité particulière d'exécution de la peine³⁸.

La semi-liberté, est une expression presque méconnue par le code pénal malien, mais qui est consacrée dans le cadre d'Etude par le décret de 1998 portant régime pénitentiaire du Mali à son article 93. Cet article stipule que « *le régime de semi-liberté peut être accordé afin que soit suivi à l'extérieur de l'établissement, un enseignement qui ne pourrait être dispensé en détention ou suivi par correspondance et qui apparaît nécessaire au reclassement du détenu* »³⁹. Le législateur malien ne voit pas la semi-liberté comme cadre de réinsertion des détenus en dehors de la formation des détenus comme ses homologues. Elle est pratiquée quand même sur certains détenus autres que les détenus terroristes sans une mise en forme judiciaire. Les détenus qui bénéficient de cet avantage sont des détenus qui ont pu gagner la confiance des personnels de la pénitence. Pour bénéficier de ces avantages qui sont nécessaires pour la réinsertion sociale, il est nécessaire de remplir certaines conditions et l'intervention de deux acteurs, en l'occurrence le juge et l'administration pénitentiaire pour la mise en œuvre de la décision. Il faut d'abord que le détenu terroriste ait un comportement exemplaire qui montre son envie de tout reprendre à zéro. Les autorités pénitentiaires supervisent l'entrée et la sortie de prison du semi-libre et rendent compte de son comportement au juge.⁴⁰ Le semi-libre est obligé d'être présent au moment de l'appel pour la fermeture des cellules. Selon Ename, l'absence du détenu est considérée comme une évasion⁴¹. Au Mali pour avoir même une possibilité de sortir dans la cour de la pénitence, il faut soudoyer les gardiens⁴². Il y'a même des détenus qui vendent des boutiques en face de la MCA et qui ferment à l'heure de l'appel pour rentrer dans la cellule.⁴³ La deuxième condition est que le détenu soit non seulement irréprochable mais aussi qu'il se trouve vers la fin de sa peine. Cette condition à notre sens est nécessaire pour le prisonnier pour sa réinsertion avant sa sortie effective de prison. Il est important de rappeler, à notre connaissance, qu'aucun prisonnier terroriste n'a bénéficié de ces avantages comme les autres prisonniers. Toutefois, pour reprendre l'expression des Nations Unies

³⁸ Encyclopédie Dalloz *de droit pénal et procédure pénale*, tome 5, 2001, P.22.

³⁹ Décret portant régime pénitentiaire de 1988 du Mali.

⁴⁰ ELOUGA (N), *la prison dans le système répressif camerounais*, thèse UCAD, 2017. P. 110.

⁴¹ NKWANE (E), *la resocialisation du délinquant au Cameroun*, Mémoire de Maîtrise en droit privé, option : pratique et contentieux de droit privé, Université de Yaoundé 1988-1989. P. 65.

⁴² Entretien avec un ex détenu le 19 / 10/2021 à 17h 15.

⁴³ Idem.

« le délinquant, une fois libéré, est non seulement désireux, mais aussi capable, de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses besoins »⁴⁴.

Il convient de souligner que les aménagements de peine pour les terroristes sont ignorés pour des considérations sécuritaires basées sur la crainte de récidive. Or, selon l'art 222CPPM *« toute personne condamnée par un tribunal malien à une peine criminelle ou correctionnelle peut être réhabilitée. La réhabilitation, soit acquise de plein droit, soit accordée par arrêt de la chambre d'accusation »*⁴⁵. Les magistrats du pôle spécialisé dans la lutte contre le terrorisme du Mali doivent comprendre que la prévention de la récidive passe par une bonne réinsertion. Sinon, dès leur libération c'est la récidive qui va suivre. Ils peuvent même exploiter une bonne réinsertion des condamnés pour les accompagner à lutter efficacement contre le terrorisme. Les bénéficiaires de cette réinsertion sont censés avoir des informations capitales pour la lutte efficace contre le terrorisme.

Face cette problématique de réinsertion du terroriste repent et du terroriste toujours radicalisé, après avoir purgé sa peine, le législateur malien est interpellé pour leur encadrement. Il est nécessaire que le législateur pense à une loi qui a pour but d'instaurer une nouvelle mesure judiciaire de suivi et de surveillance visant à prévenir la récidive et à accompagner la réinsertion des terroristes de l'établissement pénitentiaire jusqu'à la vie après la prison. Ainsi, il va aboutir à une bonne solution qui n'est autre que la cohabitation entre la problématique de réinsertion, sécuritaire et judiciaire. Le but de la peine privative de liberté doit être aussi la réinsertion sociale. C'est dans ce sens que Marc ANCEL soutient qu'« *On proclame souvent que la resocialisation ou le reclassement du condamné est le but principal de la peine spécialement, bien entendu, de la peine privative de liberté* »⁴⁶.

Au demeurant, l'administration pénitentiaire doit pleinement jouer son rôle en accompagnant les détenus pour un bon séjour en prison. Or, « *à l'heure actuelle, la problématique pénitentiaire reste largement d'actualité, la médiatisation des suicides survenant en cours de détention traduisant parfaitement le malaise, pour ne pas dire la tourmente dans laquelle se trouve*

⁴⁴ Article 58 Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus Adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et du traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le conseil économique et social dans ses résolution 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

⁴⁵ Loi n°92-020 du 23 septembre 1992 Modifiée par la loi n°2013-016 du 21 mai 2013.

⁴⁶ ANCEL (M) (dir.), *Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale*, Paris, la Documentation française, 1981.

l'administration pénitentiaire, incapable d'assurer des conditions d'incarcération dignes d'un pays qui se veut respectueux des droits de l'homme »⁴⁷.

II- LE DROIT POUR LES MINEURS TERRORISTES DE BENEFICIER D'UNE UTILE REINSERTION SOCIALE ADEQUATE

Page | 195

La réinsertion d'un mineur terroriste est primordiale, sinon indispensable, pas seulement pour l'intérêt du délinquant terroriste, mais aussi pour l'intérêt de la société. Les mineurs sont des êtres qui ont été enrôlés dans le terrorisme. Ils ne sont pas des terroristes par conviction. Ainsi, le rôle de la réinsertion des mineurs terroristes dans les objectifs que doivent poursuivre le service pénitentiaire ne doit laisser personne indifférente. C'est dans ce sens qu'il faut d'abord mettre l'accent sur les mécanismes de réinsertion du prisonnier mineur, une prévenance requise (A) et ensuite voir les dysfonctionnements liés au processus de resocialisation des mineurs (B).

A- Les mécanismes de réinsertion du prisonnier mineur, une prévenance requise

Tout d'abord nous sommes en droit de nous s'interroger sur la question de savoir qui peut être considéré comme mineur. Pour répondre à cette question, au bénéfice de la réinsertion, il convient de voir dans un premier temps la notion du mineur caractérisée par l'inconscience (1) et dans un deuxième temps le droit du mineur terroriste à l'épanouissement en milieu carcéral (2).

1- La notion de mineur caractérisée par l'inconscience

Le mineur est toute personne qui a moins de 13 ans. Selon l'article 2 du CPPM « *lorsque le prévenu ou l'accusé aura moins de treize (13) ans, il sera relaxé ou acquitté, comme ayant agi sans discernement.*

Lorsque le prévenu ou l'accusé aura plus de treize (13) ans et moins de dix-huit (18) ans, il sera relaxé ou acquitté s'il est décidé qu'il a agi sans discernement.

Dans les cas prévus aux alinéas précédents le mineur sera remis à ses parents ou à une institution d'éducation spécialisée publique ou privée pour le temps que le jugement déterminera et qui toutefois, ne pourra excéder la date de ses dix-huit (18) ans.

⁴⁷ MEYER (A), *la réinsertion en prison*, mémoire de Master en Droit pénal et science pénales Année universitaire 2009-2010 à l'Université Panthéon-Assas- Paris II P. 10.

Lorsque seule l'année de naissance du mineur est connue, il est présumé né le 31 décembre de ladite année »⁴⁸. Le deuxième alinéa de cet article laisse à l'appréciation du juge de relaxer ou acquitter le mineur qui a plus de 13 ans et moins de 18 ans. Dans cette logique il est à comprendre que l'emprisonnement des mineurs est à éviter dans la mesure du possible. Ils sont plus utilisés dans le terrorisme. Ainsi, « des témoins interrogés par Human Right Watch depuis le 8 janvier, date à laquelle les hostilités entre les groupes islamistes et l'armée malienne se sont intensifiées, ont décrit avoir vu de nombreux enfants, certains à peine âgés de 12 ans, prendre part activement aux combats. Les témoins ont également indiqué que des enfants géraient des points de contrôle dans des zones affectées par les bombardements aériens menés par la France ou près des zones de combat actif. Les groupes islamiques Ansar Dine, le Mouvement pour l'unicité et le jihad en Afrique de l'Ouest (MUJAO) et Al-Qaida au Maghreb islamique (AQMI) ont recruté, entraîné et utilisé plusieurs centaines d'enfants au sein de leurs forces depuis le début de l'occupation du nord du Mali en avril 2012 »⁴⁹. Cela prouve à quel point les enfants sont enrôlés dans le terrorisme. Aussi, leur arrestation doit rimer avec leur insertion.

A notre sens, pour le cas des mineurs, à travers les articles précités, le CPPM a largement consacré la réinsertion des mineurs depuis la phase de la détention provisoire. Pris sous l'angle de l'article 2 du CPPM et sur la base d'un accord entre le Mali et les groupe armées pour la gestion des cas des mineurs terroristes, Mahadi Ag Hamadallah a été acquitté par la cour d'appel de Bamako. Dans cette affaire, Mahadi Ag Hamadallah a été accusé d'appartenir à un groupe de combat, détention d'armes et de munition et recel de malfaiteurs, le tout intentionnellement, en relation avec une entreprise terroriste. Selon le ministère public, au moment des faits l'accusé était mineur. Le Mali a aussi signé un protocole d'accord avec les groupes terroristes. Un mineur poursuivi pour terrorisme doit être considéré comme une victime selon le ministère public. Or, le contentieux de l'Etat demandait l'application de la peine à la matière. Heureusement, après plusieurs années en détention, et surtout pour la réinsertion de ce jeune qui était mineur au moment de son arrestation, le juge a ordonné l'arrêt de la poursuite⁵⁰ pour des raisons de minorité de l'accusé. Il est souhaitable que le législateur se prononce sur le cas des mineurs qui atteignent 18 ans, l'âge de la majorité pénale en détention provisoire, comme le cas de Mahadi Ag Hamadallah. Il faut également que les autorités judiciaires pensent à l'accélération des procédures concernant

⁴⁸ Loi N°01-081/DU 24 AOUT 2001 portant sur la minorité pénale et institution de juridiction pour mineurs

⁴⁹ Rapport de Humanrightswatch, *le conflit armé au Mali et ses conséquences 2012-2017* P. 133.

⁵⁰ Selon le primitif de l'audience (PA) du Mercredi 24 Mai 2021 de la cour d'appel de Bamako.

les mineurs. La lenteur de la procédure subie par Mahadi pourrait rendre difficile sa réinsertion sociale. Le législateur doit penser à réformer l'article 2 précité. Il doit plus prendre en compte la qualité d'un mineur de moins de 13 ans. Ainsi, il est souhaitable que le mineur de moins de 13 ans ne fasse d'aucune poursuite. Des mesures de réinsertion (socioéducatives) doivent être prises. Le fait de poursuivre la procédure jusqu'à la phase de jugement, pour qu'il soit relaxé, comporte un risque de radicalisation qu'il ne faut aucunement prendre comme dans le cas de Mahadi Ag Hamadallah.

En effet, l'article 3 de la même loi poursuit en disant que *« le mineur auquel il est imputé une infraction qualifiée crime ou délit ne sera pas déféré aux juridictions pénales de droit commun ; il ne sera justiciable que devant des juridictions pour mineurs »*⁵¹. Cependant, nous sommes en droit de nous s'interroger sur leur insertion sociale. Il s'agit notamment sur le plan scolaire, d'éducation, sportif, culturel, professionnel etc. Au Cameroun, par exemple l'article 61 stipule que *« le règlement intérieur de chaque établissement pénitentiaire doit réserver une partie de l'emploi du temps des détenus à la pratique des exercices physiques, récréatifs et culturelles »*⁵². Les activités scolaires des mineurs détenus par exemple, sont prises en compte par le même décret qui énonce que : *« chaque établissement pénitentiaire organisera des cours pour mineurs et adultes et mettra à la disposition des détenus dans des conditions fixées par le règlement intérieur de la prison des livres et ouvrages nécessaires au développement de leurs connaissances »*⁵³.

Un décret de ce genre est salubre au Mali. Il faut rappeler que plusieurs détenus terroristes mineurs étaient enrôlés par le chef de katiba Amadou Kouffou. Ils ont besoin d'une formation scolaire en particulier pour leur insertion. Ils constituent en majorité des mineurs illettrés. Ainsi, des mesures spéciales doivent être prises en leur faveur. Il est déplorable de constater le manque d'activité culturelle, sportive qui peut être un talent professionnel pour les détenus. Concernant les détenus terroristes, l'assistance scolaire, en principe, pourrait être la solution pour leur réinsertion réussie à notre point de vue. La quasi-totalité des mineurs détenus pour cause de terrorisme sont des mineurs issus d'une éducation ratée et des illettrés qui sont des mordus de la langue française. En majorité, pour le cas des 5 régions du Mali, il s'agit des talibés abandonnés par leur parent et torturé par leurs maîtres coraniques. En leur offrant, une opportunité de prendre des cours dans de bonnes conditions, on réussit leur réinsertion sociale de façon efficace de notre point de

⁵¹ Loi N°01-081/DU 24 AOUT 2001 portant sur la minorité pénale et institution de juridiction pour mineurs

⁵² Décret N°92/052 du 27 mars 1992 portant régime pénitentiaire au Cameroun.

⁵³ Idem.

vue. Il faut souligner que ce sont des mineurs abandonnés par la société qui ont été enrôlés par les terroristes. La réinsertion sociale de ces mineurs est facile à notre sens. Il suffit tout simplement de marquer pour eux une petite attention comme ils ne l'avaient jamais eu avant la prison pour réussir leur réinsertion. Il faut également une politique de réinsertion des mineurs non détenus susceptibles d'être des proies faciles pour les terroristes. A côté des études qui sont un élément clé de la formation des détenus terroristes, il y a aussi la formation professionnelle. Elle permet la préparation à la réinsertion des détenus mineurs en prison. Au Cameroun par exemple, « ceux des mineurs qui le désirent, ont le droit de recevoir une formation professionnelle dans la limite des possibilités qu'offre la prison. A la prison centrale de Yaoundé, les mineurs peuvent s'exercer à la peinture, dessin, couture, cordonnerie, réparation des appareils électroniques. A la prison principale d'Abong-Mbang, les mineurs apprennent auprès des adultes à tisser les nattes en raphia, les corbeilles, à fabriquer les lits en bambous, les chaises en rotin, les sacs, etc. Les autres prisons camerounaises n'offrent pas des exemples très différents »⁵⁴. Au Mali on déplore l'absence de ces activités professionnelles à la maison centrale d'arrêt. Il n'y a qu'un seul couturier.

2- Le droit du mineur terroriste à l'épanouissement en milieu carcéral

S'agissant des activités sportives et culturelles, le législateur devrait aménager un emploi du temps approprié pour les mineurs terroristes de pratiquer les activités sportives. Il doit prévoir les équipements nécessaires pour le sport. Cette pratique permet aux mineurs terroristes de développer un esprit social. Elle garantit la santé de la mineure et gère bien le stress. En plus le jeu favori de la majorité des mineurs c'est le football.

A titre d'exemple au Cameroun, il y a des compétitions, des matchs qui opposent des mineurs détenus aux adultes détenus. A la prison centrale de Douala, les vendredis, les mineurs sortent de la cellule pour jouer avec les majeurs au football⁵⁵. A notre sens, les divertissements dans la vie de ces mineurs terroristes ont des impacts positifs au point qu'ils ne vont pas vouloir sortir de prison. Les mineurs terroristes, plus précisément ceux des 5 régions, n'ont jamais eu cette chance d'être si heureux. C'est pourquoi leur réinsertion est plus facile que celles des majeurs endoctrinés.

⁵⁴ ELOUGA (N), *la prison dans le système répressif camerounais*, thèse. op.cit. P.121.

⁵⁵ Idem.

En parlant des activités culturelles, le législateur doit, de façon express, et spécifiquement aménager un temps destiné à la formation à des activités artistiques ou artisanales. Au Cameroun par exemple, dans la majorité des prisons, les activités culturelles (danse, théâtre, etc.) sont consacrées principalement à la faveur de la journée de l'enfant africain, de la remise des bulletins, journée de fin d'année⁵⁶. Dans ce pays, le ministère des affaires sociales fait des efforts non négligeables pour la réinsertion des mineurs détenus. Au Mali, il y a des lois⁵⁷ et des décrets⁵⁸, des ordonnances, dans le sens de la création des directions pénitentiaires, de nomination des directeurs nationaux de l'administration pénitentiaire, décisions⁵⁹ etc. mais, à notre connaissance, jamais des lois⁶⁰, décrets, dans le cadre de la réinsertion des détenus ou l'amélioration de leurs conditions de vie en tant qu'être humain comme au Cameroun et dans d'autres pays. Il y a juste un décret de 1988 portant le régime pénitentiaire qui doit être adapté au contexte actuel du Mali.

Au Mali, pour la réinsertion des condamnés terroristes : l'Etat, les organismes privés (OP), les ONG, les associations, les sociétés civiles sont interpellées pour un travail remarquable qui n'est autre que la réinsertion des mineurs terroristes. Toutes ces organisations doivent suivre Saint-Nicodème dont la devise est : « accueillir un enfant, c'est lui donner un nouveau départ, accueillir un enfant c'est lui offrir une autre vie »⁶¹. Ces structures doivent se donner comme mission principale d'accueillir, de former, de soutenir et de scolariser des mineurs non seulement condamnés pour cause de terrorisme dans les établissements mais aussi des mineurs de la rue.

En revenant sur le volet de la scolarisation de mineurs condamnés, le Cameroun est un exemple à suivre. Ainsi, « *dans la prison centrale de Yaoundé, il y a une salle de cours, les résultats suivants ont pu être obtenus au cours de l'année 2014-2015 : CEP : quatre (4) admis sur six (6) ; BEPC : trois (03) admis sur (10) ; Probatoire : zéro (0) admis sur un (1) ; BAC : un (1) admis sur deux (2). Dans la prison de Buea, au cours de l'année scolaire 2015-2016, on a noté globalement dix (10) élèves dont cinq (5) pour le GCE O/L ou ordinary level et cinq (05) pour le CGE A/L ou advanced level. Les résultats suivants ont été obtenus : GCE O/L level cinq (05)*

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ La Loi N°91-005/AN-RM du 15 février 1991 ratifiant l'Ordonnance n°90-30/P-RM du 1 juin 1990 portant création de la Direction Nationale de l'Administration Pénitentiaire et de l'Education surveillée du Mali.

⁵⁸ Décret n°2017-0676/P-RM du 08 août 2017 portant nomination du directeur national de l'administration pénitentiaire et de l'Education surveillée au Mali.

⁵⁹ Décision n° 2018- 0 10/MJ-DNAPES, portant création, composition et attribution d'un comité de gestion des activités de production des établissements pénitentiaires et de l'éducation surveillée du Mali.

⁶⁰ La loi n° 01-003/AN-RM du 27 février 2001 portant régime pénitentiaire et éducation surveillée du Mali.

⁶¹ Cité par Nicobert ELOUGA, *la prison dans le système répressif camerounais*, thèse UCAD, 2017. Op.cit. P.23.

candidats : un (01) admis soit un pourcentage de 20% ; GCE A/ L level cinq (05) candidats : trois (03) admis soit un pourcentage de 60% »⁶². Au Mali, il n'y a aucun effort allant dans le sens de la scolarisation des détenus mineurs terroristes dans les établissements pénitentiaires. Or, l'article 90 du décret portant le régime pénitentiaire de 1998 du Mali stipule que « les détenus bénéficient d'un enseignement devant leur permettre d'acquérir ou de développer les connaissances qui leur seront nécessaires après leur libération en vue d'une meilleure réadaptation sociale.

Toutes les facilités, compatibles avec les exigences de la discipline et de la sécurité, doivent être données à cet effet aux détenus aptes à profiter d'un enseignement scolaire et professionnel.

L'enseignement général est assuré en toute priorité aux jeunes, dans les établissements pénitentiaires.

Les condamnés adultes et analphabètes doivent recevoir cet enseignement. Les autres détenus peuvent être admis sur leur demande.

Des cours spéciaux peuvent être organisés dans le cadre de l'alphabétisation fonctionnelle ». Or, à la MCA, il n'y a aucune salle de classe, aucune bibliothèque comme il n'existe au Cameroun. Pourtant, l'article 92 du décret de 1998 précité met l'accent sur l'octroi des kits scolaires.

Cependant, pour la réinsertion des détenus mineurs terroristes, à notre entendement, il faut forcément un volet de scolarisation réel et sérieux. Il est intéressant de souligner qu'au Mali, pour garantir la sécurité, il convient d'observer un certain équilibre entre la sanction pénale et la réinsertion des détenus terroristes comme la France. En France, par exemple, le conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 janvier 1994, faisait comprendre que « *l'exécution des peines privatives (...) a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* »⁶³. Il faut signaler qu'en matière de terrorisme les juges ne voient pas sous le même angle que le conseil constitutionnel français. Et le législateur malien aussi est plus insistant sur la peine privative de liberté comme sanction que sur la réinsertion du détenu comme moyen de lutte contre l'insécurité.

⁶²Idem.P. 118.

⁶³ Décision du conseil constitutionnel n°93-334 DC du 20 janvier 1994, France.

Cependant, l'établissement pénitentiaire doit fortement participer à la réussite de cette réinsertion. C'est pourquoi, la CNDHL disait dans ses études « *la fonction essentielle de ce dernier est la restauration du lien social, la préparation du détenu à sa libération tandis que les mesures de sécurité doivent être strictement limitées au nécessaire et non dans un esprit d'absolue primauté* »⁶⁴

B- Les dysfonctionnements liés au processus de resocialisation des mineurs

Les dysfonctionnements sont souvent liés d'une part à une réinsertion aux moyens inadaptés et d'autre part le non-respect des textes. C'est pourquoi, nous allons analyser dans un premier temps, Une bienveillance par la création de centre spécialisés (1) et dans un second temps nous allons voir des écueils dans le respect des textes (2)

1- Une bienveillance par la création de centres spécialisés

Il est judicieux de souligner que « *le centre spécialisé de détention, de Rééducation et de réinsertion pour mineurs de Bollée a pour mission de concourir à la mise en œuvre de la politique nationale dans le domaine pénitentiaire et de l'éducation surveillée.*

A ce titre, il est chargé de :

- *Assurer la surveillance, la rééducation, la formation professionnelle et scolaire et la réinsertion sociale des mineurs qui y sont placés par décision de justice.*

- *De mener toutes études visant à l'amélioration des conditions de détention* »⁶⁵.
Malheureusement, dans la pratique le constat est amer. Le centre qu'existe n'est pas adapté à la réinsertion sociale des détenus terroristes mineurs. En effet, cet article ci-dessus cité pose un problème d'effectivité.

En matière de terrorisme, vu que le mineur terroriste est à la fois victime et auteur de dommages, la prise de décision à son encontre a toujours constitué un « casse-tête » pour les magistrats en charge des affaires terroristes. Cette difficulté est liée d'abord au lieu approprié pour sa réinsertion sociale, ensuite au risque de violation de certains de ses droits pouvant faire de lui un vrai criminel. Les magistrats sont conscients que « *le mineur fait face à de nombreuses*

⁶⁴ Etude de la CNCDH, *sanctionné dans le respect des droits de l'Homme, I. les droits de l'Homme dans la prison*. Paris, la documentation française, 2007, PP.11-12.

⁶⁵ Ordonnance n°99-007/ P-RM du 31 mars 1999 du Mali

violations de ses droits en prison. Celles-ci sont remarquables, soit par la position du mineur en tant qu'être humain, soit par sa situation spécifique de mineur. Concernant ce dernier aspect qui est l'objet de la présente analyse, les exemples de violation de ses droits sont légion. On citerait la violation du droit à une bonne santé, à une bonne ration alimentaire, etc. Toutefois, l'on s'attardera spécialement à la violation de son droit à une éducation. Cette violation est traduite dans cette analyse par la violation du droit à une formation académique. Relativement à cet aspect, les difficultés du mineur libre ou celles de celui qui se trouve dans un centre de rééducation peuvent être évoquées. Cependant, ces difficultés sont encore plus profondes et complexes, lorsqu'il s'agit d'un mineur dans un pénitencier »⁶⁶. Pour parvenir à la réinsertion des mineurs, la création d'un centre spécialisé adapté à la situation des mineurs serait une solution robuste. En effet, ce centre doit mettre l'accent plus sur le maintien des liens familiaux avec les détenus. Il est à retenir que ce maintien des liens familiaux avec le détenu terroriste mineur est favorable à sa réinsertion plus que pour les majeurs.

Par ailleurs, la loi pénitentiaire doit poser dans ce centre spécialisé, l'obligation pour les détenus mineurs de suivre une activité à caractère éducatif et patriotisme. Cette pratique doit tourner autour des salles de classe dans le centre spécialisé. C'est dans la même logique qu'il faut aborder des écueils dans le respect des textes.

2- Des écueils dans le respect des textes

Il faut rappeler que le législateur malien s'est largement consacré au droit des détenus mineurs. Cependant, l'effectivité de ses textes pose un problème. Toutefois, le législateur malien a prévu la création de centres pénitentiaires spécifiques pour mineurs. Il s'agit notamment les centres d'observation et de rééducation ou de centres spécialisés. Malheureusement, il n'existe qu'un seul centre⁶⁷ spécialisé pour mineur au Mali. Il s'agit du centre spécialisé de détention, de rééducation et de réinsertion pour mineurs de « Bollée » à Bamako. Il est souhaitable non seulement de multiplier les centres à Bamako, mais aussi sur tous les 'étendue du territoire malien. En dehors de Bamako, il n'y a quasiment pas de séparation de détention entre les détenus terroristes et non terroriste, mineurs et majeurs etc. Les détenus mineurs sont incarcérés dans les mêmes

⁶⁶ ELOUGA (N), *la prison dans le système répressif camerounais*, thèse UCAD, op,cit. P. 154.

⁶⁷ Ce centre a été d'abord un centre d'observation et de réinsertion (décret n°145/PG-RM du 26 juin 1984). Il a été ensuite transformé en centre spécialisé de détention, de rééducation et de réinsertion pour mineurs de Bollé en 1999 par l'ordonnance de n°99-007/P-RM. L'organisation et les modalités de fonctionnement de ce centre sont réglés par décret n°99-198/P-RM du 20 juillet 1999.

centres de détention que les majeurs en majorité. « *Seulement 7 des 52 maisons d'arrêt existant à l'intérieur du Mali disposent d'un quartier spécifique pour mineurs, créé en partie avec l'appui technique et le soutien financier du Bice Mali et d'autres partenaires, et peuvent, par conséquent, garantir une séparation des détenus mineurs et majeurs* »⁶⁸.

Toutefois, le manque de précision de certains décrets favorise beaucoup le dysfonctionnement. Par exemple le décret n°99- 198/ P- RM du 20 juillet 1999 fixant les modalités de fonctionnement du centre spécialisé de détention, de rééducation et de réinsertion pour mineurs de Bollé par exemple n'apporte aucune précision par rapport aux conditions spécifiques applicables aux mineurs. En revanche, il prévoit la mise en place de six volets dont la santé et l'assistance sociale (article 5 du Décret n°99-198/P-RM du 20 juillet 1999) qui sont des mesures passives. Pourtant, « *le règlement intérieur du centre spécialisé de détention, et de réinsertion pour femmes à Bamako (« Bollé femmes ») prévoit explicitement un régime spécifique pour les détenues mineures, qui met l'accent sur l'éducation et la formation professionnelle, et envisage, si possible, un régime alimentaire amélioré par rapport à celui des détenues majeures.*

Mais il convient de noter que tous les établissements habilités à exécuter une mesure privative de liberté concernant un mineur devront nécessairement respecter les standards juridiques minima déterminés par les normes internationales en matière de couchage, de nourriture, d'habillement, etc. »⁶⁹.

S'agissant de couchage, le point 33 des RPMPL prévoit que les mineurs détenus soient à l'aise dans des petits dortoirs ou dans des chambres individuelles au sein desquelles les mineurs doivent pouvoir disposer d'une literie individuelle et propre.

Concernant la nourriture, la disposition 37 des règles des nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (RPMPL) prévoit que les mineurs reçoivent une alimentation saine et bien préparée, distribuée en quantité suffisante, aux heures de repas, respectant en outre les exigences religieuses de chaque enfant.

Malheureusement, la nourriture n'est à la hauteur ni qualitativement ni quantitativement. C'est presque toujours le même plat (haricot, Jaco roba⁷⁰) sauf les dimanches où le riz au gras est

⁶⁸ Bureau international catholique de l'Enfance (BICE Mali), *recueil sur la minorité* P. 199.

⁶⁹ Idem. P. 202.

⁷⁰ C'est le maïs mélanger mil préparer sans être piler ni d'autre entretiens.

servi⁷¹. Malgré, les multiples efforts du législateur, il convient d'admettre que le centre ne fonctionne pas très bien⁷².

En outre, il faut retenir que les détenus terroristes mineurs ne reçoivent quasiment pas de visite. Ainsi, d'une part ce sont des détenus mineurs qui ont coupé tout lien avec leurs famille et d'autre par ce sont des détenus terroristes délaissés, par leurs familles. Or, la réinsertion de ces détenus doit obligatoirement passée par la restauration des liens familiaux. Pour une réinsertion de qualité le maintien ou la restauration des liens de famille est indispensable plus que pour les majeurs.

Concernant, la restauration, il est souhaitable que l'administration pénitentiaire cherche les familles des mineurs terroristes et fasse une grande campagne de sensibilisation.

Il convient juste de retenir que malgré l'existence des textes nationaux et internationaux en faveur des mineurs détenus, nous constatons l'inefficacité de la préparation de leur réinsertion sociale. Souvent, cette inefficacité est justifiée par l'administration pénitentiaire par le manque d'équipement. Il est déplorable de constater en matière de terrorisme, que la majorité des détenus mineurs n'ont pas de lien avec leur famille et l'administration pénitentiaire n'a aucune commission en place chargée de retrouver leurs familles. Or, le rapprochement du mineur à sa famille facilite la réinsertion. Il est regrettable de constater le manque de formation adéquate qui est un élément clé pour la réinsertion d'un mineur. La prison des mineurs doit être une prison de formation, de rééducation, d'apprentissage et de transformation en majeur.

Au terme de ce passage, il faut souligner qu'il est très difficile de mettre en œuvre une bonne politique de réinsertion dans les prisons maliennes pour le cas des détenus de façon générale et le cas de terroristes de façon particulière. Cela tient au manque d'encadrement législatif et pratique de la réinsertion considérée comme objectif de la peine privative de liberté au même titre que la sanction. Il est souhaitable que le législateur malien, chaque fois qu'il se prononce sur une peine privative de liberté, qu'il l'accompagne par la réinsertion également. A titre illustratif, DUBOURG, disait que, « la définition (ou la précision) du sens de la peine est une exigence démocratique »⁷³. En ce sens, il revient au législateur malien de s'approprier de cette vision et de repréciser le but visé à travers la peine d'emprisonnement en lien avec la réinsertion des

⁷¹ Entretien avec un des ex détenus le 10/10/ 2021.

⁷²Bureau international catholique de l'Enfance op.cit. P. 198.

⁷³ DOUBOURG (E) cité par ELOUGA (N), *la prison dans le système répressif camerounais*, thèse, op.cit. P. 146.

prisonniers. Dans cette perspective, la réinsertion doit être l'élément clé de la peine privative de liberté. A titre d'exemple, les règles pénitentiaires européennes précisent que « les détenus condamnés doivent être aidés, au moment opportun et avant leur libération, par des procédures et des programmes spécialement conçus, pour leur permettre de faire la transition entre la vie carcérale et une vie respectueuse du droit interne au sein de la collectivité »⁷⁴.

Toutefois, il convient de retenir que « la resocialisation des détenus est primordiale, sinon indispensable pour que l'objectif sécuritaire public soit atteint. Il ne s'agit pas seulement de l'intérêt du délinquant, mais encore plus de l'intérêt de la société tout entière. Pour que la société tout entière. Pour que la société concernée soit protégée contre le crime et les actes asociaux, il est impératif que la resocialisation des détenus soit au cœur des préoccupations politiques des autorités publiques et pénitentiaires »⁷⁵.

Il est déplorable de constater au Mali, l'absence des services sociaux. Or, la logique voudrait que dès l'arrivée d'un tout nouveau détenu, avant sa pénétration dans une prison, qu'il ait un entretien avec un service social. L'instauration de ce service qui a tout son sens.

Il convient de déplorer dans ce chapitre que les établissements pénitentiaires maliens soient orientés plus vers la sécurité publique, l'exécution des décisions pénales etc. ils ne sont orientés ni vers la réinsertion des détenus terroristes et autres détenus qui les sont confiés par la justice, ni la prévention de la récidive. Il faut nécessairement une consécration législative de réinsertion qui reconnait spécifiquement que ces aspects font partie des missions du service pénitentiaire malien.

Conclusion

En somme, il est à retenir que les mécanismes de réinsertion qui existent sont défaillant, dans la mesure où ils ne prennent quasiment pas en compte la dimension individuelle de la réinsertion de chaque détenu. Ils doivent gérer la réinsertion des détenus au cas par cas, pas de façon globale. Ainsi, il serait facile de s'attaquer aux véritables causes de la délinquance pour une réinsertion réussie.

⁷⁴ Article 107.1 des Règles pénitentiaires européennes.

⁷⁵ BOUNOUNGOU (N), *le réforme du système pénitentiaire camerounais : entre héritage colonial et traditions culturelles*, thèse Centre d'Etudes et de recherches sur le Droit, l'Histoire et l'Administration Publique (CERDHAP) 2012. P.205.

Il faut une réinsertion spécifique propre à chaque détenu terroriste suivant sa dangerosité et la gravité de l'acte de terroriste qu'il a posé.

S'agissant du volet de formation pour les mineurs non scolarisés, le législateur ne devrait leur laisser le choix de faire la formation ou pas. Il devrait les contraindre à le faire comme dans certains pays, puisque ce sont des mineurs. Page | 206

Par ailleurs, l'observatoire international des prisons pointe du doigt la faiblesse de l'offre de formation générale et d'activités socioculturelles présente en milieu fermé⁷⁶.

Il convient de retenir qu'en prison, l'idéal est d'exécuter la peine dans le respect des droits de l'homme. Il convient d'ajouter que l'exécution de cette peine en prison va de pair avec l'observation des volets de réinsertion.

La loi française N° 87- 432 par exemple précise dans son article1 que « *le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et des sentences pénales et au maintien de la sécurité publique. Il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire* »⁷⁷.

Cependant, il faut préparer la société à recevoir l'ex détenu dans les conditions normales, sinon il sera sans doute une menace pour cette même société. Il est intéressant que l'administration pénitentiaire d'abord et à sa suite la société évitent de stigmatiser les détenus pour leurs antécédents criminels. La stigmatisation risque de compromettre sans doute la réinsertion des détenus terroristes. C'est dans la même veine qu'il faut voir la prison, une atteinte à la dignité du prisonnier.

⁷⁶ OIP, Les conditions de détention en France – chapitre formation générale et activités socioculturelles, rapport, la découverte, 2005, disponible ici www.oip.org le 2 /11/2021.

⁷⁷ 1 de la loi française N°87-432 du 22 juin 1987.

Le mineur : dirigeant d'entreprise

The minor : business manager

Par :

RAMARDE Nedoumbaïel

Maître – Assistant CAMES

Université de Moundou / Tchad

Page | 207

Résumé :

Le mineur est une personne dépourvue de la capacité d'exercice. Cette interdiction vise à le protéger compte tenu de son inexpérience. Un mécanisme traditionnel pour la gestion de son patrimoine est mis en place par les législations.

Cependant, aujourd'hui, avec l'évolution très imposante du climat des nouvelles technologies de l'information et de la communication d'une part, et l'avancée de la théorie de l'autonomie de la volonté d'autre part, cette faveur de l'encadrement législatif d'exercice d'activités par le mineur, comme une exception, semble discutable. Au nom de l'autonomie de la volonté, la jurisprudence admet dans certaines circonstances, la remise en cause par le mineur devenu majeur, des engagements pris par son représentant.

En outre, au travers le développement de l'intelligence artificielle, notamment l'automatisation ou la digitalisation de l'entreprise, qui bouleversent les mécanismes contractuels classiques, le mineur éveillé ou doué de discernement, semble plus dynamique pour être dirigeant d'entreprise.

Mots clés : mineur – dirigeant – entreprise – incapacité – discernement.

Abstract :

a minor is a person lacking the capacity to exercise. This ban aims to protect him given his inexperience. A traditional mechanism for managing its assets is put in place by legislation. However, today, with the very imposing evolution of the climate of new information and communication technologies on the one hand, and the advancement of the theory of autonomy of will, this favor of the legislative framework for the exercise of activities by the minor, as an exception, seems questionable. In the name of autonomy of will, jurisprudence admits in certain circumstances, the calling into question y the minor who has resched the age of majority, of commitments made by his representative. In addition, through the development of artificial intelligence, in particular the automation or digitalization of the company, which are disrupting traditional contractual mechanisms, the alert or discernin miner seems more dynamic to be a company manager.

Keywords : minor – manager – company – incapacity – discernment.

Introduction

Il est un principe que la réputation d'une organisation ou d'une entreprise est fonction de plusieurs facteurs au titre des quels, la vision, la dynamique ou le charisme, la détermination, la capacité d'écoute ou d'analyse, la promptitude dans la gestion stratégique du leader ou dirigeant. Dans cette perspective, parler du mineur dirigeant d'entreprise semble surprenant. Selon le vocabulaire juridique, « *le mineur est l'individu qui n'a pas atteint l'âge de la majorité* »¹. C'est dire en principe, classiquement, que le mineur est incapable d'exercer les activités civiles, donc ne peut assurer la direction d'une entreprise. Toutefois, de manière exceptionnelle, il peut avoir la faveur d'être dirigeant de certaines entreprises, suivant l'encadrement législatif, soit par le biais de la représentation, soit par le mécanisme de l'émancipation.

Dans un sens large, on définit comme dirigeant toute personne qui exerce à un titre quelconque une fonction sociale dans le cadre de la direction, ou de l'administration. A ce titre, sont considérés comme dirigeants des personnes qui n'exercent aucune autre activité propre de direction, comme les membres du conseil d'administration. Autrement, sont considérés comme dirigeants de société, les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement².

Dans un sens plus restreint, on considère comme dirigeants seulement les personnes qui s'occupent activement de la gestion de la société et disposent à cet égard des pouvoirs les plus étendus. Il faut noter que cette définition restrictive ne permet pas de cerner toute la notion de dirigeant. Si les trois critères fixés impliquent que seul relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux³. Ainsi, l'associé d'une société en nom collectif, ayant le statut de commerçant, au même

¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 2022, P.661.

² S. BRAUDO, « Le dirigeant de société », <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 26.08.2024 à 11h45mn.

³ Soc. 22 juin 2016, pourvoi n°14-29246, BICC n°853 du 15 décembre 2016 et Legifrance.

titre que la société elle-même, et répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales, ne saurait être lié à cette société par un contrat de travail⁴.

À côté de cette distinction, on retrouve une autre division, plutôt juridique que factuelle, entre le dirigeant de droit et le dirigeant de fait.

Page | 210

Le dirigeant de droit est celui qui est régulièrement titulaire d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par le droit des sociétés. La notion de dirigeant de fait couvre les personnes qui se comportent comme les dirigeants statutaires, en exerçant un pouvoir effectif de direction, sans avoir reçu une habilitation juridique régulière.

C'est dire que par dirigeant, il faut entendre toute personne physique ou morale qui assure la direction ou l'administration totale ou partielle, de droit ou de fait de la société⁵. C'est-à-dire toute personne investie d'une mission de prendre de décisions et de veiller à leur application ou leur exécution, au nom et pour le compte de la société, personne morale.

L'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et G I E, dans son article 4 dispose : « *la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter...* »⁶. À partir de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM)⁷, la société commerciale acquiert une personnalité morale. Il s'agit d'une aptitude à devenir sujet de droits et d'obligations.

Pendant longtemps, la direction des sociétés a été assurée par les propriétaires et on parlait de la classe privilégiée qui détenait à la fois le pouvoir et le capital⁸. Petit à petit, les fonctions des

⁴ Soc. 14 octobre 2015, pourvoi n°14-10960, BICC n°837 du 1^{er} mars 2016 avec un commentaire du SDER et Legifrance.

⁵ François PILLET, *La responsabilité fiscale des dirigeants des sociétés, personnes morales et groupements*, JCP 1989 Edition E, N°15429.

⁶ Notons que la société est caractérisée par la pluralité des personnes, quand bien même elle peut être créée par une seule personne appelée « associé unique » (art 5 du même Acte) ; la participation des associés aux bénéfices et aux économies ; la participation aux pertes ; l'*affectio societatis* qui est la volonté de participer sans subordination à une entreprise commune et la réalisation des apports en faveur de celle-ci.

⁷ Art 98 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de sociétés commerciales et G I E.

⁸ J .F Bulle *Le statut du dirigeant de société*, La villeguerin Edition, P. 25, cité par F. GOLISTEANU in *La notion et statut des dirigeants*, P2, www.ladef-sorbonne.net.

dirigeants ont évolué vers une professionnalisation accrue et une distinction plus nette entre le bailleur des fonds c'est-à-dire propriétaires et gérant (dirigeant)⁹.

De nos jours, la notion de dirigeant de société est multiforme et il est difficile de trouver une définition précise applicable dans n'importe quel contexte. On ne peut rechercher les éléments les plus fréquents et les critères jurisprudentiels afin de déterminer les contours du concept de dirigeant. À cet égard, il apparaît comme définitoire la qualité de mandataire social et le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers.

Il faut noter que la formule « *mandat social* » n'est qu'une appellation descriptive qui s'éloigne de la qualification juridique du mandat de droit civil¹⁰. En effet, les dirigeants sociaux ne sont pas les mandataires des associés, car leurs actes n'engagent pas directement ces derniers, mais la société. Ils ne sont pas non plus de mandataires de la société, puisque celle-ci, entité abstraite, n'a pas de volonté propre pouvant constituer celle du mandant qui charge un mandataire de son choix d'une mission qu'il détermine. Les termes « *mandat social* » signifient donc simplement que les dirigeants sociaux exercent une mission pour le compte de la société au nom de laquelle ils sont habilités à agir.

Par dirigeant, on entend essentiellement mandataire social, directeur général, directeur siégeant de manière permanente au comité de direction, secrétariat général, des salariés participant à la prise de décision stratégique¹¹, ou encore des cadres exerçant toutes les prérogatives de l'employeur sans avoir à solliciter des autorisations préalables et assumant en contrepartie, par délégation implicite, la responsabilité pénale du chef d'entreprise¹².

Selon le dictionnaire du travail, le dirigeant est la personne qui dirige et représente une société. Le dirigeant a un statut social différent selon la forme de la structure et la nature des fonctions exercées. Il relève du régime général de la sécurité sociale sous le statut d'assimilé-salarié ou de travailleur indépendant¹³. En d'autres termes, le dirigeant est au service de l'entreprise et dépend de celle-ci.

⁹ D. MIELLET, D. RICHARD *dirigeant de société : un métier à risque..statut et responsabilité du mandataire social*, P 36, cité par F.GOLISTEANU in *la notion et statut des dirigeants*, P2, WWW. Ladef-sorbone.net.

¹⁰ Art.1984 et suivants du Code Civil.

¹¹ Telle est souvent la position du directeur financier.

¹² <https://www.edition-tissot.fr>, consulté le 26.08.2024 à 12h25mn.

¹³ <https://www.previsima.fr>, consulté le 26.08.2024 à 12h32mn.

Le concept d'entreprise n'est pas habituellement considéré comme un concept juridique. Toutefois, l'entreprise peut se définir de deux manières suivant sa qualification en économie et en droit.

Le vocable « *entreprise* » désigne à la fois une organisation, et un contrat.

Page | 212

Dans le premier cas, il s'agit d'une structure publique ou privée sous laquelle s'exerce une activité économique en utilisant un personnel, des locaux et des équipements appropriés. Cette dénomination n'est pas attachée à l'importance de la structure économique concernée puisque les activités artisanales se réalisent aussi dans le cadre d'une entreprise¹⁴.

Dans le second cas, il s'agit du nom d'un contrat dit contrat d'entreprise dénommé par le Code civil « *louage d'ouvrage ou d'industrie* ». Il se distingue du contrat de travail en ce que l'entrepreneur qui a le statut de commerçant, agit d'une manière totalement indépendante. Le régime du contrat d'entreprise, peut s'appliquer à la construction et à la réparation, même s'il s'agit d'objets mobiliers¹⁵. Ce régime peut également s'appliquer à la construction immobilière même si l'entrepreneur travaille « à la tâche » ou au forfait, au contrat de transport de personnes ou de marchandises fut-il exécuté par voie fluviale, maritime ou aérienne et aux activités de services¹⁶.

Il conviendrait de retenir pour notre présente étude, la première définition selon laquelle l'entreprise est une unité économique de production des biens et des services.

Cependant, selon la conception juridique, dans un sens strict, l'entreprise n'a pas de personnalité juridique¹⁷. Néanmoins, dans un sens large, l'entreprise en tant qu'une organisation structurée sous la forme sociétaire, a une personnalité juridique à partir de son immatriculation. En ce sens, nous utiliserons le terme d'entreprise ou de la société pour désigner toute organisation de production, de transformation des biens et services fonctionnant sous la forme d'une personne morale dans le cadre de cette étude.

Il faut noter que la société, « *corpus mysticum* »¹⁸, ne peut exercer directement ses droits. Elle doit être représentée par un organe qui, en dernier ressort, ne peut être qu'une personne

¹⁴ S. BRAUDO, « Entreprise », <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 26.08.2024 à 13h15mn.

¹⁵ Par exemple, les garagistes.

¹⁶ Par exemple, les blanchisseurs et les teinturiers, les banques et les entreprises financières, les établissements d'enseignement et les entreprises de spectacles.

¹⁷ Par personnalité juridique, il faut entendre, l'aptitude à être sujet de droit et des obligations.

¹⁸ Corps mystique.

physique. Ses décisions sont prises par les organes de gestion mais elles doivent être exécutées par les organes de représentation, qui mettent la société commerciale en rapport avec les tiers.

Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis et qui est en conséquence frappé d'incapacité d'exercice, sauf en cas d'émancipation. Page | 213

Dans le vocabulaire juridique, on rencontre le mot « minorité » à deux occasions : d'une part dans le cadre du statut des enfants mineurs, et d'autre part, à propos des votes que sont amenés à exprimer les personnes qui participent à la vie d'une collectivité.

Dans le premier cas, la minorité est le nom donné au statut juridique que la loi attache à la situation juridique de la personne qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans¹⁹. L'incapacité du mineur est une incapacité d'exercice. C'est un régime de protection destiné à éviter que l'on abuse de la méconnaissance par l'intéressé des droits qu'il tient de la loi. Le mineur est placé sous l'autorité parentale conjointe ou sous l'autorité parentale d'un seul d'entre eux²⁰ ou encore sous l'autorité d'un tuteur dont les actes sont contrôlés par le conseil de famille²¹.

Dans cette perspective où le mineur est une personne qui n'a pas encore l'âge de la majorité, donc frappé d'incapacité juridique d'exercice, sauf dans l'hypothèse d'émancipation ou de la représentation, il serait paradoxal, sinon surprenant de parler du mineur en tant que dirigeant de l'entreprise.

La question essentielle qu'il conviendrait de se poser est la suivante : peut-on envisager le régime juridique du mineur dirigeant d'entreprise ?

Par régime, il faut entendre l'ensemble de règles gouvernant certaines matières et institutions de droit privé²².

Il s'agit d'un sujet d'actualité à l'ère de la mondialisation et du développement des nouvelles technologies d'information et de la communication, avec ses corolaires du télétravail, du commerce électronique, bref, la dématérialisation de plus en plus des activités socio-économico-professionnelles. Classiquement, la législation organise les conditions d'exercice des

¹⁹ Selon l'article 388 du code civil français de 1958, applicable au Tchad, « le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis ».

²⁰ Notamment en cas de décès de l'un des conjoints, en cas de divorce ou de séparation de corps.

²¹ S. BRAUDO, « Minorité », <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 26.08.2024 à 14h10mn.

²² Notamment le régime matrimonial, hypothécaire ..., voir G. CORNU, *op. cit.*, p. 881.

directions des entreprises ou des sociétés commerciales, dans le respect des exigences d'ordre public économique.

Si le mineur s'entend d'une personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis et qui est en conséquence frappé d'incapacité juridique²³, il ne peut être qualifié pour être dirigeant d'une entreprise. Or, en matière pénale, la tendance est que le mineur doué de discernement peut être étendu par le juge d'instruction. Le droit pénal étant par principe, strict, ayant accepté une telle exception, la transposition en matière commerciale serait envisageable. Page | 214

Il en résulte le refus controversé du régime juridique du mineur dirigeant d'entreprise (I). Néanmoins, par le biais de la représentation ou le mécanisme de l'émancipation, le mineur peut être admis comme dirigeant dans certaines entreprises à risque limité. Toutefois, il se trouve que certaines fonctions permanentes ne peuvent pratiquement être assurées par le biais de la représentation. En ce sens, il apparaît une admission discutable du régime du mineur dirigeant d'entreprise (II).

I- LE REFUS CONTROVERSE DU REGIME DU MINEUR DIRIGEANT D'ENTREPRISE

La capacité d'exercice appartient, en principe à toute personne. Mais il existe des restrictions, qui peuvent être nombreuses pour certaines personnes, à la faculté de mettre en œuvre soi-même le droit dont on est titulaire. En droit civil, ces restrictions sont justifiées le plus souvent par le souci de protéger ces personnes soit en raison de leur inexpérience, notamment le cas des mineurs²⁴.

L'incapacité est une technique juridique qui tend à limiter l'autonomie, notamment patrimoniale, de l'individu. L'incapacité d'exercice retire à la personne la possibilité de mettre en œuvre elle-même les droits dont elle est titulaire²⁵. En ce sens, le refus du mineur comme dirigeant de la société peut être justifié ou fondé (A), même si cette justification est susceptible de contestation (B).

²³ Sauf en cas d'émancipation.

²⁴ Soit en raison de la diminution, voire de l'altération grave, de leurs facultés mentales, c'est le cas des malades mentaux.

²⁵ Alors que l'incapacité de jouissance empêche l'individu d'être titulaire de certains droits.

A- Le refus du mineur comme dirigeant des sociétés fondé ou justifié par le souci de protection

Le mineur est frappé d'une incapacité d'exercice, mais les droits qui lui appartiennent ne doivent pas pour autant en pâtir²⁶. Le contraire aurait en effet pour conséquent le retournement du but envisagé par le législateur contre le mineur. Cette interdiction d'exercice vise la protection de l'autonomie de la volonté (1) et l'autonomie patrimoniale (2). Dans cette perspective, le mineur ne peut être dirigeant d'une société où la responsabilité est illimitée, ni être dirigeant de pleine fonction par le mécanisme de la représentation.

Page | 215

1- Le refus du mineur dirigeant fondé sur la protection de l'autonomie de la volonté

Il est ressort de l'article 1123 du code civil de 1958 applicable au Tchad que « *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Autrement, certains sujets de droit, en raison de leur âge ou de l'altération de leurs facultés sont frappés d'une incapacité qui les prive de la possibilité de contracter eux-mêmes ou de contracter seuls²⁷. Ainsi en va-t-il des mineurs de moins de dix-huit ans non émancipés. Ceux-ci ne peuvent, en principe, contracter que par l'intermédiaire de leur représentant, administrateur légal, tuteur²⁸.

Pour le législateur communautaire, « *le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* »²⁹. En effet, le consentement est l'élément spécifique du contrat. Ce concours de volontés présuppose la présence de plusieurs personnes. La capacité des personnes est un aspect de l'étude du consentement. Cette capacité est l'aptitude à donner un consentement juridique, de se créer une loi propre, en sus ou en marge des lois civiles ordinaires. Il est évident, bien que l'incapacité soit l'exception, qu'il y a tout de même des restrictions à la capacité de contracter. Elles s'inspirent surtout de l'ordre public et de l'essence du consentement³⁰. L'ordre public a ici divers buts, notamment la protection des faibles comme le mineur, le respect de la hiérarchie familiale, le souci d'empêcher quelqu'un de préférer son intérêt à son devoir. L'incapacité peut être absolue lorsqu'elle empêche une personne d'accéder à la réalité contractuelle, de créer un lien contractuelle. Les fondements de cette incapacité reposent sur

²⁶ <https://www.proinfirmis.ch>, « Capacité de discernement et capacité d'exercer des droits civils », in Guide juridique, consulté le 17.2.2025 à 22h36mn.

²⁷ Article 1124 du code civil.

²⁸ F. TERRE et autres, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 13 édition 2022, p. 170, n°152.

²⁹ Article 7, alinéa 1^{er} de l'AUDCG.

³⁰ J. DELISLE, « La capacité des mineurs », les cahiers de droit, vol.2, n°2, 1956, p.88.

l'essence du consentement, notamment le pouvoir de choisir, le pouvoir d'exercer des facultés intellectuelles.

C'est dire que l'approche du code civil veut, au premier abord, protéger l'enfant contre son inexpérience en lui interdisant d'accomplir seul des actes juridiques dont il ne perçoit pas toujours la portée. Il faut pourtant éviter que celui-ci ne s'engage inconsidérablement³¹. C'est pourquoi une présomption d'incapacité d'exercice frappe le mineur. Il revient non seulement aux parents de protéger leur enfant et de le former mais aussi de représenter ses intérêts en justice.

Pour le mineur non émancipé, il existe de nombreuses restrictions. En effet, le mineur non émancipé ne peut avoir de fonctions dans la gestion, l'administration ou la direction dans les sociétés commerciales pluripersonnelles.

Ne sont donc pas accessibles au mineur non émancipé, les fonctions de gérant de SARL, président de SAS, gérant de SNC, SCS³², ni toutes les fonctions de direction de SA.

Pour les fonctions de dirigeant des sociétés à risque illimité, la qualité de commerçant est exigée. Cette condition exclue d'office le mineur non émancipé. Pour les autres sociétés à risque limité, il s'agit des fonctions permanentes qui ne peuvent être assurées par l'administrateur légal du mineur. Une telle interdiction participe à la protection du patrimoine du mineur.

2- Le refus du dirigeant mineur justifié par le souci de protection de l'autonomie du patrimoine

Le patrimoine du mineur doit être protégé contre tous les risques susceptibles d'attenter son patrimoine. Frappé d'une incapacité d'exercice, le mineur ne peut exercer librement les droits dont il est titulaire. Il ne peut administrer seul son patrimoine. Il s'agit de protéger la consistance du patrimoine du mineur, de préserver son intégrité³³. Par conséquent, l'administration du patrimoine du mineur par un tiers nécessite une attention particulière. Le mineur doit être protégé tant dans sa personne que dans ses biens. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 389 du civil de 1958, « *le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs non émancipés...* »³⁴. C'est dire qu'en droit interne, la protection patrimoniale du mineur, privé de la

³¹ M. DOUCHY-LOUDOT, Droit civil, introduction personnes famille, dalloz 2007, p.223.

³² Dans le respect de l'article 8 de l'AUSCGIE.

³³ M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*, p.223.

³⁴ Rendu applicable au Tchad par l'Acte législatif n°1 portant constitution du 31 mars 1959 et par la Loi constitutionnelle n°2/62 du 16 avril 1962.

capacité d'exercice, est règlementée. Conformément à l'esprit de l'article 389 susvisé, le tuteur gère les biens du mineur, rend compte de sa gestion et représente le mineur dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine en apportant des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur. Le législateur vise avant tout à protéger le mineur. Dans cette optique, il estime que ses auteurs biologiques sont les mieux à même d'administrer ses biens. Mais, même de ceux-ci, il se méfie. Aussi, ne sont-ils pas libres d'administrer les biens du mineur à leur aise³⁵. Certains actes leur sont permis, d'autres non.

Certains actes ne nécessitant pas l'autorisation peuvent être accomplis par le tuteur seul comme les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine du mineur. Par acte conservatoire, il faut entendre tout acte nécessaire pour éviter la détérioration des biens et des droits du mineur³⁶. Il est donc normal que le représentant légal du mineur ait non seulement le pouvoir, mais aussi le devoir de l'accomplir³⁷. Il faut noter que les législateurs africains n'énoncent pas les actes conservatoires parmi ceux que l'administrateur légal a le devoir d'accomplir. Il faut croire que c'est parce que cela va de soi³⁸. Ces actes ont en effet pour but la conservation du patrimoine du mineur³⁹.

Les actes nécessitant une autorisation, notamment les actes de disposition, le tuteur ne peut les accomplir seul sans être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles. Il s'agit des actes qui ont pour conséquence de faire sortir un bien du patrimoine du mineur. Devant leur gravité, les législateurs exigent de l'administrateur légal qu'il obtienne d'abord l'autorisation du tribunal compétent avant leur accomplissement⁴⁰.

En *Common Law*, le mineur est également frappé d'une incapacité générale d'exercice. L'intérêt de l'enfant, le *children welfare*, doit être la considération suprême selon l'article premier du *Children Act* de 1989 (UK).

³⁵ S. MELONE, Encyclopédie juridique de l'Afrique, T.6, Droit des personnes et de la famille, les Nouvelles Editions Africaines 1982, P.67.

³⁶ Un tel acte se caractérise par son urgence.

³⁷ Ainsi, l'administrateur légal peut et doit requérir l'inscription d'une hypothèque appartenant au mineur, faire publier les actes soumis à publicité foncière dans l'intérêt de l'incapable, faire effectuer les réparations d'entretien nécessaire à la conservation d'un immeuble, etc.

³⁸ S. MELONE, *op. cit.* p.67.

³⁹ Les exclure du domaine des actes permis aux administrateurs légaux serait remettre l'institution de l'administrateur légale elle-même en cause.

⁴⁰ Article 302, alinéa 2 du code de la famille du Sénégal.

Le système anglais, à l'instar du système romano-germanique, prévoit une liberté des parents dans la gestion du patrimoine de leur enfant, encadrée par un contrôle judiciaire. La responsabilité parentale est en effet placée sous le contrôle de la *Higt Court*. Son consentement est requis avant toute mesure importante prise concernant le mineur.

Le droit musulman connaît une institution particulière : *la wilâya*. Cette dernière peut être présentée comme une tutelle des mineurs. Le mineur ne peut agir seul, sous peine de nullité de l'acte pour défaut de capacité. Il s'agit du seul régime de protection existant. Le régime de la *wilâya* est profondément marqué par un contrôle patriarcal. Sa gestion appartient de plein droit au père de famille. Les pouvoirs du père de famille en tant que tuteur, ne sont pas néanmoins absolus. S'il représente le mineur pour les actes de la vie civile, certains actes lui sont interdits et d'autres nécessitent une autorisation judiciaire⁴¹. Sont interdits pour le tuteur les actes dépouillant le mineur sans contrepartie, ou les actes pour lesquels les intérêts du tuteur et du mineur se trouvent en opposition. Ne sont possibles qu'à condition d'obtenir une autorisation judiciaire les actes entraînant la disposition de biens immobiliers du mineur, ou les actes étant susceptibles de compromettre sa fortune immobilière⁴².

Il ressort de cette analyse que le souci de la protection du consentement et du patrimoine justifie l'interdiction d'exercice de la fonction du dirigeant par le mineur.

Toutefois, cette interdiction semble discutable en ce qui concerne certains mineurs doués du discernement ou émancipés.

B- Le refus critiquable face au mineur doué de discernement ou émancipé

Il est certain que le souci de protection du mineur justifie l'interdiction d'exercice de celui-ci. Mais dans la pratique, certains mineurs, de manière exceptionnelle, sont doués de discernement (1), d'autres sont émancipés (2), *ipso facto*, les législations leur permettent l'exercice de leur droit.

⁴¹ G. DEVALLET et autres, « *La protection patrimoniale du mineur : quels mécanisme ?* », <https://www.cheuvreux.fr>, consulté le 4.02.2025 à 16h50mn.

⁴² L'autorisation ne peut être donnée qu'en cas de nécessité absolue ou en cas d'avantage évident pour le mineur.

1- Le mineur doué de discernement

Selon la doctrine, seul l'*infans*, c'est-à-dire l'enfant en bas âge, est entièrement dépendant de ses représentants pour l'accomplissement des actes de la vie civile. Le mineur capable de discernement se voit reconnaître une certaine autonomie juridique⁴³.

Page | 219

La capacité de discernement joue un rôle déterminant lorsqu'il s'agit de savoir si une personne est capable d'acquiescer et de s'obliger. En effet, est réputée capable de discernement la personne qui, dans une situation concrète, peut agir « *raisonnablement* », qui comprend donc la portée de ses actes et est capable de se comporter conformément à ce jugement⁴⁴.

Le principe est posé par l'article 12 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant, depuis plus de trente ans : le mineur peut intervenir dans toute procédure l'intéressant. Selon cette disposition, « *les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.* »

À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ». Ce principe ne concerne que le droit du mineur à exprimer son opinion soit directement soit par un intermédiaire et le cas échéant par un avocat, même si le texte ne le précise pas expressément. Cependant, ce droit n'est envisagé que pour un mineur « *capable de discernement* ». Entendu comme la « *faculté de bien apprécier les choses* », le discernement traduit l'idée de lucidité, de la conscience que l'on peut avoir des choses ou d'une situation. Or, l'enfant ou le mineur est un être en voie de structuration psychique et donc *a priori* susceptible de faiblesse devant la tentation. Il n'a toujours pas conscience de la portée de ses actes. En conséquence, et sauf exception, le mineur est censé ne pas exprimer une volonté libre. Finalement, le discernement apparaît comme l'antipode même du mineur. Mais malgré cette opposition

⁴³ M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*, p.225.

⁴⁴ Si une personne est incapable de discernement, elle ne peut, en règle générale, pas effectuer d'actes ayant un effet juridique. Une affaire conclue reste donc sans effet et doit, le cas échéant, être annulée.

En principe, personne n'est incapable de discernement et donc incapable d'exercer les droits civils et sa vie durant. On peut uniquement nier de manière générale la capacité de discernement aux personnes ayant un grave handicap et aux personnes âgées atteintes de démence. Sinon, on évalue toujours l'existence d'une capacité de discernement pour chaque acte pris isolément. Il peut donc très bien se faire qu'une personne soit capable de discernement pour certains actes mais qu'elle soit incapable de discernement pour d'autres.

apparente, le discernement a été érigé⁴⁵ en standard juridique devant faciliter, d'une part, l'exercice par le mineur de ses droits et, d'autre part, la mise en jeu de sa responsabilité.

Suivant l'article 524 du code de procédure pénale du Tchad, « *les procédures de poursuites et de jugements des infractions commises par les mineurs de 13 à moins de 18 ans sont réglées par la loi n°007/PR/99 du 6 avril 1999 annexée au présent code* ». C'est dire que le législateur national consacre à titre exceptionnel la possibilité de poursuite des mineurs. Les enfants d'un certain âge ou d'une certaine maturité ont le droit d'exprimer leur opinion sur certaines questions telles que le divorce, l'adoption ou les problèmes de garde⁴⁶. Toutefois, contrairement à l'article 12 de Convention internationale sur le Droit de l'Enfant, dans le cadre du système légal tchadien, il n'existe aucune obligation pour que l'enfant soit entendu dans les décisions ou les affaires le concernant. Il faut noter que le Tchad ayant ratifié cette convention a intérêt à rendre effectif cette obligation pour garantir l'épanouissement du mineur.

Page | 220

En droit français, conformément à ce principe, la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 a assoupli le régime des incapacités par l'insertion des articles 388-1 ET 388-2 du code civil. Il résulte du premier de ces textes, que l'enfant mineur peut être entendu par le juge ou par la personne désignée par le juge à cet effet pour toute procédure le concernant, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement. On songe notamment au consentement personnel requis de l'enfant âgé de plus de treize ans pour changer de prénom⁴⁷.

En droit belge, l'article 388-1 du code civil, pose également la condition du discernement, relatif à l'audition du mineur : « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge à cet effet* »⁴⁸. Autrement, les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement. Est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens ou conséquence de ses actes. La condition du discernement est donc centrale dans l'exercice, par le mineur, des droits que lui

⁴⁵ Tant au niveau international, communautaire que sur le plan des législations nationales.

⁴⁶ <https://www.humanium.org/fr/tchad>, consulté le 12.2.2025 à 14h42mn.

⁴⁷ M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*, p.225.

⁴⁸ En assistance éducative, l'intervention du mineur est prévue par l'article 375 qui définit les personnes qui ont qualité pour saisir le juge des enfants notamment le mineur lui-même ce qui lui confère la qualité de partie à la procédure. Ce texte est muet quant à la condition du discernement. Cependant, la Cour de cassation dans sa décision du 21 novembre 1995 (Civ. 1^{re} 21 novembre 1995, n°94-05. 102) a considéré qu'il incombait au juge de vérifier que le mineur possède le discernement suffisant pour exercer ses prérogatives, comme celle d'interjeter appel par l'intermédiaire de son avocat.

reconnaissent la convention internationale des droits de l'enfant et les textes du code civil précité. Si l'on s'en tient au sens commun, le discernement est la capacité d'apprécier une situation avec justesse et recul⁴⁹.

Admettre comme condition que seul le mineur capable de discernement peut exercer ses droits fondamentaux doit répondre à un objectif majeur. Dans le cas contraire, qu'est-ce qui justifie qu'un certain nombre d'entre eux en sont privés ?

Le risque, avec la condition du discernement posée comme préalable à l'exercice des droits fondamentaux, est celui de l'arbitraire ou pour le moins d'une appréciation subjective dépendant de la sensibilité du magistrat auquel il incombe d'apprécier si la condition est, ou non, remplie⁵⁰. C'est l'objectif de protection du mineur qui justifie que seul le mineur capable de discernement peut avoir accès au juge. Le but est donc de protéger le mineur de l'âpreté du conflit judiciaire, des tensions qui peuvent apparaître lors des audiences et de l'implication du mineur dans le conflit qui peut opposer ses parents voire dans le conflit qui peut naître de l'opposition entre les intérêts du mineur et ceux de ses parents.

Relativement à la question du mineur dirigeant d'entreprise, suivant la maxime selon laquelle « *qui peut le plus peut le moins* », le mineur doué de discernement étant admis légalement par la convention internationale sur les droits de l'enfant, « *d'intervenir dans toute procédure l'intéressant* »⁵¹, il importerait de déduire qu'il peut être autorisé à diriger une entreprise.

Mieux encore, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant reconnaît à tout enfant capable de communiquer un droit équivalent à celui d'un adulte. En substance, la Charte africaine exige que « *tout enfant qui est capable de communiquer se verra garantir le droit d'exprimer ses opinions librement dans tous les domaines et de faire connaître ses opinions, sous réserve des restrictions prévues par la loi* »⁵².

Les lois récentes ont considérablement étendu l'autonomie du mineur, mais il ne faut pas perdre de vue que celle-ci a toujours existé⁵³. Le mineur non émancipé peut accomplir tous les

⁴⁹ L. GEBLET juge pour enfant – Journal du droit des jeunes 2007/1 n°261.

⁵⁰ Ph. LAFAYE, « Le mineur doué de discernement », <https://lesaf.org>, consulté le 29 janvier 2025 à 15h48mn.

⁵¹ Article 12 de la convention internationale sur les droits de l'enfant.

⁵² S'inscrivant dans la même logique, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, dans sa rédaction issue de la révision de 2008, encadre la marge d'appréciation des autorités nationale en considérant que tout enfant doit être considéré comme « *ayant un discernement suffisant, lorsqu'il atteint l'âge prévu par la loi, qui ne doit pas dépasser 14 ans* ».

⁵³ M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*, p.226.

actes de la vie courante. Il appartient au juge, en cas de litige, de vérifier au regard des circonstances de l'espèce, si la qualification d' « acte de la vie courante » est justifiée⁵⁴.

Le choix des termes du législateur « *le droit d'exprimer ses opinions librement dans tous les domaines* » n'est pas fortuit. En vertu de la maxime selon laquelle « *il est interdit de distinguer là où la loi n'a pas distingué* », il conviendrait de souligner que le mineur doué du discernement peut valablement être dirigeant d'une entreprise sociétaire, au même titre que le mineur émancipé.

2- L'admission du mineur émancipé comme dirigeant d'entreprise

L'émancipation est un acte permettant à un mineur de pouvoir accomplir seul des actes nécessitant la majorité légale. Le mineur marié est automatiquement émancipé. Quel que soit son âge. Un mineur peut se marier avant 18 ans sous dispense accordée par le Procureur de la république pour des motifs graves et avec le consentement des parents⁵⁵.

Selon le dictionnaire juridique, par l'effet de la loi ou par la volonté du ou des parents qui disposent de l'autorité parentale⁵⁶, le mineur de seize (16) ans résolu peut obtenir une capacité juridique limitée. Le mineur émancipé ne peut pas devenir commerçant, sans avoir obtenu préalablement l'autorisation de la ou des personnes disposant de l'autorité parentale⁵⁷.

En dehors du cas où il obtient cet avantage de plein droit lorsque le mineur se marie avec les autorisations dont il vient d'être question, l'émancipation est prononcée par le juge des tutelles qui entend l'intéressé et le ou les parents titulaires de l'autorité parentale⁵⁸. Il peut refuser de faire droit à la demande, s'il juge que l'émancipation n'est pas requise pour de justes motifs.

L'émancipation met fin à l'état de minorité ce qui a notamment pour effet de rendre exigible les comptes de l'administration ou de tutelle. Selon l'alinéa 2, de l'article 482, du Code civil, les père et mère ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère du dommage qu'un mineur émancipé pourra causer à autrui postérieurement à son

⁵⁴ Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, JCP 1999, II, 10053, note T. GARE.

⁵⁵ <https://www.alexia.fr>, consulté le 23.08.2024 à 12h44mn.

⁵⁶ Le droit tchadien ne reconnaît pas encore l'autorité parentale, mais la puissance maritale, suivant le code civil français de 1958 applicable au Tchad.

⁵⁷ <http://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 23.08.2024 à 21h02mn.

⁵⁸ « ...l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité... » (civ. 1^{re}, 21 septembre 2016, pourvoi n°15-24907, Legifrance).

émancipation⁵⁹. Le mineur une fois émancipé pourra effectuer tous les actes de la vie civile habituellement réservés aux majeurs. Il pourra conclure un contrat de travail, contracter un crédit. Il devra aussi remplir sa propre déclaration d'impôt s'il touche des revenus personnels. Ses parents devront faire une déclaration de son rattachement⁶⁰

Il ressort de cette analyse que le mineur doué de discernement ou émancipé peut être dirigeant d'entreprise à risque limité. Il s'agit d'une exception au principe d'incapacité d'exercice du mineur en droit civil et commercial. Cela justifie le refus controversé du mineur dirigeant d'entreprise. Toutefois, selon les mécanismes classiques, le mineur peut être dirigeant de société par le biais de l'administration légale dans une certaine mesure.

II- L'ADMISSION CONTROVERSEE DU REGIME DU MINEUR DIRIGEANT D'ENTREPRISE

Afin de remédier à l'incapacité juridique du mineur, la technique de la représentation permet l'accomplissement des actes de la vie civile au nom et pour le compte du mineur par une personne désignée à cet effet⁶¹. Classique, la représentation légale permet au mineur d'être admis comme dirigeant d'une société (A), même si cette technique est contestable à l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (B).

A- L'acceptation relative du mineur comme dirigeant de la société par le mécanisme de la représentation légale

La représentation est un mécanisme par lequel une personne, le représentant, conclut un acte juridique pour le compte d'une autre, le représenté, en vertu d'un pouvoir que lui confère soit la Loi (représentation légale), soit une décision de justice (représentation judiciaire), soit un contrat (représentation conventionnelle)⁶². La représentation peut être qualifiée de parfaite, lorsque le représentant agit pour le compte et au nom du représenté. C'est la situation la plus courante. L'exemple type est celui de la représentation mise en place par le contrat de mandat⁶³, en

⁵⁹ La première chambre civile a jugé le 5 mars 2002 que la prescription de l'action en nullité ouverte à l'égard des actes faits par ou au nom d'un mineur courrait jour de sa majorité ou de son émancipation et que s'agissant d'un acte ayant déjà reçu exécution, l'exception de nullité n'était pas recevable (Bulletin 2002 I n°76, p.58).

⁶⁰ Certains actes lui sont cependant interdits sans accord préalable de ses parents ou du juge des tutelles. Il doit demander l'accord des parents pour se marier ou consentir à son adoption. Pour obtenir la qualité de commerçant, le mineur émancipé doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles au moment de son émancipation. Certains actes sont aussi interdits avant 18 ans révolus comme voter, conduire seul.

⁶¹ M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*, p.227, n°350.

⁶² <https://www.labase-lextenso.fr>, consulté le 24.08.2022 à 10h40mn.

⁶³ Article 1984 C. Civ.

application duquel le mandataire a pour mission d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques au nom et pour le compte du mandant. Selon le dictionnaire juridique, la représentation est l'effet soit d'une convention, soit de la Loi. Elle règle l'effet par lequel une personne, dit le représenté ou encore le mandant, engage une personne dite, le mandataire ou représentant, lequel reçoit de ce mandant la mission de traiter avec un ou plusieurs tiers comme s'il avait directement traité avec ce ou ces tiers. L'engagement régulièrement souscrit avec le ou les tiers, par le représentant au nom du représenté, crée des effets dans la personne et le patrimoine du représenté⁶⁴. La représentation est imparfaite, lorsque le représentant agit pour le compte du représenté mais en son nom personnel. Tel est le cas, en droit commercial, de la représentation opérée par le biais d'un contrat de commission⁶⁵, aux termes duquel un commissionnaire agit en son propre nom pour le compte d'un commettant⁶⁶. Les parties, personnes physiques ont la faculté d'être présentées ou de se faire représenter, alors que les parties personnes morales ne peuvent que se faire représenter par des personnes physiques⁶⁷. C'est dire que la représentation est un mécanisme juridique favorisant l'accomplissement d'acte contractuel par le biais d'un tiers, qui, ne peut répondre des effets de cet acte. Il semble que la représentation est étroitement liée à la délégation⁶⁸.

Dans les sociétés à risque limité, il semble que le mineur peut être administrateur et exercer ses fonctions par le biais de son administrateur légal (1). Cependant, pour les fonctions nécessitant la présence au quotidien, le mécanisme d'administration légale serait incertain (2).

1- Le mineur, administrateur d'une société à risque limité, par le biais de l'administrateur légal

Il ressort de l'article 8 de l'AUSCGIE, « *les mineurs et majeurs incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports* »⁶⁹. C'est dire que dans les sociétés à risque limité, le mineur peut être associé, donc susceptible d'être dirigeant. Au sens large, la notion de dirigeant englobe les membres du conseil d'administration. Ces derniers, pris individuellement n'ont pas de pouvoirs propres.

⁶⁴ <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 24.08.2022 à 10h10mn.

⁶⁵ Art. L.212 C. Com..

⁶⁶ <https://www.labase-lextenso.fr>, consulté le 24.08.2022 à 11h10mn

⁶⁷ Il peut s'agir des dirigeants, des délégués ou mandataires sociaux.

⁶⁸ D. ALLAND. et S. RIAL, Dictionnaire de la culture juridique, Lamy PUF 2019, p.354.

⁶⁹ La capacité des parties étant de droit commun international privé déterminée par la loi personnelle de la personne en cause, à savoir la loi de la nationalité, les pouvoirs des mineurs et des majeurs incapables doivent être appréciés selon la loi de l'Etat partie dont ils ont la nationalité.

La question de savoir, un mineur, par le mécanisme de la représentation légale peut-il être administrateur ?

L'administrateur est une personne physique ou morale, membre du conseil d'administration d'une société anonyme. Il est nommé soit par les statuts, soit par l'assemblée générale constitutive, soit encore par l'assemblée ordinaire en cours de vie sociale⁷⁰. Page | 225

Suivant l'article 414 de l'AUSCGIE, seules les sociétés anonymes ont des administrateurs⁷¹. Il ressort de l'alinéa 3 de l'article 435 que « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent...* »⁷². En tant qu'organe collégial, le conseil d'administration dispose de pouvoirs qui sont conférés indépendamment de la personnalité de ses membres⁷³. Autrement, les membres du conseil d'administration, en leur qualité d'administrateur ne peuvent pas exercer de manière individuelle leur pouvoir.

En effet, les dirigeants sont des organes de la société, que des mandataires au sens classique. Leurs attributions sont fixées par des dispositions légales impératives. En outre, les dirigeants ont généralement à la fois un rôle décision⁷⁴, et un rôle d'exécution, c'est-à-dire la représentation. Or, il se trouve que les tribunaux ne distinguent pas toujours ces diverses fonctions alors que la responsabilité qui découle de leur mauvaise exécution ne devait pas s'apprécier de la même manière⁷⁵. La pratique avait depuis longtemps créé et répandu l'usage de ne pas laisser les

⁷⁰ Sabine DANA-DEMARET et Yves REINHARD, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, éd. Dalloz, 1993, Paris, p5.

⁷¹ Article 415, « le mode d'administration de chaque société anonyme est déterminé de manière non équivoque par les statuts qui choisissent entre :

- La société anonyme avec conseil d'administration ;
- La société anonyme avec administrateur général... ».

⁷² Lorsque le conseil a décidé de relever le commissaire aux comptes de ses fonctions, le directeur général est tenu d'exécuter (Cass. Com. 3.10.2006, n°1098, RJDA 2/07 n°170).

⁷³ C. A Paris 13-4-1934, Sem. jur. 1934, 846.

⁷⁴ Notamment la gestion de la société.

⁷⁵ Yves GUYON refondu par Chantal LEIRIS, *Responsabilité civile des administrateurs*, éd. du J-Cl. 1996, Vol4, Fa Pour les privatistes, la délégation désigne très généralement le procédé par lequel il est donné droit à une personne d'agir au nom d'une autre (D. ALLAND. et S. RIAL, *op. cit.*, p.354). Pour les publicistes en revanche, elle est assimilée à un acte unilatéral en vertu duquel une autorité publique elle-même habilitée, transfère l'exercice d'une partie de sa compétence. Cette notion, qui s'est développée par strates successives au cours de l'histoire, connaît des applications qui lui confèrent une actualité grandissante. C'est notamment à partir du matériau offert par le droit romain que l'époque médiévale a su, confrontée à des situation institutionnelles, économiques et sociales en pleine évolution, faire un effort d'adaptation de la notion à des exigences nouvelles. Si la notion existait certainement en

administrateurs agir isolément. C'est dans les stipulations statutaires qu'il faut rechercher l'origine de la conception collégiale du conseil ; pour assurer l'unité d'action des dirigeants de sociétés anonymes. Un usage constant s'était établi de considérer que le pouvoir d'administrer était donné, non pas aux administrateurs pris *singuli*, mais à leur réunion, au conseil d'administration. En ce sens, l'on considérerait comme excès ou usurpation de pouvoir, l'acte accompli par un ou plusieurs administrateurs pris individuellement, sans l'autorisation ou délégation du conseil⁷⁶.

En effet, « *l'administrateur, disait-on, n'a plus à intervenir que comme membre de cet organe et dans la pratique sa véritable fonction est devenue celle de membre d'un conseil d'administration* »⁷⁷. Les administrateurs doivent se contenter de délibérer, c'est-à-dire d'émettre leurs avis sur les questions qui leur sont soumises. Les pouvoirs de gestion sont dévolus au conseil *in globo* et non aux administrateurs *ut singuli*. Cette solution dégagée par la pratique, ne peut faire l'objet de moindre doute. Il en résulte qu'un mineur non émancipé peut être administrateur, donc dirigeant au sens large, par le biais de l'administrateur légal de son patrimoine. La représentation légale est dans la plupart des cas, assumée par les détenteurs de l'autorité parentale. Dans cette vision, par le mécanisme de la représentation, l'administrateur légal, de par sa qualité, peut accomplir les actes conservatoires et d'administration favorables au mineur. En ce sens, l'administrateur légal peut représenter le mineur comme administrateur dans les sociétés à risque limité. L'administration légale, il faut le souligner, ne concerne que les biens du mineur. Il n'y aura donc lieu à administration légale que lorsque le mineur sera propriétaire de biens. L'administration des biens du mineur est qualifiée de « légale » non seulement parce qu'elle est prévue par les textes, mais encore parce qu'elle prend place sans intervention du juge⁷⁸. Il est normal en effet que les parents d'un mineur assurent en même temps que son éducation, sa garde, l'administration de ses biens. L'administrateur légal peut accomplir seul les actes d'administration. C'est ainsi que l'administrateur légal peut donner à bail un immeuble appartenant au mineur, à condition toutefois que la durée de ce bail n'excède pas neuf ans⁷⁹. Il peut exploiter lui-même les

Grec, à travers des formes juridiquement inabouties, c'est au droit romain que l'on doit les premières avancées significatives concernant la délégation. La délégation s'est considérablement développée en tant qu'instrument juridique, prenant des formes variées en fonction des domaines, avec des caractéristiques imposant une distinction entre le droit privé et le droit public.

⁷⁷ AYMARD, *Le nouveau statut de la fonction d'administrateur*, thèse Toulouse 1973, P 47, cité par Daniel BASTIAN in *Administration : conseil d'administration*, J-Cl société, vol4, éd. 1973, fasc. 131.

⁷⁸ Cela s'explique par le fait que l'administration légale des biens du mineur est effectuée par ses auteurs biologiques (père et mère). Elle se situe dans le cadre de l'exercice de la puissance paternelle.

⁷⁹ Un bail aussi long revêt en effet la gravité d'un acte de disposition et lui est par conséquent interdit.

biens du mineur au lieu de les donner à bail. L'administrateur légal peut manier les deniers du mineur en ce sens qu'il peut et doit payer les dettes de l'incapable⁸⁰. Autrement, le mineur dont les éléments du patrimoine ont fait l'objet d'apport en usufruit⁸¹ ou en jouissance⁸² peut être admis comme dirigeant, en qualité d'administrateur d'une société anonyme, par l'intermédiaire de son administrateur légal.

Cependant, il serait objectivement incertain qu'un tel mineur puisse être admis comme dirigeant d'entreprise au sens strict du terme.

2- L'admission incertaine du mineur dirigeant d'entreprise au sens strict

Sont considérés comme « *dirigeants de société* » les cadres auxquels sont confiés des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement⁸³.

Selon l'article 415 de l'AUSCGIE, « *la société anonyme avec conseil d'administration est dirigée soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général* ». Dans l'hypothèse où la société est gérée par un président du conseil d'administration et un directeur, il se posera la question de l'acceptation ou non du mineur comme

⁸⁰ L. ELOMO-NTONGA, « *La protection, fondement de l'incapacité des mineurs* », in Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome sixième, N.E.A., 1982, p. 67.

⁸¹ Un apport en usufruit consiste à donner à la société le droit d'utiliser le bien fourni par l'associé et d'en percevoir les revenus générés pas son usage.

À la différence de l'apport en jouissance, l'apport d'un usufruit repose sur un démembrement du droit de la propriété. Il entraîne le transfert en pleine propriété à la société d'un droit réel dont se dépouille l'apporteur. (<https://www.lecoindesentrepreneurs.fr>, consulté le 7.2.2025 à 1055mn).

⁸² L'apport en jouissance consiste, pour un associé, à mettre un bien à disposition d'une société pendant une période déterminée tout en restant le propriétaire dudit bien. La société dispose d'un droit de jouissance sur le bien, c'est-à-dire l'usus. Ce type d'apport peut être réalisé dans toutes les formes de société.

Dans le cadre d'un apport en jouissance, aucun transfert de propriété n'est réalisé entre l'apporteur et la société. L'apporteur reste propriétaire du bien concerné. Par contre, il doit procurer à la société une jouissance paisible du bien apporté.

Ensuite, un apport en jouissance est effectué pour une durée librement convenue. Il peut s'agir de la durée de la société ou d'une durée déterminée.

L'associé reste directement responsable du risque de perte ou de détérioration du bien apporté en jouissance, sauf s'il s'agit d'un élément fongible. Dans ce cas, la société sera tenue de restituer une quantité, une qualité et une valeur égales à l'associé.

⁸³ S. BRAUDO, « *Définition dirigeant de société* », in Dictionnaire juridique, <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 7.2.2025 à 15h27mn.

président du conseil d'administration ou directeur général, c'est-à-dire, dirigeant ayant pour fonction la gestion quotidienne de la société⁸⁴.

L'article 480 de l'AUSCGIE dispose : « *le président du conseil d'administration préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales.*

Page | 228

Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général.

À toute époque de l'année, le président du conseil d'administration opère les vérifications qu'il juge opportunes et peut se faire communiquer par le directeur général, qui y est tenu, tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission. Le président du conseil d'administration est tenu de communiquer à chaque administrateur ces documents et informations». Le législateur n'a pas fixé l'âge minimum ni maximum pour accéder à la fonction du président du conseil d'administration. Ce même silence est observé en ce qui concerne le directeur général⁸⁵.

Selon l'article 487 de l'AUSCGIE, « *le directeur général assure la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers.*

Pour l'exercice de ces fonctions, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires ». Il s'agit d'une tendance vers la professionnalisation de la fonction de manager et vers une distinction plus claire entre diverses fonctions au sein d'une société qui doit répondre aux critères actuels d'efficience et de la transparence. Désigné par le conseil, il ne tient pas ses attributions de celui-ci, mais de la loi. Le président du conseil incarne aujourd'hui le pouvoir de directeur de la société, qui doit fonctionner tel qu'il est établi par des règles impératives.

Il faut souligner que les fonctions du président directeur général, du directeur général ou de l'administrateur général sont des fonctions permanentes, nécessitant la présence quotidienne au sein de la société, il serait difficile d'admettre au mineur, pouvant les exercer par l'intermédiaire de son administrateur légal.

⁸⁴ Dans la pratique, il serait difficile que l'administrateur légal soit disponible à plein temps, car li assure cette fonction en plus des siennes.

⁸⁵ Ce silence peut se justifier du fait qu'il s'agit du domaine du droit social.

B- Le mécanisme de l'administration légale contesté

L'administration légale étant limitée aux actes d'administration et conservatoires, peut être remise en cause en cas d'abus de pouvoir (1). Par ailleurs, l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication nous permet de nous interroger sur la question de l'incapacité du mineur éveillé (2).

Page | 229

1- Les limites inhérentes à la remise en cause du pouvoir du représentant ou la digitalisation de la gestion de l'entreprise

Un arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation française le 28 mai 1982⁸⁶ illustre ce phénomène de la contestation. En l'espèce, une mineure, émancipée au moment de la vente par sa mère d'immeubles dépendant de la succession de son père, contestait la validité de cette vente aliénation à laquelle elle n'avait pas été partie, sa mère n'ayant pu, à raison de l'émancipation, la représenter valablement. Les acquéreurs pour faire obstacle à son action intentée seize ans après la conclusion de la vente se prévalaient de la prescription décennale de l'article 1304 du code civil⁸⁷. Pour accueillir l'action de la demanderesse l'assemblée plénière a censuré l'arrêt de la Cour d'Appel en retenant que « *l'action par laquelle le propriétaire indivis d'un bien prétend faire déclarer inopposable à son égard aliénation consentie par une personne qui n'avait pas qualité pour le représenter n'est pas celle qui se prescrit par le délai de l'article 1304 du code civil* ». L'assemblée plénière a utilisé la notion d'inopposabilité, « *voile juridique de l'inexistence* », pour écarter la prescription de l'action. Elle a repris ainsi la formule déjà utilisée dans la même affaire par la première chambre⁸⁸. Plus récemment, cette solution a été reprise par la Cour de cassation à propos d'une cession des droits sociaux. Elle a estimé que l'inexistence du contrat peut résulter « *du défaut de pouvoir du représentant du cédant, qui est sanctionné par l'inopposabilité ne pouvant être invoquée que par le cédant lui-même* »⁸⁹. Si ce bien, objet de la vente sanctionné par l'inopposabilité a fait l'objet d'un apport à une société commerciale, il semble que la sanction serait la même pour protéger le patrimoine de la demanderesse. Autrement, le mineur éveillé peut contester les actes accomplis par l'administrateur légal. Cette contestation se

⁸⁶ Cass. Ass. Plén. 28 mai 1982, Dalloz 1983, 117, concl. Av. gén.

⁸⁷ Dans sa rédaction antérieure à la réforme de 1968, encore applicable.

⁸⁸ Civ. 1^{re}, 23 nov. 1976, Bull. civ. I, n°361.

⁸⁹ Cass. Civ. 3^e, 6 oct. 2004, Rev. des Stés 2005, 152 obs. B. SAINTOURENS.

justifie du fait qu'il s'agit d'acte de disposition nécessitant une autorisation préalable du conseil de famille.

Cependant, il conviendrait de noter que l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication influence sur la question de la capacité du mineur dirigeant d'entreprise, notamment par l'automatisation ou la digitalisation de la gestion. Page | 230

2- Les difficultés inhérentes à l'administration virtuelle des activités de l'entreprise

Une organisation virtuelle est un ensemble temporaire ou permanent d'individus, de groupes d'unités organisationnelles ou d'organisation entière géographiquement dispersés qui dépendent de liens électroniques pour mener à bien le processus⁹⁰. L'administration virtuelle consiste à fournir un service administratif aux clients ou à la société ou encore aux employeurs à distance, à l'aide d'outils et de plateformes en ligne.

Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 454-1 de l'AUSCGIE que « *si les statuts le prévoient, les administrateurs qui participent au conseil par visioconférence ou par d'autre moyens de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective peuvent voter oralement* »⁹¹. Cette disposition participe à la dématérialisation de la procédure des décisions ou d'administration des sociétés commerciales. Les administrateurs virtuels peuvent travailler en tant que pigistes, entrepreneurs ou employés, selon l'arrangement qu'ils ont avec leurs clients ou la société. Ils peuvent offrir une variété de service, tels que la gestion des e-mails, la saisie de données, la planification, la comptabilité, la recherche, le service client. Les administrateurs virtuels ont la possibilité de travailler de n'importe où, de définir leurs propres heures et de choisir leurs propres projets⁹². L'automatisation de l'entreprise consiste à piloter ou contrôler un processus de façon à accomplir des traitements, sans intervention humaine ou presque⁹³.

⁹⁰ Le concept d'organisation virtuelle est souvent assimilé dans la littérature managériale à des entreprises en réseau, multipartenaire, s'appuyant sur les technologies de l'information et de la communication pour coordonner leurs activités.

⁹¹ Le législateur communautaire n'a pas limité les moyens de participation virtuelle aux réunions des administrateurs.

⁹² Cependant, ils font également face à certains défis, tels que des problèmes de communication, l'isolement, les distractions et le manque d'avantage.

⁹³ L'IA est une technologie horizontale qui analyse des schémas de données pour apprendre de l'intelligence humaine et tenter de la reproduire.

Parallèlement à la numérisation, l'automatisation est devenue indispensable à la bonne gestion des petites structures⁹⁴. Les dirigeants des entreprises ou des sociétés sont de véritables couteaux-suisse et doivent penser à tout, tout le temps, être sur tous les fronts. Difficile aujourd'hui de faire sans l'automatisation, par exemple, l'inventaire, la prise de rendez-vous, le fichier client, la facturation. En plus d'un gain de temps, l'automatisation permet d'éviter les erreurs humaines et de limiter les coûts de gestion, puisqu'elle accomplit des tâches que d'autres professionnels auraient dû effectuer, telles que la comptabilité ou le secrétariat. La digitalisation automatisée offre aussi la possibilité de mettre en place des procédés de gestion de la qualité et d'améliorer les processus ressources humaines avec le recours à des outils informatiques qui surveilleront les démarches et donneront l'alerte en cas de problème⁹⁵.

Il faut observer que dans la pratique, certains mineurs utilisent soit les données personnelles des parents, notamment les adresses mail ou les numéros de téléphone pour conclure des contrats ou répondre aux effets des obligations, en lieu et place de ceux-ci. Cette pratique soulève une difficulté relative à la capacité d'exercice du mineur à la formation et l'exécution du contrat par les moyens numériques.

Conclusion

À la lumière de cette analyse, il faut souligner que le régime du mineur dirigeant d'entreprise est controversé. Pour des raisons de la protection de l'autonomie de la volonté et du patrimoine, le mineur étant exclu des sociétés à risque illimité ne peut être dirigeant dans ces sociétés⁹⁶.

Dans les sociétés à risque limité, il est possible que le mineur soit dirigeant. Il peut l'être par le biais de l'administration légale⁹⁷, ou par l'émancipation. En dehors de ces mécanismes classiques, le mineur doué de discernement peut être dirigeant d'entreprise, dès lors que sur le plan pénal, il a cette prérogative d'être entendu par le tribunal. Le droit ayant pour finalité de répondre au besoin de l'homme et de la société doit tenir compte des nouvelles exigences de la société. L'admission du mineur doué de discernement comme dirigeant d'entreprise participe à son

⁹⁴ <https://www.lecoindesentrepreneurs.fr>, consulté le 19.09.2024 à 13h25mn.

⁹⁵ Ainsi, les délais sont réduits et vous diminuerez considérablement les risques de dépassement en matière de timing.

⁹⁶ Notamment dans les SNC SCS, dont les associés ont une obligation aux dettes de la société au-delà des apports réalisés.

⁹⁷ Dans les fonctions où la présence physique n'est pas exigée au quotidien.

émancipation. Dans cette vision, le dogme d'incapacité absolue d'exercice du mineur est surmontable dans le respect de l'ordre public de protection.



Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au Mali

The right to be tried within a reasonable time in Mali

Par :

BOUREIMA KAREMBE

Page | 233

Docteur en droit privé

Enseignant-chercheur à l'Université kurukanfuga de Bamako

Résumé

Le droit être jugé dans un délai raisonnable est un droit fondamental reconnu à toutes les personnes mise en cause devant une juridiction mais l'inobservation de ce droit fondamental est une grave violation des droits d'homme en milieu carcéral. Malheureusement, le respect de ce délai raisonnable, n'est pas une préoccupation majeure pour non seulement le législateur malien encore moins pour les magistrats. Ainsi, cette contribution propose des pistes de solution telle que de redéfinir la notion du délai raisonnable, de prendre cette notion du délai raisonnable au cas par cas et en fin de repenser le délai raisonnable.

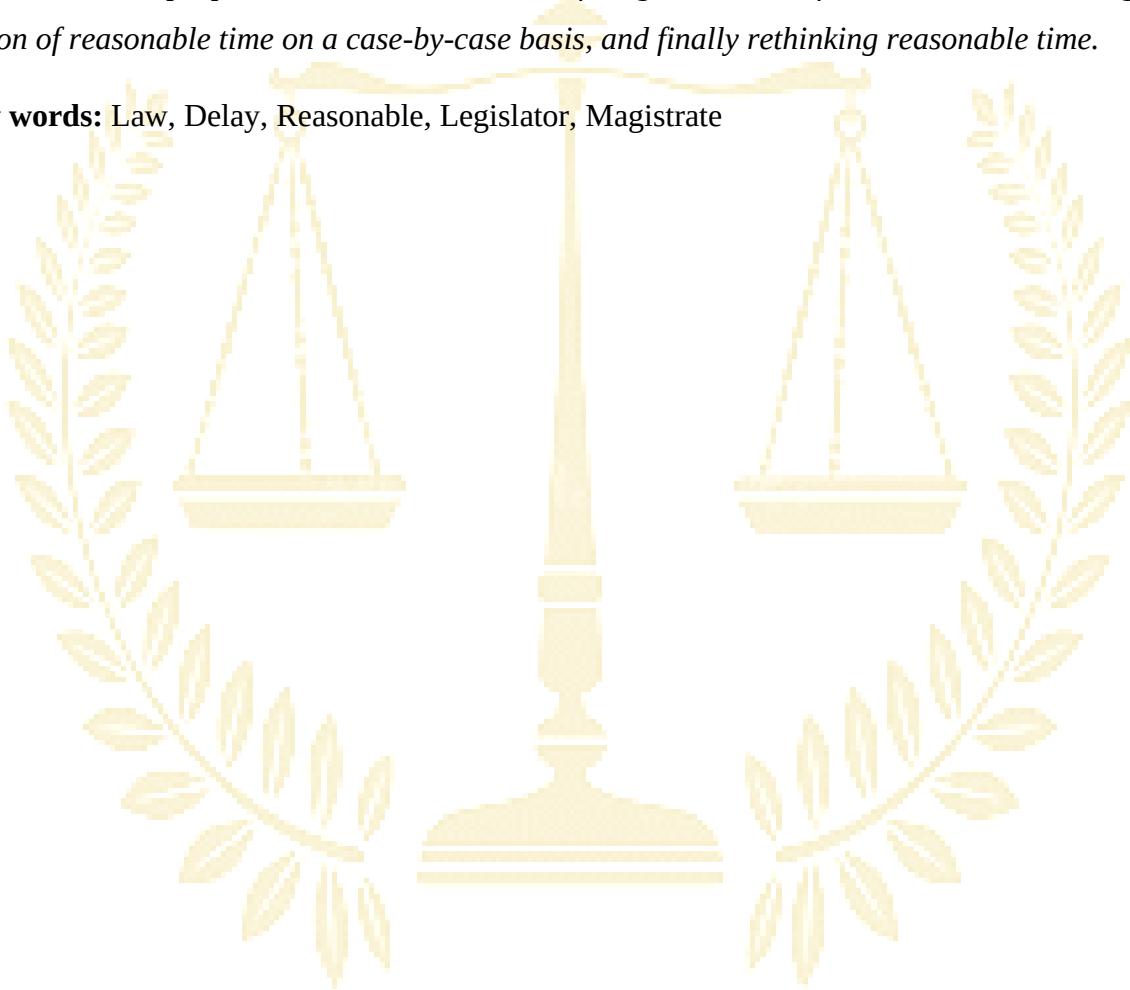
Mots clés : Droit, Délai, Raisonnable, Législateur, Magistrat.

Abstract:

The right to be tried within a reasonable time is a fundamental right recognized for all persons accused before a court, but failure to respect this fundamental right is a serious violation of human rights in the prison environment. Unfortunately, compliance with this reasonable time limit is not a major concern not only for Malian legislators, but even less so for magistrates. Thus, this contribution proposes solutions such as redefining the notion of reasonable time, taking this notion of reasonable time on a case-by-case basis, and finally rethinking reasonable time.

Page | 234

Key words: Law, Delay, Reasonable, Legislator, Magistrate



Introduction

La valeur d'une justice efficace et efficiente est basée sur sa faculté de juger des personnes mise en cause dans un délai raisonnable. Un Etat qui fonctionne sur les principes basés sur l'arbitraire et l'anarchie contient les fondements de son autodestruction¹

Page | 235

Or, si « *tout le monde s'accorde pour admettre qu'une justice rapide n'est pas nécessairement, une justice trop lente est toujours une mauvaise justice, quel qu'irrécusable que soit le raisonnement qui ait amené le juge à sa décision* »². Puisque, « *Le temps qui passe, c'est la vérité qui s'enfuit* »³. Cette phase est considérée comme étant la plus « *mangeuse de temps* »⁴, c'est à ce stade du procès que bien des situations se fixent, et parfois de manière définitive⁵.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un droit qu'un juriste du XIXe siècle ou de la première moitié du XXe siècle aurait du mal à comprendre⁶. Si le délai raisonnable est une préoccupation en droit de l'homme, le législateur national mentionne rarement. Il était absorbé par le droit objectif et n'accédait pas directement à la vie juridique que le justiciable pouvait le réclamer devant la justice. Les exigences du XXe siècle ont nécessité la réforme de cette tendance et entraîné l'apparition d'un nouveau type de droit subjectif à savoir le droit d'être jugé dans un délai raisonnable.⁷

L'interprétation des délais raisonnables rencontres d'énormes difficultés.⁸ Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure fait l'objet d'un examen individuel dans chaque cas et

¹ GUISSÉ (M), *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en matière pénale : Cas du Mali*, thèse, UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR, 2011, P.89.

² WALINE (M) cité par . LOHRER (D), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Thèse Pau, 2013, p. 190. A ce propos, M. WALINE fait remarquer qu'« *il y a un point où rendre la justice trop tard équivaut [effectivement] à ne pas la rendre du tout* ».

³ V°. LOCARD (P) cité par PRADEL, (J) « La célérité du procès pénal en droit comparé », in *Questions contemporaines de science criminelle. RIDP*, 1995, p. 325.

⁴ Terme emprunté au professeur J. PRADEL. V°. J. PRADEL, « La célérité et les temps du procès pénal : comparaison entre quelques législations européennes » in *Mélanges en l'honneur du professeur R. Ottenhof*, éd., Dalloz, p. 254.

⁵ DIOUF (N), *La situation des parties au procès pénal pendant l'instruction préparatoire*, Thèse, Paris 1, 1992, p. 18.

⁶ CHOLET (D), la célérité de la procédure en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006, P. 271. Citer par yacouba M COULIBALY , le délai raisonnable en matière pénale au Mali, revue internationale de Droit et science politique R.I.D.S.P, vol. 4, N° 3- Mars 2024 ISSN : 2790-4830.

⁷ GUISSÉ (M), op.cit., p.3.

⁸ Idem.

s'apprécie suivant les circonstances de l'espèce.⁹ L'interprétation ou plus précisément la définition du délai raisonnable de jugement demeure assez délicate. La cour européenne des droits de l'homme à partir de sa première condamnation de la France en 1989 pour violation du délai raisonnable emploie désormais et fréquemment le terme célérité à propos du délai raisonnable¹⁰

Il faut d'emblée souligner que le législateur n'a pas pris le soin de définir la notion de « délai raisonnable ». Selon le Doyen Cornu, il faut entendre par le « concept raisonnable, ce qui est modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne »¹¹. A lire le professeur Dieunedort NZOUABETH, le droit à un délai raisonnable s'entend comme, « le droit à un procès qui aboutit sans incurie excessive à une décision judiciaire définitive et, le cas échéant à une sentence »¹². Ainsi, il doit s'analyser sous l'angle de la complexité de chaque affaire. Il est à souligner que c'est le concept du délai raisonnable même qui ouvre la porte aux abus de tout genre par les auxiliaires de justice. Il est souhaitable de transformer ce concept en mathématique pur et dur ; c'est-à-dire fixer un délai clair et net avant l'audience. Ainsi, nous pouvons dire que le délai raisonnable est un délai fixé avant l'audience et respecté pendant et après l'audience. Il est inconcevable que les auxiliaires de justice se donnent tout le temps possible sur la base du délai raisonnable. Il est grand temps d'en finir avec ce dol juridique dans nos codes. Il ressort des statistiques communiquées à l'agence de la francophonie que la durée moyenne d'un procès en matière pénale est d'une année au Mali.¹³

La lenteur de l'information judiciaire est une problématique majeure dans notre société. Conscient de cet état de chose, le législateur malien a prévu de nombreuses dispositions permettant de juger rapidement la personne reprochée. La source du droit d'être jugé dans un délai raisonnable se trouve dans les articles 2 al. 5 des dispositions préliminaires du Code de procédure pénale¹⁴ et 7 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme, adoptée en 1981¹⁵. Ces textes sont à rapprocher

⁹ Yacouba (C) , « le délai raisonnable en matière pénale au Mali », *revue internationale de Droit et science politique R.I.D.S.P.*, vol. 4, N° 3- Mars 2024 ISSN : 2790-4830. P14

¹⁰ VAILLHE (J.), La France face aux exigences de la cour européenne des droits de l'homme Doc. FR, 2001, P.64

¹¹ CORNU, (G) , *Vocabulaire juridique* , Paris, PUF, 1998, P. 107.

¹² NZOUABETH (D), « Le temps et l'infraction », *Les annales africaines*, FSJP/UCAD, n° 5, Vol. 2, Crédila, Déc. 2016, p. 8.

¹³ La justice dans les pays francophones, conférence des ministres francophones de la justice, le Caire, 30 octobre au 1 novembre 1995.

¹⁴ Selon les dispositions de l'art. 2 al. 5 des dispositions préliminaires : « Il doit être définitivement statué sur la prévention ou l'accusation dont cette personne [la personne reprochée] fait l'objet dans un délai raisonnable ».

¹⁵ Selon ce texte : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : [...] le droit d'être jugé dans un délai raisonnable..... ».

des articles 9-3 et 14-3-c du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966¹⁶. Tous ces instruments juridiques assujettissent la juridiction de rendre sa décision dans un délai raisonnable. La procédure au niveau de l'instruction ne doit être ni trop courte ni trop longue¹⁷. C'est le second qui s'est rendu tristement célèbre, car très souvent la justice opère avec une lenteur excessive lors du placement de l'individu en détention. La lenteur observée au niveau de l'instruction est source de frustration. De plus, elle est susceptible de fournir un contentieux massif qui ralentit davantage la procédure.

Cependant, l'hypothèse selon laquelle le respect du délai raisonnable est quasi inexistant au Mali est à confirmer. Cela s'explique d'une part, par le manque de définition du délai raisonnable dans le code de procédure pénale au Mali et d'autre part, par l'ignorance de ce droit de la défense par les juges et le législateur malien ne donne aucun moyen de recours aux personnes mises en cause de faire respecter ce droit. Ainsi, dans cet article, il est envisagé de contribuer, si minime soit-il non seulement de repenser le délai raisonnable mais aussi de son respect dans l'instruction des affaires juridiques et judiciaires en cour au Mali. L'analyse de la présente contribution est d'une importance capitale dans la mesure où elle propose non seulement une définition à la notion du délai raisonnable dans le contexte malien mais aussi elle donne des pistes de solutions pour son respect par les juges.

C'est pourquoi deux méthodes caractériseront notre recherche : une méthode théorique et une méthode empirique. La méthode théorique a fait le point sur les divers concepts et notions. La méthode empirique a consisté la phase des études de terrain ou, à travers des entretiens avec les divers acteurs impliqués dans les procédures juridictionnelles, nous avons mis en évidence la réalité des pratiques et des situations. Nous avons mené des entretiens auprès des justiciables afin d'évaluer avec exactitude les réelles difficultés qui sont de nature à provoquer l'inobservation du délai raisonnable.

Cela nous amène à poser la question suivante : le respect du délai raisonnable est-il un principe consolidé et effectivement garanti ?

¹⁶ Aux termes de cet article : « Toute personne accusée d'une infraction pénale a le droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : [...] à être jugée sans retard excessif [...] ».

¹⁷ PRADEL (J) « La durée des procédures », *RPDP*, 2001, n° 1, p. 148 ; PILLET (P) *Les temps de la procédure*, Thèse, Poitiers, 2007, p. 304.

Pour bien cerner cette question, il est judicieux de développer d'abord que le temps méprisé au moment de la détention provisoire (I) ensuite le temps méprisé lors du contentieux de l'instruction (II).

I- LE TEMPS MÉPRISÉ AU MOMENT DE LA DÉTENTION PROVISOIRE Page | 238

La détention provisoire consiste dans l'incarcération de la personne inculpée, pendant une période susceptible de se prolonger longtemps, parfois jusqu'à ce que la juridiction de jugement se soit prononcée¹⁸. Elle constitue la mesure la plus coercitive des actes d'instruction¹⁹. Ainsi, il serait judicieux d'analyser la lenteur dans la conduite de l'instruction, facteur de longues détentions (A) L'insuffisance du contrôle de la détention, cause de l'allongement des détentions (B).

A- La lenteur dans la conduite de l'instruction, facteur de longues détentions

« Qui juge lentement juge sûrement » ! (Sophocle Œdipe roi). De toute évidence, nos juridictions semblent avoir pris un peu trop à cœur l'enseignement de Sophocle. Car, tel qu'il a été souligné²⁰, il est notoire que les procédures trainent beaucoup au stade de l'information judiciaire.

Il est constaté depuis longtemps que plus l'instruction s'étend dans le temps, plus les durées de détention ne tendent à s'accroître corrélativement²¹. Cela étant, la durée excessive de l'instruction est due à notre avis à une quasi inertie du magistrat instructeur (1) et à une quasi-inactivité des auxiliaires du juge (2)

1- Une quasi-inertie du magistrat instructeur

Lors de l'adoption du Code de procédure pénale en 2001, la phase d'instruction occupait une place importante tant en matière délictuelle que criminelle. A l'époque, un recours fréquent

¹⁸ SOYER (J-C) *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, LGDJ, 21^{ème} éd., 2012, p. 374.

¹⁹ Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue : les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, XII^e Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de Droit pénal (Poitiers, 11 et 12 décembre 1970) M. Rolland (dir), PUF, 1971, p. 121.

²⁰ *Synthèse des études sur le renforcement de la justice au Mali*, Centre for International Legal Cooperation (CILC), Rapports initiaux soumis au Ministère de la justice et des droits de l'homme en Mai 2014, p. 139 disponible ici <http://www.justicemali.org>). Ainsi, lire avec intérêt SIDIBE (A), TRAORE (I-S) TOURE (N-A), *Problématique de la sécurité et violation des droits de l'homme au Mali, Gouvernance en Afrique, document, CNDH*, Mars 2015, p. 17 et s.

²¹ V^o en ce sens. PILLET (P), *Les temps de la procédure*, op. cit., p. 51. Pour une approche comparable V^o EBELE DIKOR (A-M), *le régime juridique de la détention avant jugement en Droit français et en Droit Camerounais*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 207.

au juge d'instruction ne posait pas de difficultés particulières au regard du nombre assez restreint des infractions. Cependant, les charges de ce magistrat se sont progressivement alourdies. Les juges d'instruction connaissent un accroissement progressif de leurs fonctions. Selon l'article 90 al. 1 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.

Il a pour rôle également de recueillir les preuves de l'infraction et de décider éventuellement le renvoi en jugement de la personne poursuivie²². A cela s'ajoute la place croissante des parties privées dans la phase de l'instruction²³ qui a pour conséquence une augmentation du contentieux résultant de l'accroissement du nombre d'incriminations, du développement de certains contentieux, et de l'augmentation de la population.

En pratique, cette surcharge structurelle est souvent invoquée pour justifier la violation du délai raisonnable du procès. Pour notre part, nous rejetons le facteur d'engorgement des juridictions pour justifier la violation du délai raisonnable²⁴. L'engorgement des juridictions, s'il est soutenu par beaucoup de magistrats, doit être relativisé puisque, ce problème ne se pose pas devant toutes les juridictions²⁵. Donc, en cas de diligence du juge dans le traitement des affaires, les problèmes liés à l'engorgement structurel peuvent être surmontés. Le problème de l'engorgement structurel est alors compliqué par le manque de diligence de bon nombre de magistrats.

De façon générale, les procès au Mali durent trop longtemps²⁶. Nous avons vu que cette lenteur est souvent due à la complexité de l'affaire. Mais, bien souvent ce sont des magistrats

²² A cet égard, conformément aux dispositions de l'article 114 CPP, « *Le juge d'instruction peut, selon les cas, décerner mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt* ».

²³ En effet, Celles-ci se sont vues progressivement accorder des garanties procédurales accrues impliquant l'accomplissement de formalités de plus en plus nombreuses par le magistrat instructeur. Tel est le cas notamment des droits reconnus à la défense et à la partie civile de demander la mise à disposition de la procédure, de faire appel de certaines ordonnances ou encore de soulever des nullités.

²⁴ C'est la solution similaire adoptée par les juges européens qui affirment qu'il incombe à l'Etat de mettre le juge dans des conditions optimales de travail. V° en ce sens, CEDH, 18 décembre 2001, SAPL c/ France.

²⁵ Le cas du TPI de Koulikoro en est l'illustration la plus parfaite. En effet, cette juridiction traite moins de trois cents affaires toutes matières confondues par an, V° en ce sens. M.-B DEMBELE, *Le procès équitable au Mali*, Thèse, UGB, Saint Louis/Sénégal, 2013, p. 107.

²⁶ Rapport 2012 sur les droits de l'homme au Mali, élaboré par le Bureau pour la démocratie, les droits de l'homme et le travail du Département d'Etat des Etats Unis sur les pratiques des pays en matière de droits de l'homme, p. 8. Disponible sur state.gov/libraries/mali/96825/International%Report/2012_hrr_mali_fr.pdf. (Consulté le 13 juin 2014)

instructeurs eux-mêmes qui font traîner la procédure. Ainsi, la longueur de la détention provisoire est causée par le manque de diligence fautif du juge d'instruction²⁷.

« Une revue analytique des décisions de justice permet de vérifier le mauvais fonctionnement de ces structures dû au manque de célérité. De prime abord, l'affaire²⁸ du vieux tradithérapeute Z. D ... »

Page | 240

Cette affaire démontre à suffisance que les magistrats en charge du dossier et leurs auxiliaires ont manqué de diligence. Pendant plus de 6 ans le vieux Z.D est resté en détention provisoire. Alors que, même en matière criminelle, la durée de la détention provisoire ne saurait excéder 3 ans²⁹ Il ne fait aucun doute que, la durée de la procédure due à un manque de diligence fautif imputable ici aux magistrats, a été à l'origine d'une détention anormalement longue.

Le sieur Z.D est resté longtemps en détention parce que le rapport d'expertise médical demandé n'a pas été remis à temps utile et les témoins sollicités ne se sont présentés au tribunal que plusieurs semaines voire des mois après leur convocation »³⁰. Il est vrai qu'un expert peut retarder une procédure si son rapport exige des examens spéciaux ou des analyses. Mais, en l'espèce il ne s'agit que d'une simple consultation médicale pouvant être faite en un laps de temps. Il nous semble que, dans cette affaire, le tribunal aurait pu fixer un délai pour la production du certificat médical conformément aux dispositions du Code de procédure pénale³¹ ou dessaisir l'expert de l'affaire au profit d'un autre³². Il aurait pu également supprimer tout temps qui ne favorise pas la progression vers la recherche de la vérité. Or ce ne fut pas le cas.

De toute évidence, dans cette affaire la justice a brillé par une absence totale de célérité. Or, le procès ne doit pas arborer une durée excessive car, lorsque le procès s'étend sur plusieurs années, le germe du doute quant à l'intégrité et la conduite de l'accusé se plante sur l'esprit des

²⁷ Selon un Rapport de Human Rights watch, « du fait de l'incapacité des tribunaux à traiter les dossiers de manière adéquate, des centaines de prisonniers se trouvent en détention provisoire prolongée dans des prisons et centre de détention surpeuplés ». V^o Rapport Mondial de Human Rights watch sur les événements de 2013 au Mali, publié en 2014, p. 5. Disponible sur <http://www.hrw.org/>. (Consulté le 10 Mai 2014).

²⁸ V^o arrêt n° 385 du 28 mai 2013 de Ch. D'accusation. Aff. MP/Z.D. Inédit.

²⁹ Conformément aux dispositions de l'article 135 al. 2 CPP « La prolongation de la détention provisoire peut intervenir chaque année. Cependant, en aucun cas, la détention provisoire de l'inculpé en matière criminelle ne peut excéder 3 ans ».

³⁰ BOCOUM (B), les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali, thèse de l'université cheikh Anta Diop de Dakar en 2018. P 116.

³¹ Aux termes de l'article 169 al. 1^{er} CPP « Toute décision commettant des experts doit leur impartir un délai pour remplir leur mission ».

³² D'après l'article 169 al. 3 CPP « Les experts qui ne déposent pas leur rapport dans le délai qui leur a été imparti peuvent être immédiatement remplacés et doivent rendre compte des investigations auxquelles ils ont déjà procédé ».

juges, des jurys mais aussi des proches. Beaucoup de gens ne reconnaissent la présomption d'innocence que du bout des lèvres. Ainsi, la durée excessive du procès peut porter une atteinte grave à la présomption d'innocence. De cette manière, seule, une répression rapide peut permettre de rassurer et d'apaiser. Pour ces raisons, la célérité en procédure pénale est si essentielle qu'elle est recherchée depuis très longtemps³³.

A contrario, si l'information judiciaire est conduite dans un délai raisonnable, elle contribue à protéger les libertés individuelles mais aussi à rendre effectif les droits de la défense, qui ne présentent en effet un intérêt que s'ils sont aménagés dans le temps³⁴. D'ailleurs, selon M. ELAABD³⁵, cette exigence de célérité a été instaurée dans l'intérêt de la personne poursuivie. Mener une procédure dans un délai raisonnable permet encore d'assurer une certaine sécurité judiciaire dès lors qu'une condamnation tardive présente un risque non négligeable d'erreur judiciaire et d'injustice du fait de la fragilité des éléments de preuve de culpabilité.

Il est impossible de relever ici tous les cas de méconnaissance par le juge d'instruction du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Nous allons nous contenter d'évoquer une autre affaire dans laquelle le principe du délai raisonnable tel qu'il est formulé aux articles 134 et suivant CPP a été violé. L'analyse de cette affaire met en exergue d'autres irrespects du droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Ainsi pouvons-nous citer l'exemple d'une affaire dans laquelle « *le Ministère public était opposé au sieur K. D. En l'espèce, en août 2012, la dame F. T, étant sur sa moto a été agressée par un individu qui pointa sur elle une arme à feu et lui arracha sa moto et son sac à main. Quelques jours plus tard, la dame F.T en se promenant dans le quartier a aperçu un individu qu'elle a considéré comme étant son agresseur. La personne qui répond au nom de K. D a été du coup interpellé par les forces de l'ordre. Ce dernier nie catégoriquement les faits tant à l'enquête préliminaire qu'à l'information judiciaire. Il fut détenu provisoirement à la maison d'arrêt de Koutiala en septembre 2012* »³⁶.

Il est à relever dans cette affaire que le juge d'instruction qui avait une obligation légale de renouveler le mandat de dépôt dans un délai prescrit a laissé passer ce délai. Un tel comportement

³³ LOHRER, (D)*La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, op. cit., p. 188.

³⁴ ELAABD (A) « La célérité du procès pénal dans le cadre d'une justice équitable », *Jurismat*, n° 3, 2013, p. 125.

³⁵ *Idem*.

³⁶ BOCUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse op.cit. . P 118.

est susceptible de nuire gravement aux intérêts de la personne inculpée qui est, à ce stade de la procédure, toujours présumée innocente. Ainsi trop souvent la détention provisoire joue le rôle d'une peine anticipée. Il y a là un véritable détournement de pouvoir, la fonction du juge d'instruction n'étant pas de punir mais seulement d'enquêter³⁷. Certes, le temps du juge n'est pas celui du justiciable³⁸. Pour être à la hauteur de sa charge, le juge doit consacrer à l'étude de chaque dossier le temps et le sérieux nécessaire, éviter toute conclusion hâtive, ne rien négliger³⁹.

Toutefois, l'activité juridictionnelle doit être effectuée dans un délai qui préserve le droit du justiciable⁴⁰ car, les lenteurs sus-évoquées peuvent avoir des conséquences graves pour l'individu reproché⁴¹. Par exemple, la conséquence qui tient au fait qu'une durée excessive de l'instruction est fort préjudiciable aux justiciables non seulement du fait de ses impacts sur la présomption d'innocence, mais aussi au regard du caractère particulièrement coercitif de la détention⁴².

Certes, le système juridique actuel n'est pas dépourvu de moyens pour lutter contre la durée déraisonnable du procès au stade de l'instruction préparatoire. Pour autant, ces moyens doivent être améliorés. Les armes pour combattre la lenteur du procès, « *un fléau persistant de la justice contemporaine* »⁴³ sont nombreuses.

Le législateur use le plus souvent de la persuasion et de l'incitation pour que soit accéléré le cours des affaires. Etant impossible d'enserrer toute la procédure d'instruction dans un corset de délais, il fait porter son effort sur celle qui est la plus « *mangeuse de temps* », à savoir la détention provisoire⁴⁴.

³⁷ DE TISSOT (O), *Le temps des suspects : l'honnête homme face à la police et à la justice*, Paris, éd., Balland, 1979, p. 96.

³⁸ FRICERO (N), cité par AIDARA (M-M) « Dysfonctionnements du service public de la justice et responsabilité de l'Etat en Afrique : exemple du Sénégal », in *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* F. Hourquebie (dir), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ V^o. D. NZOUABETH, « Le temps et l'infraction », *op. cit.*, p. 8.

⁴¹ Rapport 2012 sur les droits de l'homme au Mali, élaboré par le Bureau pour la démocratie, les droits de l'homme et le travail du Département d'Etat des Etats Unis sur les pratiques des pays en matière de droits de l'homme, *op. cit.*, p. 8.

⁴² V^o. ETRILLARD, (C) « L'investigation pénale à l'épreuve du temps : la recherche d'un équilibre », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002, vol 15, p. 180 et s.

⁴³ ANDRIANTSIMBAZOVINA, (J) « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? De l'arrêt Kudla de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à l'arrêt Magiera du Conseil d'Etat. Le trésor et la perle ou le filet ? », *RFDA*, 2003. P. 85.

⁴⁴ BOCOUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse *op.cit.* P 150.

Mais, il faut reconnaître que la solution la plus efficace serait de redéfinir les cas dans lesquels il peut être recouru à la détention provisoire. Jusqu'à présent, le Code de procédure pénale ne permet au juge d'instruction de recourir à la détention provisoire qu'en fonction des faits commis et de la peine encourue. Or, ce n'est pas en prévoyant dans les textes les cas dans lesquels il peut être recouru à la détention provisoire, que son emploi deviendra exceptionnel.

Toujours dans le souci de parvenir à un raccourcissement effectif de la durée de la détention provisoire, il paraît judicieux, de fixer désormais les délais de la détention provisoire selon une appréciation *in concreto*.

Plus encore, il serait nécessaire que ne soient prises en considération que la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et en raison de l'état de détention de la personne poursuivie. Il ne faudrait plus faire aucune référence à la gravité des faits reprochés à la personne inculpée. Pour permettre un désengorgement des juridictions d'instruction et la réalisation d'économies importantes sur les frais de justice criminelle, il importe de recourir plus souvent à un certain nombre de mécanismes d'accélération. En effet, le droit positif malien a connu une évolution positive avec l'institution des mesures alternatives à la détention notamment le contrôle judiciaire⁴⁵, les peines pécuniaires⁴⁶, ou l'assignation à résidence⁴⁷.

Il conviendrait, également, d'encourager le recours aux procédures rapides telles que la comparution immédiate et la médiation pénale chaque fois que l'affaire le permet. Les finalités poursuivies par ces alternatives au jugement sont louables, ces procédures simplifiées, si elles sont conduites conformément à la loi, ont le mérite de permettre un désengorgement des juridictions de jugement et une accélération de la procédure, elles permettent également d'éviter la multiplication des classements sans suite et peuvent contribuer à donner une réponse appropriée à la commission de l'infraction commise⁴⁸.

⁴⁵ En vertu de l'article 139 al. 1^{er} CPP « *L'inculpé est placé sous contrôle judiciaire par une ordonnance du juge d'instruction qui peut être en tout état de l'instruction* ».

⁴⁶ Selon les termes de l'article 155 al. 1^{er} CPP « *La mise en liberté, dans tous les cas où elle n'est pas de droit, peut être subordonnée à l'obligation de fournir un cautionnement ou à constituer des suretés* ».

⁴⁷ L'assignation à résidence est prévue à l'article 151 al. 1^{er} CPP. Ce texte est libellé ainsi « *Dans tous les cas ou un individu de nationalité étrangère, inculpé, prévenu ou accusé, est laissé ou mis en liberté, seule la juridiction compétente peut lui assigner pour résidence un lieu dont il ne devra s'éloigner...* »

⁴⁸ BOCOUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse op.cit. . P 122.

Toutes ces procédures ont le mérite de la célérité et permettent au juge d'instruction de mieux gérer des dossiers plus sensibles. Ces procédures s'inscrivent également dans un processus d'accélération des procédures qui ne doit pas nuire outre mesure aux droits de la défense, tant les enjeux en termes de liberté et d'équilibre procédural sont importants.

Pour remédier au problème de lenteur de la justice, il est enfin urgent de prendre des mesures législatives en vue d'instaurer un juge des libertés et de la détention (JLD) ainsi qu'un juge de l'application des peines (JAP) qui interviendront à des niveaux différents pour réguler le flot des dossiers encombrant les juridictions d'instruction. La création du statut de JLD et de JAP permet de garantir l'impartialité des décisions relatives à la détention provisoire⁴⁹ Il convient maintenant de voir comment remédier à l'inactivité des auxiliaires du juge

2- Une quasi-inactivité des auxiliaires du juge

Pour que la personne inculpée puisse être jugée dans un délai raisonnable, le respect par le juge d'instruction des seuils légaux ne suffit pas, il faudrait bien que ses collaborateurs que sont les greffiers, secrétaires, experts, OPJ et les huissiers de justice exécutent leurs tâches rapidement. Ces auxiliaires doivent en effet, effectuer les tâches qu'on leur confie de façon diligente et objective. En effet, il faut qu'à tous les niveaux que le dossier évolue "sans temps mort", sans retard inexpliqué. Les auxiliaires du juge⁵⁰ ont donc pour tâche de veiller à ce que l'instruction se termine dans un délai raisonnable et que toutes les mesures soient prises pour établir leur bien fondé.

Mais, malheureusement dans la pratique ces mesures sont peu respectées. Force est de constater que le rythme de l'instruction est parfois altéré. La plupart du temps, l'on observe que le manque de célérité est dû à la négligence des auxiliaires du juge qui se montrent léthargiques dans le traitement des dossiers qu'on leur confie.

L'une des causes des lenteurs judiciaires est l'absentéisme des greffiers et les retards incessants au travail de ces derniers. Au Mali, de façon générale peu de fonctionnaires sont ponctuels au travail⁵¹. Ce comportement entache le fonctionnement normal et régulier de l'appareil judiciaire. Ce qui constitue un frein à l'accélération des procédures, puisque le greffier qui est

⁴⁹ PRADEL, (J) « De la réforme de l'instruction préparatoire », D.1989. Chron. p. 3.

⁵⁰ Il s'agit essentiellement des greffiers, OPJ, huissiers et experts judiciaires. V° à ce propos. C. RIBEYRE, (c) *la communication du dossier pénal*, op. cit., 663 pages.

⁵¹ V° DEMBELE, (M-B) *Le procès équitable au Mali*, op.cit., p. 107.

absent au bureau, ou qui accuse du retard, pourrait difficilement traiter des dossiers avec célérité et efficacité.

Pour remédier à cette situation, une technique de contrôle de ponctualité a été mise en place en 2010, mais elle est restée vaine. Elle consistait, en effet, à se faire inscrire par ordre d'arrivée dans un registre tenu à cette fin dans tous les services publics de l'Etat. Page | 245

Une autre technique mise en place à cet effet consistait pour les autorités administratives, à procéder à un contrôle physique de tous les fonctionnaires y compris les greffiers. Mais malheureusement ces idées audacieuses se sont fracassées sur les murs de la réalité. Finalement on s'est rendu compte que bon nombre de services ont trouvé des moyens de contourner cette règle⁵².

Le retard dans l'exécution des tâches n'est pas le seul reproche qu'on peut faire aux greffiers, puisque, au quotidien, lorsqu'une demande de délivrance d'une copie des pièces du dossier est faite, les greffiers ne sont pas toujours en mesure d'y répondre dans un délai suffisant, préalablement à un interrogatoire de l'inculpé⁵³. Ce retard de délivrance constitue objectivement une entrave à l'exercice des droits de défense et parfois une obstruction, lorsqu'il est volontaire⁵⁴.

Au niveau des cabinets d'instruction des causes de lenteurs de l'information liées à la non-exécution des expertises mentales ont été également décelées⁵⁵. Les magistrats eux-mêmes déplorent régulièrement le peu d'empressement et la faible collaboration du corps médical, lorsqu'il est question de produire un rapport⁵⁶. Dans beaucoup de cas, le temps pris pour effectuer le travail est anormalement long⁵⁷. De plus, le document une fois établi, n'est pas délivré à temps.

⁵² *Idem*.

⁵³ BOCOUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse *op.cit.* . P 124.

⁵⁴ F. SAINT-PIERRE, (F)« La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », Dalloz, 2007, p. 268.

⁵⁵ V°. *Synthèse des études sur le renforcement de la justice au Mali*, Centre for International Legal Cooperation (CILC), *op. cit.*, p. 141.

⁵⁶ Entretien avec XXX2, juge d'instruction au 1^{er} cabinet d'instruction du tribunal d'instance de la Commune I du District de Bamako, le 23 août 2015.

⁵⁷ Les propos suivants d'un citoyen constituent une illustration la plus éloquent de la lenteur de l'information judiciaire. Le 10 décembre 2000 Ousmane Aly GATTA, fonctionnaire de l'Etat malien interpelle le Ministre de la justice au cours de la septième édition de l'Espace d'Interpellation Démocratique (EID) en ces termes : « *Monsieur le Ministre ne pensez-vous pas que trois ans pour juger un problème d'enlèvement d'animaux constituent une mauvaise publicité pour la justice malienne ? Ne pensez-vous pas que le comportement de certains magistrats porte préjudice à la réforme de la justice en cours ? Ne pensez-vous pas que l'échec successif de trois missions de la brigade de gendarmerie pour amener quatre individus prend une part entière dans la perte de l'autorité de l'Etat ?* ». Ces interpellations font suite à l'envoi par Ousmane Aly GATTA, pour la deuxième année consécutive, d'une lettre à la Commission d'organisation de l'EID. Celle-ci a été retenue pour être lue, par lui-même, devant les membres du gouvernement réunis à l'occasion d'un forum public tenu le 10 décembre de chaque année depuis 1994, jour

Durant tout ce temps, la procédure est en suspension. Or, les procès qui durent trop longtemps enlèvent tout intérêt à la répression et toute efficacité à la justice⁵⁸. Mais malheureusement, en cas de retard excessif de l'expert dans la réalisation de l'expertise, il est rare qu'il soit dessaisi du dossier d'expertise⁵⁹. Ce qui explique vraisemblablement l'insouciance grandissante des experts.

Pour les personnes détenues et autres justiciables, les lenteurs accumulées à ce niveau ont un effet très grave sur leurs sentiments de justice. Il importe en effet, de mener les enquêtes de façon diligente pour minimiser les atteintes portées aux libertés individuelles, pour que la présomption d'innocence soit respectée, c'est-à-dire pour éviter qu'un individu ne « *se débatte trop longtemps dans un climat de soupçon* »⁶⁰ qui pourrait s'avérer injustifié.

Sur un autre plan, la lenteur judiciaire trouve ses origines dans les difficultés que rencontrent les magistrats à entendre la personne reprochée au délai prévu dans la citation. En effet, il arrive souvent que certains huissiers de justice, par paresse ou par indolence, ne parviennent à remettre la convocation à la personne reprochée pour que celle-ci puisse comparaître dans le délai indiqué sur la citation. L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 novembre 2003⁶¹ est l'exemple topique de l'inertie fautive de certains huissiers de justice.

En l'espèce, l'huissier de justice, après avoir servi la citation à l'individu reproché pour qu'il puisse comparaître devant le juge le 14 Août 2003, s'est rendu compte que la comparution de ce dernier devant le juge était prévue pour le 04 août 2003 ; au lieu de reprendre la citation, il n'a trouvé d'autres moyens que de passer le correcteur sur le 1 pour avoir le chiffre 4 sur l'original de la citation qu'il a déposé à la cour d'appel. Mais, cette correction n'a pas été portée à la connaissance de la personne intéressée qui ignorait donc que sa comparution devant le juge était prévue pour le 4 août 2003 au lieu du 14 août 2003.

Son comportement a eu pour conséquence d'une part, d'amener le juge à reprendre la procédure et d'autre part, à conduire la personne à faire des recours devant les juridictions d'appel.

anniversaire symbolique de l'adoption de la Déclaration Universelle des droits de l'homme. V°. Interpellation, d'Ousmane Aly GATTA, présentée lors de la 7^{ème} édition de l'«Espace d'Interpellation Démocratique du 10 décembre 2000, Ministère de la justice, VII^{ème} édition de l'EID, éd. Friedrich Ebert Stiftung, Bamako, 200, p. 53 et s.

⁵⁸ V° V.-C. BOUCHARD, *Le droit de recours en matière pénale : contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie*, Thèse, Poitier, 2000 p. 304.

⁵⁹ Or, selon les dispositions de l'article 169 CPP, les experts qui ne déposent pas leur rapport dans le délai qui leur a été imparti doivent être immédiatement remplacés.

⁶⁰ C. ETRILLARD, « L'investigation pénale à l'épreuve du temps : la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, P. 174 et s.

⁶¹ V° C.S.M., Ch. Crim. 23 juillet 2007, arrêt n° 37.

Ce qui est de nature à prolonger la procédure. Ce comportement est d'autant plus grave qu'il est le fait d'un agent assermenté⁶². Un tel agissement en plus de nuire à la manifestation de la vérité et au crédit du système judiciaire, porte une atteinte grave au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Face à toutes ces dérives qui mettent en échec la célérité de la procédure et la recherche de la vérité, il semble souhaitable de prévoir des solutions appropriées. Certes, le législateur, conscient du rôle essentiel joué par le « facteur temps » dans le cadre des procédures concernant les atteintes aux droits fondamentaux s'efforcent de développer des politiques de lutte contre la lenteur de la justice⁶³. Mais, il faut se rendre à l'évidence, les différentes solutions proposées pour endiguer ce « mal endémique », n'ont à ce jour, guère répondu aux espoirs placés en elles.

Il existe heureusement une solution qui satisfait à la fois à une bonne administration de la preuve et à l'impératif de célérité : la dématérialisation du dossier, à savoir « *une transcription numérique du dossier, identique dans son contenu à sa version papier* »⁶⁴. Le système informatique est un outil incontournable pour l'ensemble de la chaîne pénale. Les pays qui ont déjà expérimenté ce système ont vu une relative accélération de leur procédure judiciaire⁶⁵. La justice malienne a également tout intérêt à intégrer « l'ère numérique ». Au Mali, la généralisation du parc informatique dans les services de police, les brigades de gendarmerie et au niveau des juridictions dans les années 1990 a matériellement révolutionné la manière de travailler des acteurs du système pénal. OPJ, greffiers, magistrats, agents de probation, tous se sont mis à l'utiliser quotidiennement pour rédiger les actes.

Il paraît nécessaire aujourd'hui, de franchir une autre étape dans l'utilisation des technologies de l'information pour rendre l'information judiciaire plus rapide. En effet, comme nous l'avons précédemment indiqué l'accélération de la procédure à la phase de l'instruction et le

⁶² Selon les dispositions de l'art. 258 al. 6 CPP, « *Tout agent qui aura volontairement empêché ou retardé la délivrance des citations ou des significations sera puni des peines portées à l'article 85 du Code pénale* ». Mais, malgré l'existence de ces prescriptions légales, en pratique, les huissiers de justice peuvent impunément égarer des dossiers ou retarder la délivrance des citations.

⁶³ V^o. Ch. JACQ, M. SEYE, A. DIABATE, M. KONATE, B. SIDIBE, Document de projet de réforme de la justice, de l'administration pénitentiaire et de l'éducation surveillée au Mali, document du Ministère de la justice et des droits de l'homme, Nov. 2014, p. 73.

⁶⁴ Not. J.- O. VIOUT. A. TALEB, « Défense pénale et dématérialisation des procédures » in *défense pénale*, Actes du XIX^e congrès de l'Association française de droit pénal, Lyon, 19-20 et 21 nov. 2009, *RPDP*, n^o spéc, 2010, p. 112.

⁶⁵ V^o. en ce sens. Le rapport de la Mission d'audit de modernisation, ministère de la justice en France, novembre 2006 p. 8.

respect des délais légaux de la détention constituent les revendications majeures des citoyens⁶⁶. Or, la dématérialisation des procédures offre de nombreux avantages et participe notamment au respect de ces doléances.

Pour résoudre les problèmes liés à la lenteur de l'instruction préparatoire, il conviendrait, d'adopter un projet de dématérialisation complète des actes. La chaîne pénale doit disposer à cet effet, d'une base logistique commune et faire en sorte qu'un dossier électronique soit créé pour chaque affaire dès le début de la procédure judiciaire. Il faut alors prévoir que ce dossier soit progressivement enrichi des données apportées aussi bien par ceux qui gèrent le dossier que par ceux qui y apportent des éléments complémentaires : policiers, gendarmes, huissiers, avocats, experts judiciaires⁶⁷.

La transmission des procès-verbaux des unités d'enquêtes tels que les procès-verbaux des auditions des témoins, des interrogatoires du gardé à vue, ceux des perquisitions et saisies ainsi que des écoutes téléphoniques pourraient se faire par voie électronique. Mieux, les rapports produits par les experts et les mémoires présentés par les avocats pourraient être acheminés par la même voie. Ce faisant, pour garantir la fiabilité et la sécurité du système⁶⁸, chaque intervenant devrait disposer d'une signature totalement sécurisée et le développement de plates-formes informatiques sécurisés.

Du point de vue de l'avocat et de l'huissier commissaire de justice, la dématérialisation des procédures permet de gagner beaucoup de temps, en leur évitant de nombreux déplacements au tribunal ou à la cour d'appel. Ils pourront tout simplement se contenter de suivre virtuellement, depuis le cabinet, l'évolution du dossier.

Pour la juridiction, la dématérialisation des procédures assure également le respect du délai raisonnable de la procédure.

Pour le juge, la numérisation de la procédure lui permet de rendre une décision plus rapidement. Cet outil technologique permettrait un gain de temps grâce à la réduction du temps

⁶⁶ V° *Synthèse des études sur le renforcement de la justice au Mali*, Centre for International Legal Cooperation (CILC), *op. cit.*, p. 17.

⁶⁷ BOCOUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse *op.cit.* . P 130.

⁶⁸ A ce propos MENUT (B), affirme à juste titre que, « Ces technologies ont besoin de sécurité pour être crédibles. La sécurité occupe une place centrale, d'autant que l'absence de contact physique rend plus aléatoire l'identification des fraudes possibles ». V MENUT, (B) « Les technologies de l'information et de la communication au service du procès équitable. Défis processuels et technologiques » in *Justices et droit du procès*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 344.

des audiences « physiques »⁶⁹. Le temps est mieux utilisé et cela, pour un travail de meilleure qualité.

Quant au greffier, il bénéficie lui aussi des avantages de la dématérialisation. En effet, l'instauration d'échanges dématérialisés accélère le travail intellectuel du greffier lors des saisies. Ce procédé permet en outre, de réduire le temps de transmission des informations et d'accélérer les délais de convocation des parties. La dématérialisation des procédures est enfin susceptible de pallier l'insuffisance du contrôle de la détention qui constitue un facteur majeur d'allongement des détentions.

Page | 249

B- L'insuffisance d'un contrôle de la détention, cause de l'allongement des détentions

Dans une société démocratique, afin d'éviter des abus, toute décision doit être susceptible d'être contrôlée⁷⁰. En effet, plus on redoute d'éventuels abus, mieux, serait d'accumuler les mécanismes de contrôle. Le législateur conscient de cet état de chose, s'est évertué au fil des réformes à multiplier les moyens de contrôle de la détention provisoire, dans l'espoir d'assurer au maximum le respect des délais prévus. Nous n'en comptons pas moins de 4 types de contrôles⁷¹ qui se coordonnent, se recoupent et se superposent. Le respect des délais légaux en est-il mieux garanti ? C'est ce qu'il convient de voir en analysant les deux types de contrôle qui semblent être les plus importants à savoir le contrôle exercé par les autorités judiciaires (1) et le contrôle effectué par les organismes indépendants, un regard critique (2).

⁶⁹ Nous faisons référence ici aux audiences devant le juge d'instruction.

⁷⁰ Th.-T. LINH-PHI, *La détention provisoire. Etude de droit comparé : Droit français et vietnamien*, op. cit., p. 215.

⁷¹ Il s'agit essentiellement du contrôle juridictionnel, du contrôle non juridictionnel effectué par les autorités judiciaires, le contrôle non juridictionnel effectué par les organismes indépendants et enfin le contrôle effectué par l'avocat.

1- Le contrôle exercé par les autorités judiciaires

Les autorités judiciaires chargées du contrôle non-juridictionnel de la détention sont sans doute, le juge d'instruction⁷² mais aussi la chambre d'accusation⁷³ et le président de ladite chambre.⁷⁴

Page | 250

En premier lieu, s'agissant du juge d'instruction, le contrôle effectué par ce magistrat semble être le meilleur contrôle qui puisse se concevoir lorsqu'il s'exerce honnêtement et lorsque le juge sait prendre ses distances vis-à-vis de son dossier et de ses propres décisions, puisque, lui seul, maîtrise parfaitement la procédure, il est celui qui sait la recherche vers laquelle il tend ; mieux que quiconque, il est à même d'apprécier si les charges contre l'inculpé se fortifient ou, au contraire s'amenuisent⁷⁵. En plus, le juge d'instruction exerce une mission de veille sur la recherche de la vérité. Cela étant, il constitue l'organe de contrôle du respect, de la responsabilité et de l'éthique de la recherche des preuves pour l'effectivité des droits de la défense. Mais, en dépit de toutes ces considérations, en réalité, dans bon nombre de juridictions, le contrôle effectué par cette autorité connaît de graves lacunes.

En second lieu, en ce qui concerne la chambre d'accusation, l'article 206 du Code de procédure pénale dispose: « *La Chambre d'accusation examine la régularité des procédures qui lui sont soumises. Si elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y échec, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure* ».

Ainsi, il ressort de ces dispositions que, la Chambre d'accusation est investie du pouvoir de prendre des mesures en vue de sanctionner les irrégularités d'un mandat ou d'une ordonnance, et les entorses apportées aux conditions légales de la détention. Cette heureuse mesure est le reflet de la préoccupation d'effectivité. Mais, force est de constater qu'en pratique, assez souvent, le juge

⁷² Il est bien certain que le contrôle de la détention passe d'abord par un self-control, par la réflexion du juge sur lui-même. C'est lui qui, le premier, est appelé à constater la régularité du mandat, à vérifier si les conditions de la loi sont remplies et les délais de procédure respectés. V° Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, *op. cit.*, p. 128.

⁷³ Aux termes de l'art. 206 al. 1^{er} CPP, « *La chambre d'accusation examine la régularité des procédures qui lui sont soumises. Si elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et s'il y échec, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure...* »

⁷⁴ Selon les dispositions de l'art. 217 al. 1^{er} CPP « *Le président de la chambre d'accusation s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la cour d'appel et s'emploie notamment à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié* ».

⁷⁵ V° Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, *op. cit.*, p. 129.

du second degré saisi d'une demande de mise en liberté du détenu, refuse d'ordonner sa relaxe⁷⁶. En fait, la Chambre d'accusation utilise peu son pouvoir de modifier les décisions du juge d'instruction, préférant le plus souvent les approuver. Il y' a, en quelque sorte, un « suivisme judiciaire » partagé par les différents acteurs de la procédure.

Cette attitude s'explique d'abord par l'inclination des juges à se solidariser face aux autres c'est-à-dire à tous ceux qui n'appartiennent pas à la famille judiciaire. Et l'on ne peut qu'approuver sur ce point la critique que formule Maître Olivier de TISSOT pour qui « *Membre d'un même corps, ils [les magistrats] sont au plus haut point pénétrés de l'esprit du même nom, et ne se résignent que difficilement à désavouer l'un des leurs à la demande d'un justiciable, c'est-à-dire d'un étranger, voire d'un ennemi* »⁷⁷. Ce qui explique la très forte proportion des décisions de confirmation rendues par les cours d'appel.

Aucune statistique n'a été publiée dans ce sens. Mais, au regard des arrêts que nous avons pu recueillir, on se rend compte que la Chambre d'accusation confirme en général les décisions du juge d'instruction sur la détention provisoire. Ce qui amène certains praticiens du droit à considérer la juridiction d'instruction du second degré comme étant une « *chambre de confirmation* »⁷⁸.

En troisième lieu, s'agissant du président de la Chambre d'accusation, l'article 217 al. 1 du Code de procédure pénale indique clairement que : « *Le président de la Chambre d'accusation s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la cour d'appel et s'emploie notamment à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié* ». La mission confiée à cet égard au président de cette institution consiste essentiellement à veiller à ce que la durée des informations ne soit pas excessive et à éviter le dépassement des délais de la détention provisoire.

Ces deux pouvoirs sont proches car la durée de la détention provisoire est en pratique conditionnée par celle de l'instruction. Ainsi, faut-il observer que le président de la Chambre d'accusation a été investi d'un pouvoir de contrôle assez large. L'exercice de ce contrôle, implique pour le président de cette institution l'accomplissement de diverses tâches qui peuvent se réaliser de deux manières.

⁷⁶ V^o Rapport Mondial de Human Rights watch sur les événements de 2013 au Mali, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁷ DE TISSOT, (o) *Le temps des suspects. L'honnête homme face à la police et à la justice*, *op. cit.*, p. 91 et s.

⁷⁸ Expression utilisée par Me A. Diallo avocat à la Cour lors de l'entretien qu'il nous a accordé le 16 mars 2015

La première tâche du président de ladite institution, consiste à visiter les maisons d'arrêt du ressort de la cour d'appel et de vérifier la situation des inculpés en état de détention provisoire. Il peut effectuer ce contrôle à chaque fois qu'il l'estime nécessaire, et au moins une fois par an⁷⁹. Il peut au cas où il se rend compte, par exemple qu'un détenu a été maintenu en prison au-delà du délai légal de détention, saisir la Chambre d'accusation afin qu'il soit, par elle, statué sur le maintien en détention de l'inculpé⁸⁰. Ces différentes mesures permettent sans nul doute à la plus haute autorité au niveau de l'instruction d'avoir un regard sur le déroulement de l'instruction et la situation de l'inculpé détenu.

Il pourrait, au cas où, il constaterait qu'un individu a été maintenu en détention au-delà du délai prévu par les textes prendre des dispositions pour remédier à ces défaillances conformément à la loi. Certes, la visite des lieux de détention par le président de la Chambre d'accusation constitue un moyen de contrôle très efficace. Mais, faut-il constater qu'en fait, l'autorité chargée du contrôle brille par son absence dans les établissements pénitentiaires. Pour éviter que des individus soient détenus au-delà du délai légal de détention, il incombe à cette autorité de veiller au respect des délais sus évoqués, en se rendant régulièrement dans les lieux de détention. Mais, hélas, ce contrôle est inopérant car il est fréquent que l'inculpé soit détenu au-delà du délai légal⁸¹. Il est même devenu banal de maintenir une personne en détention après l'épuisement du délai légal.

La deuxième tâche du président consiste à vérifier les actes des juges relevant de sa compétence. Il doit, entre autres, vérifier que les commissions rogatoires sont correctement délivrées et contrôlées par les mandants⁸², s'assurer qu'il n'existe pas de détentions provisoires injustifiées. A cette fin, il est établi, à chaque trimestre, dans chaque cabinet d'instruction, une notice faisant état de toutes les affaires en cours⁸³.

⁷⁹ En effet aux termes de l'article 218 al. 1^{er} du CPP « *Le président de la chambre d'accusation, chaque fois qu'il l'estimera nécessaire et au moins une fois par an, visite les maisons d'arrêt du ressort de la cour d'appel et y vérifie la situation des inculpés en état de détention provisoire* ».

⁸⁰ Conformément aux dispositions de l'article 218 al. 1^{er} CPP « *Il [le président de la chambre d'accusation] peut saisir la chambre d'accusation afin qu'il soit, par elle, statué sur le maintien en détention d'un inculpé* ».

⁸¹ V^o Rapport Annuel 2013, Avocats sans frontières, France, Mission au Mali, p. 10. Accessible sur www.asf-network.org. (Consulté le 11 janvier 2014).

⁸² Aux termes de l'article 219 du CPP « *La chambre d'accusation exerce un contrôle sur l'activité des officiers de police judiciaire* ».

⁸³ L'article 217 al. 1^{er} CPP dispose que « *Le président de la chambre d'accusation s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la cour d'appel et s'emploie notamment à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié* ».

Dans cette notice, le juge d'instruction qui en est chargé dresse un état de toutes les affaires de son cabinet. Doit figurer sur ce document : le nombre d'affaires entrées dans le cabinet ; le nombre d'affaires en état d'être instruites (ou pendantes) ; le nombre d'affaires ayant donné lieu à une ordonnance de règlement. La bonne tenue de ce document facilite le contrôle du président de la chambre d'accusation. Sur un autre plan, elle permet à l'autorité de contrôle d'établir facilement les statistiques des affaires connues par le magistrat instructeur et la suite qui a été donnée à chaque procédure.

L'établissement de cette notice est très important lors de l'information judiciaire, car, c'est à travers ce document que le président de la Chambre d'accusation s'imprègne de la situation des cabinets d'instruction. En effet, il permet au président d'être informé sur le déroulement des différentes procédures d'instruction surtout leur évolution. Puisque le document fait apparaître clairement la nature des actes accomplis par le magistrat et décrit succinctement le déroulement de la procédure. De ce fait, l'autorité chargée du contrôle doit pouvoir déceler à travers ces registres les cas de longues détentions qui peuvent y apparaître. Ainsi, lorsqu'il constate que la procédure piétine du fait d'une négligence de la part d'un juge, il pourrait prendre des mesures permettant de mettre fin à cette situation. Il parviendrait ainsi à utiliser ses pouvoirs d'injonction pour accélérer la procédure.

Comme, nous l'avons précédemment souligné, la durée excessive de l'instruction peut avoir des répercussions sur la durée des détentions. En fait, l'allongement de la procédure aboutit inéluctablement à l'augmentation de la durée de la détention provisoire⁸⁴. Le contrôle de la notice par le président de la Chambre d'accusation permet de donner une certaine impulsion aux procédures qui traînent à cause de l'insouciance du juge. Mais, l'on a remarqué que la tenue des notices n'est pas effective. Dans les rares cas où elles sont établies, on se rend compte là aussi des défaillances au niveau du contrôle du juge supérieur⁸⁵. En effet, trop souvent ce contrôle est effectué par l'autorité de contrôle de manière sélective. Il ne procède alors au contrôle des actes établis par le juge d'instruction qu'en cas d'affaires dites importantes⁸⁶.

⁸⁴ V^o M. B. DEMBELE, (MB) *Le procès équitable au Mali, op. cit.*, p. 109

⁸⁵ V^o Rapport Amnesty International, Agenda pour les droits humains au Mali, 2013, p. 22. Disponible sur www.amnesty.org. (Consulté le 10 Mai 2014).

⁸⁶ Tel est le cas lorsque l'affaire met en cause un personnage public, un présumé terroriste ou des affaires présentant un caractère d'exceptionnelle gravité.

A cet égard, la solution la plus raisonnable serait de désigner au moins dans les Cours d'appel importantes⁸⁷ un président de Chambre spécialement et exclusivement chargé des pouvoirs propres définis par les articles 217 et suivant du Code de procédure pénale, doté de moyens importants. Car en réalité tous ces mécanismes de contrôle sus évoqués se sont révélés insuffisants. C'est pourquoi, le législateur y a récemment adjoint le contrôle exercé par la Commission Nationale des Droits de l'Homme. A côté de cet organisme indépendant plusieurs autres organisations non gouvernementales interviennent pour veiller au respect des droits de l'homme dans le procès.

3- Le contrôle effectué par les organismes indépendants, un regard critique

La protection des droits de l'homme ne peut être réalisée uniquement par des mesures législatives et le recours juridictionnel. En effet, on pourrait croire que le recours à un bon juge c'est-à-dire à un juge indépendant et impartial et l'existence d'une armature de textes de grandes qualités scientifiques suffiraient à réduire les risques de violation de ces droits. En réalité il n'en est rien. En effet, l'institution d'organismes indépendants dotés de moyens efficaces de contrôle, est à même de jouer un rôle important dans la défense des droits de l'homme au cours du processus pénal. Ceux-ci une fois, investis de moyens appropriés pourraient par leur action devant les juridictions et dans l'univers carcéral contribuer à réduire sensiblement les cas de détentions abusives.

Le Mali, dispose de nos jours d'organismes indépendants en nombre suffisant et dont les interventions dans la recherche de solutions semblent acceptées par tous⁸⁸. Parmi ces institutions, nous pouvons citer entre autres, la Commission nationale des droits de l'homme, l'Association malienne des droits de l'homme, l'Amnesty International et la FIDH. Ils ne sont certainement pas les seuls devant lesquels les justiciables peuvent exercer des recours. Mais au Mali, ils semblent de nos jours les plus influents et les plus actifs, s'agissant de la protection du droit d'être jugé dans un délai raisonnable⁸⁹.

En gardant ses distances par rapport au gouvernement en place, ces organismes peuvent sans doute apporter une énorme contribution aux efforts déployés pour la protection des droits

⁸⁷ Nous faisons référence à la cour d'appel de Bamako, de Sikasso et de Mopti qui semblent avoir plus de dossiers à traiter.

⁸⁸ V° GUISE, (M) *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable*, op. cit., p. 195.

⁸⁹ *Idem*.

humains⁹⁰. Le gouvernement malien l'a bien compris en créant la Commission nationale des droits de l'homme. Cet organisme étatique censé défendre les droits humains a été créé par la loi du 19 novembre 2009. Son mandat comprend entre autres l'examen de toutes les situations d'atteinte aux droits de l'homme, l'appui conseil aux pouvoirs publics, le monitoring des lieux de privation de liberté⁹¹. En sus de cela, la commission établit à l'attention du gouvernement un rapport annuel sur l'état des droits de l'Homme au Mali.

Sur le plan pratique, les premières descentes de la CNDH sur le terrain ont permis d'éviter plusieurs cas de violations des droits de la défense. Mais, pour que la Commission puisse véritablement jouer son rôle de sentinelle des droits de l'homme il paraît nécessaire de renforcer son indépendance.

L'expression « organisation non gouvernementale » (ONG) selon son sens littéral, désigne toute organisation qui ne dépend pas hiérarchiquement d'un gouvernement⁹². Cependant, une définition générale des ONG s'avère pratiquement ardue, voire impossible en raison de la disparité qui entre dans le vocable. En raison de la multitude de définitions proposées par la doctrine⁹³ et de la difficulté à trouver une définition universellement acceptée, on retiendra ici, la définition de Tabrizi BEN SALAH. Selon cet auteur, les ONG sont « *des institutions de droit privé créées sur la base du droit interne d'un Etat déterminé et qui peuvent être une association de personnes physiques ou morales, publiques ou privées. Elles se différencient des sociétés multinationales par le fait qu'elles n'ont pas, en principe, un but lucratif qui détermine l'objectif de leur action ou activité à l'échelle internationale* »⁹⁴.

⁹⁰ A titre d'exemple, l'expert indépendant de l'ONU sur les droits de l'homme au Mali a pu visiter la maison centrale d'arrêt de Bamako et s'entretenir avec des personnes privées de liberté en rapport avec le conflit dans le nord du Mali, et des personnes arrêtées au cours des opérations contre le terrorisme dans les régions sud du pays. Parmi les détenus interrogés, une personne aurait été détenue depuis huit mois sans être interrogé. Cette action menée par cette autorité a permis d'améliorer le sort du détenu. V° en ce sens. Rapport de l'Expert indépendant sur la situation des droits de l'homme au Mali, *op. cit.*, p.14.

⁹¹ V° Rapport de la Commission Nationale des droits de l'Homme, 2014, septembre 2015, p. 12.

⁹² FOUADA, (G-J) « Avec et contre l'Etat, le rôle des ONG dans l'application des normes internationales relatives aux droits de l'homme en Afrique noire », *RJP*- 3, septembre-décembre 2000, p. 339.

⁹³ V° par exemple. DE MONTALEMBERT (A), « Amnesty International : la défense des droits de l'homme à la portée de tous », in *Bulletin des études*, Tome 352, n° 3 (3528), mars 1980, Paris, éd., Assas, p. 321; Meledje DJEJERO (F), *La contribution des organisations non gouvernementales à la sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse, Amiens 1987, p. 174.

⁹⁴ Ben Salah (T) citée par MAIKASSOUA (R.I.), *La commission africaine des droits de l'homme et des peuples, un organe de contrôle au service de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, éd., Karthala, 2013, p. 281.

La doctrine distingue deux types d'action des ONG en matière de défense des droits de l'homme. Dans un premier lieu, les ONG interviennent dans le cadre de la promotion des droits humains et en second lieu dans celui de la protection.

Les différentes interventions des ONG, d'une manière générale, ont concouru à la promotion et à la protection des droits fondamentaux de l'homme⁹⁵. Par ces actions, elles exercent une forte pression sur les structures impliquées dans les différentes formes de violation des droits humains. C'est le cas, notamment, lorsque les unités d'enquête procèdent à des arrestations arbitraires, ou en cas d'inertie des autorités judiciaires dans le contrôle du respect des délais de détention. Les deux affaires⁹⁶ que nous allons évoquer sont des exemples assez édifiants sur la protection offerte par les organisations non gouvernementales aux détenus.

Par exemple, en juin 2006, le Collectif des Clercs Principaux D'Huissiers de Justice (Joseph KONATE et 21 autres), sollicitait l'intervention de l'Association Malienne des Droits de l'Homme auprès du Ministre de la justice garde des sceaux pour l'exécution de l'arrêt n° 133 en date du 23 décembre 2005, de la section administrative de la cour suprême du Mali les ayant déclaré fondés à réclamer leur nomination en qualité d'Huissiers de justice⁹⁷.

Dans tous ces cas, l'intervention de l'A M.D.H a été salubre pour la célérité de la procédure.

Quand ces défenseurs sont attaqués ce sont plus largement les droits humains qui sont menacés. Car, le contrôle effectué par ces derniers est très important pour le respect des droits de la défense. Que l'insuffisance du contrôle soit à l'origine de l'allongement des délais de détention, cela ne fait aucun doute au regard des causes relevées ça et là dans la pratique. Mais, il faut également reconnaître que d'autres maux minent la célérité de la procédure à savoir la lenteur excessive des magistrats lors des contentieux de l'instruction.

⁹⁵ GUISSÉ (M), *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable*, Thèse, FSJP/UCAD, 2011, p. 195.

⁹⁶ *idem*.

⁹⁷ BOCUM (B) , les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali, *thèse op.cit* . P 118.

II- UNE IMPRESSION DE TEMPS MÉPRISÉ LORS DU CONTENTIEUX DE L'INSTRUCTION

Aujourd'hui, les juges ont la fâcheuse habitude à prendre trop de temps avant d'apporter une réponse aux demandes formulées par le requérant. C'est pourquoi nous allons mettre l'accent sur le temps négligé lors du contentieux des demandes d'actes (A) avant de mettre l'accent le temps négligé lors du contentieux de la détention provisoire (B)

Page | 257

A- Le temps négligé lors du contentieux des demandes d'actes

Aujourd'hui, avec le mouvement d'accusation qui a inspiré les réformes successives, le contradictoire a considérablement évolué. L'individu inculpé bénéficie au même titre que la partie civile et le magistrat du parquet d'un droit d'agir. La loi confère à ce dernier un droit d'initiative quant à la recherche probatoire par l'affirmation d'un droit à la proposition. Ainsi, l'avocat de l'inculpé ou de la partie civile ne se limite plus à la simple possibilité de pouvoir poser des questions ou d'accéder au dossier. Ainsi, qu'il est question de voir successivement les initiatives de l'inculpé avec ses conseils (1) et les clairvoyances du juge d'instruction (2)

1- Les initiatives de l'inculpé avec ses conseils

Depuis l'entrée en vigueur de la loi portant Code de procédure pénale, l'inculpé peut clairement influencer sur le cours de l'instruction. Il peut désormais, demander qu'il soit procédé à des actes d'instruction ou plus généralement à tous les actes qui lui paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité conformément aux dispositions de l'article 112 al. 1^{er} du Code de procédure pénale. Ce texte dispose : « *Les conseils de l'inculpé et de la partie civile, tant au cours de l'instruction qu'après avoir pris communication de la procédure au greffe, peuvent conclure par écrit à l'audition de nouveaux témoins, à des confrontations, expertises et tous actes d'instruction qu'ils jugeront utiles à la défense de l'inculpé et aux intérêts de la partie civile* ».

Pour éviter que le juge d'instruction puisse prendre la demande du conseil à la légère, il est prévu à l'alinéa 2 de ce texte que « *Le juge doit motiver l'ordonnance par laquelle il refuse de procéder aux mesures d'instruction complémentaires qui lui sont demandées. L'inculpé et la partie civile, par eux-mêmes ou par leurs conseils, peuvent faire appel de cette ordonnance.....* ».

Cette prérogative présente une utilité certaine tant pour la défense que pour la manifestation de la vérité⁹⁸:

D'abord, la demande d'actes d'investigation de la part de la défense est une manifestation du principe de l'égalité des armes⁹⁹ ;

Page | 258

Ensuite, l'inculpé détenu dispose d'une garantie de bonne défense, en provoquant le contrôle des actes d'instruction ;

Enfin, ce contrôle est conforme à l'intérêt général, puisqu'il contribue à la découverte de la vérité en permettant de supprimer les erreurs de fait et de droit¹⁰⁰. En ce sens que, la demande d'acte d'investigation de la part de la défense vise à démontrer l'innocence de son client ou sa moindre implication dans une infraction¹⁰¹. A travers ces demandes, il s'agit pour elle d'apporter des éléments probatoires de contradiction et de présenter les faits sous un autre angle¹⁰².

L'existence de ces dispositions très libérales avait suscité des craintes dans les milieux judiciaires. On redoutait un afflux de demandes d'instruction mais en réalité il n'en est rien. Les avocats ont parfaitement mesuré l'enjeu et les risques qu'ils prenaient en sollicitant une demande d'actes. D'abord, elle risque de ralentir la procédure, ensuite il n'est pas sûr que ses investigations complémentaires soient menées avec sérieux et rigueur. C'est pourquoi, la défense a toujours usé des demandes d'actes avec parcimonie.

En pratique, et à contrario, ce sont les magistrats instructeurs eux-mêmes qui sont très souvent à l'origine de la lenteur de la procédure en cas de demande d'actes¹⁰³. En ce sens que, les demandes d'actes formulées par la défense sont souvent des heureuses occasions pour le juge d'instruction de ralentir la procédure.

⁹⁸ DJEATSA-FOUEMATIO (L), *L'efficacité de la justice répressive à l'épreuve du contradictoire*, op. cit., p. 63.

⁹⁹ S. CLEMENT (S), *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse, Nantes, 2007, p. 444.

¹⁰⁰ DJEATSA-FOUEMATIO (L), op.cit.

¹⁰¹ V° S. CLEMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, op. cit., p. 445.

¹⁰² SAINT-PIERRE (F) cité par Clément (S), *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, op. cit., p. 445.

¹⁰³ V° Ch. JACQ, (M). SEYE, (A). DIABATE, (M). KONATE, (B). SIDIBE (A), Document de projet de réforme de la justice, de l'administration pénitentiaire et de l'éducation surveillée au Mali, op. cit., p. 82.

2- Les clairvoyances du juge d'instruction

Le juge d'instruction est le maître de l'instruction, ce faisant, c'est à lui que revient le rôle d'imprimer un rythme à la procédure¹⁰⁴. La défense est totalement inféodée au juge. Contrairement à ce dernier, elle ne dispose d'aucun moyen pour influencer sur le temps. La gestion des délais est organisée par le magistrat instructeur, ainsi que dispose l'article 132 du Code de procédure pénale. C'est à lui de désigner l'expert en lui proposant une feuille de route temporelle¹⁰⁵. Au cas où ce dernier n'arrive pas à réaliser l'expertise dans le délai imparti, là aussi, il a la possibilité de demander la prorogation du délai. En cas d'audition de témoins, de confrontation ou de transport sur les lieux, c'est à lui également de décider de la gestion du temps. Ainsi, comme le constate le professeur Cédric RIBEYRE¹⁰⁶, le juge d'instruction est le maître du temps dans cette phase procédurale. En conséquence, il peut le manipuler à sa guise. Cependant, les demandes d'actes doivent être présentées dans le respect de la finalité exposée par le législateur, c'est-à-dire « *qu'il doit être définitivement statué sur la prévention ou l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable* »¹⁰⁷.

Or, pour qu'on puisse statuer sur le reproche dont l'inculpé fait l'objet dans un délai raisonnable, faudrait-il alors que le juge d'instruction ne puisse pas ralentir la procédure au moment des investigations. En vérité, le vœu du législateur, de permettre à la défense de jouer un rôle actif dans la procédure ne saurait se réaliser que si les investigations sont menées avec rapidité et certitude.

Il faut malheureusement remarquer que le système judiciaire malien ne fonctionne pas comme il devrait l'être. Les cas d'atteintes au droit des justiciables enregistrés et rapportés aux tribunaux demeurent sans suite ou connaissent des lenteurs excessives¹⁰⁸.

Or justement, le fait pour le juge d'instruction de prendre un temps anormalement long pour effectuer les investigations complémentaires peut être perçu comme un refus d'accomplir un

¹⁰⁴ Ce qui est naturel car selon la formule de Cedric Ribeyre, la chose pénale n'est pas celle des parties ; le procès pénal n'est pas le procès civil. V° RIBEYRE (C), « Le contradictoire dans l'instruction préparatoire », in *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Actes du Colloque de l'ISCG, Grénoble, 8 déc. 2011, éd. Cujas p. 87.

¹⁰⁵ Aux termes de l'article 169 al. 1^{er} CPP, « *Toute décision commettant des experts doit leur impartir un délai pour remplir leur mission* ».

¹⁰⁶ RIBEYRE (c), « Le contradictoire dans l'instruction préparatoire », *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁷ BOCOUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse *op.cit.* . P 130.

¹⁰⁸ V° en ce sens. Rapport de l'Expert indépendant sur la situation des droits de l'homme au Mali, *op. cit.*, p. 7.

service public de la justice. En ce sens qu'il y a un point où, rendre la justice trop tard équivaut effectivement à ne pas la rendre du tout. Un tel comportement pourrait être tout simplement considéré comme un déni de justice¹⁰⁹. En effet, comme l'a démontré avec beaucoup de pertinence Serge GUINCHARD, « *lorsque le juge d'instruction refuse de répondre aux requêtes ou ne procède à aucune diligence pour instruire ou faire juger les affaires en temps utile, le maintien en détention étant manifestement injustifié, et le juge d'instruction ayant agi avec une légèreté qu'un juge normalement avisé et conscient de ses responsabilités n'aurait pas eue ; comportement déficient engage la responsabilité de l'Etat* »¹¹⁰.

En plus, il convient de souligner que, trop souvent dans la pratique, les parties, ministère public inclus, butent sur des refus d'ordonner des actes d'investigation complémentaire. Le caractère répété des refus d'actes sollicités par la défense, traduit en réalité une certaine vision de la défense de la part du juge d'instruction, peu compatible avec son rôle d'examen à charge et à décharge des éléments qui lui sont soumis, et selon une affirmation particulièrement pertinente « *l'effectivité du droit de solliciter l'accomplissement d'un acte serait anéantie, au moins pour partie, si les autorités compétentes n'avaient aucune obligation d'y répondre, ou pouvaient n'y procéder que tardivement* »¹¹¹.

Mais, le plus grave, c'est qu'en cas de refus de procéder à des investigations complémentaires, la défense est dépourvue de moyens d'action pour influencer sur le temps de l'instruction. Ainsi, bien que le législateur de 2001 ait prévu des possibilités procédurales permettant d'éviter que l'instruction ne puisse s'éterniser en prolongeant pernicieusement la détention de l'inculpé, il faut néanmoins, reconnaître qu'il n'a offert à la défense aucune action propre à lui permettre de réagir contre une durée excessive de la procédure. Or, le droit d'agir de la personne inculpée ne doit pas s'arrêter à l'administration de la preuve, il doit également permettre à la personne concernée d'influer sur le temps de la procédure.

L'inculpé par le biais de son défenseur doit pouvoir bénéficier de moyens d'action en vue de mettre en cause les délais de la procédure. Car ces délais ont une réelle importance pour la

¹⁰⁹ Aux termes de l'article 334 CPCPS, « *Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées* ». Le déni de justice est puni par l'art. 155 du CP d'une amende de 20 000 francs au moins et de 240 000 francs au plus, et de l'interdiction d'exercer des fonctions publiques pendant cinq ans au maximum.

¹¹⁰ GUINCHARD (S), « *De l'irresponsabilité des juges d'instruction : pour combien de temps encore ?* », in *Le droit pénal à l'aube du 3ème millénaire*, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel, Paris, Cujas 2006, P. 356.

¹¹¹ BOCUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse op.cit. . P 132.

personne inculpée, puisqu'ils participent d'une modification majeure de sa situation¹¹². C'est pourquoi, il paraît souhaitable de prévoir des dispositions de célérité notamment, des délais butoirs par lesquels, le législateur enferme les diligences du juge d'instruction dans des délais stricts.

En premier lieu, « *on pourrait prévoir que le président de la chambre d'accusation puisse ôter au magistrat instructeur les dossiers criminels dont l'instruction n'avancait pas assez vite. Lorsque celui-ci observe également, qu'un délai de plus de cinq mois s'est écoulé sans acte d'instruction, saisir la Chambre d'accusation par requête. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, elle pourrait évoquer l'affaire ou renvoyer le dossier soit au même magistrat, soit à un autre juge d'instruction qu'elle désigne* »¹¹³. En plus, il serait possible d'en informer le président de la Cour d'appel qui procède à la notation annuelle des magistrats pour que ce dernier puisse en tenir compte dans son évaluation. Ces mesures permettront, sans doute, d'attirer l'attention du magistrat instructeur sur la durée anormalement longue de sa procédure, l'incitant dès lors, à y remédier.

En second lieu, il serait souhaitable d'étendre aux parties privées la possibilité d'agir en cas d'inertie du juge d'instruction. On pourrait leur accorder la possibilité de saisir le président de la Chambre par requête, lorsque cinq mois se sont écoulés depuis le dernier acte d'information. Cette mesure permet de renforcer le contrôle du déroulement des instructions afin que l'information judiciaire ne traîne pas trop longtemps. Du coup on pourrait agir sur le délai de la détention provisoire, « *ce formalisme garantit directement la limitation de la durée de la détention comme la première motivation garantie la limitation des décisions de mise en détention* »¹¹⁴. Également, la fixation des délais butoirs est un moyen de dénoncer le caractère de la durée de la détention¹¹⁵. En mettant en œuvre ces procédés, les parties seront en mesure d'influer plus directement sur la durée de l'instruction. Plus précisément, ces mesures sont susceptibles de permettre à l'inculpé d'influencer le temps de l'instruction et par conséquent d'avoir un rôle actif sur le déroulement de la procédure. Cette posture diffère sensiblement d'une protection passive du présumé innocent lors de l'information judiciaire. Cela permettrait d'octroyer à celui-ci des

¹¹² GUINCHARD (S) cité par REBAUDET (B), *La détention provisoire. Regard critique sur son prononcé et son exécution*, Mémoire, Master 2, Lyon 3, 2010, p. 45.

¹¹³ BOCUM (B), *les Droits de la défense dans le procès pénal au Mali*, thèse op.cit . P 130.

¹¹⁴ PEREIRA (B), *L'amélioration des droits du mis en examen*, op. cit., p. 118.

¹¹⁵ PILLET (P), *les temps de la procédure*, op. cit., p. 195.

prérogatives nécessaires pour vaincre le déséquilibre inhérent à la procédure pénale et à l'accusation qui pèse sur lui¹¹⁶.

En troisième lieu, on pourrait à l'image du droit français, permettre aux parties de demander la clôture de l'information à l'expiration d'un certain délai. Mais, ce délai doit être fixé en prenant en compte les réalités de la justice malienne. Ainsi, les parties pourraient demander le règlement de la procédure à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle et trois ans en matière criminelle. Mais, l'accélération de la procédure par voie d'imposition d'un délai ne peut se concevoir que dans des hypothèses exceptionnelles, notamment si la personne poursuivie est en détention. En prenant en compte ces différentes mesures dans la législation pénale, on pourrait inciter le magistrat instructeur à accélérer le rythme de la procédure, lors des contentieux de la détention.

Page | 262

B- Le temps négligé lors du contentieux de la détention provisoire

Aux termes de l'article 122 Code de procédure pénale, « *en matière correctionnelle ou criminelle, le juge d'instruction peut mettre l'inculpé en détention provisoire* ». Néanmoins, si le temps en détention est évidemment du temps imposé et subi, il n'en demeure pas moins que l'inculpé détenu et son conseil bénéficient d'actions pour remettre en cause ce temps. La défense à, en effet la possibilité de faire appel de sa décision. Le droit d'appel est ouvert à tous les plaideurs qui ont succombé devant les juridictions du premier degré. L'appréciation de l'intérêt à agir appartient au législateur lui-même¹¹⁷. Elle ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de contrôle. Cela constitue une protection importante pour les justiciables. Ainsi, nous allons voir la pertinence des recours et initiatives (1) avant d'aller vers une limitation d'actes moratoires de procédure (2).

1- La pertinence des recours et initiatives

Dans le souci de faire contrôler les actes du juge d'instruction et de faire censurer ceux de ses actes qui ont été rendus en méconnaissance des règles procédurales, le législateur permet à

¹¹⁶ BOLZE (P), *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, Thèse, Nancy 2, 2010, p. 99.

¹¹⁷ Selon le professeur N'diaw DIOUF, cette technique n'est pas nouvelle. Parfois, le législateur se sert d'une présomption pour élaborer une règle de fond ; partant de l'idée que tel fait est hautement probable, il le prend en considération et l'utilise pour édicter telle ou telle norme. Tel est le cas en matière d'appel des ordonnances du juge d'instruction. Le législateur considère comme probable l'atteinte aux intérêts de telle ou telle partie, lorsque telle ou telle ordonnance a été rendue V° Nd. DIOUF, *La situation des parties au procès pénal pendant l'instruction préparatoire*, op. cit., p. 388.

l'inculpé tout comme à l'accusation¹¹⁸ de relever appel de certaines ordonnances du juge d'instruction y compris l'ordonnance de mise en détention ou de prolongation de la mesure¹¹⁹.

S'agissant du magistrat du parquet, il est en droit de requérir la mise en liberté de l'inculpé¹²⁰. Dans ce cas, le juge d'instruction doit statuer dans le délai de trois jours à compter de la date de réception des réquisitions¹²¹. Il a également la faculté de s'opposer à la libération de l'inculpé en faisant appel de l'ordonnance du juge autorisant sa mise en liberté¹²². L'appel lui permet de veiller à la bonne application de la loi, dès lors qu'une décision du juge d'instruction est rendue dans des conditions telles qu'on peut craindre une violation de la loi¹²³.

Page | 263

Pour ce qui concerne le détenu, la loi lui reconnaît le droit de demander sa mise en liberté, à tout moment durant l'instruction¹²⁴. Faute par le juge d'instruction d'avoir statué dans le délai de huit jours¹²⁵, l'inculpé peut saisir directement de sa demande la chambre d'accusation qui, sur les réquisitoires écrits et motivés du procureur Général se prononce dans les quinze jours de cette demande, faute de quoi l'inculpé est mis d'office en liberté¹²⁶.

A cet égard, faut-il constater la volonté du législateur d'empêcher qu'on puisse mettre en échec la demande de mise en liberté du détenu. Ce dernier ayant plusieurs possibilités pour recouvrer sa liberté. Ces actions permettent aux parties au procès d'intervenir pour intercéder sur la durée de l'information judiciaire. En effet, ces demandes de mise en liberté formulées par l'inculpé constituent autant d'occasions de vérifier la régularité de la détention et la légitimité de sa durée¹²⁷.

¹¹⁸ Le procureur de la République, contrairement aux parties privées à la possibilité de relever appel de toutes les ordonnances rendues par le juge d'instruction.

¹¹⁹ Aux termes de l'art.131 al. 1^{er} CPP « *L'ordonnance de mise en détention et celle de maintien en détention sont susceptibles d'appel par l'inculpé et le ministère public* ».

¹²⁰ Ch. Crim, 25 Mars 2008, arrêt n° 22. Inédit.

¹²¹ L'article 149 du CPP dispose en effet que « *Lorsque le procureur de la République requiert la mise en liberté, le juge d'instruction doit statuer dans le délai de trois jours à compter de la date de réception des réquisitions* ».

¹²² V° CPP, art. 131 al.1^{er}. Il convient de souligner également que l'appel du procureur de la République se double d'un droit d'appel du procureur général.

¹²³ DIOUF (N), *La situation des parties au procès pénal pendant l'instruction préparatoire*, op. cit., p. 389.

¹²⁴ Aux termes de l'article 150 al. 1 CPP « *La mise en liberté peut être demandée à tout moment au juge d'instruction par l'inculpé ou son conseil, sous les obligations prévues à l'article 148* ».

¹²⁵ L'article 150 al. 3 du CPP dispose que « *Le juge d'instruction doit statuer par ordonnance spécialement motivée huit jours au plus tard après la communication du dossier au procureur de la République* ».

¹²⁶ Conformément à l'article 150 al. 4 CPP « *Faute par le juge d'instruction d'avoir statué dans le délai fixé à l'alinéa 3, l'inculpé peut saisir directement de sa demande la chambre d'accusation qui, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur général, se prononce dans les quinze jours de cette demande, faute de quoi l'inculpé est mis d'office en liberté sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées* ».

¹²⁷ PILLET (P), *Les temps de la procédure*, op. cit., p. 201.

Au clair, la possibilité offerte au détenu de saisir la Chambre d'accusation offre une occasion inouïe à ce dernier de s'exprimer sur la durée de sa détention¹²⁸ et d'exposer procéduralement son désaccord avec certaines pratiques du magistrat instructeur de nature à rallonger la détention. Une telle possibilité instaure donc un dialogue, non sur la question de la détention, mais sur le temps relatif à celle-ci, temps dont l'évaluation diffère selon la perception de chaque intervenant. Car, comme le relève justement le professeur Dieunedort NZOUABETH, « *il y a plusieurs perceptions du temps : le temps chronologique, le temps chronométrique, le temps légal, le temps silencieux, le temps des juges embourbés dans la masse de leurs dossiers, le temps de l'avocat qui peut être court ou long suivant la posture, le temps de la victime toujours très impatiente et le temps du délinquant* »¹²⁹.

Les juges ont tendance à rattacher la lenteur de la procédure aux contingences matérielles et à la complexité de l'affaire. La défense quant à elle voit dans le dépassement et la prolongation systématique du délai, un manque de volonté de la part du magistrat d'accélérer la procédure.

En vertu du principe du double degré de juridiction, le contentieux est soumis au préalable au juge d'instruction au niveau du tribunal d'instance. Ce n'est qu'en cas de refus de statuer sur la demande formulée par les parties que la juridiction du second degré pourrait se saisir de l'affaire. Si la demande est acceptée, l'éventualité d'un contentieux serait alors évitée, le cas échéant, c'est un véritable contentieux qui est alors susceptible de naître en la matière.

En pratique, il est fréquent que le juge du premier degré saisi d'une demande de mise en liberté refuse tout simplement d'examiner la demande du détenu dans le délai imparti¹³⁰. Or, dans une telle situation l'inculpé doit recouvrer sa liberté. En effet, comme le souligne habilement le Code de procédure pénale en son article 150 al. 4, faute par le juge d'instruction d'avoir statué dans le délai de 8 jours, l'inculpé peut saisir directement de sa demande la Chambre d'accusation qui, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur Général, se prononce dans les quinze jours de cette demande, faute de quoi l'inculpé est mis d'office en liberté, sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées.

¹²⁸ Par ailleurs, la détention provisoire et le contrôle judiciaire ne peuvent être ordonnés qu'à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté.

¹²⁹ NZOUABETH (D), Le temps et l'infraction, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁰ V^o Rapport Annuel 2013, Avocats sans frontières, France, Mission au Mali, p. 10. Accessible sur www.asf-network.org. (Consulté le 11 janvier 2014).

Mais, malheureusement, cette règle est systématiquement violée par les juges. A titre d'exemple, dans l'affaire Ministère public/M. D. T¹³¹ le juge d'instruction du 1^{er} cabinet du TPI de la commune V, saisi d'une demande de mise en liberté par le conseil de M.D.T à la date du 13 novembre 2012 a tout simplement refusé de statuer sur cette demande dans les délais légaux.

2- Vers une limitation d'actes moratoires de procédure

En aucun cas, elle ne doit être appliquée à des fins punitives¹³². Il est évident qu'il n'y a aucun lien dans ce cas entre l'importance du montant et la nécessité de l'instruction ou les mesures de sûretés. Ces procédés sont fort déplorables, le droit de recours, corollaire de la liberté constitutionnelle d'agir en justice ne doit pas déboucher sur un usage excessif¹³³.

L'utilisation de la détention provisoire par certains magistrats du parquet constitue également une cause de ralentissement de l'instruction. Il est, en effet, devenu une habitude pour certains magistrats du parquet d'utiliser les voies de recours dans le but d'allonger la procédure, en espérant un éventuel aveu du détenu. Ceux-ci n'hésitent pas à user systématiquement de ce droit pour retarder autant que possible la mise en liberté de l'individu. Même si un magistrat du siège estime qu'il n'y a plus de raisons graves et exceptionnelles pour le maintien du mandat d'arrêt, le magistrat du parquet est enclin malgré tout à prolonger cet état exceptionnel jusqu'à ce que la Chambre criminelle ait statué.

Pour s'en convaincre il suffit de parcourir les arrêts rendus par les juridictions d'appel, et relever le nombre incroyable d'appel à l'initiative du parquet. Or, il n'y a aucun doute que, le refus systématique de libération a pour inconvénient de causer un engorgement des juridictions d'instructions et de générer un certain allongement de la procédure. On mesure donc l'effet perturbateur engendré par la multiplication des voies de contestation.

Il existe une autre pratique qui sans générer un contentieux massif au niveau des juridictions d'appel, constitue une violation de la loi et contribue à la surpopulation carcérale. Il s'agit de la mise à la disposition. C'est une pratique souvent usitée par certains magistrats du parquet, qui consiste à faire garder un individu à la maison d'arrêt sur la base d'un ordre qui n'est

¹³¹ V^o Ch. d'accusation arrêt N° 0471 du 04 déc. 2012 aff. MP/M.K. Inédit

¹³² Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, *op. cit.*, p. 14.

¹³³ BOUCHARD (V-C), *Le droit de recours en matière pénale : contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie*, *op. cit.*, p. 310.

prévu par aucun texte de loi. Pire certains individus, objet de cette mesure, sont privés illégalement de leur liberté durant des semaines voire des mois¹³⁴.

Plusieurs raisons ont été avancées par les magistrats¹³⁵ pour justifier ce mode de détention : les déferrements tardifs des suspects devant le procureur de la République, la nécessité d'étudier sérieusement les PV d'enquête préliminaire etc. Mais quoiqu'il en soit, la mise à la disposition est une violation de la loi issue d'une mauvaise organisation du travail au niveau des parquets. En effet si le Procureur de la République s'arroge à lui tout seul le travail d'orientation des PV pour une raison ou pour une autre, les mises à la disposition se multiplieront, surtout lorsque plusieurs Commissariat ou Brigades de gendarmerie desservent le même parquet.

Dès lors, la nécessité de prendre des mesures appropriées face à ces dérives se fait sentir avec insistance. Ainsi que l'a souligné fort justement M. André GIUDICELLI, « *Le mauvais fonctionnement d'un système de justice pénale, quand il abuse de certaines mesures ou quand il se trompe, peut être une cause de surpopulation carcérale* »¹³⁶.

Il convient de souligner qu'au Mali, malgré les interventions répétées du législateur visant à limiter le prononcé ainsi que la durée des privations de liberté avant jugement, les centres de détention sont surpeuplés. A titre d'exemple, la maison centrale d'arrêt de Bamako qui a une capacité d'accueil de 400 personnes accueille à peu près 2000 détenus¹³⁷ parmi ceux-ci figure un nombre important de détenus en attente d'être jugé¹³⁸.

¹³⁴ Cela ressort de nos entretiens avec Me Abdoul wahab BERTHE, avocat, dans son cabinet sis à Hamdallaye ACI 2000, le 15 Septembre 2016. V° également pour une approche plus complète. Ch. TRAORE, *Manuel à l'usage du juge d'instruction (procédure pénale au Mali*, Bamako, Imp. Togola, 1993, 185 pages.

¹³⁵ De l'avis des magistrats du parquet de Bamako, Kayes et Mopti, avec lesquels nous avons échangés, La pratique de la mise à disposition est due aux déferrements tardifs des suspects devant le procureur de la République, à la nécessité d'étudier sérieusement les PV d'enquête préliminaire, la nécessité de confronter les parties ou encore à la difficulté de retrouver des témoins.

¹³⁶ GIUDICELLI (A), « L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées », RSC, n° 1, Janvier-mars 1998, p.11.

¹³⁷ V° Ch. JACQ, M. SEYE, A. DIABATE, M. KONATE, B. SIDIBE, Document de projet de réforme de la justice, de l'administration pénitentiaire et de l'éducation surveillée au Mali, *op.cit.*, p. 42.

¹³⁸ En 2013, deux avocats d'ASF France et cinq avocats d'ASF Mali ont assuré des consultations juridiques auprès de 144 détenus et identifié 18 cas de situations abusives dans la ville de Bamako (Maison d'arrêt centrale et prison pour femmes et mineurs de Bollé). V° Rapport Annuel 2013, Avocats sans frontières, France, Mission au Mali, *op. cit.*, p. 10.

Une mesure privative de liberté en elle-même contribue à alimenter la population pénitentiaire¹³⁹ ; et quand elle est injustement subie du fait de la lenteur de justice, elle cause un préjudice à la personne qui en est l'objet. Ce qui devrait toujours imposer une réparation¹⁴⁰. Ces remarques permettent de comprendre déjà ce que nous entendons « par personnes injustement détenues ». L'injustice à laquelle nous faisons allusion ici, n'est pas le sentiment que peut ressentir la personne détenue. Il y a injustice parce que la justice, en tant qu'institution, n'a pas apporté de réponse adéquate, ou l'innocence de la personne présumée dans son principe¹⁴¹ a été malmenée par la détention¹⁴² du fait de l'inconséquence¹⁴³ du juge.

C'est pourquoi, il importe d'introduire dans le Code de procédure pénale une disposition qui ouvre droit à réparation à toutes les personnes qui sont victimes de détention au cours d'une procédure qui se termine par un non-lieu ou une relaxe. L'introduction dans notre arsenal législatif d'une telle disposition permet assurément, de procurer à l'individu qui se plaint de la durée anormalement longue d'une procédure, un redressement approprié de sa situation. Le justiciable doit pouvoir être en mesure de demander des comptes à la justice¹⁴⁴. Comme on a pu le noter J.- F. Flauss « *à bien des égards, la voie indemnitaire à tendance à être considérée, à tort ou à raison, comme la réponse la plus adéquate aux violations du délai raisonnable* »¹⁴⁵.

Pour favoriser son effectivité, il conviendrait également de prévoir certaines mesures. Il est souhaitable, en premier lieu, d'imposer la notification de l'existence de la procédure d'indemnisation au moment du prononcé du non-lieu. Une telle mesure aura le bénéfice de

¹³⁹ V° sur ce point. A. GIUDICELLI, « L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées », *op. cit.*, p. 11 ; F. LAMY, « La responsabilité de l'Etat en raison du retard de la justice », *LPA*, 02 octobre 2002, n° 197, p. 15.

¹⁴⁰ JACQ (CH), SEYE (M), DIABATE (A), KONATE (M), SIDIBE (B), Document de projet de réforme de la justice, de l'administration pénitentiaire et de l'éducation surveillée au Mali, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴¹ Art.11, de la déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ; Art. 9 al. 3 de la constitution du 25 février 1992.

¹⁴² Ce peut être par exemple en cas de durée anormalement longue d'une détention provisoire.

¹⁴³ Selon Stephen BREYER cité par Denis SALAS, « *Du fait que le droit est intimement lié à la vie, les juges dans leur application du texte à la lumière de son intention, devraient prendre en compte les conséquences de leurs décisions, notamment sur les conditions sociales, industrielles et politiques de la communauté concernée* ». L'auteur n'hésite donc pas à se réclamer d'un certain conséquentialisme. On le voit, dans sa démarche conséquentialiste, M. BREYER subordonne le juridiquement souhaitable au politiquement nécessaire. Donc, face à de telles situations, les juges devraient suivre un raisonnement plus réaliste que normatif. Sur ces analyses. V° notamment. S. BREYER cité par D. SALAS, « la part politique de l'acte de juger », *chron. In cahier de la justice* n° 2, 2011, p. 115. Pour des développements similaire V° également, J.-C. BILLIER, « Le juge peut-il être inconséquent ? », *chron. In cahier de la justice*, n° 2, 2011, p. 119 à 125.

¹⁴⁴ RENUCCI (J-F), « Irresponsabilité des magistrats et droit au juge », *RPDP*, n°1, avril 2001, p. 204.

¹⁴⁵ FLAUSS (J-F) cité par VAN COMPERNOLLE (J), *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome*, *op. cit.*, p. 480.

permettre à l'individu non assisté par un conseil de demander un dédommagement. Si l'on sait que la plupart des personnes détenues ne bénéficient guère de conseil¹⁴⁶. En second lieu, il s'agirait naturellement de permettre à la victime de la détention provisoire abusive de prétendre à une indemnisation.

Mais, pour ce faire, faudrait-il savoir à qui imputer la faute ? Cette responsabilité de la justice peut être posée de deux manières : la première est d'ordre objective et appréhende la notion de responsabilité au niveau du service public judiciaire. La deuxième est de nature subjective et tend à appréhender ladite responsabilité à travers les magistrats pris isolément¹⁴⁷. Un tel mécanisme existe déjà au Cameroun depuis 2005. En effet, la Loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant Code de procédure pénale au Cameroun prévoit une réelle indemnisation des victimes de détention provisoire abusive.

Le système mis en place par la loi de 2005 est une application du principe prétorien de la responsabilité sans faute propre au droit public, plus précisément sur celui qui vise à éviter la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques¹⁴⁸. Ce système d'indemnisation au Cameroun pourrait constituer un bel exemple pour le législateur malien. En troisième lieu, une commission devrait être mise en place dans le but d'apprécier l'anormalité et la gravité du préjudice. Pour une meilleure protection des intérêts de la victime, la commission devrait statuer par décision motivée susceptible d'appel.

Conclusion

Il semble que cette exigence de célérité est plus épineuse concernant le domaine de la détention provisoire¹⁴⁹. C'est pourquoi, le législateur a instauré des délais précis tant en matière

¹⁴⁶ V° Rapport de mission "Caravane des droits de l'homme au Mali" organisé par l'association la voie de la justice, prisonniers sans frontières et l'Association des jeunes avocats du Mali, Bamako et Kati, du 25 au 31 Janvier 2014 p. 1. Disponible sur <http://www.lavoiedelajustice.org>. (Consulté le 13 septembre 2014).

¹⁴⁷ SAMUEL (T), « L'indemnisation des détentions provisoires abusives dans le nouveau Code de procédure pénale », *op. cit.*, p.182.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ PRADEL (J), « La célérité et les temps du procès pénal : comparaison entre quelques législations européennes », *op. cit.*, p. 254.

correctionnelle¹⁵⁰ qu'en matière criminelle¹⁵¹. L'objectif semble être la limitation des détentions abusives. Il a prévu la détention provisoire pour des infractions d'une certaine gravité et en a limité la durée.

Malgré l'existence de dispositions précises fixant des limites concrètes de la durée raisonnable, force est de constater que, dans la pratique, ces délais sont peu respectés par les magistrats. Par conséquent, des instances peuvent durer des mois voire des années. La lenteur dans la conduite de l'information et l'insuffisance du contrôle de la détention semblent être les principales causes des longues détentions. Page | 269

Bien que la célérité soit de rigueur tout au long de l'instruction préparatoire, notamment au moment de la détention de l'inculpé, les délais ne sont guère respectés. Dès lors, il faut que la justice se hâte, car son retard est ressenti comme une frustration, tant par l'opinion publique qui mesure son intérêt à la vigueur de la réaction sociale du juge répressif, que par le détenu qui souhaite être rapidement fixé sur son sort, et la victime qui attend qu'on lui rende justice et que son préjudice soit réparé. Force est alors de constater que l'exigence de célérité revêt aujourd'hui une intensité renforcée. En effet, alors que par le passé chacun se résignait à ce que l'instruction préparatoire s'éternise, que l'individu soit maintenu en détention pendant plusieurs années¹⁵². Il n'en est plus de même, dès lors que les délais de la mesure de détention provisoire ont été minutieusement règlementés par le législateur. Même si des améliorations sont nécessaires.

¹⁵⁰ Selon les dispositions de l'article 127 al. 2 CPP « *La détention ne peut être renouvelée qu'une seule fois au cours de l'information* ». En matière correctionnelle, les délais de détention sont prévues à l'article 127 CPP, le délai de base est d'un mois. Mais, celui-ci est conditionné par l'absence de condamnation à une peine d'emprisonnement ferme ou à une peine de réclusion antérieure et par la durée de la peine d'emprisonnement encourue qui ne peut dépasser trois mois sans sursis pour délit de droit commun. Si le maximum de la peine encourue est supérieur à deux ans, la détention provisoire ne peut excéder six mois ; toutefois, à l'expiration de ce délai, le juge d'instruction peut la prolonger par une ordonnance motivée de maintien en détention dont la durée ne peut également excéder six mois. Dans ce cas le titre d'écrou demeure le mandat initialement décerné par le juge d'instruction. La détention ne peut être renouvelée qu'une seule fois au cours de l'information.

¹⁵¹ En matière criminelle, c'est l'article 135 CPP qui fait office d'article de référence pour la durée. La détention provisoire de base est d'un an, celle-ci pouvant être prolongée chaque année. Cependant, en aucun cas, la détention provisoire de l'inculpé en matière criminelle ne peut excéder 3 ans.

¹⁵² V° Rapport de mission "Caravane des droits de l'homme au Mali" organisé par l'organisation la voie de la justice, prisonniers sans frontières et l'Association des jeunes avocats du Mali, *op. cit.*, p. 5. Les auteurs de ce rapport ont recensés lors de leur passage dans les 2 centres de détention (celui de Bamako et Kati) plus de 116 détenus dont les titres de détention n'avaient pas été renouvelés et se trouvaient donc en détention arbitraire).

On ne peut plus conseiller au détenu d'endurer. Il peut comme l'affirment MM. Hubert HAENEL et Marie Anne FRISON-ROCHE « *se prévaloir, aujourd'hui, d'une sorte de droit à l'impatience* »¹⁵³.



¹⁵³ H. HAENEL. M.-A. FRISON-ROCHE, cité par J. VAN COMPERNOLLE, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », in *Justice et droits fondamentaux*, Mélanges en l'honneur de Jacques Normand, éd., Litec, 2003, p. 471.

L'arbitrage, un gage de sécurité juridique de l'activité économique OHADA

Arbitration, a guarantee of legal security of economic activity OHADA

Par :

BILOA ATANGANA Carine Laetitia

Page | 271

Docteur en Droit Privé

Université à l'Université de Ngaoundéré

Résumé :

Le foisonnement des contrats, des projets et investissements internationaux a fait de l'arbitrage un mode privilégié de résolution des litiges. Afin de promouvoir le développement économique des pays africains et plus particulièrement ceux de l'espace OHADA, le législateur OHADA s'est arrimé à l'évolution et a adopté l'acte uniforme portant sur le droit de l'arbitrage. L'arbitrage s'entend comme un mode privé de résolution des litiges par le biais d'un arbitre qui rend une sentence ayant une valeur juridictionnelle. Au regard de ses atouts, l'arbitrage contribue bien à la sécurisation juridique de l'activité économique au sein des Etats membres de l'OHADA. Cette contribution, tient autant à la liberté des parties au litige et des arbitres qu' à l' exigence du respect des grands principes d' un procès équitable . Elle est toutefois relativisée par un certain nombre de limites du fait des entraves à l'exécution de la sentence arbitrale que sont les contestations portant sur l' ordre public et les immunités d' exécution des personnes morales de droit public , mais aussi du caractère couteux de l' arbitrage et du manque d' un code de déontologie des arbitres .

Mots clés : *arbitrage, sécurisation, activité économique, espace OHADA*

Abstract :

The proliferation of contracts, project and international investments has made arbitration a privileged mode of dispute resolution. In order to promote the economic development of african countries and more specifically those of OHADA area, the OHADA legislator has attached himself to evolution and has adopted the uniform act on the law of arbitration. Arbitration is understood as a private method of resolving a dispute through an arbitrator who makes an award with jurisdictional value. In view of its advantages, arbitration contributes well to the legal security of the OHADA economic activity within the OHADA member states. This contribution is due as much to the freedom of the parties to the dispute and the arbitrators as to need to respect for main principes of a fair trial. However , it is relativized by a certain number of limitations due to obstacles to the execution of the arbitration award what are the challenges relating to public order and the immunities of execution of legal entities governed by public law , but also to the expensive nature arbitration and the lack of a code of ethics for arbitrators.

Key words: arbitration, securization, economic activities, OHADA space

Introduction

La gestion des conflits est pour l'entreprise un réel enjeu stratégique qui ne peut être laissé au hasard. Du point de vue économique, un conflit quel qu'il soit, fragilise l'entreprise et ses relations commerciales. Il pèse sur ses résultats et ses performances et, si une issue rapide au litige n'est pas trouvée, cela peut aller jusqu'à mettre en péril son développement, voire même son existence. La résolution des différends d'ordre économique est un problème auquel de nombreuses entreprises sont confrontées¹. Hier les litiges se réglaient exclusivement devant les juridictions étatiques avec les contraintes qu'ils engendraient et qui généraient très souvent l'insatisfaction des parties aux litiges. Aujourd'hui, les parties peuvent décider d'avoir recours à un moyen privé et rapide de règlement de leurs différends en dehors des tribunaux. Il s'agit des modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) appelés alternative dispute resolution (ADR) dans les pays anglo-saxons. Il s'agit-là d'un moyen permettant de faciliter et de garantir la sécurité juridique des activités économiques. Il existe plusieurs MARC : la médiation, la conciliation, et l'arbitrage. Seul l'arbitrage fera l'objet de notre attention ici au regard de la place qu'il occupe dans la résolution des litiges dans le monde des affaires dans l'espace OHADA.

Page | 273

La volonté pour les opérateurs économiques de se référer à l'arbitrage constitue désormais un bouclier pour leurs activités. L'investissement est devenu un enjeu international qui détermine les relations entre les Etats. La mise sur pied de l'intégration régionale qui consacre presque toujours l'unification des économies a pour but d'une part le développement économique et social et d'autre part l'investissement privé en rendant les marchés plus attractifs et les entreprises nationales ou communautaires plus compétitives.² L'intégration ici est donc un pas vers la mondialisation. Selon THOMAS Walde, la mondialisation signifie l'émergence d'une économie mondiale ouverte, compétitive et intégrée, délaissant les marchés nationaux ou régionaux isolés aux profits des marchés mondiaux³. Autrement dit, le terme mondialisation est utilisé pour désigner le flux des échanges économiques, financiers et culturels dans le monde. La mondialisation est un phénomène qui exige les nouvelles formes de régulation juridique. C'est

¹ CHAPPE(N) , « L'analyse économique d'un mode de résolution de litige : l'arbitrage », in *la Revue française de l'économie* , n°4/2000, 2001 , p.188

² MOULOUL (A), « L'intégration juridique des Etats de la S.A.D.C. et perspectives d'adoption du droit des affaires OHADA pour l'assainissement de l'environnement juridique des affaires », Actes de la « première conférence internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la S.A.D.C », Université E.Mondlane du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008.

³ WALDE (T), « nouveau horizon pour le droit international d'investissement dans le contexte de la mondialisation de l'économie », *I.H.E.I. Paris*, Université Paris , Ed. PEDONE, 2004, p.12

dans cette perspective que le continent africain a mis sur pied des organisations à l'instar de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (U.E. M.O.A), dont les objectifs sont l'intégration sous régionale, la mise sur pied de la communauté économique Africaine afin de parvenir à l'intégration économique et juridique sur le continent africain. À l'observation, les diagnostics faits par certains experts, à l'instar de Keba M'BAYE ancien vice-président de la cour internationale de justice, sur la fuite des capitaux vers l'étranger indiquent que celle-ci est due à l'insécurité juridique, judiciaire et, à la balkanisation juridique qui prévaut sur le continent. Dans le même sillage, Martin KIRSCH, analysant le droit applicable aux sociétés des pays africains de la zone Franc, a pu soulever le problème de l'insécurité juridique et judiciaire⁴.

Il ressort de là que la sécurité juridique est une condition nécessaire au développement économique. Aucune activité économique durable ne peut raisonnablement être entreprise si les règles de droit ne sont pas connues, précises, correctement appliquées et dotées d'une certaine stabilité. Avant la signature du Traité de Port Louis dit Traité OHADA, le 17 octobre 1993, les opérateurs économiques étaient unanimes pour affirmer que l'insécurité judiciaire résultant de la faillite des systèmes judiciaires des pays de l'espace OHADA constituait l'une des causes du sous-développement desdits pays. Il était donc nécessaire de réformer ces systèmes judiciaires, afin de les rendre aptes à contribuer au développement de l'Afrique par la production des décisions sécurisantes pour les investisseurs tant locaux qu'internationaux. Or, étant donné qu'une réforme efficace des systèmes judiciaires risquerait prendre du temps, les Etats africains en général et les promoteurs du Traité OHADA en particulier ont vu dans l'arbitrage une des garanties juridiques susceptibles de sécuriser les investissements et, d'inciter les investisseurs à s'intéresser à l'espace OHADA⁵. L'une des raisons fondamentales ayant milité en faveur de cette option tient au caractère flexible que l'arbitrage présente tant dans le choix de l'institution d'arbitrage, du droit applicable, des arbitres, de la procédure que des règles applicables⁶.

L'un des objectifs fondamentaux de la réforme globale du droit des affaires opérées sous l'égide de l'OHADA était d'atteindre une sécurité juridique favorable à un accroissement des investissements dans ledit espace. Pour réaliser cet objectif de sécurité, l'OHADA a eu recours à l'arbitrage qui est régi par l'acte uniforme OHADA portant droit d'arbitrage ainsi qu'à la CCJA

⁴KIRSCH (M), « Historique de l'OHADA », Revue Penant no 827 mai- aout 1998 p.129.

⁵ KENFACK DOUJANI (G), « Droit de l'arbitrage », formation à ERSUMA du 15 au 19 novembre 2010 , p4.

⁶ JOKORA (R), « arbitrage et sécurisation juridique des investissements » ,RJOI 2017 n°24, p . 90

(Cours commune de justice et d'arbitrage) qui est la juridiction par excellence où se déroule un grand nombre de procédures arbitrales institutionnelles . L'article 1^{er} du traité OHADA dispose que « Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les états parties par l'élaboration et l'adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement du recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». Le traité OHADA a été suivi d'une série d'acte d'application. Il s'agit des actes uniformes OHADA au nombre desquels figure en bonne place celui portant sur le droit de l'arbitrage (AUA).

Malgré l'importance qu'ils accordent à l'arbitrage, ni le Traité OHADA, ni l'acte uniforme portant sur le droit de l'arbitrage ne précisent le sens de cette notion, que la doctrine définit tantôt comme le jugement d'une contestation par des particuliers choisis par d'autres particuliers au moyen d'une convention⁷ , tantôt comme une convention par laquelle les parties soumettent leur différend au jugement des particuliers qu'elles choisissent⁸. L'arbitrage désigne d'une manière générale un mode de règlement de litige privé faisant intervenir un arbitre à l'issu du quel ce dernier rend une sentence arbitrale. Selon Gérard cornu, il renvoi à un mode dit parfois amiable ou pacifique, mais toujours juridictionnel de règlement de litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties lesquelles peuvent être des simples particuliers ou des États. Elle peut aussi être perçue comme, un mode de solution des conflits qui trouve son origine dans une convention privée et qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. BRUNO OPPETIT a repris la définition adoptée par Charles JARROSSON dans sa thèse⁹. A notre sens, il s'agit d'une définition large de l'arbitrage car elle fait intervenir une institution, un tiers et la nature institutionnelle de la décision rendue. L'arbitrage peut revêtir deux formes : ad hoc et institutionnel¹⁰ .

La thématique portant sur l'arbitrage comme gage de sécurité juridique de l'activité économique au sein de l'espace OHADA soulève l'indéniable problème de l'apport de l'arbitrage dans la sécurisation juridique de l'activité économique dans l'espace OHADA. Que l'arbitrage

⁷ MOUTOUSKY(H) , *Ecrit, étude et notes sur l' arbitrage* , Dalloz , 1974 ,p.5

⁸ FOUCHARD (P) , *l' arbitrage commercial international* , Dalloz , 1965 , n°11

⁹ JARROSSON (CH) , *notion d' arbitrage* , LGDJ ,198 , pp 14-18.

¹⁰ L'arbitrage ad hoc est celui qui se déroule hors de toute organisation permanente d'arbitrage et relève de la seule initiative des parties et de leurs arbitres. L'arbitrage institutionnel est celui qui se déroule dans un centre permanent d'arbitrage et qui met à la disposition des litigants une liste d'arbitre(s), un règlement d'arbitrage.

comme mode de règlement des litiges privés soit de plus en plus sollicité dans l'espace OHADA, surtout dans la sphère de l'activité économique en raison de la vertu sécuritaire du point de vue juridique qui lui est attribuée dans cette sphère suscite une interrogation sur la pertinence de cette vertu. Autrement dit, quel est la contribution effective de l'arbitrage dans la sécurisation juridique de l'activité économique dans l'espace OHADA ? À l'analyse, il appert que le concours de l'arbitrage à la sécurisation juridique de l'activité économique est d'une pertinence avérée à bien des égards (I), même s'il faut reconnaître que cet apport est sujet à un certain nombre de limites qui relativisent cette pertinence (II) .

I- LE CONCOURS AVERE DE L'ARBITRAGE DANS LA SECURISATION JURIDIQUE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE DANS L'ESPACE OHADA

L'apport de l'arbitrage dans la sécurisation des activités économiques OHADA est perceptible aussi bien à travers la liberté accordée aux acteurs (A) qu'à travers le respect des grands principes de procédures par le tribunal arbitral (B)

A- La liberté des acteurs dans l'arbitrage, un gage de sécurité juridique

Les acteurs de l'arbitrage sont de deux ordres, à savoir les parties au litige, et le(s) arbitres. Ceux-ci jouissent d'une grande marge de manœuvre dans le processus de l'arbitrage. Cette liberté qui contribue à sécuriser juridiquement l'activité économique se manifeste selon qu'elle profite aux parties ou aux arbitres.

1- LA liberté des parties au litige

L'arbitrage a pour fondement un contrat et « Qui dit contractuel dit juste ». Cet adage du célèbre philosophe Alfred FOUILLE nous enseigne que toute convention passée entre une ou plusieurs personnes aboutit inévitablement à la justice. Alfred FOUILLE part ici du postulat selon lequel les parties dans une convention détiennent tous les attributs nécessaires pour pouvoir veiller à la défense de leurs intérêts. Par conséquent, les conventions ne peuvent être que justes car, s'il en demeure autrement, aucun être humain n'aurait consenti. À partir de ce postulat, nous pouvons affirmer que l'arbitrage qui repose sur une convention librement consentie ne peut que protéger les intérêts des parties.

Qu'il ait pour fondement une clause d'arbitrage ou un compromis d'arbitrage, la liberté des parties dans le choix de ce mode de règlement de litige est prédominante. L'arbitrage puise en effet

sa légitimité des parties qui, sur la base du volontariat, décident de soustraire le litige à la justice étatique pour la confier à un tiers privé¹¹. Une des forces de l'arbitrage est qu'elle a pour fondement l'autonomie de la volonté. Les parties décident de porter leur litige à l'arbitrage par une convention d'arbitrage qui est distincte du contrat principal. L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code d'investissement, un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements¹².

L'indépendance de la convention d'arbitrage admet également que le droit applicable à la convention soit différent du droit qui régit le contrat principal. La convention d'arbitrage comme tout contrat revêt une force obligatoire à l'égard des parties et du juge étatique. A l'égard des parties cette force obligatoire se justifie par le fait que les parties à la convention d'arbitrage donnent par un acte, le pouvoir aux arbitres de connaître ou trancher le litige, tant que l'existence de cet acte n'est pas remise en cause¹³. Quant au juge, le législateur communautaire précise que, lorsqu'un litige faisant déjà l'objet d'une procédure arbitrale, est porté à nouveau devant une juridiction étatique, celle-ci doit se déclarer incompétente¹⁴.

L'autonomie des parties au litige se manifeste également au niveau de la procédure. Dans le compromis ou clause d'arbitrage, les parties peuvent désigner la loi applicable aux litiges. Le système juridique OHADA leur permet de choisir en toute liberté le droit applicable tant dans la procédure arbitrale que dans le fond du litige. S'agissant de la détermination de la loi applicable à la procédure, l'article 14 alinéa 1 dispose : « les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale. Elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi des procédures de leur choix »¹⁵. Cependant, le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le règlement d'arbitrage de cet organisme sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions en accord avec ledit organisme¹⁶. Cette possibilité offerte aux parties d'écarter expressément certaines dispositions du règlement d'arbitrage constitue tout aussi un indicateur de la liberté qui leur est reconnue. Très souvent

¹¹ HERVE (C.H), « Déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA », université de perpignan via domitia 2019, p.42.

¹² Art 3 de l'Acte Uniforme relatif au Droit d'arbitrage

¹³ CHEICK SIDIBE (L), « La convention d'arbitrage dans l'espace du droit OHADA », *Legal RDC*, juillet 2021, p .5

¹⁴ ART 13 alinéa 1 de l'Acte Uniforme relatif au droit d'arbitrage

¹⁵ ART 14 de AU/ DA

¹⁶ POUYOU (P-G) , TCHAKOUA (G-M) , « Arbitrage selon l'Acte Uniforme relatif au droit de l' arbitrage » in *Encyclopédie du droit OHADA* , Lamy , 2011, P . 239

lorsque le contrat présente un élément d'extranéité, les parties cherchent le droit qui sécurisera le mieux leur transaction. Cette faculté leur est reconnue en droit OHADA.

En outre, les parties ont également le pouvoir sur la possibilité de choisir ceux qui trancheront le litige. Les parties fixent le nombre d'arbitres dans les conditions prévues dans l'acte uniforme¹⁷. En choisissant les arbitres, les parties s'assurent qu'ils sont de bonne moralité. Elles se sentent ainsi en sécurité en leur confiant cette tâche. L'acte uniforme n'a pas d'exigence concernant la personne de l'arbitre. La seule condition est qu'elle soit une personne physique¹⁸. Il doit cependant jouir de ses droits civils et avoir une moralité irréprochable. On voit bien mal deux personnes soumettre un litige ayant des enjeux financiers importants à des personnes à moralité douteuses. Les parties seront certainement guidées par les compétences professionnelles, l'expérience et la maîtrise des questions qui fondent le litige dans le choix de l'arbitre¹⁹. La faculté de choisir librement l'arbitre apparaît donc comme un gage de sécurité pour les investisseurs

2- La liberté des arbitres

L'arbitre est investi à l'image du juge, d'une mission d'adjudication entre les positions conflictuelles²⁰. Lorsque l'arbitre a reçu des parties les pouvoirs d'amiable compositeur, il est autorisé à statuer « ex aequo et bono »²¹. L'arbitre en amiable compositeur pourra rechercher la solution dans le droit s'il juge la démarche utile. La cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI) a d'ailleurs rappelé cette règle en jugeant que « l'équité consiste dans le pouvoir de dévier et modifier la rigueur du summum jus par rapport à des éléments de circonstances et des situations particulières, qui ne sont pas tenus en considération et qui n'ont pas d'influence d'après le droit. Ceci n'empêche pas l'arbitre de pouvoir appliquer le droit strict quand celui-ci coïncide dans le cas concret avec l'équité. En effet, le droit positif et l'équité sont deux règlements qui coexistent et parfois coïncident, le deuxième est plus grand et contient en lui le premier plus petit ». La stipulation d'amiable compositeur confère donc à l'arbitre un plus large pouvoir sur la manière d'appréhender le litige.

¹⁷ Article 5 de l'AUA

¹⁸ Art 6 de l'AUA/DA.

¹⁹ NICEPHORE(F.Y), *Arbitrage commercial international : étude du cas des Etats de l'OHADA et du MERCOSUR*, Thèse, Université MONTESQUIEU-BORDEAU, 2013, P. 139

²⁰ MARQUIS (L) « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », *R.D.U.S* 1990, P. 309

²¹ c'est à dire en bonne conscience ou selon son savoir et entendement. Il peut donc statuer en équité. Statuer en équité ne signifie pas que l'arbitre est tenu de faire abstraction du droit lorsqu'il tranche le litige

La liberté de l'arbitre se manifeste également dans le choix des lois applicables. En effet, l'acte uniforme OHADA portant sur l'arbitrage précise qu'en cas de silence de la convention d'arbitrage sur les lois applicables, l'arbitre a la possibilité de choisir les lois qu'il appliquera au litige. Il en est de même dans le cas où la loi choisie par les parties s'avère inapplicable : elle pourrait se heurter à l'ordre public international ou encore n'a pas de lien direct avec le litige. Cette disposition de l'acte uniforme OHADA rejoint également la nouvelle disposition contenue à l'article 17 du nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI qui permet une grande souplesse et, procure toute latitude à l'arbitre en matière de détermination du droit applicable, notamment dans le recours à l'usage de la méthode dite de la voie directe qui lui permet de choisir le droit qu'il appliquera au litige.

Cependant, l'arbitre peut être heurté au problème de conflit de lois. Face à un problème de conflit de lois, contrairement au juge étatique qui lui se réfère à la *lex fori* ²², l'arbitre n'est pas tenu par la règle de conflit de lois de l'Etat du siège du tribunal arbitral. A cet effet, il peut résoudre son problème en utilisant diverses techniques : l'application cumulative des règles de conflits de lois des pays en rapport avec le litige soumis à l'arbitrage, le recours aux principes généraux de droit international privé et la voie directe. L'acte uniforme OHADA en son article 15 ne vise pas expressément l'utilisation spécifique d'une règle de conflit. Il confère ainsi aux arbitres une totale liberté méthodologique dans le choix du droit matériel applicable. Dans le même sillage, l'article 17 du règlement CCJA stipule que « à défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ».

B- Le respect des grands principes d'un procès équitable en arbitrage, un gage de sécurité juridique

Concept difficile à définir, le concept de procès équitable se dégage de la convention européenne des droits de l'homme qui dispose : « 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, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations à caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'

²² La *lex fori* est une expression qui désigne la loi de la juridiction dans laquelle l'action en justice est intentée. Il s'agit d'une allocution latine qui peut se traduire par « la loi du for »

ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique , lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties aux procès l' exige, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal , lorsque dans les circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »²³ . Le procès arbitral de par son caractère privé déroge au principe de publicité. En effet, en soumettant le litige au juge privé, les parties souhaitent généralement que leurs affaires restent secrètes. Dans le cadre de notre étude, on s'attardera sur l'exigence d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre (1), et du respect des droits de la défense et du contradictoire (2).

1- L'exigence d'impartialité et d'indépendance des arbitres dans un procès arbitral

Pour qu'une personne soit désignée comme arbitre dans un tribunal arbitral, il faut qu'elle remplisse certaines conditions. Ces conditions sont reprises à l'article 6 de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage qui dispose que l'arbitre doit être une personne physique qui doit avoir le plein exercice de ses droits civils et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties. L'impartialité est au cœur de l'idée de justice²⁴. Elle est définie comme une absence de partis pris, de préjugés, de préférences, d'idées préconçues. Tandis que l'indépendance signifie l'absence de subordination²⁵. Il s'agit de deux notions intimement liées de juridiction²⁶ ; elles relèvent d'un droit naturel du procès attaché à tout organe qui prétend faire œuvre de juridiction²⁷. A bien des égards l'exigence d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre sont inhérentes même à sa mission. Afin de garantir et d'assurer le respect de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, le législateur OHADA a prévu plusieurs moyens ou mécanismes. Tout d'abord, l'arbitre a une obligation d'information qui pèse sur lui de sorte que lorsqu' il accepte sa mission, il doit porter son acceptation à la connaissance des parties par écrit. A ce moment, s'il pense qu'il existe une cause de récusation dans son chef, il doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission que moyennant l'accord unanime et écrit des parties. Le deuxième moyen prévu par le législateur OHADA en son article 5 pour s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres dans un tribunal arbitral est la possibilité de le révoquer ou le remplacer conformément à la convention des parties. La partie qui doute de l'indépendance ou de l'impartialité d'un arbitre a la possibilité de

²³ Article 6 alinéa 1 de la convention européenne des droits de l'homme .

²⁴ FOURNOUX (DL) , *le principe d'impartialité de l' administration* , LGDJ , 2020 , P. 1 .

²⁵ CORNU (G),op. cit ,p . 536.

²⁶ Le pouvoir de rendre un jugement pour résoudre des conflits il s'agit d'une compétence que le juge étatique partage avec l'arbitre .

²⁷ HENDY (M) , *le devoir d'indépendance des arbitres*, LGDJ, Paris ,2001 p. 24 .

demander à ce que celui-ci soit remplacé. Le troisième moyen prévu par le législateur OHADA est la révocation de l'arbitre dont le défaut d'indépendance ou d'impartialité est avéré. En effet, article 7 de l'acte uniforme portant sur l'arbitrage prévoit qu'en cas de litige, si les parties n'ont pas prévu régler la procédure de récusation, le juge compétent dans l'Etat partie statue sur la récusation. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours. Que ce soit l'indépendance ou l'impartialité des arbitres, l'objectif par le recherché législateur est la sécurité juridique de la procédure arbitrale.

2- Le respect des droits de la défense dans l'arbitrage OHADA

Diligenter une procédure de manière rapide et efficace avec un coût, tout en assurant aux parties la possibilité de produire tous les éléments de preuves qu'elles souhaitent comme c'est le cas dans l'arbitrage, apparait comme un gage de bonne justice. L'imposition du respect des droits de la défense au cours de la procédure arbitrale s'inscrit tout aussi en droite ligne d'une bonne justice. Le Doyen Cornu définit les droits de la défense en matière pénale comme l'ensemble des prérogatives qui garantissent à l'inculpé la possibilité de d'assurer effectivement sa défense dans un procès pénal²⁸. Les droits de la défense regroupent un certain nombre de droits qui permettent de se protéger contre la menace d'un procès. Il recouvre notamment le principe du contradictoire et celui d'égalité d'armes. Il revient au juge de s'assurer du respect de ses droits. Leur violation est sanctionnée par la nullité de procédure. L'acte uniforme portant sur l'arbitrage dispose en son article 9 que les parties doivent être traitées sur le même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits²⁹. Il y a dans cette disposition de quoi garantir l'égalité d'arme et le respect du principe du contradictoire qui sont deux aspects des droits de la défense. Le principe du contradictoire dans l'arbitrage constitue sans doute un principe fondamental de la procédure. Ce principe garantie aux parties le droit de prendre connaissance des arguments de fait, de droit et de preuve qui leur sont opposés. Les différents intervenants du procès doivent donc se montrer loyaux et diligents dans la communication de leurs pièces et conclusions. Il implique également que toute partie doit pouvoir réfuter les éléments évoqués contre elle. Elle garantit aux parties que la sentence ne sera pas rendue sans toutefois qu'elles aient été entendues. L'imposition du respect de ce principe est de mise, car l'évocation de son non- respect avéré est susceptible de vicier de manière irrémédiable la procédure d'arbitrage.

²⁸ CORNU (G) *vocabulaire juridique*, Paris, PUF.2005

Quant au principe de l'égalité d'armes dans la procédure arbitrale, il est la pierre angulaire d'un procès équitable. Il renvoie tout simplement au fait que toute partie en arbitrage doit avoir la possibilité d'exprimer sa cause dans les conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable devant la partie adverse.

Au regard de ce qui précède, on peut dire que la liberté des parties et des arbitres ainsi que l'exigence du respect des grands principes d'un procès équitable font de l'arbitrage un véritable vecteur de la sécurité juridique dans l'activité économique au sein de l'espace OHADA. Toutefois, la sécurité juridique dont est porteuse l'arbitrage dans la sphère économique de cet espace ne saurait être absolue, car un certain nombre de limites viennent la relativiser.

II- LES LIMITES DE L'ARBITRAGE DANS LA SECURISATION JURIDIQUE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE AU SEIN DE L'OHADA

Les limites de l'arbitrage dans la sécurisation juridique des activités économiques au sein de l'OHADA découlent des entraves à l'exécution de certaines sentences arbitrales d'une part (A), et du caractère couteux ainsi que du manque d'un code d'éthique et de déontologie des arbitres (B) d'autre part.

A- Les entraves à l'exécution de la sentence arbitrale

L'exécution de la sentence arbitrale est l'aspect le plus important de la procédure arbitrale. C'est au travers de l'exécution de la sentence arbitrale qu'est perceptible le caractère juridictionnel de la sentence. L'objectif même de l'arbitrage est qu'il puisse produire ses effets au même titre qu'un jugement. Le Législateur OHADA n'a pas défini la sentence arbitrale. Face à ce silence, nous allons faire appel à la jurisprudence française pour la définir. En effet, constituent les sentences arbitrales, « des décisions des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance. »³⁰.

Une fois rendue, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un refus d'exécution par le juge national. Ce refus intervient généralement lorsque les contestations portent sur les questions d'ordre public (1) ou encore des immunités d'exécution des personnes morales de droit public (2).

³⁰ Civ, 1^{er} ; 12 octobre.2011,JCP G 2011 ,1 ,1432 ,n°8 ,obs. ,ORTSCHEIDT(J) ;

1- Les contestations portant sur l'ordre public

Selon le professeur Eric LOQUIN « l'ordre public est une notion protéiforme, impossible à définir, ni même à fixer car en constant mouvement(...) »³¹. L'ordre public est une notion floue, insaisissables et aux contours variables. Toutefois, nous appuyant sur la définition de Phillipe MALAURIE, nous pouvons dire que l'ordre public est l'expression du principe de primauté de l'intérêt général, sur l'intérêt particulier.

L'exécution d'une sentence arbitrale est subordonnée à sa conformité à l'ordre public, sous peine de refus de l'exequatur par le juge. Dans une affaire opposant une entreprise Camerounaise à l'Etat du Sénégal, relativement à un marché public porté devant la Cours commune de justice et d'arbitrage (CCJA), la CCJA a rendu une sentence condamnant l'Etat du Sénégal. Non content, l'Etat sénégalais fit une requête en annulation de la sentence en soulevant la contrariété à l'ordre public car dans la législation sénégalaise, l'objet dudit litige était inarbitrable.

La sécurité juridique repose sur des exigences d'ordre matériel. C'est à dire la qualité de la loi et des textes. Le corpus législatif doit être assez clair et accessible afin qu'il ne puisse pas avoir ambiguïté lors de leur application ou encore interprétation. Du moment où les textes ne sont pas claires, la sécurité juridique est menacée et il pourrait avoir un impact négatifs sur les procédures. A ce sujet, le législateur communautaire devra consacrer un ordre public communautaire qui constituera un garde-fou vis-à-vis des dérives des ordres publics nationaux et des excès de la mondialisation³². Allant dans le même sens, le professeur Paul Gérard POUGOUE soutient que le législateur communautaire devra construire un ordre public transnational³³

2- Les immunités d'exécution des personnes morales de droit public

Une des innovations du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA est la consécration de la participation des personnes publiques à l'arbitrage³⁴. Cette avancée majeure du législateur est louable, car elle permet de mettre en confiance les investisseurs étrangers qui reprochaient aux Etats africains d'entraver l'exécution des sentences arbitrales. Toutefois cette consécration se

³¹ LOQUIN (E), *L'ordre public et l'arbitrages*, LexisNexis, 2014, vol 42, p. 2

³² AMOUSSOU-GUENOU (R), « l'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international » *revue cam.Arb* n° 3 octobre-novembre-décembre 1998, p.3

³³ POUGOUE (P-G), « doctrine OHADA et théorie juridique », *Rev ERSUMA* numéro spécial novembre-décembre 2011, pp 6-18

³⁴ ART 2 al1 de AUA « Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être partie à un arbitrage, sans pouvoir évoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou à la validité de la convention d'arbitrage »

heurte à une difficulté majeure, celle des immunités accordées aux personnes morales de droit public prévues dans les dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (AUPSRVE). Elle nous amène à nous interroger sur la question de savoir comment pourrions nous concilier la capacité à compromettre des personnes morales de droit publics avec leur immunité d'exécution, quand nous savons tous que les dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE disposent que : « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution » ? Cette disposition de l'AUPSRVE relativise l'efficacité de l'exécution des sentences arbitrales à l'égard des personnes morales de droit public. Comme l'affirme certains auteurs³⁵, la sentence arbitrale « n'a d'intérêt que si elle s'accompagne d'un recouvrement de créance par le créancier. Sans exécution, l'obtention d'une décision de justice favorable s'apparente à une victoire de Pyrrhus »³⁶.

Dans une affaire opposant la société « petroleum consultants » société de droit privé, à la société nationale de raffinage (SONARA) société de droit public, la première avait obtenu de la seconde une sentence qui la condamnait à verser la somme de deux millions sept cent vingt quatre mille cents dollars américains. Pour l'exécution de la sentence, la société Africa petroleum saisit le président du tribunal de grande instance de Buea d'une demande d'exequatur sur le fondement de la convention de New York et sur la loi portant charte d'investissement au Cameroun. Dans le dispositif le Président délivra une ordonnance d'exequatur. Malgré la condamnation de la société nationale camerounaise, la partie demanderesse n'a pas pu recouvrer ses créances, ni pratiquer les saisies car l'autorité publique s'y opposa³⁷. Sur le plan juridique, cette affaire met en lumière les difficultés d'application des sentences arbitrales à l'encontre des personnes morales de droit public.

Face au silence du législateur sur la question, Il faudrait Peut-être penser à intégrer dans les conventions d'arbitrage impliquant les personnes morales de droit public une clause de renonciation à leur immunité d'exécution dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale à

³⁵ FONTMICHET (M) , JOURDAN-MARQUES (J) , colloque sous le thème « L'exécution des sentences arbitrales internationales » , *Petites affiches* , 30/08/2016 ,n° 173, p.2

³⁶³⁶ Préambule du traité relatif à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique (OHADA), fait a port louis le 17 octobre 1993, modifié par le traité de Quebec u 17 octobre 2008

³⁷ Revue camerounaise d'arbitrage, n° juillet -aout-septembre 2002, P. 13 et s. voir également NEMEUEDEU (R) « La recherche du critère d'arbitrabilité dans les litiges concernant les personnes morales de droit public en Droit OHADA » ,*Revue africaine des sciences juridiques*, volume 06, n°01 , 2009 .

leur égard. Cette renonciation conduirait inévitablement à la réécriture des modèles habituels des règlements et conventions d'arbitrage. Cette approche pourrait garantir l'effectivité des sentences administratives sur le fondement de la force obligatoire des contrats (*Pacta sunt servanda*)

B- Le caractère coûteux de l'arbitrage et le manque d'un code d'éthique et de déontologie

Page | 285

L'arbitrage en zone OHADA a pour but de garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement. Toutefois, son caractère coûteux (1) et l'absence d'un code d'éthique et de déontologie de la profession d'arbitre (2) constituent des obstacles majeurs à la sécurisation juridique des activités économiques au sein de l'espace OHADA.

1- Le caractère coûteux de l'arbitrage

Le principe de gratuité dans l'appareil judiciaire est un principe fondamental qui favorise l'égal accès à la justice pour toute personne qui voudrait que sa cause soit entendue. La justice est rendue au nom du peuple. A ce titre, elle constitue un Service public par excellence et, le magistrat personnel phare qui incarne l'institution judiciaire est un fonctionnaire rémunéré par l'État. En revanche, cela n'est pas le cas dans la procédure arbitrale. Partant du fait qu'il s'agit à la base d'une justice privée dont la procédure est pilotée par les parties, la conséquence qui en découle est que les frais de la procédure sont supportés par les parties.

Malgré le fait la CCJA ait précisé les barèmes des frais d'arbitrage (frais d'enregistrements de la demande, frais administratifs, honoraires des arbitres), la réalité demeure toutefois gênante, car la plupart des arbitres réclament un coût exorbitant dans l'exercice de leur mission³⁸. Ces coûts ne sont malheureusement pas à la portée de tous les acteurs économiques de l'espace OHADA. En effet, l'activité économique n'est pas uniquement l'apanage des grandes entreprises, il existe au côté de celles-ci des petites et moyennes entreprises (PME) qui ne disposent d'un énorme capital. Compte tenu des barèmes des frais d'arbitrage, et comparativement à la justice étatique, l'arbitrage se révèle extrêmement coûteux pour un citoyen ordinaire ou un entrepreneur moyen. Les coûts sont suffisamment importants et supérieurs à ceux de la justice ordinaire qui d'ailleurs repose sur le principe de la gratuité. Cette situation limite l'accès à l'arbitrage aux litiges ayant

³⁸ BUHLER, *the arbitrator's remuneration too much too little*, in *Liber Amicorum* en l'honneur de Serge LAZAREFF, Paris, Pedone 2011, p. 103

des enjeux financiers énormes, car les honoraires liés à l'arbitrage représentent des sommes colossales. Face à ce constat, OPPETIT pense que « Dans un climat général de plus en plus délétère, sur fond de corruption et de manquement répétés dans la déontologie des affaires, les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensible ; les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accroît ; les manifestations et congrès divers abondent mais loin d'être de lieux de réflexions, ils ne constituent plus guère que de forums commerciaux où règne une âpre concurrence entre marchand de droit »³⁹. Cet accès à géométrie variable à l'arbitrage constitue un frein à la sécurisation des activités économiques au sein de l'espace OHADA. La sécurisation juridique des activités économiques par l'arbitrage prend tout aussi une configuration à géométrie variable qui fait qu'elle n'opérera qu'au profit des acteurs économiques capables de satisfaire les prérequis financiers relatifs à l'accès à l'arbitrage, à l'exclusion de tous les autres.

2- L'absence d'un code d'éthique et de déontologie des arbitres

L'arbitrage apparaît nettement comme un moyen de faire échapper les litiges aux réalités et aux conjonctures locales, en le faisant trancher par une personne de son choix à qui on accorde toute sa confiance : l'arbitre⁴⁰. Cette personne doit à cet effet être dotée des aptitudes professionnelles, personnelles et se soumettre à la déontologie de la profession. C'est dans cette perspective qu'il a été mis sur pied l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de l'OHADA. L'ERSUMA est une école qui a été engagée suite au constat de la formation imparfaite⁴¹ du personnel qui incarne la justice. Elle est chargée d'assurer la formation et le perfectionnement des magistrats, et auxiliaires de justice au droit harmonisé ; d'initier, développer et promouvoir la recherche en droit africain et, d'œuvrer à l'harmonisation de la jurisprudence et du droit⁴². Ceci à travers des formations et certifications qu'elle offre⁴³. Elle forme les arbitres dans les huit domaines nommés comme faisant partie du droit des affaires dans l'espace OHADA.

³⁹ OPPETIT (B), *théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998 p. 10

⁴⁰ YOUNG (FN), *Arbitrage commercial international et développement, étude du cas des Etats OHADA et du Mercosur*, Harmattan, 2016, p. 215

⁴¹ MBOSSO (J), « le rôle des juridictions nationales en droit harmonisé » in *la Revue de droit des affaires internationales* n° 2, P. 225

⁴² Art 4 du statut de l'ERSUMA

⁴³ Des sessions de formations sur les thèmes suivants : pratique de l'arbitrage et de la médiation en droit OHADA (15 au 19 avril 2024), des diplômes spécialisés et certificat en droit OHADA conformément à ses attributions statutaires

Cette initiative qui est certes louable, demeure insatisfaisante car à coté de ces formations, il devrait être mis sur pied un code ou manuel d'éthique et de déontologie des arbitres. Ce manuel devrait contenir des règles de déontologie devant encadrer l'entièreté des aptitudes techniques des arbitres. La fonction d'éthique dont l'arbitre doit faire preuve dans son office est au cœur de toute une problématique⁴⁴. Sur cet aspect, jusqu'ici au niveau communautaire, le vide est frappant. Dans ces conditions, peut-on optimiser la sécurité juridique conférée aux activités économiques par le biais de l'arbitrage ? Pour certains auteurs, il faut exiger, en plus de l'aptitude technique de l'arbitre une bonne justice, une conduite et un comportement en conformité avec un code d'honneur conçu exclusivement en fonction de la finalité de l'arbitrage⁴⁵. En effet, à l'image d'autres professions à l'instar du journalisme, de la magistrature, du barreau, entre autres, la profession d'arbitres doit être bien encadrée. Cet encadrement devra nécessairement passer par la mise sur pied d'un code d'éthique et de déontologie qui devrait prendre en compte des éléments tels que :

- Les principes et les valeurs de cette profession,
- La définition de la qualité d'arbitrage (qui est arbitre ?
- Les manquements inhérents à cette profession ;
- Les sanctions auxquelles les arbitres peuvent faire face en cas de non-respect des règles qui gouvernent l'arbitrage dans la zone OHADA et ;
- Le statut proprement dit des arbitres.

⁴⁴ KOUCHANOU (B. L) , Les rapports entre justice étatique et justice arbitrale : Etude comparative France-OHADA , op cit p , 198

⁴⁵ EISEMAN (F) , « la déontologie de l' arbitre commercial international » , *rev arb* , 1969 , n° 4 , p. 217

La Fusion transfrontalière en droit OHADA

Cross-border mergers of in OHADA law

Par :

CELINE NGUIZIYE

Page | 288

Doctorante en Droit Privé à l'Université de Ngaoundéré

Résumé :

Les sociétés commerciales se créent, évoluent et s'adaptent. Elles sont contraintes, dans un élan de survie, d'épouser les différentes mutations liées à la structure économique qui sévit non pas seulement au plan communautaire mais, également et surtout, au plan mondial. Conscient de cette réalité, le législateur africain a mis en place dans le cadre de la réforme de l'OHADA, un arsenal juridique afin de leur permettre de s'acclimater en permanence aux tendances et pressions du marché. À cet effet, si les restructurations sont indispensables pour assurer la pérennité des entreprises, la fusion transfrontalière est l'un des repaires de cette réalité. Elle se définit comme une opération juridique par laquelle deux ou plusieurs sociétés de nationalités différentes fusionnent pour former une nouvelle société ou pour que l'une d'elles absorbe les autres. Dans une vue d'ensemble, la réglementation de la fusion transfrontalière en droit OHADA ne suffit pas seule à réaliser ces opérations de restructurations transfrontalières. Notre contribution dans cette étude est de montrer non seulement l'imprécision du régime des fusions transfrontalières en droit OHADA mais aussi à envisager les solutions en l'absence d'un cadre juridique propre aux fusions transfrontalières.

Mots clés : fusion transfrontalière, restructuration, scission, apport partiel d'actifs.

Abstract:

Commercial companies are created, evolve and adapt. In a bid to survive, they are forced to adapt to the various changes linked to the economic structure that is not only rife at Community level but also, and above all, at global level. Aware of this reality, as part of the reform of OHADA, the African legislator has put in place a legal arsenal to enable them to adapt permanently to market trends and pressures. To this end, while restructuring is essential to ensure the long-term survival of companies, cross-border mergers are one of the cornerstones of this reality. It is defined as a legal operation whereby two or more companies of different nationalities merge to form a new company or for one of them to absorb the others. From an overall viewpoint, the regulation of cross-border mergers under OHADA law is not sufficient on its own to carry out these cross-border restructuring operations. Our contribution in this study is not only to show the imprecision of the cross-border merger regime in OHADA law but also to consider solutions in the absence of a legal framework specific to cross-border mergers.

Keywords: cross-border merger, restructuring, demerger, partial contribution of assets.

Introduction

La fusion transfrontalière se trouve parmi les modalités de restructuration qui permettent aux entreprises d'organiser de façon optimale leurs branches d'activité à l'aide d'éléments qui peuvent évidemment se situer dans plusieurs États membres. La fusion est ainsi dite transfrontalière dès lors qu'elle dépasse la simple sphère nationale. Au moins deux des sociétés concernées par l'opération ont leur siège social dans des États membres différents. La fusion constatée au niveau national depuis longtemps, se place désormais sur le terrain international. Néanmoins, ce qui pose davantage des problèmes est la différence souvent profonde, des traditions juridiques et, corrélativement les disparités des législations nationales. Tout d'abord, la notion elle-même de la fusion n'est pas toujours identique dans toutes les législations. Ce qui peut constituer une fusion sous l'angle d'un droit, ne l'est pas forcément dans un autre système juridique¹. Mais grâce à l'uniformisation du droit applicable, la mobilité des sociétés au sein de la communauté juridique OHADA est régie dans les États d'accueil et d'origine par les mêmes dispositions. L'Acte uniforme étant le droit applicable en droit des sociétés a-t-il suffisamment réglementé sur les fusions transfrontalières ? La société commerciale qui quitte l'État membre d'origine pour s'installer dans un État membre d'accueil aura toujours comme *lex societatis* l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés de l'OHADA. Ce régime unitaire des lois applicables aux fusions transfrontalières permet de leur éviter d'être soumises à des lois différentes et qu'on pourrait avoir des difficultés à coordonner. Cela dit, la fusion intracommunautaire est malgré tout plus envisageable que la fusion, extracommunautaire. Ainsi, en utilisant les solutions du droit international privé, il faudra définir le champ d'application de chacune de ces deux lois puisqu'aucune d'entre elles ne peut régir seule l'opération. Lesdites solutions conduiraient à appliquer sur des aspects différents ou identiques de l'opération, la loi de l'État d'accueil et celle de l'État d'origine. Or, cette solution révèle des insuffisances à cause de l'absence de coordination entre ces deux lois. Par ailleurs aucune garantie de reconnaissance n'est accordée à la société émigrante. De même, les règles relatives à l'établissement du projet de fusion ou à la protection des créanciers et des actionnaires connaissent des différences très sensibles². La première raison qui crée la méfiance à l'égard d'une fusion transfrontalière c'est le changement de la loi applicable

¹ À titre d'exemple, la fusion par rachat des sociétés anonymes constitue une particularité du droit grec par rapport aux autres droits nationaux européens.

² GOLDMAN (B.), Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes, *RDTE*, 1974, n° 6.

à la société³. La raison pour laquelle l'État d'origine, par ces dispositions législatives contraignantes, n'entend en aucun cas simplifier la réalisation de cette opération transfrontalière. Notre contribution dans cette étude est de montrer l'imprécision du régime des fusions transfrontalières en droit OHADA (I) et les solutions envisageables en l'absence d'un cadre juridique propre aux fusions transfrontalières en droit OHADA (II).

I- L'IMPRÉCISION DU RÉGIME DES RESTRUCTURATIONS TRANSFRONTALIÈRES EN DROIT OHADA

Le droit OHADA se veut novateur. L'objectif étant de faciliter les restructurations internationales au sein de la zone d'application de l'OHADA puisqu'il permet, par son caractère communautaire, d'éviter les conflits de lois applicables pour les restructurations impliquant des sociétés ayant leur siège social dans différents Etats membres, l'on remarque malheureusement l'inexistence des règles particulières au régime de fusion transfrontalière (A) et l'obstacle lié aux dispositions contraignantes encadrant le changement de la *lex societatis* (B).

A- L'inexistence de règles particulières au régime de fusion transfrontalière

Le droit OHADA consacre la possibilité d'une croissance au plan transfrontalier pour les entreprises présentes sur son espace. À la différence de son homologue français, cette restructuration ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière même si dans le principe elle est possible (1). Cette absence de particularité a des conséquences qu'il convient de mettre en exergue. (2)

1- Le principe de l'existence d'une fusion transfrontalière

L'acte uniforme sur les sociétés commerciales met en place un certain nombre de règles qui s'appliquent aux fusions et opérations assimilées aussi bien internes qu'intracommunautaires c'est-à-dire dont les sociétés participantes ont leur siège social dans un Etat différent⁴. Ce régime unifié constitue une aubaine pour la réalisation de ce type d'opération au sein de l'espace OHADA car désormais, ainsi que le précise le législateur, « *La fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs*

³ AHOUA (D.), *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, th., Université de Bordeaux, 2015, p. 468.

⁴ Notons qu'à la différence du droit français où le régime juridique des fusions transfrontalières a été élaboré seulement en 2005 avec l'entrée en vigueur de la directive sur la *societas europeas* et s'est poursuivi en 2008 avec la loi de 2008 transposant la directive FT, le droit OHADA a depuis son entrée en vigueur édicté des règles concernant les restructurations transfrontalières.

peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même Etat partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent acte uniforme dans l'Etat partie de son siège⁵ ».

Il s'agit d'une innovation du législateur OHADA qui offre sur ce point une ébauche du régime juridique des fusions transfrontalières. Cette technique peut permettre à une société d'un Etat de se rapprocher d'une autre société relevant d'un autre Etat. Elle poursuit un objectif de renforcement de la capacité concurrentielle desdites sociétés. Avec cette innovation, le droit OHADA devrait faciliter les restructurations internationales au sein de la zone d'application de l'OHADA puisqu'il permet, par son caractère communautaire, d'éviter les conflits de lois applicables pour les restructurations impliquant des sociétés ayant leur siège social dans différents Etats membres.

À titre d'exemple, le droit et les procédures applicables seront les mêmes en cas de restructuration entre une société immatriculée en Guinée et une société immatriculée au Cameroun. En raison de cette uniformité, toutes les dispositions au plan interne vont trouver à s'appliquer au niveau transnational et la conséquence c'est que le droit OHADA a en théorie une conception élargie de la restructuration transfrontalière.

2- Les conséquences de l'absence d'un régime particulier à la fusion transfrontalière

L'absence d'un régime particulier applicable aux restructurations transfrontalières a pour conséquence de permettre l'élargissement conceptuel tant de la notion que du champ d'application. Le législateur OHADA semble avoir élargi les opérations transfrontalières car a contrario de la législation française⁶, il ne limite pas les opérations de restructurations aux seules fusions qui en tout état de cause, ne demeurent pas les mécanismes exclusifs à utiliser dans le cadre d'un projet de développement transfrontalier. Cet élargissement qui a l'avantage de mettre à la disposition des entreprises participantes à un projet de rapprochement transfrontalier le « *triptyque* » des instruments juridiques prévus, trouve son fondement dans l'uniformité du régime juridique applicable auxdites opérations en droit interne. En effet, en raison du caractère communautaire de la législation OHADA, les règles applicables au plan interne le seront aussi au plan transfrontalier.

⁵ AUDSC et GIE art. 199.

⁶ AHOUA (D.), *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, Université de Bordeaux, 2015, p. 171.

Cette uniformité devrait, pour ce qui nous concerne, rendre la restructuration plus simple et attractive évitant ainsi l'application de règles juridiques disparates qui se juxtaposant pourraient en complexifier le régime. En raison de cette extension, la conception de la restructuration ne se limite pas seules aux fusions de sociétés commerciales mais s'étendre aux autres types de restructurations⁷ notamment la scission et l'apport partiel d'actif.

Toute société peut se restructurer non seulement par voie de fusion mais aussi en ayant recours aux autres mécanismes de restructuration par voie de transmission patrimoniale prévus au plan interne⁸ sans que ne puisse être invoquée, une quelconque règle de conflit de lois.

B- La complexification liée aux dispositions contraignantes encadrant le changement de la *lex societatis*

La fusion transfrontalière subit des blocages dès le départ au moment de la prise de décision par les actionnaires. Car les règles encadrant l'assemblée générale extraordinaire chargée exclusivement de l'approuver sont plus que sévères. La décision de réaliser une opération de fusion transfrontalière ne peut être par les seuls dirigeants de la société. C'est le moyen utilisé par l'État d'origine pour éviter que la société ne se soustraie à sa compétence. Ces contraintes se matérialisent à travers les conditions de convocation de l'assemblée générale ratifiant l'opération (1). Elles se matérialisent aussi, de manière particulière, à travers l'exigence de l'accord unanime des actionnaires, ce qui finit souvent par rendre l'opération quasi impossible (2).

1- L'exigence de ratification de l'opération par une assemblée collective extraordinaire

La fusion transfrontalière implique un changement de leur rattachement qu'est le siège social. Ce dernier étant fixé par les statuts, il est alors nécessaire de les modifier afin de rendre possible la fusion transfrontalière. Or, les conditions de la modification des statuts sont précisément fixées et encadrées par l'Acte uniforme⁹. Il est donc indispensable que les dirigeants de la société s'y conforment afin que l'assemblée générale la décidant ne soit pas frappée de nullité. En effet les règles édictées par l'Acte uniforme sont, en la matière, pour la plupart impératives¹⁰.

⁷ GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, th. Université de Bordeaux, 2014, p. 1426.

⁸ LE CANNU P., *Dr. Soc.* 2003 n° 1584. Voy. Aussi DAIGRE (J.J.), *L'apport scission doit il juridiquement porter sur une branche d'activité*, note sous cass.2ème civ., 12 juillet 2001, JCP, E., 2003, jurisprudence, n°281.

⁹ Sur les règles régissant les décisions des assemblées cf. NJEUFACK TEMGWA (R.), « Assemblées de société et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, ouvrage précité, p. 321 et s.

¹⁰ À titre d'exemple le non-respect d'un quorum a pu entraîner la nullité d'une assemblée (Tribunal régional hors classe de Dakar-ordonnance de référé n° 583 du 28 avril 2003, ohada J-05-124)

L'Acte uniforme en son article 72 donne une possibilité de modifier les statuts mais les règles à respecter pour convoquer une assemblée collective varient en fonction du type de société.

Dans les SA, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui est seule habilitée à modifier les statuts en vertu de l'article 551 de l'AUSCGIE qui rajoute que toute clause contraire est réputée non écrite. Cette compétence exclusive connaît une limite lorsque la modification des statuts est dictée par une augmentation du capital. Dans cette hypothèse, l'article 568 AUSCGIE dispose que l'assemblée générale peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser l'augmentation de capital en une ou plusieurs fois, d'en fixer tout ou partie des modalités, d'en constater la réalisation et de procéder à la modification corrélative des statuts. Par conséquent, cette exception ne joue pas pour la décision de procéder à une mobilité de la société.

Une autre disposition d'ordre public permet à tous les actionnaires de participer à l'assemblée extraordinaire décidant de modifier le rattachement de la société sans qu'une limitation de voix ne puisse leur être opposable¹¹. C'est ainsi que pour le quorum il est exigé pour la première convocation que les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions. Lorsque le quorum n'est pas atteint sur deuxième convocation il sera réduit au quart des actions et il y reste pour la troisième convocation dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation¹². Le droit OHADA est ainsi, sur cet aspect, moins souple que le droit français, par exemple, qui n'impose que le quart des actions sur première convocation et le cinquième des actions ayant un droit de vote sur deuxième convocation en vertu de l'article L. 225-96 alinéa 2 du Code commerce.

Toutefois, les règles régissant les assemblées, tel que le quorum ou la majorité requise, doivent être fixées par les statuts. C'est ainsi qu'elle aurait pu être la seule société où la liberté contractuelle permet aux actionnaires d'échapper à des contraintes fixées par des dispositions impératives pouvant constituer une entrave à la mobilité. Cependant l'Acte uniforme exige l'accord unanime de tous les actionnaires pour toute décision augmentant leurs engagements¹³. Cela limitera donc la liberté contractuelle des actionnaires de la société par action simplifiée au sujet de l'organisation d'une assemblée collective pouvant ratifier l'opération de fusion. Ainsi, par

¹¹ Article 552 AUSC et le GIE.

¹² Article 553 AUSC et le GIE.

¹³ Cf. article 197 al. 2 AUSC et le GIE.

exemple, les clauses statutaires ne permettront pas à la société par action simplifiée d'échapper à l'exigence d'unanimité. Car il est fort probable que la fusion extracommunautaire soit considérée comme une opération augmentant les engagements des actionnaires en modifiant la *lex societatis*.

Le traitement d'exception qui est accordée à la fusion transfrontalière ne résulte donc pas seulement de sa soumission aux règles particulièrement contraignante de l'assemblée générale extraordinaire qui reste malgré tout surmontable. En réalité l'obstacle majeur à la prise de décision de procéder à une mobilité pour la société relève de l'exigence particulière qu'est l'accord unanime des actionnaires.

Page | 295

2- L'unanimité, une exigence particulière difficilement accessible dans les fusions transfrontalières

En principe, dans les sociétés anonymes, la modification des statuts doit être décidée par une majorité d'au moins deux tiers des voix exprimées selon les dispositions de l'article 554 alinéa 1 AUSCGIE. Tandis que dans les sociétés à responsabilité limitée, cette majorité est portée aux trois quarts en vertu de l'article 358 AUSCGIE. Cependant exceptionnellement les articles 554 alinéa 3 et 359 exige respectivement pour ces sociétés que la décision soit prise par tous les associés à l'unanimité quand elle entraîne le transfert du siège de la société dans « *un État autre qu'un État partie* ». C'est donc le cas pour toute décision de transfert extracommunautaire de siège social ou de fusion entraînant l'absorption de la société de droit OHADA par une société rattachée à un État non membre de l'espace communautaire africain. Au final ce sera une exigence à respecter pour toute opération de mobilité extracommunautaire des sociétés de droit OHADA.

En tout état de cause, il est à remarquer que l'unanimité chaque fois qu'elle est exigée est difficilement surmontable¹⁴, et ce même s'il permet de protéger les actionnaires particulièrement les minoritaires. En effet dans une société malgré l'intérêt social, qui est censé rassembler tous les associés, il est à constater que ces derniers conservent toujours des intérêts divergents. Or la divergence des intérêts est généralement un frein à l'unanimité. Il en résulte qu'il est très difficile de recouvrer un accord unanime pour une opération ayant trait à la société. Cette difficulté est d'autant plus grande lorsqu'il y a plusieurs associés comme c'est souvent le cas dans les grandes sociétés anonymes. C'est ainsi qu'on peut rejoindre un auteur et affirmer que l'exigence de

¹⁴ PARIENTE (M.), « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull. Joly sociétés*, janvier 2002, spéc. p. 27 ; MBAYE (M.N.), « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *op. cit.*, n° 6.

l'unanimité « *empêche toutes les sociétés importantes d'opérer des restructurations souhaitables en raison du nombre de leurs associés et de la divergence de leurs intérêts¹⁵* ». En revanche nous pouvons, sur ce point, signaler que lorsqu'il y a un associé unique la difficulté sera plus qu'inexistante.

Cela dit, nous constatons qu'en pratique les opérations transfrontalières concernent surtout, pour ne pas dire exclusivement, les grandes sociétés avec plusieurs actionnaires à l'instar des sociétés anonymes. Dans ces cas il est toujours difficile de rassembler l'ensemble des actionnaires sur un même objectif qui serait celui de procéder à une mobilité. En effet, une fusion transfrontalière ainsi qu'un transfert international de siège social implique tellement de changement qu'il est évident que certains actionnaires seront réticents face à cette idée. Aller vers l'inconnu avec tous les risques que cela comporte ne les motivera certainement pas.

De même devoir être régis par une nouvelle loi plus contraignante ou moins protectrice peut rebuter certains actionnaires qui bloqueront la décision de procéder à une mobilité extracommunautaire de la société. D'autant plus qu'il leur sera assez aisé d'échapper à une sanction par l'abus de minorité. Car ils pourront toujours se fonder sur le changement de loi applicable pour justifier leur vote. D'où l'obstacle que représente l'exigence de l'unanimité contrairement à la simple nécessité que la décision soit prise par la majorité des associés pour les opérations internes et la mobilité intracommunautaire.

En définitive, on peut dire que la fusion transfrontalière des sociétés de l'espace OHADA découle du changement de leur rattachement, c'est-à-dire le déplacement du siège social vers un État non membre. Ainsi puisqu'il a été retenu par l'Acte uniforme comme facteur de rattachement de la *lex societatis*, la modification du siège social statutaire entraîne un conflit mobile. C'est pourquoi dans un souci de protection des actionnaires, face au risque de la modification de loi applicable à la société, la fusion transfrontalière est encadrée par des règles assez rigoureuses qui l'entravent. C'est le cas notamment de l'exigence que la décision obtienne l'accord unanime des actionnaires.

Par ailleurs, l'autre difficulté que rencontrent les sociétés au moment de transférer leur siège, de procéder à une fusion ou scission transfrontalière c'est que l'ensemble de l'opération

¹⁵ En ce sens, PARIENTE (M.), « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull. Joly sociétés*, janvier 2002, spéc. p. 27 ; MBAYE (M. N.), « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *op. cit.*, n° 6.

n'est pas régi par une seule et même loi de bout en bout. Ce qui va poser des problèmes de coordination en vue de la survie de la personnalité morale de la société émigrante.

II-LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES EN L'ABSENCE D'UNE RÉGLEMENTATION JURIDIQUE PROPRE AUX FUSIONS TRANSFRONTALIÈRES

Page | 297

Pour que les sociétés communautaire OHADA puissent fusionner entre elles, il faut tout d'abord que ces entités juridiques soient reconnues en tant que telles. De plus, il est indispensable que tous les droits aient la même perception de l'opération de fusion. Ceci permettra dans la suite de nos développements, L'application des règles du droit international en dehors de l'espace OHADA (A) et l'élimination de certains obstacles juridiques (B).

A- L'application des règles du droit international en dehors de l'espace OHADA

Le conflit mobile, comme nous l'avons déjà évoqué, est une conséquence de la mobilité de la société qui par la modification du facteur de rattachement aboutit à deux étapes simultanées. C'est-à-dire la perte du siège social et l'acquisition d'un nouveau dans l'État d'accueil. Cela se manifeste par la décision de se mouvoir et l'adaptation des statuts pour une nouvelle immatriculation si nécessaire. Le conflit mobile a aussi une autre conséquence c'est que plusieurs lois ont vocation à s'appliquer à l'opération de mobilité. Une question se pose alors : selon quelle méthode faut-il déterminer la compétence de chacune de ces lois ? Faut-il en appliquer une seule et ignorer l'autre, ou bien faudrait-il plutôt appliquer les deux en les combinant ? Deux méthodes se dégagent et sont appliquées en fonction de la nature de la question à trancher. L'une est la méthode de la répartition distributive des compétences entre les lois en conflit (1), tandis que l'autre est l'application cumulative des régimes des lois en conflit (2). Ces deux méthodes n'appellent pas vraiment à une réelle coordination entre ces deux lois, d'où leurs insuffisances.

1- L'application de la méthode distributive des lois en conflit

C'est la méthode qui veut que chacune des lois en conflit ait son domaine de compétence réservé pour régir la mobilité. Autrement dit la loi de l'État d'accueil et la loi de l'État d'origine se partagent dans leur application, le régime de l'opération de mobilité de la société. Ainsi un auteur disait-il, à ce propos que : *« quand une société passe de l'empire d'une loi sous celui d'une autre, il faut déterminer l'applicabilité respective de celles-ci aux conditions et aux effets de ce changement. Le droit de l'ancien siège social régit seul la décision de déplacement : les associés prennent celle-ci avant que le droit nouveau puisse avoir la moindre vocation à recevoir »*

application. En revanche, les conséquences du changement de localisation doivent s'analyser en fonction des deux lois, ce qui justifie une répartition distributive¹⁶ ». L'auteur rejoint sur ce point la doctrine¹⁷ favorable à cette règle de l'application distributive des régimes juridiques en conflit. Une première étape de l'opération (fusion ou transfert de siège social) suit le régime de la loi de l'État d'origine, alors que la dernière étape doit respecter le régime de la loi de l'État d'accueil.

Nous pouvons rejoindre cette doctrine estimant que la réalisation de l'opération de mobilité, en raison du conflit mobile qu'il entraîne, doit se faire par l'application plusieurs lois. En cas de fusion, par exemple, il s'agira de celle de la société absorbante, loi de l'État d'arrivée, et celle de la société absorbée, loi de l'État de départ. Il appartiendra alors à la loi de l'État d'origine de déterminer si l'opération de fusion est réalisable et de fixer les conditions de sa ratification. Quant à la loi l'État d'accueil, elle ne saurait être complètement ignorée puisque c'est elle qui régira la société à l'issue de l'opération. Ainsi pourra-t-elle régir les conséquences d'un transfert de siège social par exemple. De même, pour les fusions transfrontalières, la compétence des lois en conflit devraient pouvoir faire l'objet d'une répartition distributive. Il suffirait, à titre d'exemple, que la société absorbante observe les règles de son propre statut personnel qui traitent de l'augmentation de capital tandis que la société absorbée ne devrait respecter que les règles de son statut personnel sur l'extinction des sociétés¹⁸.

En effet, dans ces hypothèses, il n'est nécessaire d'appliquer qu'une seule loi pour résoudre un aspect de l'opération de fusion. C'est ainsi que sur l'aspect augmentation de capital consécutive à la fusion, les règles qui la gouvernent ne pourront émaner que de l'État de la société absorbante¹⁹. Ce n'est que de son point de vue qu'il existe cette augmentation de capital. C'est aussi le cas en matière de transfert de siège social puisque les règles de l'assemblée générale ratifiant la réalisation l'opération sont déterminées seulement par la loi de l'État d'origine. Car cette question ne peut être envisagée que sous l'emprise de cette seule loi puisque la société émigrante n'est pas encore à ce niveau sous l'emprise de la loi de l'État d'accueil.

¹⁶ LEVY (L.), *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984, n° 124.

¹⁷ Notamment BEITZKE (G.), « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *RCDIP* 1967, p. 1 et s.

¹⁸ En ce sens, BEITZKE (G.), « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », op. cit., p. 7, n° 4

¹⁹ En ce sens notamment LE NABASQUE (H.), « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », *Mélanges Champaud*, D. 1997, p. 434.

L'application distributive se fait donc naturellement pour certains aspects de la mobilité, être claire que l'une ou l'autre des lois en conflit n'a pas vocation à régir toute l'opération de bout en bout. Il serait curieux de devoir appliquer la loi de l'État d'accueil pour dissoudre la société dans l'État d'origine. Idem il ne serait pas cohérent que la loi de l'État d'origine puisse se déclarer compétente pour fixer les conditions de la nouvelle immatriculation de la société dans l'État d'accueil. Il n'y a là pas vraiment de tiraillement entre les ordres juridiques concernés quant à leur compétence. Par conséquent, sur ce point quand chaque aspect de l'opération ne peut être appréhendé que par une seule loi : l'application distributive est donc pertinente.

Un auteur estime, toutefois, que parfois cette application distributive n'est en réalité qu'une application cumulative. Il estime, en donnant l'exemple du transfert de siège social, que la loi d'origine étant appliquée en premier lieu c'est alors elle qui conditionne la faisabilité du transfert parce que si elle le prohibe l'opération est tout simplement impossible. Il en conclut que « *l'application des lois de départ et d'arrivée aux conditions du transfert semble dès lors cumulative puisque l'interdiction posée par la loi de l'État de départ, quand bien même la loi de l'État d'accueil autoriserait le transfert, empêche que l'opération se réalise*²⁰ » et que idem « *lorsque le transfert est possible selon le droit de l'État de départ, le succès de l'opération est également soumis au respect des dispositions de l'État d'accueil*²¹ ».

Nous convenons avec cet auteur qu'il est nécessaire de prendre en compte les différents régimes des lois en conflit pour la validité de la mobilité de la société. Mais lorsque nous parlons de la méthode distributive nous évoquons l'hypothèse où les deux lois sont certes appliquées pour que l'opération aboutisse in fine²². Cependant chacune est appliquée sur une question différente. D'ailleurs l'auteur lui-même reconnaît, à la suite de son argumentation, que les deux lois qu'elle estime cumulativement appliquée « *régissent des questions différentes : la loi de l'État de départ gouverne les conditions de sortie de son territoire, la loi de l'État d'accueil régit les conditions d'entrée sur son territoire*²³ ».

Il s'agit certes d'une application cumulée des deux lois, ce qui est naturellement exigé par le conflit mobile, mais par une répartition distributive des compétences sur les questions à trancher.

²⁰ KLEINER (C.), « Le transfert de siège social en droit international privé », *JDI*, N° 2, Avril 2010, n°18 et s.

²¹ KLEINER (C.), *ibid.*

²² SANE (C-M.), *La mobilité des sociétés de l'espace OHADA : étude à la lumière du droit européen et international des sociétés*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2017, p. 201.

²³ KLEINER (C.), *ibid.*

On applique bien évidemment chacune des lois, mais sur des aspects différents de l'opération. En effet, en raison du caractère international de l'opération, une seule loi ne peut être appliquée de bout en bout. On peut donc dire qu'il y a bien là répartition distributive des compétences entre les lois en conflit sur les différentes questions qui se posent, d'où le nom de méthode d'application distributive. Le caractère distributif réside sur la différence des aspects de l'opération qu'ont vocation à régir chacune des lois en conflit.

Cependant cette méthode distributive ne peut pas toujours être aussi simplement appliquée. En réalité cette application distributive préconisée ne pourra se faire qu'à chaque fois qu'une question n'intéresse, par nature, qu'une seule des lois en conflit. C'est-à-dire que la loi de l'État d'accueil ou que celle de l'État de départ. En d'autres termes lorsqu'il s'agit d'une fusion absorption quand la question n'intéresse par nature que la loi de la société absorbante ou que celle de la société absorbée. Il est d'autres questions qui intéressent communément aussi bien l'une que l'autre loi qui ont toutes deux vocations à s'appliquer. C'est dire qu'une fusion transfrontalière par exemple ne peut pas toujours être réalisée par une application exclusive de la règle du « *chacun chez soi*²⁴ », qui conduit chaque société participante à n'appliquer que sa propre *lex societatis*. Prenons l'exemple du traité de fusion, sa forme et son contenu intéresse nécessairement les deux lois en conflit²⁵.

Nous ne pouvons pas là dire que chacune des sociétés devra respecter seulement les exigences posées par sa *lex societatis*²⁶. En effet, ce traité de fusion est une convention qui se réalise à deux, il en résulte que les exigences posées par chaque loi doivent être respectées par les deux sociétés. Dans cette hypothèse, nous ne pouvons plus faire application de la méthode distributive telle que nous l'avons décrite puisque la validité du traité devra être examinée aussi bien par l'une que l'autre loi. Il en résulte que la méthode distributive comporte quelques limites. C'est ainsi qu'il a fallu envisager une méthode de l'application cumulative.

²⁴ LE NABASQUE (H.), « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. des Sociétés*, 2008, p. 501.

²⁵ DAIGRE (J.J.), « Les fusions internationales (et opérations assimilés) : esquisse d'une analyse et de solutions », *Dr. Soc., actes pratiques*, Juillet-août 1998, p. 3.

²⁶ SANE (C-M.), *La mobilité des sociétés de l'espace OHADA : étude à la lumière du droit européen et international des sociétés*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, op. cit.

2- L'application de la méthode cumulative des lois en conflit

Comme nous venons de le voir, la méthode de l'application distributive ne convient pas lorsqu'on est en présence d'un véritable conflit de lois²⁷. Autrement dit lorsque les lois de l'État d'accueil et de l'État d'origine ont, toutes les deux, vocation à s'appliquer sur la même question, le même aspect de l'opération. C'est le cas de la question telle que la date de prise d'effet de la fusion lorsque les différentes lois en conflit ne laissent pas place à des dérogations contractuelles²⁸. C'est aussi le cas de la question de la forme ou la nécessité d'un traité de fusion (comme préalable exigé par les deux lois en conflit). C'est enfin le cas de la question liée à l'effet suspensif ou pas du droit d'opposition des créanciers.

En effet si on considère, par exemple, la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière, c'est une question qui intéresse aussi bien la loi de la société absorbante que celle de la société absorbée parce qu'elle détermine les conséquences de la mobilité. Autrement dit, elle fixe le moment de la transmission universelle du patrimoine et celui de la réception dudit patrimoine par la société bénéficiaire. De la même manière concernant le traité de fusion, il peut être exigé par les deux lois applicables. Alors s'il y a disparité sur le contenu et la forme voire le régime de la publicité du document, il faudra cumuler l'application des lois pour répondre à cette question pour que l'opération soit valide aussi bien dans les deux États.

Cependant, une interrogation subsiste. Comment peut-on procéder au cumul si les deux lois sont contradictoires ou bien ont une réponse différente face à la même question ? Cette situation peut se présenter de manière plus fréquente qu'on pourrait le croire. Car il y a souvent une des deux lois qui est plus sévère, plus prohibitive ou moins souple que l'autre.

Il arrive en effet que les deux législations en conflit ou seulement l'une d'entre elles permettent à titre dérogatoire aux sociétés de fixer contractuellement la date de prise d'effet de la fusion. C'est d'ailleurs le cas du droit OHADA lorsqu'il ne s'agit pas d'une fusion avec création d'une personne morale nouvelle (art. 192 AUSC). Dans cette hypothèse, les sociétés parties à la

²⁷ LE NABASQUE (H.), « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », op. cit., p. 434.

²⁸ Il arrive en effet que les deux législations en conflit ou seulement l'une d'entre elles permettent à titre dérogatoire aux sociétés de fixer contractuellement la date de prise d'effet de la fusion. C'est d'ailleurs le cas du droit OHADA lorsqu'il ne s'agit pas d'une fusion avec création d'une personne morale nouvelle (art. 192 AUSC). Dans cette hypothèse, les sociétés parties à la fusion pourront franchir l'obstacle des dates de prise d'effet différentes via une clause contractuelle qui retiendrait une date acceptable par toutes les lois en conflit (par exemple en retenant la date de la loi la plus stricte). Voir à ce propos MENJUCQ (M.), *Droit international et européens des sociétés*, op. cit., n°321, p. 352.

fusion pourront franchir l'obstacle des dates de prise d'effet différentes via une clause contractuelle qui retiendrait une date acceptable par toutes les lois en conflit (par exemple en retenant la date de la loi la plus stricte).

L'illustration²⁹ qui en est faite, en matière de fusion, c'est qu'on peut avoir une loi qui exige que le traité de fusion soit rédigé sous une forme authentique, alors que l'autre admet valablement tout écrit même sous seing privé. Dans ce cas on peut considérer que l'application cumulative serait de respecter la loi la plus sévère. Car, en appliquant cette dernière, on respecte aussi les dispositions de la loi la plus tolérante qui ne s'oppose concrètement pas à l'écrit authentique. Page | 302

En revanche, pour d'autres questions, la méthode cumulative ne peut pas se résumer à l'application de la loi la plus sévère. C'est le cas notamment de l'effet suspensif ou pas du droit d'opposition des créanciers lors d'une fusion. On ne peut pas considérer qu'on appliquera uniquement le seul régime qui suspend la mobilité lorsque des créanciers usent de leur droit d'opposition. À titre d'exemple, si la suspension est un effet posé seulement par la loi de l'État étranger au profit des créanciers de la société étrangère participante on ne peut pas l'appliquer et conclure que même si l'opposition émane des créanciers de la société de l'espace OHADA³⁰ elle suspendra la mobilité. Car comme l'indique, à juste titre, un auteur « *une telle règle de conflit aboutirait à appliquer, contra legem, une règle de droit étranger au droit d'opposition des créanciers de la société « OHADA »³¹, ce qui ne peut guère se concevoir³²* ». Ainsi est-on obligé de consentir que dans cette hypothèse seule l'opposition émanant uniquement des créanciers de la société étrangère participante suspendra la fusion transfrontalière.

En sommes, il ressort qu'il n'y a pas une règle définissant la manière de cumuler des lois en conflit. La technique de cumul varie donc en fonction du type de question à trancher. L'insuffisance de cette méthode est donc révélée par le fait qu'elle est muette ou imprécise sur la manière dont elle entend cumuler l'application des lois en conflit. La résolution des hypothèses de vrais conflits de lois demeure alors complexe. D'où la nécessité d'établir des conventions internationales de droit international privé afin d'établir des règles de conflit en la matière. On peut

²⁹ LE NABASQUE (H.), « Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières », op. cit.,

³⁰ Sachant que le droit OHADA n'accorde pas un effet suspensif à l'opposition des créanciers. cf. infra n° 249 et s.

³¹ En réalité l'auteur vise les sociétés françaises. Cependant l'observation est valable pour les sociétés de l'espace OHADA.

³² LE NABASQUE, ibid.

aussi établir des conventions internationales de droit matériel spécifiques qui permettront d'éviter que ces questions continuent à constituer un obstacle pour la mobilité des sociétés. De toute évidence ces difficultés font état de la nécessaire coordination entre le système juridique de l'État d'accueil et celui de l'État d'origine. Or pour les traiter au niveau extracommunautaire, il apparaît clairement que l'adoption de règles matérielles est dans la tendance actuelle une des techniques de réglementation qui soit la plus apte à favoriser la mobilité internationale des sociétés³³. D'ailleurs la nécessité des règles émanant de conventions internationales se manifestera tout aussi en observant les difficultés de coordination des écritures dans les registres des États concernés

B- L'élimination de certains obstacles juridiques

Pour que les sociétés de l'OHADA puissent fusionner entre elles, il faut tout d'abord que ces entités juridiques soient reconnues en tant que telles. De plus, il est indispensable que tous les droits aient la même perception de l'opération de fusion. Pour cela, il faut admettre la reconnaissance des sociétés étrangères (1) Les Opérations-substituts des fusions transfrontalières (2).

1- La reconnaissance des sociétés étrangères en droit OHADA

La reconnaissance des sociétés étrangères, qui peut se définir comme « *l'admission sur le territoire national de l'existence et des effets d'une personne juridique morale étrangère*³⁴ », constitue un préalable nécessaire à toute opération de restructuration qui concernerait des sociétés relevant de plus d'un État.

L'opération de la fusion implique la participation des entités juridiques équivalentes. Il est évident qu'une société relevant d'un État ne peut pas fusionner avec une société étrangère lorsque la législation de cet État ne la reconnaît pas en tant que telle. Selon les termes de BIETZKE³⁵, « *la fusion ne peut être réalisée que par des sociétés fondées selon les lois de deux ou plusieurs pays, entre lesquels existe un régime de reconnaissance réciproque des sociétés* ».

L'article 220 du traité de Rome enjoignait aux États membres d'ouvrir des négociations sûres, parmi d'autres sujets de droit des sociétés, la reconnaissance mutuelle des sociétés.

³³ À propos de ces techniques législatives voir BOUCOBZA (X.), « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », in *La mobilité internationale des sociétés*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2006, n° 2, p. 23 et s.

³⁴ MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, n°48.

³⁵ BIETZKE (G.), « Les conflits des lois en matière des fusions des sociétés », *Rev. crit. DIP*, 1967, p.5.

Néanmoins, la Convention européenne de Bruxelles sur la reconnaissance mutuelle, signée le 29 février 1968, n'a jamais été entrée en vigueur faute d'avoir recueilli les ratifications nécessaires. D'ailleurs, la Convention de la Haye (1er juin 1956) pour la reconnaissance de plein droit des sociétés, associations et fondations des autres États n'a non plus eu d'aboutissement³⁶.

Cependant, malgré ce vide juridique, il n'existe pas d'exemple en pratique d'un refus de reconnaissance. Il semble qu'il existe aujourd'hui une sorte de droit communautaire coutumier qui fait qu'il n'est plus nécessaire de recourir au système conventionnel prévu par l'article 220 du Traité. La constitution d'un corps commun des dispositions relatives à la publicité, à la validité des engagements sociaux et à la nullité des sociétés bien identifiées³⁷, à la constitution des sociétés anonymes, au maintien et à la modification de leur capital³⁸, à leur fusion et à leur scission³⁹, aux comptes annuels⁴⁰ et consolidés⁴¹ et aux personnes habilitées à les contrôler⁴² etc...., font qu'il paraît bien difficile de contester, d'un État à l'autre, la reconnaissance mutuelle de sociétés régies par de règles analogues ou par de règles procédant de la même inspiration. D'ailleurs, les États membres disposent entre eux d'un réseau fourni des conventions bilatérales de reconnaissance et d'établissement.

Une autre raison qui explique pourquoi cette question ne se pose plus dans l'espace communautaire, prend appui sur le droit d'établissement.

En effet, l'article 48 du traité de Rome contient une « *reconnaissance légale expresse des sociétés* ». Aux termes de cette disposition, les sociétés constituées conformément à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire ou réel dans l'Union européenne sont assimilées aux ressortissants, personnes physiques des États membres. La Cour de justice des communautés européennes fait référence à cet article dans l'arrêt Centros⁴³. Les sociétés qui respectent les deux conditions de l'article 48 du traité, c'est-à-dire qui respectent les règles de constitution dans l'État de création et qui sont établies à l'intérieur de l'Union, ont le droit d'exercer leur activité dans un autre État membre. La reconnaissance mutuelle est donc rentrée dans les faits.

³⁶ BISCHOFF (J.-M.), *Aspects de droit international privé*, Petites Affiches, 2002, n° 76, p. 45.

³⁷ 1er Dir. Cons., n° 68/151, 9 mars 1968.

³⁸ 2ème Dir. Cons., n° 77/91, 13 déc. 1976.

³⁹ 3ème Dir. Cons., n° 78/885, 9 oct. 1978.

⁴⁰ 4ème Dir. Cons., n° 78/660, 25 juill. 1978.

⁴¹ 7ème Dir. Cons., n° 83/349, 13 juin 1983.

⁴² 8ème Dir. Cons., n° 84/253, 10 avr. 1984.

⁴³ CJCE, 9 mars 1999, Centros, Bull. Joly, 1999, p. 705.

2- Les opérations-substituts des fusions transfrontalières

Les droits des États membres sont globalement assez réticents à admettre qu'une société puisse librement réaliser une opération de fusion transfrontalière. Ces réticences sont néanmoins beaucoup moins vives lorsque l'opération n'affecte pas le rattachement d'une société à une loi nationale. Page | 305

Vu la complexité que présente la mise en œuvre d'une fusion, les sociétés ayant leur siège dans l'un des États membres de l'Union et souhaitant étendre leurs activités au-delà des frontières de cet État, ont recours alternativement aux opérations plutôt « tolérées ⁴⁴ ». Ainsi, c'est qui est le plus souvent pratiqué à l'échelle européenne ou internationale, ce sont des opérations qui, juridiquement, ne constituent pas des fusions, au sens précis du terme, mais qui aboutissent à un certain degré de concentration. Bien évidemment, dans tous les cas, l'aspect international de ces opérations pose des problèmes tenant à la détermination de la loi applicable.

Toutefois, elles ne présentent pas la complexité d'une fusion transfrontalière. Étant donné les difficultés de réaliser des fusions internationales, le modèle dominant actuellement au sein de l'Union européenne reste la prise de participations dans des sociétés étrangères. Ainsi, une société qui avait vocation à absorber une autre société de nationalité différente et qui hésite à entreprendre une opération aussi complexe qu'une fusion transnationale, se contente de prendre une participation majoritaire dans le capital de cette dernière.

L'avantage de cette technique consiste en ce qu'elle conduit à une coopération étroite entre les sociétés en présence, en permettant ainsi aux entreprises européennes d'étendre leurs activités au-delà des frontières du pays de leur siège. Cependant, cette solution qui conduit souvent à une détention de la quasi-totalité du capital de la société visée comporte elle aussi, des inconvénients.

Par définition, les prises de participations, même largement majoritaires ne produisent pas des effets comparables aux fusions. Si elles permettent d'assurer le contrôle de la société cible, elles n'aboutissent pas à la confusion de patrimoine et à la coïncidence d'unité juridique et d'unité économique qui caractérise la fusion. En outre, lorsque les titres de la société cible sont cotés, la fusion transfrontalière présente, par rapport à l'offre publique d'acquisition, l'avantage de permettre le contrôle total de la société absorbée sans se soucier des droits financiers des minoritaires et sans

⁴⁴ LE NABASQUE (H.), *Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 429.

versement de fonds aux actionnaires de la société acquise⁴⁵. Enfin, il convient d'être ajouté que certaines législations soumettent les prises de participations étrangères à des contrôles stricts.

La création des filiales communes constitue un autre mode de rapprochement internationale des entreprises. En effet, deux ou plusieurs sociétés relevant des droits nationaux différents peuvent unir leurs efforts en concluant entre elles un contrat de société. Ce dernier donne naissance à une société qui constituent ainsi une filiale commune des sociétés parties au contrat. Ainsi, lorsque cette nouvelle société se situe dans un État différent de celui du siège des sociétés qui la détiennent, elle permet d'élargir significativement l'activité et l'objet de ses membres.

Pour renforcer leurs liens, sans pour autant perdre leur autonomie juridique ni se lancer dans la constitution d'une filiale commune, les entreprises européennes peuvent également songer à procéder à la conclusion des accords de coopération et, plus particulièrement, des accords dits de jumelage. Selon les termes employés par COZIAN et VIANDIER, il s'agit d'une technique « *qui a les couleurs d'une fusion, qui en a le goût mais qui n'en est pas une*⁴⁶ ». Le jumelage ressemble à une espèce de « *confédération* ». Les sociétés conservent leur autonomie juridique et leur nationalité mais les décisions de « *groupe* » sont prises par une commission rassemblant les dirigeants des différentes sociétés. En réalité, il s'agit d'une sorte de comité de direction supranational qui fonctionne de manière conventionnelle.

Enfin, la fusion transfrontalière peut également être remplacée par la création d'un groupement européen d'intérêt économique. Institué par le règlement 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985⁴⁷, le GEIE constitue « *à ce jour le seul instrument de coopération transfrontalière entre entreprises des pays membres de la Communauté*⁴⁸ ».

Conclusion

L'OHADA connaît un mouvement croissant de coopération et de concentration des entreprises. Ces mouvements sont motivés par la volonté des agents économiques de renforcer leur position sur le marché communautaire. Au terme de cette étude, il apparaît qu'en l'absence de conventions internationales, les fusions transfrontalières se heurtent encore à de nombreux obstacles qui les rendent très souvent impossibles à mettre en œuvre. De l'étude de cette modalité

⁴⁵ BLANQUET (F.), « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. Soc.* 2000, p. 116.

⁴⁶ VIANDIER (A.), et al. *Droit des sociétés*, Litec, 1997, §§ 1864 et s.

⁴⁷ JOCE, n° L. 199 du 31 juillet 1985.

⁴⁸ MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, n° 114, p. 158.

particulière de fusion transfrontalière, il résulte que des efforts considérables ont été effectués en droit OHADA pour mettre en place un dispositif en vue de faciliter les opérations de restructurations transfrontalières. Si ces mesures semblent permettre aux entreprises de prendre part au marché commun, il reste qu'il existe plusieurs limites. La réalisation d'une fusion transfrontalière relèverait quasiment du miracle, du « *mythe inaccessible*⁴⁹ », en l'état actuel du droit des États membres de l'OHADA. Sur le plan juridique, une solution pourrait provenir de l'harmonisation du régime des opérations par l'adoption de conventions internationales relatives à la fusion transfrontalière des sociétés anonymes. Par ce travail d'harmonisation, le législateur communautaire pourrait adopter des directives comme en droit européen sur les fusions transfrontalières et internationales, établir des règles communes tout en respectant la diversité des législations nationales.

⁴⁹ DEBOISSY (F.) et al., *Droit des sociétés*, LGDJ, 2024, n° 1801, p. 325.

L'avènement de l'OHADA et son impact sur l'entreprise au Cameroun

The advent of OHADA and its impact on company in Cameroon

Par :

Dr/PhD NYIA ENGON NELLY GÉRALDINE SOLANGE¹

Page | 308

Enseignant -chercheur

Faculté des sciences juridiques et politiques

Département droit privé fondamental

Université de douala Cameroun

Résumé :

Au Cameroun, plusieurs textes de lois réglementent l'entreprise, mais l'importante production normative dans ce domaine est loin d'être un facteur de croissance économique de l'entreprise. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) détient la clé de la réussite de l'entreprise au Cameroun. L'OHADA travaille en faveur de la transparence et de la prévisibilité de la règle de droit. L'OHADA a codifié dans un livre vert un droit uniforme des affaires. Sa jurisprudence est librement accessible sur le site internet de ladite organisation ce qui représente un bénéfice temporel pour l'implantation d'opérateurs économiques régionaux et internationaux. Les investissements commerciaux sont ainsi facilités par la connaissance de l'environnement juridique de l'OHADA et la possibilité de recourir à l'arbitrage en cas de litiges.

Mots Clés : OHADA, entreprise, croissance économique, réussite, transparence, prévisibilité de la règle de droit.

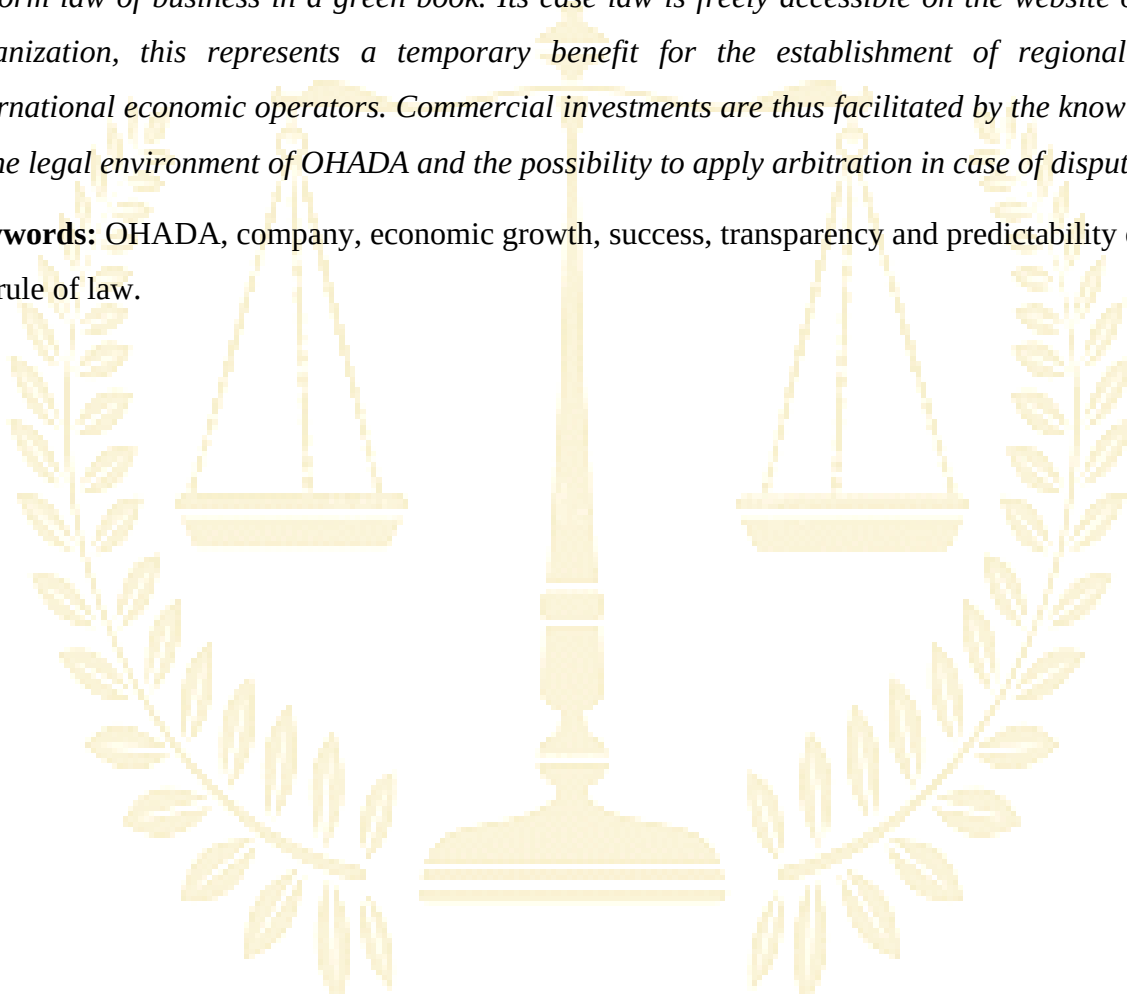
¹ Docteur en Droit privé Communauté Université Grenoble Alpes (France) 2010/16. Diplômée du Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat de l'Ecole des Avocats Centre Sud de Montpellier (France) 2017/18. Enseignant-chercheur contractuel Université Savoie Mont Blanc France 2012/14 ; Enseignant-Chercheur Recrutement spécial (Diaspora) DR/PhD Université d'Etat du Cameroun, N° 1, 2020.

Abstract :

In Cameroon, several laws regulate the company, but the important normative production in this area is far from being a factor of economic growth for the company. The Organization for Harmonization in Africa of Business Law holds the key to the success of the company in Cameroon. OHADA works for the transparency and predictability of the rule of law. OHADA codified a uniform law of business in a green book. Its case law is freely accessible on the website of the organization, this represents a temporary benefit for the establishment of regional and international economic operators. Commercial investments are thus facilitated by the knowledge of the legal environment of OHADA and the possibility to apply arbitration in case of disputes.

Page | 309

Keywords: OHADA, company, economic growth, success, transparency and predictability of the rule of law.



Introduction

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)² est fonctionnellement une organisation régionale qui ambitionne de réaliser l'intégration juridique et la sécurité judiciaire pour le développement économique du continent africain³. Plus fondamentalement, l'OHADA est construite pour répondre de manière verticale à l'exigence de performance des entreprises africaines dans un monde connecté au commerce international et de manière horizontale aux investissements intérieurs des opérateurs économiques ressortissants des Etats membres. Il apparaît ainsi que l'entreprise est la matrice de l'OHADA comme la religion est l'opium du peuple. L'OHADA s'est attelée à une mission d'envergure, intervenir dans tous les domaines où surgit la vie de l'entreprise.

Page | 310

En effet, on assimile généralement la définition de l'entreprise à une structure qui rassemble des moyens humains et matériels au service de la production économique⁴. De manière précise, l'entreprise est une organisation qui « *consiste à révolutionner le mode de production en exploitant une invention ou, plus généralement, une possibilité technologique inédite afin de produire un nouveau bien ou d'en produire un ancien d'une façon nouvelle, en inaugurant une nouvelle source de fournitures de matières premières ou un nouveau site de production, en réorganisant un nouveau secteur d'activité* »⁵.

Au Cameroun, le développement de l'entreprise est conditionné par un processus administratif important dont la pratique constitue un frein à l'activité de l'entreprise. Un exemple, l'accomplissement d'une série de formalités pour l'ouverture d'un compte bancaire d'une Petite et Moyenne Entreprise (PME)⁶. À cette réalité, s'ajoute une prééminence au juridisme. La création d'abondants textes de lois, de décrets, de règlements, de circulaires qui participent à une certaine

² L'OHADA a été créée par le Traité de Port-Louis (île Maurice) du 17 octobre 1993 qui est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Tiger Ph. (2001) *Le droit des affaires en Afrique*, Coll. Que sais-je ? PUF, Paris, pp. 8-23.

³ Garrier Cl. (2014), *Géostratégie des entreprises : Propositions pour la zone OHADA*, L'harmattan, p. 293.

⁴ Ndiaye C. A. W. (2018), *Droit des entreprises individuelles*, L'harmattan Sénégal, n° 2 et s., p. 12 et s.

⁵ Schumpeter J. A. (1952) *Can Capitalism Survive?*, New York, Harper and Row, p. 72; Du même auteur, Schumpeter J. A. (1990), « *Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive* », *Journal of Political Economy*, vol. 98, n°05, pp. 893-921.

⁶ Monga C. (1997), « *L'argent des autres : banques et petites entreprises en Afrique : le cas du Cameroun* », LGDJ, p. 148 : Le chef d'entreprise doit effectuer les formalités ci-contre : « *L'immatriculation au Registre du commerce ; l'inscription au registre de la statistique ; le paiement de la patente ; la présentation des statuts de la société, le dépôt d'une somme minimale* ».

incohérence dans l'environnement juridique de l'entreprise⁷. À titre d'illustration, il y a lieu de relever, la pléthore de définitions des PME existants dans la réglementation camerounaise⁸.

Afin d'apporter une réponse préventive et/ou curative aux failles de la production normative camerounaise, la contribution de l'OHADA est précieuse dans sa mission créatrice des lois uniformisées pour établir une cohérence d'ensemble par l'édification d'un droit commun des affaires dans les législations internes des Etats membres⁹. Dans cette perspective, le législateur OHADA a travaillé dans tous les aspects qui intéressent la vie de l'entreprise en mettant en exergue le rôle majeur du droit des contrats¹⁰.

En effet, le législateur OHADA a créé des dispositions relatives aux actes de commerce, la vente, l'assurance, le transport, le dépôt, l'investissement, ou la location gérance du fonds de commerce¹¹. Ces dispositions sont codifiées à l'acte uniforme relatif au droit commercial général¹². Toutefois, en dépit de quelques insuffisances liées à la réalisation d'une œuvre faite de mains d'hommes¹³, l'OHADA a acquis une renommée imparable dans le développement de l'entreprise au Cameroun. Son rôle s'inscrit indéniablement dans l'amélioration de l'environnement du droit des affaires par la prévisibilité et la clarté de la règle de droit. C'est l'occasion d'affirmer que l'avènement de l'OHADA a permis de lutter contre une forme d'obscurantisme par l'adoption du statut de l'entrepreneur et la fixation d'un cadre légal normatif dans lequel s'intègre cette profession dans le secteur formel.

Ainsi, il importe de s'interroger sur l'impact de l'OHADA dans le développement économique de l'entreprise au Cameroun. Pour y répondre, deux analyses seront menées. D'abord,

⁷ *op. cit.*, p. 153.

⁸ *op. cit.*, La définition des PME varie selon qu'il s'agit des organismes bancaires ou du droit réglementaire camerounais qui fixe le Chiffre d'affaires d'une PME entre 1 milliard (Fonds d'aide et de garantie aux PME) et 500 millions (Code des investissements).

⁹ 17 États sont membres de l'OHADA : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo. <https://www.ohada.com/>, page consulté le 12.10.2023 ; Ouamba J. -M. (2020), in « *L'OHADA en marche* », Actes du Colloque international organisé à Brazzaville et Pointe-Noire (République du Congo) du 24 au 26 février 2020, Allocution de Bienvenue, L'Harmattan, p. 13 et s.

¹⁰ Ngoumtsa Anou G. (2011), *Actes uniformes et conflits de lois*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, n°. 99 et s., p. 201 et s.

¹¹ *op. cit.*

¹² OHADA, *Traités et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, éd., 2018, pp. 235 et s ; Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général, Publié au JO OHADA n° 23 du 15 février 2011, Entré en vigueur le 15 mai 2011, p. 1 et s.

¹³ On peut regretter la longue gestation des projets d'actes uniformes portant sur le droit des contrats et le droit du travail, et dans une certaine mesure sur le droit de la consommation, Yado Toe J. (2008), « *La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA* », *Revue de droit uniforme*, p. 24.

il nous semble que l'OHADA œuvre pour la croissance de la performance de l'entreprise (I) et ensuite, pour la construction d'une meilleure intelligibilité de l'environnement juridique de l'entreprise au Cameroun (II).

I- L'IMPACT DE L'OHADA DANS LA CROISSANCE DE LA PERFORMANCE DE L'ENTREPRISE

Page | 312

L'avènement du droit des affaires OHADA a permis de produire la codification du droit uniforme des affaires afro-compatible à la croissance de la performance de l'entreprise. En effet, dans l'esprit de l'OHADA, la création d'une entreprise doit être, autant que faire se peut, une opération juridique transparente et libre de toute lourdeur administrative et réglementaire.

Les droits et les obligations de l'entrepreneur doivent être suffisamment identifiés et mieux appréhender pour favoriser une intégration économique et faciliter une meilleure réglementation du secteur informel très florissant au Cameroun. Il est manifeste qu'en raison des ambitions de l'OHADA, la croissance de l'entreprise se développe dans la précision et la qualité de la règle de droit et sa capacité à faire évoluer l'intégration économique fondée sur l'esprit d'entreprise.

Ainsi, pour avancer sur ce terrain, après avoir analysé les fondements de l'entreprise (A), nous verrons la réforme de l'entreprise (B).

A- Les fondements de l'entreprise

Le législateur OHADA a conforté l'entreprise de textes juridiques prestigieux qui l'encadre dans un objectif de modernité, de prospérité, de longévité et de viabilité en cas de difficultés conjoncturelles. Dans cette optique, des actes uniformes règlent l'activité de l'entreprise soit directement soit de manière diffuse dans le droit des affaires OHADA. Il s'agit notamment de l'acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général¹⁴, l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique¹⁵, de l'acte

¹⁴ OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd., 2018, pp. 235 et s ; Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général, Publié au JO OHADA n° 23 du 15 février 2011, Entré en vigueur le 15 mai 2011, p. 1 et s.

¹⁵ L'AUSCGIE du 30 novembre 2014 remplace la première version du 17 avril 1997, Publié au JO OHADA du 04 février 2014, p. 313 et s.

uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁶, et de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives¹⁷.

Mais c'est surtout l'acte uniforme du 26 janvier 2017 relatif au droit comptable et à l'information financière (AUDCIF) qui se réfère de manière expresse à la notion d'entreprise¹⁸. Page | 313
La notion d'entreprise revêt un caractère hybride¹⁹. D'un point de vue temporel, l'entreprise née de la répétition d'opérations de même nature ayant pour vocation la réalisation d'un but déterminé. En ce sens, l'entreprise admet plusieurs finalités. La création d'entreprises artisanales pour les besoins de subsistance d'un artisan, la création d'une entreprise capitaliste dont la réalisation du bénéfice est le centre de son fonctionnement, les entreprises d'intérêt public au service de mission relevant d'utilité publique.

De sorte que, malgré la concurrence qui existe entre les deux notions, l'entreprise doit être dissociée de la société commerciale. D'abord formellement, l'entreprise absorbe la personnalité juridique de l'entrepreneur, personne physique en tant qu'objet de droit, c'est-à-dire un bien juridique²⁰. Tandis que la société commerciale acquiert une personnalité juridique distincte de son auteur ou de ses associés à la date de son immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM)²¹. De manière corrélatrice, la société implique un patrimoine propre composé d'actifs et de dettes alors que l'entreprise se confond avec le patrimoine personnel de l'auto-entrepreneur.

De manière fondamentale, la notion d'entreprise revêt une prééminence économique indéniable et comporte une mission productive de richesses, de services et d'emplois²². Le législateur OHADA a conféré de manière opportune un cadre légal à l'entreprise dont la réalité moderne est en adéquation à l'environnement camerounais. C'est que le secteur informel²³ y est

¹⁶ Publié au JO OHADA n° spécial du 25 septembre 2015, p. 1 et s., Entré en vigueur le 24 décembre 2015.

¹⁷ AUDCIF a substitué l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. L'AUDCIF comprend en annexe le système comptable OHADA révisé (SYSCOHADA). Publié au JO OHADA du 15 février 2017.

¹⁸ AUDCIF, articles 6, 13, et 14.

¹⁹ Lelo Di Makundu U., Bosakelia Lokwa J.-J., Bakomito Gambu J. (2022), *Traité de droit commercial OHADA*, L'harmattan, p. 35 et s.

²⁰ Lamarche T., « *La notion d'entreprise* », RTD Com., 2006, p. 706.

²¹ D'après l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et Groupement d'Intérêt Économique, à l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au RCCM (AUDSC -GIE, article 97 et s.)

²² Lelo Di Makundu U., Bosakelia Lokwa J.-J., Bakomito Gambu J. (2022), *Traité de droit commercial OHADA*, L'harmattan, p. 35.

²³ Un économiste, Lubell H. (1991), définit le secteur informel comme « *l'ensemble des activités et micro-entreprises de production et de service, en général non agricole, qui ne sont pas systématiquement enregistrées par les appareils,*

très largement répandu dans l'espace OHADA et se trouve très affecté par des contraintes administratives et institutionnelles²⁴.

En effet, en application de l'article 30 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'entrepreneur est « toute *personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme, exerce une activité civile, commerciale, artisanale ou agricole* ». Ce texte recouvre deux enseignements majeurs relatifs au statut d'auto-entrepreneur. Premièrement, un entrepreneur se trouve de manière singulière être une personne physique capable et dont le casier judiciaire est vierge de toute condamnation infamante entraînant une interdiction d'exercice²⁵.

Page | 314

Deuxièmement, l'entreprise est une entité socio-économique qui regroupe un ensemble d'activités composites²⁶. Ces activités sont exercées à titre professionnelle de manière récurrente et participent à la vie socio-économique de la nation et des entrepreneurs camerounais. Dans cette perspective, la nature juridique de l'entreprise fait ressortir deux dimensions de son fonctionnement. Une dimension autonome qui met en avant le statut d'auto-entrepreneur au travers de l'entreprise individuelle ; et une dimension organisationnelle plus structurée qui prend la forme d'une société commerciale²⁷.

B- La réforme de l'entreprise

La réforme du droit commercial général a apporté un renouveau substantiel du statut d'entrepreneur en créant une passerelle favorable du secteur informel au secteur formel²⁸. L'avantage de cette traversée réside dans les avantages socio-économiques qu'elle engendre. En effet, les entrepreneurs du secteur formel peuvent bénéficier lorsqu'ils remplissent les conditions

les services et les recensements statistiques officiels. Échappant très largement aux réglementations administratives, aux systèmes de sécurité sociale et de protection du travail, aux impositions fiscales, n'utilisant guère de comptabilité, elles sont, non pas illégales, mais en dehors de la légalité », « Le secteur informel dans les années 80 et 90. Études du centre de développement, Paris, OCDE, p. 13.

²⁴ Kwemo S. (2012), *L'OHADA et le secteur informel. L'exemple du Cameroun*, Larcier, « Au Cameroun, le secteur informel est généralement considéré comme étant particulièrement dynamique, malgré les nombreuses difficultés rencontrées par ses opérateurs », n° 205, p. 99.

²⁵ Kuate Tameghe S. S. (2011), *Entrepreneuring*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, n°9 et s, p. 776 et s. ; Bitsamana, H. A. (2015), *Dictionnaire OHADA*, L'Harmattan, 3 éd., p. 140.

²⁶ Nguihé Kanté P. (2012), *Entreprises commerciales et droits fondamentaux : essai de systématisation à l'étude des particularismes au regard des droits français et camerounais*, PUAM, n° 100 et s, p. 90 et s.

²⁷ Kuate Tameghe S. S. (2011), *Entrepreneuring*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, n° 21, p. 778, « la catégorie de l'auto-entrepreneur regroupe finalement des gens qui passent des actes de commerce au même titre que les commerçants et des gens non commerçants ».

²⁸ Yondo Black L. (2011), « *Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA* ». *Revue de droit & patrimoine*, n° 201, p. 45 et s.

d'accès, d'une protection juridique et sociale et en particulier du droit au régime d'affiliation à la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale (CNPS) et un accès au financement de leur projet²⁹.

D'après les enquêtes réalisées au Cameroun, plusieurs éléments permettent d'identifier le secteur informel. Il s'agit du défaut d'enregistrement d'une activité dont l'absence de numéro fiscal du contribuable et de comptabilité écrite régulière³⁰. Afin de faciliter le passage du secteur informel au secteur formel, les autorités camerounaises ont façonné un arsenal juridique pertinent afin d'encourager les entrepreneurs.

Dans cette perspective, la législation camerounaise comporte plusieurs points de convergence avec le droit OHADA. Le droit interne consacre la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun, suivi du décret d'application n° 93/720 du 22 novembre 1993 exonèrent certains commerçants camerounais travaillant dans le secteur informel de l'obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés³¹.

Le législateur OHADA a permis l'allègement du cadre légal de création de l'entreprise en permettant au chef d'entreprise de disposer d'une réglementation simplifiée et rapide pour exercer et promouvoir ses activités dans les secteurs de l'artisanat et de l'agriculture. En droit OHADA, l'entrepreneur bénéficie d'une dispense d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Immobilier (RCCI). Une autre mesure opportune accompagne la simplification de la création de l'entreprise, l'accomplissement d'une formalité déclarative par l'identification de l'entrepreneur et la présentation d'un rapport détaillé de ses différentes activités auprès du greffe de la juridiction compétente³².

Une précision a été faite par le législateur OHADA en faveur de la création de l'entreprise comme de la société commerciale. En ce sens que, la personnalité morale de la société s'acquiert à la date de son immatriculation et non pas au jour de la signature des statuts comme antérieurement à la réforme du droit des sociétés commerciales³³.

²⁹ Kwemo S. (2012), L'OHADA et le secteur informel. L'exemple du Cameroun, Larcier, n° 319, p.134.

³⁰ *op. cit.*

³¹ Article 4 du décret n° 93/720 du 22 novembre 1993.

³² Ndiaye C. A. W. (2018), *Droit des entreprises individuelles*, L'harmattan Sénégal, p. 176 et s., n° 176 et s : « Par un allègement des conditions d'accès, la loi offre ainsi le statut d'entrepreneur aux professionnels afin qu'ils quittent la précarité d'une activité non déclarée pour entrer dans le circuit économique officiel ».

³³ A. Fénéon (A) (2015), *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ -Lextenso éd., n° 14, et s., p. 6 et s., Art., 110 AUSCGIE.

La réforme a également strictement encadré les ressources financières du chef d'entreprise perçues au cours de son activité en le soumettant à des obligations comptables et professionnelles. D'après l'article 31 du droit commercial général, l'entrepreneur doit tenir de manière simplifiée un livre récapitulatif de mouvements de recettes et des charges de son activité qu'il doit conserver pendant une durée de cinq ans à titre probatoire³⁴. La tenue du livre emporte une exigence de loyauté, et un impératif de clarté et de précision dans la retranscription des mouvements économiques de l'entreprise³⁵. En outre, l'entrepreneur doit faire mentionner son numéro de déclaration d'activité. Sur le plan fiscal, la réforme a nettement accordé des avantages à l'auto-entrepreneur dans la redevance à l'impôt et le calcul de ses charges sociales³⁶.

D'autres dispositions ont également été prises par le législateur OHADA pour améliorer la performance et la vitalité de l'entreprise³⁷. Au titre de ces mesures, la réforme a introduit de nouvelles formes de garanties de crédit. Ces garanties ont pour but de faciliter l'accès au financement de projet par la prévention du risque de non-paiement de la dette principale³⁸. La garantie autonome consacrée à l'acte uniforme portant organisation des sûretés figure au titre de ces mesures phares. L'avantage de cette garantie procède de son caractère autonome (comme son nom l'indique) par rapport à l'obligation principale, et de la haute protection qu'elle offre au créancier en raison de son irrévocabilité³⁹. De plus, la réforme apporte également une légère teneur au formalisme du contrat de cautionnement sur l'exigence de la mention manuscrite et la signature des cautions, personnes physiques requises à titre probatoire⁴⁰.

³⁴ Kuate Tameghe S. S. (2011), *Entrepreneur*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, n° 42 et s., p. 781 et s ; Ndiaye C. A. W. (2018), *Droit des entreprises individuelles*, L'harmattan Sénégal, n° 154 et s., p. 178 et s.

³⁵ D'après l'article 62 alinéa 3 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, « *l'entrepreneur ne peut commencer son activité qu'après réception de ce numéro de déclaration d'activité qu'il doit mentionner sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents ou correspondances professionnels, suivi de l'indication du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier qui a reçu sa déclaration et de la mention « Entrepreneur dispensé d'immatriculation»* ».

³⁶ Ndiaye C. A. W. (2018), *Droit des entreprises individuelles*, L'harmattan Sénégal, n° 154 et s., p. 178 et s.

³⁷ Da Allada E. (2022), *Le traitement des contrats d'affaires par le droit OHADA*, PUAM, n° 169 et s., p. 114 et s.

³⁸ Martor B., Diawara O. (2022), *Le financement de projet en Afrique*, LGDJ, Lextenso, p. 198 et s., n° 305 et s.

³⁹ AUS, articles 28 à 38.

⁴⁰ NYIA ENGON N. G. S. (2021), « *La proportionnalité du cautionnement : étude de droit comparé entre le droit OHADA, le droit français et le droit allemand* », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, RDAI/IBLJ, n°5, pp. 685 à 706 ; NYIA ENGON N. G. S. (2022), « *Le formalisme du cautionnement à la lumière du droit des sûretés OHADA et du droit français* », *Revue Lexbase Afrique-OHADA*, n° 63, pp. 1 à 17.

II-L'OHADA ET LA CONSTRUCTION D'UNE MEILLEURE INTÉLLIGIBILITÉ DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

La croissance économique de l'entreprise s'effectue dans un cadre juridique intelligent où les règles juridiques agissent de manière efficiente en faveur de l'émergence du développement. L'intention du législateur OHADA est de travailler pour donner de la cohérence à l'environnement juridique et surmonter les contingences de la diversité des systèmes juridiques africains préjudiciables à l'évolution de l'entreprise. Afin d'accomplir une telle démarche, l'OHADA propose une forme de construction intelligente au moyen de l'uniformisation (A), et l'application uniforme du droit des affaires (B). Page | 317

A- L'uniformisation du droit des affaires

L'avènement de l'OHADA née de la méfiance des opérateurs économiques étrangers à investir en Afrique subsaharienne. Cette méfiance s'est manifestée par une crise de confiance vis-à-vis d'un système juridique en proie à de nombreux maux de nature à compromettre irrémédiablement le développement économique de l'entreprise⁴¹.

La création audacieuse de l'OHADA s'est ainsi inscrite dans une certaine idée du droit qui consiste à conférer au droit uniforme des affaires un rôle très intense dans la maximisation ou l'optimisation de la croissance financière de l'entreprise⁴². En effet, l'OHADA ambitionne le développement de l'entreprise tant sur le plan national que sur le plan international par la création d'un cadre juridique propice au commerce international. L'OHADA promeut un « *code de conduite des entreprises* » en ce qu'il élabore des règles matérielles communes à tous les acteurs économiques quel que soit la situation géographique de l'entreprise dans l'espace OHADA⁴³. Le législateur OHADA a créé un corpus normatif efficient à destination des opérateurs économiques étrangers pour s'installer et faire des affaires en Afrique⁴⁴.

Pour réaliser le projet d'unification du droit, les auteurs de l'OHADA ambitionnent l'harmonisation du droit des affaires comme son acronyme l'indique. Dans l'esprit de l'OHADA,

⁴¹ Fometeu J. (2014), « *L'OHADA : l'idéologie et le système* », in « *De l'esprit du droit africain* », Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUYOUÉ, Wolters Kluwer, Credif, p. 312 et s.

⁴² *op. cit.*, p. 316.

⁴³ Bakandja Wa Mpungu G. (2010), « *L'internationalisation des échanges et le droit OHADA* », in « *Actes du Colloque d'Aix en Provence sur la sécurité des investissements des entreprises* », Rev Lamy Dr. Civ., n° 67, p. 59 et s.

⁴⁴ Muka Tshibende L. -D. (2010), « *S'installer pour affaires dans l'espace OHADA* », in *Actes du Colloque d'Aix en Provence sur la sécurité des investissements des entreprises*, Rev Lamy Dr. Civ., n° 67, p. 66 et s.

l'harmonisation est perçue comme un moyen, un instrument voir un support pour aboutir à terme à l'uniformisation du droit⁴⁵.

Dans cet esprit, l'harmonisation du droit peut être définie comme le fait « *de coordonner des systèmes juridiques différents ou à respecter la sensibilité essentielle d'une législation donnée. Il s'agit de réduire les différences pour atteindre des objectifs communautaires. L'uniformisation ou l'unification est plus radicale. Elle aboutit, dans une matière juridique donnée, à une réglementation unique, identique en tout point de vue pour les Etats concernés. Il n'y pas de place, en principe, pour des différences* »⁴⁶. Ainsi définie, l'harmonisation (soft law) travaille en faveur d'un rapprochement des règles juridiques autour des principes communs⁴⁷. Alors que l'uniformisation (hard law) procède de la production de règles juridiques identiques dotée d'une force juridique contraignante⁴⁸.

Plus fondamentalement, en application de l'article 10 du Traité de l'OHADA aux termes duquel « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Le droit uniforme de l'OHADA comporte un caractère supranational sur les dispositions du droit interne⁴⁹. En d'autres termes, le droit des affaires est directement intégré dans l'ordonnancement juridique des États membres au Traité de l'OHADA et à vocation à se substituer au droit nationale des Etats membres⁵⁰.

Le droit uniforme des affaires permet précisément une optimisation et une maximisation des activités économiques de l'entreprise parce qu'il sous-tend les échanges commerciaux régionaux et internationaux en dépassant la complexité des différentes législations présentes dans les États signataires de l'OHADA⁵¹.

⁴⁵ Bakandjea Wa Mpungu G. (2010), « *L'internationalisation des échanges et le droit OHADA* », in *Actes du Colloque d'Aix en Provence sur la sécurité des investissements des entreprises*, Rev Lamy Dr. Civ., n° 67, p. 59 et s.

⁴⁶ Pougoué P. G. (1998), *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, Coll. Droit uniforme, p. 11.

⁴⁷ Keita I. M. (2019), « *L'effectivité de l'harmonisation du droit OHADA* », Penant, n° 907, p. 161 et s.

⁴⁸ Issa-Sayegh J. et J. Lohoues-Oble J. (2002), « *OHADA, Harmonisation du droit des affaires* », Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, n° 198, p. 93 ; Pougoué P.-G. (2001), « *OHADA, Instrument d'intégration juridique* », Rev. Africaine sc. jur., vol. 2, n° 2, p. 11 et s.

⁴⁹ Etoundi F. O. (2013), « *Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique* », in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, p. 23 et s.

⁵⁰ Ngoumtsa Anou G., « *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)* ». – Présentation générale, Fasc. 170, § 4 et s., Première publication 23 janvier 2018, Consulté sur Lexis 360 intelligence le 04.10.2023.

⁵¹ Martor B. (2004), « *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA* », Litec, n° 127, p. 31.

Au travers de l'uniformisation du droit, il s'agit de garantir une certaine sécurité et prévisibilité des règles matérielles substantielles en dehors de laquelle toute interaction s'avère difficile⁵². L'uniformisation du droit influe sur la libre concurrence des affaires dans un même espace géographique déterminé. L'enjeu de l'uniformisation du droit des affaires est de conférer à chaque partie prenante un niveau d'égalité et de compétence similaires pour l'analyse d'une problématique déterminée⁵³.

Il est aussi admis que l'uniformisation du droit est éminemment utile aux praticiens dans la mesure où il concourt à priver d'effet la règle de conflit de lois au moyen de l'homogénéité formelle des règles qu'elle induit⁵⁴. De sorte que, l'avènement du droit des affaires OHADA rend intelligible l'environnement juridique de l'entreprise parce qu'il agit directement sur la compétitivité de l'entreprise en raison de la clarté de l'environnement juridique sur laquelle elle évolue.

Au Cameroun, le projet de création d'entreprise est encadré d'un process important parsemé de démarches administratives plurielles⁵⁵. L'entrepreneur doit effectuer sa déclaration auprès de la juridiction de première instance du lieu de domiciliation de l'entreprise. La réussite de cette étape en appelle une autre, la délivrance d'une carte et d'un numéro d'identification au centre divisionnaire d'impôt de ladite localité. Il s'en suit une prochaine étape, l'enregistrement du contrat de bail professionnel ; et enfin, suivant le régime juridique applicable, le paiement de l'impôt libératoire, de la patente et/ou de la licence pour la RSI⁵⁶. Au demeurant, l'accomplissement de formalités complémentaires viennent parfaire le statut d'entrepreneur.

La réduction des formalités par le droit uniforme des affaires appelle une facilité des formalités et convoque une certaine efficacité qui rend efficient l'environnement juridique des affaires dont la nature complexe est une vérité acquise. En effet, les Etats parties au Traité de l'OHADA disposent de guichets uniques pour les entreprises dont l'objectif est de renseigner et d'aider les porteurs de projet de création d'entreprise pour accomplir les formalités requises⁵⁷.

⁵² Espinassous V. (2010), « *L'uniformisation du droit substantielle et le conflit de lois* », L.G.D.J., n° 4 et s., p. 2 et s.

⁵³ *op. cit.*

⁵⁴ *op. cit.*

⁵⁵ Kisso B. (2000), « *Je crée mon entreprise, les démarches du jeune promoteur* », éd. Kisso B. p. 26 et s.

⁵⁶ Foko A. (2013), « *La consécration d'un nouveau statut professionnel dans l'espace OHADA : le cas de l'entrepreneur* », in *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, n° 40 et s., p. 158 et s.

⁵⁷ Gros A-Ch. (2023), « *Salon Meet Africa : le droit OHADA partenaire des entrepreneurs* », JCP E., n° 10, p. 524.

L'OHADA rend perméable le développement des investissements par l'attraction qu'il suscite au travers de son droit matériel uniforme parce qu'il ouvre la voie aux opérations commerciales transfrontalières⁵⁸. Un exemple concret de cette efficacité est la publication d'une étude dont les conclusions révèlent que l'acte uniforme révisé relatif au droit des sûretés a permis l'octroi de 3, 82 milliards de dollars de crédits au secteur privé dans l'espace OHADA de 2011 à 2015⁵⁹.

B- L'application uniforme du droit des affaires

Outre l'uniformisation du droit, l'impact de l'OHADA dans la construction d'une meilleure intelligibilité de l'environnement juridique de l'entreprise repose de manière pertinente dans le rôle de la jurisprudence qui agit comme un instrument privilégié de l'investissement.

L'office du juge dans la sécurité juridique s'est fait prééminent dans le contentieux des formalités de l'immatriculation des entreprises au RCCM⁶⁰. Il est, à cet égard, important de relever que le droit uniforme des affaires a fait évoluer le droit interne dans le sens d'une meilleure intelligibilité de la règle de droit en se fondant sur le droit commercial général.

À ce titre, il convient de préciser que le législateur OHADA a conféré un certain nombre de pouvoirs au juge dans la procédure d'immatriculation au RCCM. Ce choix est d'autant plus nécessaire et inévitable dans la mesure où la création d'une entreprise individuelle ou d'une société est un acte lourd de conséquences juridiques.

Dès lors, le législateur OHADA a renforcé le rôle du juge sur le caractère obligatoire de l'immatriculation au RCCM lorsqu'il s'agit d'une entreprise⁶¹. L'office du juge se fonde sur la contrainte judiciaire qu'il peut exercer sur l'entrepreneur ou le commerçant personne physique ou personne morale à s'inscrire au RCCM⁶². Le juge peut aussi allouer des dommages et intérêts en

⁵⁸ Martor B. (2004), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, p. 31, n° 127.

⁵⁹ Têko Seyram Ameninyu G. (2019), « *Le droit OHADA : levier d'investissements, vecteur de développement* », JCP E., n° 49, p. 2209.

⁶⁰ Kamnang Komguep F. (2017), « *Le contentieux de l'immatriculation du commerçant au registre du commerce et du crédit mobilier en droit OHADA* », *Penant* n°898, pp. 37-65.

⁶¹ Kamnang Komguep F. (2017), « *Le contentieux de l'immatriculation du commerçant au registre du commerce et du crédit mobilier en droit OHADA* », *Penant* n°898, p.43 et s.

⁶² Acte uniforme relatif au droit commercial général, article 68.

cas de refus manifeste de l'entrepreneur ou de la société d'accomplir les formalités prescrites pour la création de la société⁶³.

S'il est vrai que la disparité de législations et la coexistence de systèmes juridiques ont eu pour conséquence une carence des investissements internationaux, l'exigence de lisibilité et de prévisibilité de la jurisprudence par le législateur OHADA contribuent de manière efficace à l'attractivité des investissements directs étrangers en Afrique subsaharienne⁶⁴.

En ce sens, la jurisprudence OHADA nous offre, un exemple pertinent de cette contribution efficace. La construction d'une meilleure intelligibilité passe par l'accessibilité à la documentation éditée du droit des affaires OHADA. Depuis 2014⁶⁵, un recueil de jurisprudence de la CCJA qui regroupe les décisions les plus pertinentes est publié et actualisé par un spécialiste du droit OHADA⁶⁶.

L'OHADA a également travaillé pour un accès dématérialisé du droit uniforme consultable gratuitement et en téléchargement sur le site internet de l'organisation⁶⁷.

La création d'une bibliothèque virtuelle en droit des affaires permet une meilleure connaissance et oriente favorablement la prise de décision des opérateurs économiques étrangers pour investir en Afrique subsaharienne parce que ces ressources sont exploitées comme modèles de références⁶⁸. D'après un auteur, « *toutes les mesures et réformes qui tendent à donner une plus grande liberté aux opérateurs économiques dans la rédaction de leurs contrats, des statuts de leurs sociétés, contribuent à l'amélioration du climat des affaires* »⁶⁹.

En ce sens, l'unification jurisprudentielle du droit des affaires OHADA est un moyen direct de lutte contre la pauvreté⁷⁰. Cette assertion est illustrée par un auteur qui estime que « *l'investisseur qui se trouve en Asie du sud-est qui souhaiterait avoir une idée du régime des*

⁶³ Kamnang Komgouep F. (2017), « *Le contentieux de l'immatriculation du commerçant au registre du commerce et du crédit mobilier en droit OHADA* », *Penant*, n°898, pp. 37-65

⁶⁴ Kamga J. (2012), « *L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États Parties* », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 5, p. 56.

⁶⁵ Douglas Fotso E. (2014), *OHADA Recueil de jurisprudence de la CCJA*, Legiafrica, 513 p.

⁶⁶ Douglas Fotso E. (2022), *Droit des affaires en Afrique- Recueil de jurisprudence 2021*, Legiafrica, 594 p.

⁶⁷ <https://www.ohada.com/>, site consulté le 13.01.2023.

⁶⁸ Kamga J. (2012), « *L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États Parties* », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 5, p. 56.

⁶⁹ Garrier Cl. (2016), « *Financer l'entreprise dans l'espace OHADA. Quelques idées pour le développement des États africains* », L' Harmattan, p.124.

⁷⁰ Gatsi J. (2010), « *Le droit OHADA et la lutte contre la pauvreté en Afrique* », *Revue Droit & Affaires*, n° 8, p. 12.

contrats d'affaires dans un pays membre de l'OHADA peut, grâce à un simple jeu de clic, accéder aux sources juridiques dont il a besoin et ce, en version officielle »⁷¹.

Au travers de cette innovation numérique de la documentation du droit des affaires OHADA, c'est l'occasion de mettre en évidence le rôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) qui participe au besoin de l'entreprise d'accessibilité à un environnement juridique de haute qualité⁷². La CCJA qui est chargée du contentieux né de l'application des actes uniformes de l'OHADA poursuit la mission unificatrice du droit des affaires. La CCJA travaille à l'aune de l'environnement de l'entreprise pour la prévisibilité et de la certitude du droit des affaires OHADA⁷³.

En effet, la CCJA est une juridiction internationale représentant la juridiction suprême de l'OHADA dont la compétence est de rendre des avis et de juger les recours formés contre les décisions judiciaires nationales⁷⁴. Elle comporte également un fonctionnement original qui est d'être un centre international d'arbitrage dans son rôle d'administration des procédures d'arbitrages et de contrôle de conformité à l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage⁷⁵.

Conformément au traité de l'OHADA⁷⁶, la CCJA est un organe juridictionnel supra national chargé de l'interprétation et l'unification prétorienne du droit des affaires⁷⁷. De fait, la CCJA cumule trois principales fonctions juridictionnelle, consultative, et d'administration d'arbitrages⁷⁸. La CCJA travaille de manière indépendante et impartiale non seulement vis-à-vis

⁷¹ Kamga J. (2012), « L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États Parties », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 5, p. 56.

⁷² Foko A. (2014), « Le Cameroun, la Cour de justice de la CEMAC et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA », in *Le Cameroun et le droit international*, in *Le Cameroun et le droit international* Ss la dir. de Atangana J.-L., éd., A. Pedone, p. 213 et s.

⁷³ Sall A. (2023), *Un objet judiciaire non identifié : la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA in Singularités juridiques africaines. Ce que l'Afrique apporte au droit*, éd., Sénégal, L'Harmattan, p. 238.

⁷⁴ *op. cit.*, p. 248.

⁷⁵ Kenfack Douajni G. (2013), « L'arbitrage CCJA comme modèle pour l'élaboration d'un instrument universel en vue d'une meilleure circulation internationale des sentences », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, var. 5 ; Levoa Awona S. P. (2019), « La Cour commune de justice et d'arbitrage et l'effectivité du droit de l'OHADA », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, var. 6.

⁷⁶ Conformément à l'article 14 du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 créant l'OHADA, « La Cour commune de justice et d'arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions ».

⁷⁷ Saley Sidibe H. (2018), « L'intervention de l'avocat devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA », *Penant* n° 903, p. 139 ; Ndam I. (2014), « L'indépendance de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : Un nécessaire affermissement », *Penant* n° 888, p. 303 et s.

⁷⁸ Tchantchou H. (2009), « La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA », éd., Cameroun L'Harmattan, n°43 et s., p. 28 et s.

des Etats membres de l'OHADA mais aussi au regard de son devoir de neutralité sociale et politique des juges qui la composent⁷⁹.

L'impact de la CCJA sur la croissance de l'entreprise doit être appréhendé au regard de sa capacité à intégrer véritablement les entreprises africaines dans les échanges commerciaux internationaux. Le droit OHADA est bien armé pour faire face à ce défi parce qu'il a institué l'arbitrage international, mode alternatif de résolution des conflits très favorable aux échanges transfrontières⁸⁰.

Page | 323

L'idée du législateur OHADA est de lier des investissements étrangers avec le développement de l'entreprise dans un environnement mondialisé⁸¹. Par cette mesure, l'OHADA entend accroître les interconnexions entre les entreprises africaines et le commerce international en accordant une place privilégiée à la stipulation de convention d'arbitrage dans les litiges contractuels⁸².

Dans ce cadre, l'arbitrage repousse la logique des frontières de rattachement à la citoyenneté nationale des parties prenantes dans la mesure où il permet à tout entrepreneur individuel d'interagir, dans le cadre d'échanges contractuels, avec d'autres en leur permettant de soumettre leur différend à un arbitre indépendant⁸³. En d'autres termes, l'arbitrage peut être exercé par une partie qui a son domicile ou sa résidence même partiel dans un Etat membre ou un contrat exécuté ou à exécuter dans l'espace OHADA⁸⁴.

⁷⁹ Ndam I. (2014), « L'indépendance de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : Un nécessaire affermissement », *Penant* n° 888, p.309 et s.

⁸⁰ Amoussou-Guenou R. (1998), « *L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international* », *Les Petites affiches*, n°146, p. 8.

⁸¹ *op.cit.*

⁸² Traité OHADA, article 21 « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre ». L'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage a été adopté le 11 mars 1999 et paru au JO OHADA n° 08 du 15 mai 1999.

⁸³ Kenfack Douajni G. (2014), *L'arbitrage OHADA*, Presses de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, n° 116 et s., p. 35 et s.

⁸⁴ Aka N. (2017), « *Le système d'arbitrage de la CCJA OHADA* », in *L'arbitrage en matière commerciale et des investissements en Afrique*, Presses de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, n° 27 et s., p. 79 et s ; Pougoué P. G. (2000), « *Le système d'arbitrage de la CCJA* », in *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean Dupuy, Bruxelles, Bruylant, p. 132 et s.

Conclusion

Aux termes de cette analyse, il nous semble pertinent d'affirmer que le développement de l'entreprise occupe une place privilégiée dans le droit uniforme des affaires. Le rôle de l'OHADA est déterminant à plus d'un titre.

Page | 324

Le législateur OHADA a effectué une réactualisation du droit commercial général pour faciliter l'évolution des entreprises du secteur informel au secteur formel en produisant des mesures attractives et efficaces.

L'intégration de l'entreprise dans le secteur formel est encouragée en droit interne par un certain nombre de mesures très favorables à l'entrepreneur qui sont de nature fiscale, sociale et financière. La création de l'entreprise est réalisée par une formalité déclarative. La société acquiert la personnalité juridique à la date de son immatriculation.

Le droit OHADA codifie dans un livre vert un ensemble d'actes uniformes qui agit directement dans la vie de l'entreprise. Cette codification du droit des affaires africain a l'avantage de la clarté et de la prévisibilité dans un espace où coexistent et se superposent plusieurs règles juridiques.

Le droit uniforme des affaires ambitionne la participation des entreprises africaines dans un monde connecté aux échanges commerciaux au moyen d'un droit librement accessible aux investisseurs tant nationaux qu'étrangers. Ceux-ci peuvent consulter gratuitement la production normative du droit uniforme des affaires par voie dématérialisée pour investir dans l'espace OHADA.

Le législateur OHADA s'est doté des institutions juridiques et judiciaires qui participent à la construction d'une meilleure intelligibilité de l'environnement juridique de l'entreprise en l'occurrence l'uniformisation prétorienne du droit des affaires qui est de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Le droit à l'aune du numérique

The law in the digital light

Par :

TINWO FONKOUO Simplicie Emmanuel

Page | 325

Docteur/Ph.D. en Droit Privé et Sciences Criminelles

(Spécialité Droit des Affaires)

FSJP-Douala (Cameroun)

Résumé :

Le droit et le numérique entretiennent des relations symbiotiques. Ils évoluent dans un même écosystème et subissent de manière réciproque des influences. Ainsi, l'on peut constater que le numérique est encadré par le droit. Le droit en temps que norme qui régle la vie en société est au service du numérique. On peut avoir dans un espace juridique par exemple, la saisie de l'encadrement de e-commerce et certaines questions se rapportant au numérique par le droit. De plus, on observe également que les interactions entre le droit et le numérique se matérialisent à plusieurs niveaux. Le numérique se positionne au service du droit substantiel et du droit procédural. Le droit et le numérique sont ainsi liés dans la mesure où ils évoluent dans un même environnement.

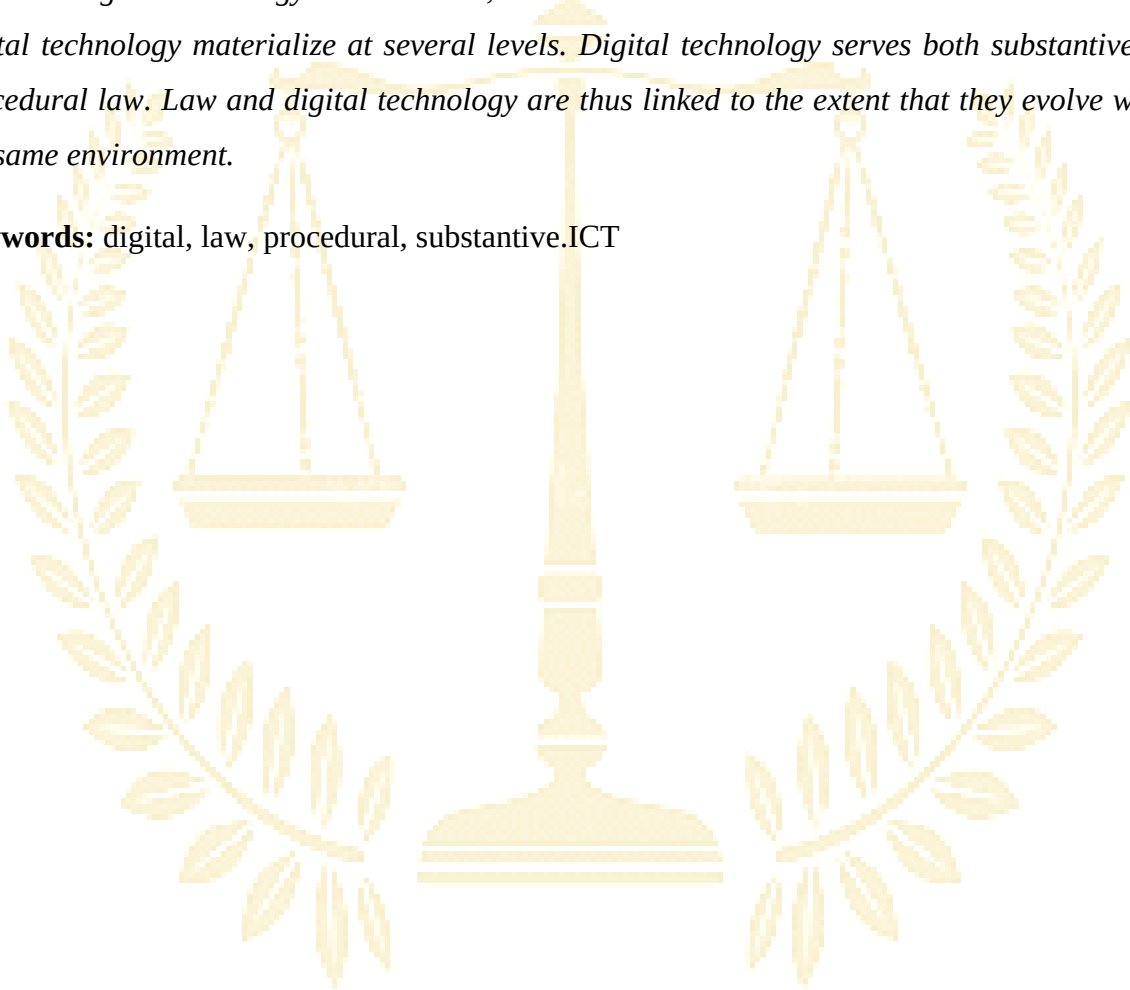
Mots-clés : numérique, droit, processuel, substantiel.TIC.

Abstract:

Law and digital technology maintain a symbiotic relationship. They evolve within the same ecosystem and are influenced by each other. This is how we can clearly see that digital technology is regulated by law. Thus, law, as the norms that regulate life in society, serves digital technology. In a legal space, for example, we can see the legal framework for e-commerce and certain issues related to digital technology. Furthermore, we can also observe that interactions between law and digital technology materialize at several levels. Digital technology serves both substantive and procedural law. Law and digital technology are thus linked to the extent that they evolve within the same environment.

Page | 326

Keywords: digital, law, procedural, substantive. ICT



Introduction

La fin du vingtième siècle est marquée par, un mouvement des progrès scientifiques et technologiques. Ces progrès scientifiques ont influencé la société toute entière. On a assisté à un bouleversement de la société sur le plan économique, politique et social. C'est ainsi que, les nouvelles technologiques de l'information et de la communication¹ ont vu le jour. C'est dans cette optique, que s'inscrit le thème objet de notre étude : « *le droit à l'aune du numérique* ».

Page | 327

L'appréhension de notre sujet passe par la définition des notions clés. Définir un concept consiste à donner le sens du mot qui le désigne, d'après les éléments qui le constituent². Selon le professeur DUBOUCHET Paul, la définition doit être claire et précise, puisqu'elle est une règle de droit³. Elle doit permettre, d'une part, de décrire la chose en soi et de distinguer cette chose d'autres choses avec lesquelles, elle pourrait être confondue d'autre part⁴. Dans cet optique voltaire affirme que « *si les hommes s'entendaient sur les mots qu'ils emploient, il n'y aurait peu de désaccord entre eux* »⁵. Les termes clés comme « *droit* » et « *numérique* » mérite qu'on leurs accordent une définition adéquate.

Le droit désigne un instrument qui permet aux gouvernants de dominer les gouvernés⁶. Il est aussi considéré comme une technique de lecture du monde. Les juristes donnent les noms aux entités et les classent régulièrement par catégorie⁷. Toutefois, les Anglo-Saxonnes considèrent le droit comme la prédiction de ce que les tribunaux font. C'est le résultat de l'activité des juges au quotidien. D'ailleurs, selon le professeur OPPETIT Bruno « *le droit est la prédiction de ce que*

¹ MONEBOULOU MINKADA (H.M.), « Réflexion sur le droit pénal cybernétique : d'un modèle national pour un droit pénal mondial », *Revue de l'association française des Docteurs en Droit*, n°49, Octobre, 2023, pp.10-68. GAUDEMET (J.), *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, Paris, 2006, pp.12 et s. AMORO (R.), *L'upérisation des professions du droit face à l'essor de la Legal Tech*, Dalloz, Paris, 2017, pp.12 et s.

² BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit, Méthode du droit*, Dalloz, Paris, 2012, p.229.

³ DUBOUCHET (P.), *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, L'hermès, Paris, 1994, p.85.

⁴ GRUA (F.), *Méthodes des études de droit, Conseils sur la dissertation et le commentaire*, Dalloz, Paris, 2006, p.28. TERRE (D.), *Les questions morales du droit*, PUF., Paris, 2007, pp.12-90.

⁵ VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs*, Cité par TINWO FONKOUO (S.), *Le concordat des petites entreprises en droit OHADA*, Thèse de Doctorat / Ph.D., université de Douala, 2024, p.4.

⁶ OLINGA (A.D.), *Qu'est-ce qu'être juriste ? : éléments pour une dogmatique*, Edition clé, Yaoundé, 2013, 132p. KOUAM (S.P.), « La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique) », *les cahiers de droit*, vol.55, n°4, 2014, pp.877-922. RIPPET (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ., Paris, 1955, pp.12- 167.

⁷ MONEBOULOU (H.M.), « Justice idéale et justice juridique : plaidoyer pour une justice juridique légitime », *Annales Africaines Nouvelles séries*, Faculté des sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheik Anta Diop, Vol.2, n°5, 2016, p.232.

feront les tribunaux »⁸. Le professeur MAGNON Xavier considère le droit « *comme regroupant un ensemble de normes organisé au sein d'un ordre juridique* »⁹. Le juge est ainsi la source du droit. Par ailleurs, les romano-germaniques pensent que le droit est un ensemble des règles codifiées qui régissent la vie en société¹⁰. C'est le législateur qui fixe le droit. Dans le cadre cette étude, le droit doit être compris comme un ensemble de textes législatifs et les décisions de justice.

Le numérique en revanche, renvoie aux technologies de l'information et de la communication¹¹, autres techniques utilisées dans le traitement et la transformation des informations. C'est-à-dire, « *l'ensemble des moyens destinés à coder, traiter, transmettre et stocker les informations sous forme numérique, grâce à l'utilisation de l'informatique et des réseaux de télécommunication* »¹². Il s'agit de l'internet, de l'informatique, des télécommunications¹³. On parle de plus en plus de l'économie numérique. Les secteurs d'activités économiques relatifs au numérique sont les secteurs de production, vente de biens et services, contenus numériques¹⁴, réseaux informatiques. Le numérique est source de création de richesse et d'emploi. C'est un secteur de l'innovation rapide. Le développement des start-up, cardiopad, nouvelles applications

⁸ OPPETIT (B.), *Philosophie du droit* Dalloz, Paris, 1999, p.68.

⁹ MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Paris, 2008, p.30.

¹⁰ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2017, pp.12 et s. RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ., Paris, 1955, op.cit., 71-123. GAUDEMET (J.), *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science du droit*, Montchrestien, Paris, 2006, pp.23 et s. BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1985, pp.12 et s. ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, Paris, 1946, pp.67 et s. TERRE (D.), *Les questions morales du droit*, PUF., Paris, 2007, pp.34 et s. GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, PUF., Paris, 2000, pp.89 et s. RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ., Paris, 1955, op.cit., pp.12 et s.

¹¹ CHARPENEL (Y.), *Cybercriminalité, défi mondial et réponses*, Economica, Bruxelles, 2007, pp.12 et s. CADOUX (V.L.), « Informatique et liberté, en 1997, où allons-nous ? Eléments de perspectives », *Gaz. Pal.*, 1997, pp.645 et s. MOREAU (N.), *La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits*, Thèse, Paris, 2003, pp.5-231. PIATTI (M.C.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information*, PUL., Paris, 2001, pp.17 et s. SILEM (A.) et GENTIER (A.), *Lexique d'économie*, Dalloz, Paris, pp.12 et s.

¹² SILEM (A.) et GENTIER (A.), *Lexique d'économie*, Dalloz, Paris, 2016, op.cit., pp.40 et s.

¹³ BOULAICH BAYSSA (F.Z.), *Les prestations financières en ligne*, Thèse, Paris, 2002, pp.12-234. DIMITRIOU (Ph.), *L'application du droit de la cryptologie en matière de sécurisation des réseaux informatiques*, Mémoire DEA, Paris, 2002, pp.12-78. AOUM (C.), *L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes*, Thèse, Paris, 2006, pp.12-231. BAYE SAMBA (D.), *La régulation des télécommunications au Sénégal*, Thèse, Dakar, 2012, pp.23-158. EYANGO DJOMBI (A.D.), « La protection des données à caractère personnel de l'internaute en Droit Camerounais », *Revue Juridique et Politique*, n°3, 2014, pp.350-389.

¹⁴ Le contenu numérique désigne des produits tels que les vidéos, la musique, les logiciels et la retransmission de manifestations sportives en direct. Des problèmes peuvent résulter de l'achat en ligne de ces produits tels qu'un morceau de musique téléchargé que l'on ne peut pas parvenir à écouter sur son propre appareil, ou alors un logiciel qui arrête subitement de fonctionner après son acquisition. Lire DOUEIHI (M.), *Qu'est ce que le numérique ?*, PUF., Paris, 2013, pp.12 et s.

sont des parfaites illustrations. On assiste également à certains services publics via internet, paiements de certaines prestations publiques.

L'étude que nous entendons mener à pour objectif de rendre compte des spécificités des relations que le droit entretient avec le numérique. Le cadre géographique de notre étude est l'espace Africain et bien d'autres. A la lumière des développements ci-dessus, une question est susceptible d'être posée pour conduire notre analyse : quel rapport peut-on établir entre le droit et le numérique ?

Page | 329

La réalisation d'une recherche passe nécessairement par la définition de l'hypothèse¹⁵. Elle permet de sélectionner les éléments à prendre en compte, de les interpréter de leur donner un sens pour faciliter la compréhension et l'engagement d'une lutte. La présente étude s'inscrit dans cette démarche. L'hypothèse retenue dans le cadre, de cette étude postule pour la relation d'influence que, le droit entretient avec le numérique. La démarche méthodologique de cette étude n'est pas négligeable.

La professeure Madeleine GRAWITZ estime que, la méthode est ce « *moyen de parvenir à un aspect de la vérité, de répondre plus particulièrement à la question du « comment* »¹⁶ ». C'est ainsi que, nous allons mobiliser dans le cadre de cette étude deux méthodes juridiques. Le positivisme normatif et le positivisme sociologique vont constituer le talon d'Achille de cette étude. Le positivisme normatif doit consister à exploiter les textes, dans leur diversité et à restituer par le biais de l'exégèse du droit en la matière. Par contre, le positivisme sociologique doit nous permettre de confronter, la règle de droit au fait.

La présente étude n'est pas dénuée d'intérêt. Elle est évidemment porteuse d'intérêt sur le plan théorique et sur le plan pratique. Sur le plan théorique, Cette étude permet d'analyser la transformation numérique¹⁷ du monde du droit. Sur le plan pratique, une telle étude permet de mettre en exergue les nouvelles technologies de l'information et de la communication et ses conséquences sur la société¹⁸.

¹⁵ JALLARDON (E.), ROUSSILLON (D.), *Outils pour la recherche juridique, méthodologie de la thèse de doctorat et du mémoire en droit*, éd., des archives contemporaines, Paris, p.104

¹⁶ GRAWITZ (M.), *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, Paris, 2001, p.419. , cité par TINWO FONKOUO (S.E.), *Le concordat des petites entreprises en droit OHADA*, Thèse de Doctorat / Ph.D., Université de Douala, 2024, p.37.

¹⁷ RIPPET (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ., Paris, op.cit., pp.71 et s.

¹⁸ CESSARD (B.), *La transformation numérique du monde de droit*, Thèse, Paris, 2020, pp.2-124. GATSI (J.), « Problèmes juridiques du commerce électronique », *In Annale de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de*

La démonstration de la relation que le droit entretient avec le numérique ainsi, doit être illustrée à partir d'un plan dialectique. L'encadrement du numérique par le droit¹⁹ (I) doit s'achever par le numérique qui intègre le droit (II.).

I- LE NUMERIQUE ENCADRE PAR LE DROIT

Page | 330

Le numérique avec le développement des TIC s'applique désormais à tous les domaines de la vie²⁰. Cette intervention présente des conséquences au regard de la règle de droit existant²¹. C'est pour cette raison que le professeur CATALA Pierre estime que, « *l'informatique, comme le droit, infiltre tous les capillaires de la vie sociale. Mais leurs réseaux de diffusion ne sont séparés comme ceux de la lymphe et du sang. Bien au contraire, l'informatique et le droit se mêlent chaque jour davantage dans des canaux communs. La première paraît désormais vouée à susciter de nouvelles règles dans toutes les branches du second(...)* »²². Le droit encadre les activités économiques numériques²³. Il encadre également les activités professionnelles qui se développent grâce à l'essor du numérique²⁴. Ainsi, les services créés par les données publiques et privées sont encadrés par le droit²⁵. On assiste à l'automatisation des contrats et le suivi des obligations les concernant²⁶.

La documentation juridique reste alors enrichie et interconnectée²⁷. Le télétravail, les formations en ligne, les activités et services juridiques en lignes sont encadrés par le droit²⁸. Le

l'Université de Douala, n°1, Janvier-Juin, 2002, pp.371 et s. GRUSON (D.), *Droit et pratique du service public à l'ère de l'intelligence artificielle*, éd., Berger-Levrailt, Paris, 2019, pp.89 et s.

¹⁹ LARRIEU (J.), LE STANC (C.), TREFIGNY (P.), *Droit du numérique*, LGDJ., Paris, 2016, pp.2141 et s.

²⁰ CREUX-TOMAS (F.), *Web sémantique : la recherche intelligente*, JCP., Paris, pp.606 et s.

²¹ BENSOUSSAN (A.), *Plaidoyer pour un droit des robots : de la « personne morale » à la « personne robot »*, LJA., Paris, 2013, n°1134. LECLERCQ (J.), *Les représentations informatiques des connaissances juridiques : l'expérience française*, Thèse, Paris, 1999, pp.14-245. LEMOINE (P.), *Une révolution sans les Français ? : Action citoyenne et transformation à l'âge du numérique*, éd., l'aube, 2018, pp.90 et s.

²² CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF., Paris, 1998, pp.12 et s.

²³ . TINWO FONKOUO (S.E.), *Le concordat des petites entreprises en droit OHADA*, Thèse de Doctorat /Ph.D, Université de Douala, 2024, 123-231. POINAS (E.), *Le tribunal des algorithmes : juger à l'ère des nouvelles technologies*, Berger-Levrailt, Paris, 2019, pp.90 et s.

²⁴ QUENILLET (M.), *Droit et intelligence artificielle : Mythes limites et réalités*, LPA., Paris, 1994, pp.23 et s.

²⁵ LOISEAU (G.) et BOURGEOIS (M.), *Du robot en droit à un droit des robots*, JCPG., Paris, 2014, pp.1232 et s. ZEINABOU ABDU (G.), « La vente électronique dans les espaces UEMOA, CEDEAO et OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n°4, Septembre 2014, pp.14 et s.

²⁶ BOUTEILLE-BRIGANT (M.), *Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique du troisième type et avènement d'un « transjuridisme »*, LPA., Paris, 2018, pp.7 et s.

²⁷ GINESTIE (P.), *La robotisation des contrats-par les juristes eux-mêmes-sera leur prochain eldorado*, Dalloz, Paris, pp.7 et s. GARPON (A.) et LASSEGUE (J.), *Justice digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF., Paris, 2018, pp.21-126.

²⁸ BOUHAHAI (N.), SALEH (I.) et HACHOUR (H.), *Les frontières du numérique*, Harmattan, Paris, 2014, pp.8-123. CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF., Paris, 1998, pp.13-87.

professeur BERGEL Jean Louis souligne alors que : « *l'apparition et développement des nouvelles technologies de communication peuvent constituer un nouvel instrument de progrès de la connaissance du droit, à condition également d'en garantir la qualité et la fiabilité et d'en discipliner l'usage, internet, le « réseau des réseaux », permet, grâce à la convergence de l'informatique, de l'audiovisuel et des télécommunications, d'accéder à toutes les informations juridiques de toutes natures* »²⁹. Le droit assure aussi la lutte contre les activités criminelles liées à l'utilisation des nouvelles, technologies de l'information et de la communication³⁰. La cybercriminalité et la cyber sécurité sont des exemples palpables³¹. Cela se traduit par la protection de la vie privée et la protection des données personnelles³². Dès lors, l'encadrement du e-commerce (A) et d'autres questions sur le numérique³³ sont saisies par le droit (B.) matérialisant ainsi l'encadrement du numérique par le droit.

A- L'encadrement du e-commerce

Le droit en tant que matière s'inscrit dans un ensemble plus large, qu'est celui des sciences humaines et sociales³⁴. Une société se construit sur un conglomerat de normes et de règles juridiques³⁵. Ce qui permet de parvenir à un équilibre social³⁶. Pour cela, la place de l'être humain est essentielle. Il crée et se soumet à son propre droit, dans le but de parvenir à la meilleure organisation de la vie en société³⁷. La loi vient ainsi encadrer toute pratique naissante, afin de l'adapter aux évolutions des mœurs de la société³⁸. On peut parler de transition juridique. La relation entre le droit et le numérique est symbiotique³⁹. Le droit régleme les pratiques et la technique. Le numérique améliore le fonctionnement du droit, par le phénomène dit de la

²⁹ BERGEL (J.L.), *Théorie Générale du droit*, Dalloz, Paris, 2004, p.73. GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, PUF., Paris, 2000, pp.1- 90. GAUDEMET (J.), *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au droit au service du droit*, Montchrestien, Paris, 2006, pp.9-90 ;

³⁰ HARDOUIN (S.), *La transformation du numérique au service de la justice*, JCPG., Paris, 2018, pp.90 et s.

³¹ SAUVE (J.M.), *Le numérique et la justice administrative*, in TRASSOUDAIN (F.) et DARDAYROL (J.P.), *Les métiers du droit au défi du numérique, Les annales des mines*, coll., Enjeux numériques, Paris, pp.44 et s.

³² BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2004, p.71.

³³ MANZANARES (H.) et NECTOUX (Ph.), *L'informatique au service du juriste*, Litec, Paris, 1987, pp.129 et s. AWAH AMBE (H.), *The protection of users of electronic banking within the CEMAC Zone ; the case of Cameroun*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2017, pp.12 -89.

³⁴ MAGNON (F.), *Théorie du droit*, Ellipses, Paris, 2008, pp.5-156.

³⁵ BERGEL (J.L.), *Op.cit.*, pp. 123 et s.

³⁶ LEVY-BRUHL (H.), *Aspect sociologique du droit*, LGDJ., Paris, 1955, pp.33 et s.

³⁷ ROBIER (P.), *Théorie générale du droit*, LGDJ., Paris, 1951, pp.12 et s.

³⁸ DELNOY (P.), *Initiation aux méthodes d'application du droit*, Presse de liège, Paris, pp.12-143.

³⁹ CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF., Paris, 1998, op ., cit., pp.89 et s.

transformation numérique⁴⁰. Le commerce électronique fait une parfaite illustration⁴¹. Le commerce électronique se fait en général par des contrats de vente. C'est pour cette raison qu'un auteur estime que « *le contrat est la technique privilégiée de tout échange économique, la rencontre du contrat et du commerce étant inévitable* »⁴². Dès lors, le commerce électronique est fortement encadré par le droit à travers les communications électroniques ⁴³(1.) et les activités bancaires électroniques(2).

1- L'encadrement à travers les communications électroniques.

Le commerce électronique revoie à la vente en ligne⁴⁴. C'est une activité qui s'achève par un paiement électronique⁴⁵. Le paiement se fait avec utilisation ou non, d'internet et des services en lignes⁴⁶. Les sites de téléchargement sont gratuits ou non. C'est ainsi que, cette activité pose des problèmes juridiques que le droit se doit de résoudre. Il s'agit du problème de la formation du contrat et la preuve de contrat⁴⁷. Le droit règle ainsi les règles applicables aux entreprises de commerce électroniques⁴⁸. Il a l'obligation de gérer et adapter les règles classiques à ces activités nouvelles et aux entreprises telles qu'e-entreprise et e- entrepreneur. Le droit règle également les notions de fond de commerce électronique⁴⁹, la reconnaissance, la protection du nom commercial, des bases de données à caractères personnelles. C'est dans cette optique qu'un auteur relève que : « *les TIC engendrent « des agents intelligents » capables d'affronter les aléas, la complexité, les nouveautés* »⁵⁰.

⁴⁰ CHOURAOUL (A.), *L'informatique au service du droit*, PUF., Paris, 1974, pp.45-234.

⁴¹ ZENABOU ABDU (G.M.), « La vente électronique dans l'espace OHADA », In *Revue de l'Ersuma*, n°4, Septembre, 2014, pp.25 et s. DEBET (A.), *L'encadrement juridique du commerce électronique, réflexions sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2011, pp.129 et s. GANASCIA (J.G.), *Le mythe de la singularité : Faut-il craindre l'intelligence artificielle ?*, éd., Seuil, Paris, pp.34 et s.

⁴² DIFFO TCHUENKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique : L'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, Harmattan, Paris, p.67.

⁴³ LINANT DE BELLEFONDS (X.), *L'informatique et le droit*, PUF., Paris, 1981, pp.87 et s.

⁴⁴ MOYO FOPA (E.A.), « L'apport du numérique à la gouvernance des sociétés commerciales », *Revue du droit économique*, *Le Nemro*, n°22, Octobre-Décembre, 2021, pp.112-145. TINWO FONKOUO (S.E.), *Le concordat des petites entreprises en droit OHADA*, Thèse de Doctorat /Ph.D., Université de Douala, 2024, pp.123-231.

⁴⁵ CATALA (P.), « Le formalisme et les nouvelles technologies », in *Le formalisme, Journée Jacques FLOUR (organisée par l'Association Henri Capitant)*, Défrois, Paris, 2000, pp.16 et s.

⁴⁶ JULIENNE (M.), *Pratique notariale et numérique : état des lieux*, Dalloz, Paris, 2019, pp.98 et s.

⁴⁷ BELLANGER (P.), *La souveraineté numérique*, Stock, Paris, 2014, pp.12-212.

⁴⁸ DEFFAINS (B.), *Le monde du droit face à la transformation du numérique*, LGDJ., Paris, 2019, pp.43-132.

⁴⁹ CHADUTEAU (O.), *La direction des affaires juridiques de demain : Vers un nouveau paradigme du droit dans l'entreprise*, LGDJ., Paris, 2014, pp.12-145. NJIDOU NCHARE (I.Z.), *La notion de fonds de commerce électronique à l'épreuve du droit OHADA*, Mémoire Master, Université de Dschang, 2016, pp.6-78.

⁵⁰ ROCHE (L.) et CHATELAIN (Y.), « L'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur les hommes et les femmes », *Humanisme et entreprise*, n°242, Août, 2000, p.98.

Le droit également règle le statut des différents intervenants. Il s'agit des problèmes d'interconnexion, interopérabilité⁵¹. C'est ainsi que, l'ART⁵² et le MINPOSTEL⁵³ jouent un rôle prépondérant, dans la protection du consommateur et le problème de portabilité des numéros au Cameroun par exemple. Les conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux de fournitures des services de communications sont réglées par le droit⁵⁴. Le droit interagit avec le numérique à travers le commerce électronique⁵⁵. On assiste également à l'encadrement du commerce électronique par le droit, à travers les activités bancaires numériques.

2- L'encadrement à travers les activités bancaires numériques.

Le droit encadre le commerce électronique⁵⁶ à travers les activités bancaires électroniques. Les monnaies électroniques⁵⁷ ont vu le jour. On assiste à des nouveaux modes de paiement électronique⁵⁸. Le paiement des primes d'assurance, des titres de transport, se font de manière électronique. Les divers abonnement, le transfert des fonds, le mobile money ou money électronique font l'objet d'un encadrement par le droit. Le droit appréhende ces outils afin de réguler leurs activités⁵⁹. Le paiement du fruit du commerce électronique se fait par voie électronique. Le droit ne peut se laisser en marge de cela. C'est ainsi que, le professeur BERGEL Jean Louis estime que « *l'ordinateur n'est pas un rival de l'homme. Il n'est qu'un instrument qui devient indispensable* »⁶⁰. Il intervient pour régler les problèmes juridiques que ces outils peuvent

⁵¹ GANASCIA (J.G.), *Le mythe de la singularité : faut-il craindre l'intelligence artificielle ?*, Seuil, Paris, 2017, pp.90 et s. DIFFO TCHUENKAM (J.), « Le contrat selon la loi camerounaise du 21 décembre 2010 sur le commerce électronique », *Juridis Périodique*, n°97, Juillet-Août-septembre, 2011, pp.76-87.

⁵² ART est défini comme l'Agence de Régulation des Télécommunications.

⁵³ MINPOSTEL est défini comme Ministère de Poste et Télécommunication.

⁵⁴ GARAPON (A.) et LASSEGUE (J.), *Justice digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF., Paris, 2018, pp.12-143. DJEO JIPPA, *Le contrat électronique et protection du consommateur*, Mémoire Master, Université de Dschang, 2015, pp.12-89. DE FILIPPI (P.), *Block Chain et crypto monnaies*, PUF., Paris, 2018, pp.10-78. CHIGNARD (S.), *Open data, comprendre l'ouverture des données publiques*, éd., Fyp, Paris, 2012, pp.12 et s.

⁵⁵ LECLERCQ (J.), *Les représentations informatiques des connaissances juridiques : l'expérience française*, Thèse, Paris, 1999, pp.89-213. DOUVILLE(T.), *L'émergence d'un droit commun de la cyber sécurité*, Dalloz, Paris, 2017, pp.235 et s. CASSART (A.), *Le droit des Machins Tech (FinTech, LegalTech, Medtch)*, Lancier, Paris, 2018, pp.12 et s.

⁵⁶ DULONG DE ROSNAY (M.), *La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux, Régularisation juridique et régularisation technique*, Thèse, Paris, 2007, pp.23-321. BOULAICH BAYSSA (F.Z.), *Les prestations financières en ligne*, Thèse, Paris, 2012, 423p

⁵⁷ La monnaie électronique désigne une monnaie émise et stockée sous une forme immatérielle, électronique ou magnétique, permettant de réaliser des paiements.

⁵⁸ DEFFAINS (B.), *Les enjeux de la transformation numérique du droit*, JCPG, Paris, 2018, pp.12 et s.

⁵⁹ BOUTEILLE-BRIGANT (M.), *Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique du troisième type et avènement d'un « transjuridisme »*, LPA, Paris, 2018, pp.7 et s.

⁶⁰ BERGEL (J.L.), *Théorie générale de droit*, Dalloz, Paris, 2004, p.72.

engendrer à l'endroit des sujets de droit⁶¹. Il faut en outre noter quelques questions relatives aux numériques saisies par le droit.

B- Le numérique appréhender par le droit

Le droit⁶² est le talon d'Achille du numérique. Il est au service des activités du numérique. Il fait la veille sur le numérique. Il dicte la conduite à tenir au numérique. Il se rassure par exemple que les bonnes mœurs et l'ordre public sont respectés⁶³. Toutefois, on peut observer le bouleversement des professions judiciaires, juridiques et assimilées par la transformation du numérique⁶⁴. Le monde du droit est influencé par le numérique. On peut noter le numérique de la justice et son impact sur les avocats et les magistrats⁶⁵. Par ailleurs, le professeur DOUVILLE Thibault pense que, le « *droit des données à caractère personnel est un droit original qu'il est indispensable de connaître et de maîtriser car le fonctionnement de notre société repose aujourd'hui sur des traitements de données à caractère personnel* »⁶⁶. On assiste à la simplification des procédures et l'accessibilité pour le justiciable. Le droit également saisit les questions relative au numérique⁶⁷ à travers le statut des acteurs du Web (1.) et le statut des biens immatériels (2.).

Page | 334

1- Le statut des acteurs du Web

Le site web est un ensemble des pages web reliées entre elles. Elles partagent un nom du domaine. Chaque page d'un site fournit des liens explicites, qui permettent à l'utilisateur de naviguer entre les pages du site web. Pour atteindre un site web, on doit par exemple saisir le nom du domaine, dans la barre d'adresse du navigateur. Le navigateur affiche la page principale ou la page d'accueil du site web. Par contre, le serveur web est un ordinateur hébergeant plusieurs sites web. Quand un utilisateur effectue une demande, le serveur web transmet la page web au site web

⁶¹ CATTÀ (E.) et TAUZIAC (V.), *L'utilisation de l'outil informatique : l'exemple du CGCT*, RFAP., Paris, 1997, pp.276 et s. BOUHAHAI (N.), SALEH (I.) et HACHOUR (H.), *Les frontières du numérique*, Harmattan, Paris, 2014, pp.12 et s. BELLANGER (P.), *La souveraineté numérique*, Stock, Paris, 2014, pp.23-89.

⁶² CREUX-THOMAS (F.), *Web sémantique : la recherche de l'intelligence*, JCPG., Paris, 2011, pp.606 et s.

⁶³ HARDOUIN (S.), *La transformation numérique au service de la justice*, JCPG., Paris, 2018, pp.12 et s.

⁶⁴ JULIENNE (M.), *Pratique notariale et numérique : état des lieux*, Dalloz, Paris, 2019, pp.9 -120.

⁶⁵ LARRIERE (S.), *Confier le droit à l'intelligence artificielle, le droit dans le mur ?*, RLDI., Paris, 2017, pp.12 et s. GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.), MPRLET-HAIDARA (L.), *Droits des activités numériques*, Dalloz, Paris, 2013, pp.12-78. LEPAGE (A.), « Internet un nouvel espace de délinquance », AJ Pénal, Juin, 2005, pp.217 et s. CLUZEL-METAYER (L.), *Elément du droit public numérique*, Harmattan, Paris, 2023, pp.90 et s.

⁶⁶ DOUVILLE (T.), *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ., Paris, 2023, 683p.

⁶⁷ DERLANGE (S.), et ERRERA (A.), « L'essor des télé-procédures judiciaires en France et à l'étranger : vers la justice de demain », *Revue de la semaine juridique*, pp.51 et s.

qui est hébergé, dans le navigateur de l'utilisateur. Aussi, le moteur de recherche a cette particularité qu'elle aide les utilisateurs à trouver les pages web, d'autres sites web. Par contre, les acteurs web renvoient aux fournisseurs d'accès à internet, aux fournisseurs de contenu et des applications, aux hébergeurs.

Les plates formes numériques représentent ainsi de nos jours une part significative de l'économie mondiale⁶⁸. C'est ainsi qu'on assiste à des exemples comme Google, Amazon, Facebook, Apple qui domine plusieurs secteurs⁶⁹. Ces géants du numérique méritent un encadrement par le droit. C'est pour cette raison que, le droit intervient pour réguler leur activité. Ces géants du numérique⁷⁰ contrôlent les données personnel et nos interactions en ligne. Ils sont soumis au droit des pratiques concurrentielles. Le droit intervient également pour encadrer cette activité du numérique⁷¹. Le droit trouve un équilibre entre la régulation et la liberté, entre la protection des consommateurs et la promotion de l'innovation⁷². Le droit se saisie ainsi des fournisseurs d'accès réseaux, des hébergeurs des sites, des annonceurs⁷³. Le droit encadre en outre le statut des biens immatériels.

2- Le Statut des biens immatériels

Les biens immatériels⁷⁴ renvoient aux biens qui ne sont pas tangibles. C'est-à-dire, qui ne peuvent pas être touchés comme des biens physiques. Les données informatiques, les fichiers, les

⁶⁸ GUILLERMINET (C.), « L'impact du numérique sur les procédures fiscales », *Revue française de finances publiques*, pp.54-71. PIETTE-COUDOL (T.), *Le numérique au service du droit OHADA et les Etats parties*, LGDJ., Paris, 2009, 1036p. LEMAIRE (V.), *Le droit public numérique à travers ses concepts : émergence et transformation d'une terminologie juridique*, Thèse, Paris, 2019, pp.10-231.

⁶⁹ BELLANGER (P.), *La souveraineté numérique*, Stock, Paris, 2014, pp.62-157.

⁷⁰ EBERLE-SINITRA et VITALI ROSATI (M.), *Pratiques de l'édition numérique*, Les Presses de l'université de Montréal, Montréal, 2014, pp.64-145.

⁷¹ AYEWOUCANDAN (A.), *Le droit de contrat à travers internet*, Primento, Paris, 2013, pp.17 et s.

⁷² SUPIOT (A.), *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005, pp.186 et s.

⁷³ L'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 24 septembre 2024 fait une parfaite illustration. En espèce, une société luxembourgeoise (Fathi), avait mis en ligne un site dédié aux démarches liées à l'obtention sur internet de certificats d'immatriculation de véhicules automobiles auprès des services de l'Etat français, site accessible depuis le nom de domaine « cartegrisefrance.fr. ». La société Fathi, avait en outre souscrit à l'offre de référencement payant proposée par Google Ireland afin de doper son audience et de rapatrier un grand nombre d'internautes sur ces pages. Ce contrat d'abonnement avait été souscrit en 2013. Juridique, la société Fathi était opérateur client et la société Google Ireland, commercialisant des écarts publicitaires sur son moteur de recherche dominant le marché de la publicité en ligne, agissant en qualité d'hébergeur des données. L'inter prestation judiciaire de la directive 2000/31/CE relative au commerce électronique, transposée en droit interne par la loi LCEN du 21 Juin 2004, a qualifié le rôle du Google d'hébergeur de données lui conférant alors automatiquement le bénéfice de la responsabilité allégée prévue par la directive.

⁷⁴ ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1999, pp. 79-167. CLUZEL-METAYER (L.), *Elément du droit public numérique*, Harmattan, Paris, 2023, pp.25 et s. THOMAS-SERTILLANCES (J.B.), « Droit et technologies : concilier l'inconciliable ? Réflexions épistémologiques pour un droit des libertés technologiques », *Les cahiers du numérique*, Vol.,10, 2014, pp.17-

mémoires informatiques, les morceaux des musiques, les photos sont des exemples des biens immatériels⁷⁵. Dans un monde fortement numérique⁷⁶, les biens immatériels jouent un rôle de plus en plus important dans l'économie. Tout contenu peut être enregistré sur internet⁷⁷ et considéré comme un bien immatériel. Pour la Professeure LEQUETTE Suzanne, « *le numérique marque une rupture technologique qui, bien que souvent rapprochée des précédentes révolutions industrielles, opère un bouleversement beaucoup plus profond de notre monde. Il agit sur l'organisation économique et sociale dans toutes ses facettes et porte son empreinte sur l'ensemble des branches du droit* ».

Le droit se saisit des biens immatériels. Il organise son statut sur le plan numérique⁷⁸. Cela se matérialise à travers le contrôle des logiciels, les programmes des ordinateurs et les questions des droits d'auteur⁷⁹. Les différents contrats électroniques sont encadrés par le droit⁸⁰. Le droit de la concurrence constitue le socle de régulation des biens immatériels que possède le numérique. En revanche, le numérique⁸¹ intègre également le droit. Ainsi, le droit fait l'objet d'intégration par le numérique⁸².

II- LE NUMERIQUE INTEGRE LE DROIT

Les points de contact entre le droit et les procès informatiques⁸³ sont innombrables. Le numérique se trouve en collaboration, en concurrence et de soumission avec le droit⁸⁴. Le

40.BARRAUD (B.), « Le droit en datas : comment l'intelligence artificielle redessine le monde juridique », *Revue Lamy, Droit de l'immatériel*, 2019, n°164, pp.49-54.

⁷⁵ PIERRE-COUDOL (T.), *Les objets connectés : sécurité juridique et technique*, Lexis Nexis, Paris, 2015, pp.11 et s. LARRIEU (J.), LE STANC (C.), TREFIGNY (P.), *Droit du numérique août 2011-août 2012*, Dalloz, Paris, 2013, pp.23 et s.

⁷⁶ MARREC (A.), *La gestion des nouvelles organisations virtuelles : un sport extrême*, Presses universitaires de Laval, Canada, 2005, pp.148 et s. BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), *Travail et changements technologiques : de la civilisation de l'usine à celle du numérique*, éd., Odile Jacob, Paris, 2021, pp.45 et s.

⁷⁷ LAURENT-KOGAN (A.F.S.) et METZGER (J.L.), *Où va le travail à l'ère du numérique*, Presses des Mines, Paris, 2013, pp.90 et s. BARRAUD (B.), « Le droit en datas : comment l'intelligence artificielle redessine le monde juridique », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2019, n°164, pp.49-54.

⁷⁸ BABINET (G.), *Pour un NEW Deal Numérique*, Institut Montaigne, Paris, 2013, pp.26 et s. KABRE (W.D.), *La conclusion des contrats électroniques : études de droits africains et européens*, Harmattan, Yaoundé, 2013, 584p. DEBELLEFONS (X.L.), *Le droit du commerce électronique*, PUF., Paris, 2005, 128p.

⁷⁹ TEYSSIE (B.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012, pp.56 - 124. BARBIN (E.), « Le contrôle juridictionnel de l'outil numérique d'aide à la décision administrative », *Revue française de droit administratif*, 2021, pp.491 et s.

⁸⁰ LAURRIEU (J.), *Droit de l'internet*, Ellipses, Paris, 2010, pp.3 et s.

⁸¹ ISSAAC (H.), *La question du travail à l'ère digitale, Renaissance numérique*, LGDJ., Paris, 2016, pp.7 et s.

⁸² METAYER (D.L.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.32-124.

⁸³ FERAL-SCHUHL (C.), *Cyber droit le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, Paris, 2010, pp.275 et s.

⁸⁴ MATTATIAV (F.) et BOBANT (A.), *Internet et les réseaux sociaux : que dit la loi ? Liberté d'expression, données personnelles, achats en ligne*, Internet au bureau, Eyrolles, Paris, 2015, pp.195 et s.

numérique manipule l'information et occupe une place importante sur le droit⁸⁵. C'est ainsi que, les notaires, les avocats, le juge, les huissiers peuvent trouver les informations juridiques via le numérique⁸⁶. Certains auteurs à l'instar de CATALA Pierre estiment que, les banques des données juridiques doivent « *influencer l'évolution du droit* »⁸⁷ en améliorant la qualité de leur source. Ainsi, on peut observer que le numérique⁸⁸ intègre le droit à travers le droit substantiel (A.) et le droit procédural (B.).

A- Le numérique au service du droit substantiel

Le droit⁸⁹ substantiel est l'ensemble des règles juridiques qui définissent les droits et obligations dans un système juridique donné. Il est différent du droit procédural. C'est à dire le droit⁹⁰ qui précise la manière dont les personnes peuvent faire valoir leurs droits. Il constitue l'ensemble des règles qui fixent la base des droits⁹¹ subjectifs. Le numérique intègre ainsi le droit substantiel par le biais du droit objectif (1.) et le droit subjectif (2.).

1- Le droit objectif

Le professeur BERGEL Jean Louis pense que, « *le droit objectif est l'ensemble des règles régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance public* »⁹². Le droit⁹³ objectif renvoie à l'ensemble des règles juridiques, s'appliquant à l'ensemble des individus visant à régir, leur comportement et assurer un ordre dans la société. Les droits⁹⁴ objectifs sont ainsi intrinsèquement liés au maintien de l'ordre public. Ils possèdent une fonction de régulation sociale. Le droit⁹⁵ est également vecteur de développement et de reconnaissance du numérique. En effet, pour le professeur ROUBIER Paul, « *le droit s'est proposé successivement plusieurs objectifs, il a cherché à saisir l'une après l'autre plusieurs « valeurs ».* Le droit s'est proposé successivement

⁸⁵ HUET (J.) et DREYER (E.), *Droit de la communication du numérique*, LGDJ., Paris, 2011, pp.12 -190 ;

⁸⁶ LARRIEU (J.), *Droit de réponse et la nouvelle technique de l'information*, N.E.L., Paris, 1974, pp.126 et s.

⁸⁷ CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF., Paris, 1998, 332p.

⁸⁸ RUANO-PHILIPPEAU (M.) et GUORION (P.A.), *Le droit de l'internet dans l'entreprise*, LGDJ., Paris, 2003, pp.12 et s. MENSAH ATTOH (K.S.), *L'Afrique et la cyber justice*, *Revue de l'ERSUMA*, n°spécial, colloque de L'IDEF., Mars 2014, pp.189 et s. AKYUREK (O.), DAVID (R.), « Le procès civil à l'épreuve du numérique », *Les petites affiches*, n°138, 2018, pp.14 et s.

⁸⁹ BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2004, pp.12 -232.

⁹⁰ BERGEL (J.L.), *Méthodologie juridique*, PUF., Paris, 2001, pp.12-90.

⁹¹ ATLAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF., Paris, 1999, pp.6-143.

⁹² BERGEL (J.L.), *Théorie Générale du droit*, Dalloz, Paris, 2004, op.cit., p.2.

⁹³ ARNAUD (A.J.), *Théorie générale de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp.90 et s. ROBIER (P.), *Théorie générale de droit*, Dalloz, Paris, 1953, pp.78-134. DABIN (J.), *Théorie Générale de droit*, Dalloz, Paris, 1969, pp.12 et s. HARSERT (J.), *Théorie générale de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1943, pp.12 -124.

⁹⁴ BATIFFOL (H.), *Problème de base de philosophie du droit*, LGDJ., Paris, 1979, pp.90 -243.

⁹⁵ ATLAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF., Paris, 1999, pp.2-132.

plusieurs « valeurs » sociales, la sécurité juridique, la justice, le progrès social, et ce sont les phases progressives de cette conquête qui sont représentés par diverses écoles »⁹⁶. On observe dans certains espaces juridiques, la loi pour une république numérique⁹⁷ et l'insertion de nouveaux dispositifs, tel que le recommandé électronique, et le coffre fort électronique ou bien les modalités d'usage de la signature électronique⁹⁸. Ainsi, le numérique intègre le droit à travers les techniques de la dématérialisation⁹⁹. Il s'agit par exemple d'apporter sur le bureau virtuel de parlement des contributions des milliers des citoyens.

La transformation numérique¹⁰⁰ des différentes catégories du droit est visible. La pratique du droit¹⁰¹ est composée de différentes catégories. On peut observer l'élaboration de la norme, la diffusion, l'application consistant à trancher un litige, ainsi que l'exercice, et l'enseignement. Sur tous ces éléments, le numérique¹⁰² permet de proposer de nouveaux services améliorant l'efficacité d'un usage par le biais de nouveaux outils. Le numérique en outre intègre le droit subjectif¹⁰³.

2- Le droit subjectif

Le droit subjectif¹⁰⁴ est l'ensemble de prérogatives accordées à un individu, en tant que sujet de droit sur certains biens, ou à l'égard de certaine personne et qu'il peut défendre en cas d'atteinte. C'est à juste titre que le professeur BERGEL Jean Louis affirme qu'« *en dépit de l'identité des termes utilisés, on ne saurait confondre droit objectif et les prorogatifs reconnues aux individus ou aux groupes d'individus, c'est-à-dire les droits subjectifs que le droit objectif consacre au profit des personnes juridiques et qui leur confèrent des pouvoir sur des biens ou*

⁹⁶ ROUBIER (P.), *Théorie Générale du droit*, Dalloz, Paris, 334p.

⁹⁷ FAUCHOUX (V.) et DEPREZ (P.), *Le droit de l'internet : lois, contrats et usagers*, Litec, Paris, 2008, pp.12-212. ONANA ETOUNDI (F.), « La cyber justice au service des opérateurs africains et arabes », *Revue de l'ERSUMA*, n°spécial, colloque de l'IDEF., mars 2014, pp.179 et s.

⁹⁸ NJINDOU NCHARE (I.Z.), *La notion de fonds de commerce électronique à l'épreuve du droit OHADA*, Mémoire Master, Université de Dschang, 2016, pp.12-76.

⁹⁹ MEHL (L.), « Information, juridique et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol., 20, n°4, 1968, pp.627 et s. QUEMENER (M.), *Cyber sécurité des acteurs économiques-risques stratégiques et juridiques*, Lavoisier, Paris, 213, pp.12- 45. VIVANT (M.), LE STANC (C.), RAPP(L.), GUIBAL (M.), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, Paris, 2011, pp.76 et s.

¹⁰⁰ LECLERCQ (A.), ISSAAC (H.) et KALIKA (M.), *Travail à distance et e-management : Organisation et contrôle*, Dunod, Paris, 2013, pp.45 et s. BIDET (A.), DATCHARY (C.), GALIO (G.), « Quand travailler c'est s'organiser. La multi-activité à l'ère numérique », *Presse de Mines*, Paris, 2017, pp.23 et s.

¹⁰¹ OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF., Paris, 1988, pp.12-111.

¹⁰² LEVY (P.), *L'intelligence collective : pour une anthropologie du cyberspace*, La Découverte, Paris, 1917, pp.17 et s. BOULLIER (D.), *Sociologie du numérique*, Armand colin, Paris, 2019, pp.12 et s.

¹⁰³ DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp.12-324.

¹⁰⁴ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005, 451p. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, 533p

envers autrui »¹⁰⁵. Les droits subjectifs¹⁰⁶ sont des droits de nature personnelle. GROTIUS et DONEAU Hugues sont les principaux défenseurs. Les droits subjectifs sont inhérents à la nature humaine. HOBBS Thomas estime que, ce sont des droits qui découlent de « *la condition humaine* »¹⁰⁷. Ces droits¹⁰⁸ sont très sacrés. Ils visent essentiellement à protéger l'être humain dans sa personne et ses sentiments. C'est ainsi que, l'univers numérique¹⁰⁹ est une mosaïque de règles. Il s'agit par exemple de l'algorithme visant à classer, par ordre croissant une série de chiffres entrés par l'utilisateur sur un clavier. C'est pour cela qu'en droit commercial général¹¹⁰, on assiste à la reconnaissance du RCCM numérique¹¹¹, de la preuve et de la signature numérique. On assiste également à des assemblées générales par téléconférence¹¹² et des convocations des assemblées générales par mail. Toutefois, Le numérique a la possibilité d'intégrer le droit procédural¹¹³.

B- Le numérique au service du droit procédural

Le droit¹¹⁴ procédural désigne l'ensemble des règles de nature procédurale permettant de voir appliquer ou de revendiquer un droit substantiel. Il peut ainsi être perçu comme un support sur lequel le droit¹¹⁵ substantiel trouve son effectivité. Il s'agit de la « *théorie générale du procès* » ou le « *droit commun du procès* »¹¹⁶. Les règles du droit¹¹⁷ procédurales ont vocation à s'appliquer

¹⁰⁵ BERGER (J.L.), Op.cit., p.2.

¹⁰⁶ VILLEY (M.), « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1964, pp.97-127.

¹⁰⁷ CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF., Paris, 2004, pp.2 et s. GOYARD-FABRE (S.), « La tradition jus naturaliste et son ambivalence », in *Les Fondements de l'ordre juridique*, PUF., Paris, 1992, pp.31-94. THOMAS (H.), *De la nature humaine 1772*, Kessinger Publishing, Etat-Unis, 2010, 182p.

¹⁰⁸ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005, op.cit., pp.45-349.

¹⁰⁹ STROWEL (A.) et JEANNENEY (J.N.), *Quand Google défie le Droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Lancier, Paris, 2011, pp.22-243.

¹¹⁰ RUANO-PHILIPPEAU (M.) et GOURION (P.A.), *Le droit de l'internet dans l'entreprise*, LGDJ., Paris, 2003, pp.12 et s. CANIVENC (S.), CAHIER MARIE (L.), *Numérique collaboratif et organisation du travail : au-delà des promesses*, Presses de Mines, Paris, 2023, pp.90 et s.

¹¹¹ THABO SONTANG (H.), *La réglementation du commerce électronique dans la CEMAC, contribution à l'émergence d'un marché commun numérique*, Thèse, Université de Dschang, 2013, pp.12 et s. NJINDOU (N.), *La notion de fonds de commerce électronique à l'épreuve du droit OHADA*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2016, pp.12-75. CASSAR (B.), *La transformation numérique du monde de droit*, Thèse, Paris, 2020, pp.12-231.

¹¹² FAUCHOUX (V.) et DEPREZ (P.), *Le droit de l'internet : lois, contrats et usages*, Litec, Paris, 2008, pp.12-231. CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF., Paris, 1998, 345p.

¹¹³ VICENT (J.) et GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 2003, pp.90 et s.

¹¹⁴ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, LGDJ., Paris, 1962, pp.23 et s. DELNOY (P.), *Initiation aux méthodes d'application du droit*, éd., Presses de Liège, 1990, pp.12 et s. DUON (X.), *Méthodologie juridique- L'application de la norme*, Scientia, Paris, 1996, pp.23-123. ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, PUF., Paris, 1988, pp.67 et s. ATALAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF., Paris, 1999, pp.12-98.

¹¹⁵ MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2006, pp.29-124.

¹¹⁶ GUINCHARD (S.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 2017, pp.12 et s.

¹¹⁷ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, LGDJ., Paris, pp.90 et s.

en dehors du procès, pour les procédures de mises en œuvre avant la saisine d'un juge. On peut penser à l'application de certaines règles, du droit¹¹⁸ processuel dans le cadre des procédures préventives¹¹⁹ en matière des difficultés d'entreprises.

Le numérique et le droit procédural¹²⁰ entretiennent alors des interactions. C'est ainsi que, le numérique¹²¹ peut être intégré dans le droit processuel. On observe que, la dématérialisation des biens, actes et opérations juridiques peuvent conduire à l'amélioration de la procédure judiciaire¹²². Cette dématérialisation¹²³ porte également sur les valeurs mobilières et autres titres financiers. Le numérique participe à l'amélioration des pratiques du droit¹²⁴, notamment en permettant l'émergence de système d'information et de nouveaux intermédiaires. De plus, l'évolution des normes juridiques¹²⁵ a pris une tournure différente avec l'apparition de l'informatique. Il a ainsi été possible de publier en ligne¹²⁶, de codifier les lois, tout en procédant à la pseudonymisation de certaines données, dont les décisions de justice. On peut dès lors compiler les lois. La jurisprudence¹²⁷ peut être diffusée. Ce qui donne l'ouverture des données

¹¹⁸ MAGENDIE (J.C.), *Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès*, LGDJ., Paris, 2004, pp.45 et s. MENUT (B.), *Les technologies de l'information et de la communication au service du procès équitable. Défis processuels et technologiques*, Dalloz, Paris, 2010, pp.341 et s.

¹¹⁹ Lire TINWO FONKOUO (S.E.), *Les procédures collectives contre les petites entreprises en droit OHADA*, EUE., Moldavie, 2021, 124p. TINWO FONKOUO (S.E.), *Le concordat des petites entreprises en droit OHADA*, Thèse de Doctorat/Ph.D., Université de Douala, 2024,476p.

¹²⁰ TIMTCHUENG (M.), *Le délai raisonnable en droit processuel*, Thèse, Dakar, 2013, pp.12-213. Les enseignements des affaires portées contre les multinationales pétrolières en Afrique font une parfaite illustration. L'affaire « Freinds of the Earth /Shell » donne un aperçu de la manière d'établir la compétence juridictionnelle. Voir Business et Human Rights Resource Center, « Shell lawsuit (re oil pollution in Nigeria) » (2010) (accessible en anglais sur ; <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/Shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-Nigeria/>). CLAVIER (J.P.), *L'algorithme de la justice*, Lancier, Bruxelles, 2020, pp.89 et s.

¹²¹ NOBRE (P.), *Le droit de réponse et la nouvelle technique de l'information*, Nouvelles Editions latines, Paris, 1974, pp.301 et s. DEFFAINS (B.), « Marchés et métiers du droit aux défis du numérique », *Annales des mines*, 2022, n°20, pp.39-46.

¹²² GUINCHARD (S.), *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2003, pp.2 et s.

¹²³ QUINT (N.), *Mieux utilisé internet pour être plus efficace au bureau et chez soi*, Maxima, Paris, 2007, pp.67 -232. BITAN (H.), *Droit et expertise des contrats informatiques : contrats de communications électroniques*, Wolters Kluwers, Paris, 2010, pp.388 et s.

¹²⁴ CHARBONNIER (O.) et ENLART (S.), *A quoi ressemblera le travail demain ?, Technologies numériques, nouvelles organisations et relations au travail*, Dunod, Paris, 2013, pp.23-142.

¹²⁵ MAGNON (X.), *Théorie du droit*, Dalloz, Paris, pp.67 et s.

¹²⁶ HOSSLER (M.), MURAT (O.) et JOUANNE (A.), *Faire du marketing sur les réseaux sociaux : 12 modules pour construire sa stratégie social media*, Editions Eyrolles, Paris, 2014, pp.267 et s.

¹²⁷ PATRICK (L.G.), *Protection des données internet*, Lavoisier, Paris, 2013, pp.12-143. Dans le souci de gérer les technique et juridique du contentieux électronique que le législateur Camerounais a confié le préalable des litiges entre opérateurs des réseaux de communications électroniques à l'ART. Le texte créateur de l'ART dispose que « l'agence connaît préalablement à la saisine de toute juridiction, des litiges entre opérateurs des réseaux de communications électroniques relatif notamment, à l'interconnexion ou à l'accès à un réseau de communications électroniques, au dégroupage de la boucle, à la Co-localisation physique et au partage des infrastructures ». Voir l'art., (6) du décret N°2012/203 du 20 avril 2012, portant organisation et fonctionnement de l'Agence de Régulation de Télécommunication, au Cameroun.

juridiques au service d'initiatives privées. En revanche, l'intégration du numérique¹²⁸ dans le droit processuel se matérialise à travers l'importance des règles de procédure (1) et la conciliation entre recours aux outils numérique et la préservation des droits de la défense (2).

1- L'importance des règles de procédure.

Page | 341

Le droit¹²⁹ est entendu aussi, comme celui permettant l'existence d'un décalage entre la révolution technologie et les règles processuelles. On observe régulièrement l'automatisation des processus¹³⁰, l'assistance dans les démarches et formalités juridiques. En outre, concomitamment à l'inflation législative, de nombreux démarchages administratifs ou juridiques ont connu un accroissement. En revanche, le temps nécessaire pour les accomplir dans le délai de réponse imparti ne prend pas nécessairement en compte l'évolution des mœurs et des habitudes de travail adapté aux besoins. C'est ainsi que, le fait qu'une formalité juridique nécessite un déplacement physique sous-entend l'idée qu'elle devra être faite en dehors des horaires usuels, le temps de travail. La transformation du numérique¹³¹ des démarches administratives, et des formalités juridiques est un véritable gain, de temps pour les professionnels de droit que, pour les justiciables. L'automatisation des actes de justices, la signature et le suivi du cycle de vie, d'un acte juridique sont les conséquences du numérique,

L'interaction entre professions des services numériques¹³² et des solutions métiers se font observer. On observe en outre la dématérialisation¹³³ et la gestion d'un processus métier, l'accompagnement du numérique des professionnels de droit. La conservation des données métiers sont non négligeables. L'implémentation et le développement des entreprises proposent

¹²⁸ LEJEUNE (Y.), *Tic 2025, les grandes mutations : comment internet et les technologies de l'information et de la communication vont dessiner les prochaines années*, éd., FYP., Paris, 2010, pp.147 et s.

¹²⁹ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ., Paris, 1955, op.cit., pp.89-123.

¹³⁰ HENROTTE (J.F.) et JONGEN (F.), *Pas de droit sans technologie*, Lancier, Paris, 2015, pp.163 et s.

¹³¹ OBERDORFF, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *Revue du droit public*, n°1, Janvier, 2016, pp.41 et s. LE TOURNEAU (V.), *Contrats du numérique, informatiques et électroniques*, Dalloz, Paris, 2022, pp.12-98.

¹³² VIVANT (M.), LE STANC (C.), GUIBAL (M.), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, Paris, 2011. TEPI (S.), « Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et le salarié », in *Annales de FSJP de l'UDS.*, T.17, 2015, pp.160-192. LONGARETTI (P.Y.), et BERTHOUD (F.), « Le numérique, espoir pour la transition écologique ? », *Alternatives économiques*, n°90, février 2021, pp.2 et s.

¹³³ FEENEY (N.) et KRAWCZYK (S.), *Livre blanc- L'observatoire de l'informatique et des télécoms au service de nouvelles organisations du travail*, LGDJ., Paris, 2011, pp.89 et s. G'SELL (F.), *Justice numérique*, Dalloz, Paris, 2020, pp.12 et s. HUBIN (J.B.), JACQUEMIN (H.), MICHAUX (B.), *Le juge et l'algorithme : juges augmentés ou juge diminuée ?*, Lancier, Paris, 2019, pp.12 et s. PAULIAT (H.), « Transformation numérique de la justice : quelles influences sur le métier de magistrat ? », *Revue justice actualités*, n°6, 2021, pp.7 et s.

des services du numérique¹³⁴ dédiés à la profession juridique, judiciaire, et au justiciable nécessitent généralement un accès au réseau internet. Le numérique intègre le droit¹³⁵ processuel à travers la conciliation entre recours aux outils numérique et la préservation des droits de la défense.

2- La conciliation entre recours aux outils numériques et la préservation des droits de la défense

Le numérique peut intégrer le droit¹³⁶ processuel à travers la conciliation entre recours aux outils numériques et la préservation des droits de la défense. Cela peut s'observer sur le principe du contradictoire¹³⁷ et des règles du procès équitables. Les nouvelles technologies sont acquises par les professionnels du droit. L'évolution technologique¹³⁸ cherche à améliorer l'efficacité, d'une activité et ses gains économiques tout, en incitant les professionnels à intégrer de nouveaux usages, tel ceux issus de téléphone, des courriers. C'est pour cela que, les services du droit¹³⁹ sont obligés d'obtenir des habilitations numériques. Les services du numérique¹⁴⁰ modifient les pratiques des professionnels du droit. C'est ainsi que, la transformation numérique¹⁴¹ du droit est un phénomène sans frontières. L'informatique et surtout le réseau internet¹⁴², poursuit l'ambition

¹³⁴ CHOURAQUI (A.), *L'informatique au service du droit*, PUF., Paris, 1981, pp.12-123. DUDEZERT (A.), *La transformation digitale des entreprises*, La découverte, Paris, 2018, pp.9 et s.

¹³⁵ RIPPET (G.), *Les forces créatrices de droit*, LGDJ., Paris, 1955, op.cit., pp.34 et s.

¹³⁶ DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, pp.23 et s. A titre l'illustration, une affaire en cours cherche à contraindre Face book à révéler l'identité d'un auteur qui a envoyé des menaces graphiques anonymes à un enfant de 13 ans sur Instagram. Si les avocats de la requérante font valoir que la réparation qu'elle a demandée dans cette affaire est un principe de droit généralement établi, Ils affirment que, puisque Face book est une société constituée aux Etats-Unis d'Amérique et qu'elle a rendu difficile pour les utilisateurs de contacter directement la société, elle ne leur a laissé d'autre choix que de poursuivre l'affaire en justice. Daily Maverick, Anonymously threatened with gang rape and murder, SA teenager takes Face book Inc to court to disclose perpetrator (2020)(accessible en anglais sur <https://www.dailymaverick.co.za/article/2020-07-24-anonymously-threatened-with-gang-rape-and-murder-sa-teenager-takes-facebook-inc-court-to-dispose-perpetrator/>).

¹³⁷ CAVROIS (M.L.), DALLE (H.) et JEAN (J.P.), *La qualité de la justice*, L.D.F., Paris, 2002, pp.89 et s.

¹³⁸ GUILLET (M.) et GUILLET (P.), *Management des systèmes d'information : cas pratiques*, Dunod, Paris, pp.12 - 115. GARAPON (A.) LASSEGUE (J.), *Justice digitale, Révolution graphique et rupture anthologique*, PUF., Paris, 2018, pp.12-89. GRYNBAUM (L.), CLUZEL (L.), *La loi pour une numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit*, AJDA., Paris, 2017, pp.340 et s. LUCAS (A.), *Le droit de l'informatique*, PUF., Paris, 1987, pp.12 et s. POULLET (Y.), *La vie privée à l'heure de la société numérique*, Lancier, Bruxelles, 2019, pp.10 et s.

¹³⁹ VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, Paris, 1957, pp.56 et s.

¹⁴⁰ PIATTI (M.C.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information*, PUL., Paris, 2001, pp.12-109. CHARBONNIER (O.) et ENLART (S.), *A quoi ressemblera le travail demain ? Technologies numériques, nouvelles organisations et relations du travail*, Dunod, Paris, 2013, pp.12-86.

¹⁴¹ CHRISTOPHE (B.), *Enjeux et usages du Big Data : Technologies, méthodes et mise en œuvre*, Lavoisier, Paris, 2013, pp.35 et s. MENECEUR (Y.), « Le numérique, levier essentiel d'une meilleure efficacité et qualité de la justice en Europe, en Enjeux Numérique », *Les Annales de Mines*, Paris, 2018, pp.11-15.

¹⁴² STORHAYE (P.), *Transformation, RH et digital : De la promesse à la feuille de route*, éd., EMS., Paris, p.145. FRICERO (N.), *Collecte, diffusion et exploitation des décisions de justice : quelles limites, quels contrôles ? A propos du rapport sur l'open data des décisions de justice*, JCPG, Paris, 2018, pp.12 et s.

depuis sa création d'être de portée mondiale. Véritable vecteur de communication¹⁴³ entre l'ensemble de ses utilisateurs, la toile est en perpétuelle évolution et devient, un espace virtuel ne connaissant pas les mêmes frontières que celles établies géographiquement.

Conclusion

Page | 343

Le numérique et le droit en définitif entretiennent des interactions. Ces interactions sont observables à bien des égards. Le droit encadre le numérique. Cet encadrement se matérialise par l'encadrement de e-commerce. On peut également noter que certaines questions sur le numérique sont saisies par le droit. C'est ainsi que, l'on peut observer les communications électroniques et les activités bancaires numériques, comme le socle de l'encadrement du e-commerce. Le droit saisi par exemple, le statut des acteurs du web et celui des biens immatériels. Ce qui traduit la saisie des questions numériques par le droit.

Le numérique intègre le droit également. C'est pour cette raison, qu'on peut observer le numérique au service du droit substantiel et du droit procédural. Le numérique au service du droit substantiel se matérialise à travers le droit objectif et le droit subjectif. Par contre, sur le plan du droit procédural, l'importance de la procédure et la conciliation entre recours aux outils numériques et la préservation du droit de la défense se font observer.

¹⁴³ BROCAL (F.), *Le droit à l'information en France*, Thèse, Paris, 2004, pp.12-321.

D'un statut juridique à la fiscalisation des activités d'influenceur au Togo

From legal status to taxation of influencer activities in Togo

Par :

Essodinam HALIABA

Page | 344

Juriste Fiscaliste, titulaire d'un master en droit des affaires et fiscalité

Résumé :

L'une des activités les plus florissantes de ces dernières années est celle des influenceurs des réseaux sociaux. Considérés au départ comme un moyen de diversement et de passe-temps, les réseaux sociaux sont devenus de véritables sources de revenu depuis quelques décennies. La plupart des marques, entreprises font recours aux services des influenceurs pour promouvoir leurs produits ou services. L'influenceur de par sa notoriété et de sa communauté importante est un atout pour les entreprises d'avoir une grande clientèle de divers horizons moyennant une rémunération.

Cependant, force est de constater que malgré les revenus que perçoivent les acteurs des réseaux sociaux, ceux-ci n'ont aucun statut juridique défini dans le système juridique au Togo et par conséquent aucun régime fiscal applicable. Cet article a pour mérite de mener une réflexion sur la fiscalisation des activités des influenceurs en passant par la détermination d'un régime juridique applicable aux acteurs des réseaux sociaux.

Mots clés : Influenceurs – Revenus – Imposition – Fiscalité – Prestation

Abstract:

One of the most flourishing activities in recent years is that of social media influencers. Initially considered a form of entertainment and pastime, social media has become a true source of income over the past few decades. Most brands and businesses turn to influencers to promote their products or services. The influencer, with their popularity and large community, is an asset for companies seeking to reach a large and diverse clientele in exchange for compensation.

Page | 345

However, it is clear that despite the income social media influencers earn, they have no defined legal status within the legal system in Togo and, consequently, no applicable tax regime. This article aims to reflect on the taxation of influencer activities by determining a legal framework for social media actors.

Keywords : Influencers – Income – Taxation – Taxation System – Services

Introduction

La fiscalité ne se limite pas à une législation spécifique, elle s'immisce dans toutes les strates du droit. Dans son rôle de régulation, elle se doit de se conformer à l'évolution socio-économique dont nous sommes témoin en ce XXI^e siècle. De par sa présence et son influence dans tous les aspects juridiques, on parle de l'ubiquité fiscale¹. De ce caractère évolutif de la fiscalité, naît l'intérêt de mener une réflexion sur les activités des influenceurs des réseaux sociaux vis-à-vis de leur participation aux charges publiques à travers leur fiscalisation.

Le statut juridique désigne l'ensemble des règles de droit applicables à une personne physique ou morale en fonction de sa situation, de son activité ou de son rôle dans la société. Il détermine son identité juridique, ses droits, ses obligations, ainsi que le cadre légal dans lequel elle exerce ses activités. Avant de chercher à définir la fiscalisation, il serait plus judicieux de chercher à définir le nom dont il se dérive : la fiscalité. En effet, la fiscalité dans son sens restreint, elle s'entend comme le système d'imposition d'un État souverain². Au sens large, elle est perçue comme le synonyme de la réglementation fiscale³ d'où un rapprochement avec le droit fiscal qui s'entend comme l'ensemble des règles juridiques relatives aux impositions⁴. La fiscalisation peut alors faire allusion à l'action de fiscaliser, de soumettre à l'impôt un revenu ou une catégorie de personne qui ne faisait l'objet d'aucune imposition. À cet effet, la fiscalisation fait appel à la notion d'impôt qui est défini par Lucien MELH et Pierre BELTRAME comme « *une prestation pécuniaire requise des personnes physiques ou morales de droit privé, voire de droit public, d'après leurs facultés contributives, par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie déterminée, en vue de la couverture des charges publiques ou à des fins d'intervention de la puissance publique* »⁵.

L'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité de la France (ARPP) définit un influenceur comme « *un individu exprimant un point de vue ou donnant des conseils dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience*

¹ K. E. AVEGNON, « La fiscalisation des sociétés coopérative au Togo », *Annales de l'Université de Parakou*, Série "Droit et Science Politique", Vol.4, n°1(2021), p. 1.

² H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 2ème éd., V° Fiscalité.

³ *Ibid.*

⁴ B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal », *L'année fiscale*, Dr. fisc., 2007, supplément au n°25, Étude n° 623, p. 23 et s.

⁵ L. MEHL et P. BELTRAME, *Science et technique fiscales*, Thémis droit, Paris PUF 1ère édition, 1984, p. 77.

identifie »⁶. Il s'agit alors d'un individu qui exprime un point de vue ou donne des conseils (par écrit, audio et/ou visuel) dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience identifie⁷.

À l'aube de l'avènement des réseaux sociaux, il y a un changement de paradigme. Si auparavant, les marques utilisaient la notoriété des personnalités telles que les artistes, les sportifs, etc., cela n'est plus le cas. Cette situation se justifie par la relation de confiance et de proximité qui existe entre l'influenceur et ses abonnés. En effet, « *la relation de confiance entre l'influenceur et ses abonnés assure aux marques une crédibilité du message délivré et l'accès à une cible spécifique* »⁸. Page | 347

Si à l'origine les créateurs de contenus partageaient du contenu avec leur communauté uniquement par passion et sans être rémunérés, avec le boom des réseaux sociaux toute personne peut aujourd'hui espérer accéder au rang d'influenceur et en tirer un revenu⁹. Ce nouveau paradigme suscite un regain d'intérêt des activités des influenceurs du point de vue fiscal dans la mesure où nous assistons à une volonté du gouvernement togolais d'agrandir l'assiette fiscale de l'État¹⁰. Cependant, force est de constater que l'activité d'influenceur n'a fait l'objet d'aucune réglementation normative.

En effet, malgré le développement de cette activité, l'influenceur ne bénéficie d'aucun statut juridique. Si le législateur togolais accorde une attention particulière sur les sociétés exploitants une plateforme électronique générant des revenus de source togolaise¹¹, et bien, cela n'est pas le cas en ce qui concerne les personnes physiques qui tirent leurs revenus de ces plateformes.

Cette étude vise donc à poser les jalons d'une réglementation juridique de l'activité des réseaux sociaux (I) au Togo en vue de proposer le régime fiscal auquel elle peut faire face (II).

⁶ ARPP, Recommandation « Communication publicitaire digitale » du 3 avril 2017.

⁷ La Lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire, décembre 2017, n°14.

⁸ [https://www.lagbd.org/Influenceurs:_quel_statut%3F_quel_cadre_juridique%3F_\(fr\)](https://www.lagbd.org/Influenceurs:_quel_statut%3F_quel_cadre_juridique%3F_(fr)).

⁹ P. RAUD, « Quel statut juridique choisir entant que créateur de contenu ? », *Blog*, 2024.

¹⁰ La loi des finances exercice 2025 a procédé la création de nouvelles taxes notamment la Taxe sur les Entreprise de Télécommunication et de Technologie de l'information et de la Communication (TETTIC) ainsi qu'à une augmentation des pénalités fiscales pécuniaires.

¹¹ L'article 95 du Code Général des Impôts mis à jour le premier janvier 2025, les sociétés exploitant une plateforme électronique générant des revenus de sources togolaise sont soumises à l'impôt sur les sociétés.

I- L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES ACTIVITES DES INFLUENCEURS (RESEAUX SOCIAUX)

Parler de l'encadrement des activités des réseaux sociaux consiste à déterminer la nature juridique de ces activités ainsi qu'au statut juridique auquel peut être rattaché l'influenceur.

Page | 348

Les influenceurs de réseaux sociaux, qu'ils soient sur Instagram, YouTube, TikTok, ou d'autres plateformes, génèrent des revenus principalement par le biais de partenariats avec des marques, la publicité, la vente de produits, des contenus sponsorisés ou à travers la monétisation de compte.

Notre analyse consistera dans un premier temps à étudier et à déterminer la nature juridique des activités des réseaux sociaux (A) et dans un second temps à déminer le statut juridique de l'influenceur (B).

A- La nature juridique des activités des réseaux sociaux

« À l'ère du numérique, les réseaux sociaux constituent inexorablement, pour les entreprises, de nouveaux modes de communication marketing et commerciale leur offrant une visibilité grandissante ou renforcée via, notamment, les influenceurs »¹². Depuis l'apogée des réseaux sociaux, les entreprises et les marques privilégient les réseaux sociaux comme moyen de publicité. Nul n'ignore la capacité de ces plateformes à atteindre une audience plus importante susceptible d'être des potentiels clients. Ce mode de publicité fait appel aux services des influenceurs qui disposent d'une communauté qui les suit régulièrement et partage son point de vu. Il sera question alors pour les entreprises désirant faire la promotion de leurs marques, de conclure des contrats avec les influenceurs moyennant une contrepartie. De ce fait, l'influenceur en contrat avec une entreprise qui sollicite ses services pour la publicité de sa marque tire des revenus issus de son activité qu'il exerce sur les réseaux sociaux. Il s'agit alors d'une prestation de services que fournit l'influenceur et dans ce cas, l'influenceur est appelé « influenceur commercial ».

L'influenceur commercial est une personne qui produit des contenus sur les réseaux sociaux et fait la promotion de biens ou de services pour des marques en exprimant son opinion

¹² F. CHOMARD et L. DIMECH, « Influenceurs et entreprise : contractualisez vos relations », *Village de la justice*, 2022, p. 1.

ou en faisant valoir sa notoriété¹³. Selon la cour d'Appel de Paris, c'est une « *une personne active sur les réseaux sociaux, qui par son statut, sa position ou son exposition médiatique est capable d'être un relai d'opinion influençant les habitudes de consommation dans un but marketing* »¹⁴.

L'influenceur serait alors un transmetteur entre l'entreprise et sa communauté d'abonnés ou de potentiels consommateurs¹⁵. Page | 349

En effet, la nature du contrat entre l'influenceur et l'entreprise n'a pas fait l'objet d'un régime propre. Cependant, certains éléments permettent de l'assimiler à un contrat de prestation.

Le contrat conclu entre l'entreprise et l'influenceur est un contrat conclu en *intuitu personae* c'est-à-dire en considération de la qualité des parties. « *L'influenceur est choisi par l'entreprise en raison de sa personnalité et l'entreprise a un intérêt légitime à ce que la promotion de produits ou services qu'elle commercialise soit assurée par ce dernier* »¹⁶. Cependant, dans l'exécution de cette prestation, l'influenceur peut recourir ou solliciter certains acteurs qui sont tiers au contrat conclu avec l'entreprise.

La spécificité de ce contrat est qu'il n'existe pas de lien de subordination entre les parties. Même si l'influenceur a pour obligation essentielle la création de contenu destiné à promouvoir la marque, les produits, il dispose d'une grande liberté d'organisation. De ce fait, les revenus de l'influenceur seraient des revenus issus de prestation de services.

Les influenceurs sont également rémunérés dans une certaine mesure selon la grandeur de leur communauté c'est-à-dire en fonction du nombre de *followers* qui les suivent sur les réseaux sociaux à travers la monétisation de leur compte. La monétisation sur les réseaux sociaux offre une opportunité inégalée aux utilisateurs de gagner de l'argent en ligne.

« *Surfant sur une tendance qui prend de l'ampleur depuis 2005 avec l'avènement de Facebook, la possibilité de monétiser sa présence sur les réseaux sociaux s'est développée de manière exponentielle ces dernières années avec l'introduction des achats in-app, du contenu sponsorisé ou protégé et même d'abonnements payants aux réseaux sociaux* »¹⁷. Que ce soit un créateur de contenu, un entrepreneur ou simplement quelqu'un qui souhaite tirer profit de sa

¹³ B. Le Maire, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique de la France.

¹⁴ CA Paris, Pôle 5, Chambre 15, 10 févr. 2021, n°19/17548.

¹⁵ F. CHOMARD et L. DIMECH, *Ibid.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ <https://www.adobe.com/fr/learn/express/web/social-media-monetization>

présence en ligne, les réseaux sociaux peuvent être une plateforme lucrative pour générer des revenus. Les utilisateurs peuvent exploiter leur présence en ligne pour maximiser leurs gains.

B- Le statut juridique de l'influenceur

Le statut juridique de l'influenceur s'analyse selon qu'on est en face d'un influenceur salarié ou d'un influenceur indépendant. Est considéré influenceur salarié, toute personne influente sur les réseaux sociaux qui est employé par une marque une agence de communication ou une entreprise pour promouvoir des produits ou services. Dans ce cas, les influenceurs salariés sont soumis aux dispositions du Code du travail, notamment en ce qui concerne les règles relatives au contrat de travail, à la durée du travail, aux congés payés, aux conditions de rémunération et à la protection sociale.

« En tant que salariés, ces influenceurs sont liés par un lien de subordination juridique à leur employeur, qui a le pouvoir de donner des instructions, de contrôler l'exécution du travail et de sanctionner les manquements éventuels¹⁸ ». Cette catégorie d'influenceur ne pose pas de difficultés.

La catégorie d'influenceur qui mérite une réflexion approfondie est l'influenceur indépendant. L'influenceur indépendant est un influenceur qui n'est pas soumis au statut de salarié et ne bénéficie pas des mêmes droits et protections que l'influenceur salarié.

En vue d'assainir cette activité qui prend de l'ampleur, il est essentiel que lorsqu'un influenceur se lance dans une activité professionnelle sur les réseaux sociaux qu'il s'immatricule en choisissant la forme juridique la plus adaptée à ses ambitions, à la manière dont il envisage son développement à court, moyen et long terme, ainsi qu'à la nature de ses revenus.

Un influenceur indépendant qui génère des revenus grâce à ses activités sur les réseaux sociaux est considéré comme un travailleur indépendant ou un professionnel. Par conséquent, il doit se conformer aux obligations légales liées à son statut. Les influenceurs peuvent dans ce cas opter pour une entreprise individuelle ou une société.

En France, Si les revenus sont inférieurs à certains plafonds (72 600 € pour les prestations de service en 2023), l'influenceur peut bénéficier du régime de la micro-entreprise, avec des charges sociales et fiscales allégées, mais sur un revenu brut. Mais au cas où les revenus sont plus

¹⁸ N. LE BOUARD, « Le statut juridiques des influenceurs : enjeux et responsabilité », *Village de la justice*, 2023.

élevés ou si l'influenceur choisit de structurer son activité sous forme de société, ils subiront un traitement assez particulier.

II-LES REVENUS DES INFLUENCEURS : UN NOUVEAU MARCHE A FISCALISER

« *Il n'y a pas de liberté sans impôt*¹⁹ ». Cette citation de Jean-Baptiste SAY souligne l'idée que l'impôt est une condition nécessaire au fonctionnement de la société et à la liberté collective, un concept fondamental pour comprendre l'obligation fiscale de toute personne percevant un revenu. Il est incontestable que toute personne percevant un revenu est soumise à l'impôt, et cette obligation constitue l'une des pierres angulaires de tout système fiscal juste.

De ce fait, il est donc important d'étudier le cadre fiscal auquel on peut appliquer les influenceurs (A). Cette fiscalisation des influenceurs ne sera pas sans défis et enjeux (B).

A- Le cadre fiscal applicable aux influenceurs

Le régime fiscal des influenceurs dépend si nous sommes en face d'un influenceur salarié ou d'un influenceur indépendant. Aux termes de l'article 1 du CGI, « *il est établi un impôt annuel sur le revenu des personnes physiques désigné sous le nom d'impôt sur le revenu, assis sur les revenus nets catégoriels dont les traitements, salaires, indemnités et les bénéfices des professions non commerciales et revenus assimilés*²⁰ ». Cette disposition constitue la base légale d'une éventuelle fiscalisation des revenus perçus par les influenceurs. L'influenceur, qu'il soit salarié ou indépendant, dès qu'il perçoit un revenu doit participer aux charges de l'impôt.

Aux termes de l'article 17 du CGI, « *sont imposables au titre de cette catégorie (revenus d'emplois) les traitements, émoluments, salaires, indemnités, rémunérations assimilées* ». L'article 24 du même code pour sa part dispose que « *pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net de toutes les sommes qui ont été mises à la disposition du contribuable, à titre de traitements, indemnités et émoluments, salaires soit par voie de paiement soit par voie d'inscription au crédit d'un compte sur lequel l'intéressé a fait ou aurait pu faire un prélèvement durant l'année d'imposition* ». Il s'en suit donc que l'assiette de l'impôt des revenus des influenceurs est constituée par toutes les rémunérations qu'ils reçoivent.

¹⁹ J.-B. SAY, *Traité d'économie politique*, 1803.

²⁰ Art. 1 du CGI-Togo dans sa version mise à jour en 2025.

S'agissant de l'influenceur salarié, il sera soumis à l'impôt sur le revenu des personnes physiques au titre des revenus d'emploi (IRPP-salaire). Cette imposition est fondée sur l'article 25 du CGI en ces termes « *le revenu d'emploi inclut tout paiement en espèces ou avantage en nature reçu par une personne physique à titre de rémunération tels que les salaires, traitements, indemnités de congés, indemnités de maladie, indemnités d'annulation de congés payés, les commissions, les primes, les allocations au titre du coût de la vie, les allocations de subsistance, les allocations de logement, les frais de représentation ou de déplacement* ». Cette imposition sera donc faite selon les règles des articles 26 et 76 dudit code²¹.

S'agissant de l'influenceur indépendant, il sera soumis à l'impôt sur le revenu catégorie revenus d'affaires selon les dispositions de l'article 29 du CGI « *Sont considérés comme revenus d'affaires, qu'ils soient payés en espèces ou en nature, les revenus réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice à titre indépendant d'une profession commerciale ou non commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou financière. Les revenus d'affaires incluent les produits de toute vente et location d'actifs et tous produits dont l'origine est incertaine* ». Ce type de revenu sera donc considéré comme un bénéfice non commercial (BNC).

Il faut noter que, sur cette question, le Cameroun a déjà mis en place une ébauche d'imposition des influenceurs à travers l'article 56-1 « *les revenus générés sur les plateformes numériques par les particuliers qui y réalisent des opérations de vente d'un bien, de fourniture d'un service ou d'échange ou de partage d'un bien* », sont considérés comme revenus imposables²².

B- Les défis et les enjeux de la fiscalité des influenceurs

La fiscalité des influenceurs soulève des défis et enjeux complexes qui touchent à la fois les aspects juridiques, économiques et sociaux. En raison de la popularité croissante des plateformes de médias sociaux, ces acteurs numériques, qui génèrent des revenus considérables à travers des partenariats commerciaux, des promotions de produits et des publicités, se trouvent souvent dans une situation floue sur le plan fiscal.

L'un des principaux défis réside dans le fait que les influenceurs peuvent exercer leur activité à l'échelle mondiale, ce qui complique la détermination de leur résidence fiscale. Il

²¹ Ces deux articles font référence à la procédure de liquidation de cet impôt ainsi qu'au barème.

²² Loi des finances du Cameroun adoptée le 31 décembre 2024 portant exercice 2024.

reviendra alors à se référer aux règles de la fiscalité internationale relative à la détermination du domicile fiscal.

Par ailleurs, la gestion des revenus en nature, comme les cadeaux ou les produits reçus, représente un autre enjeu important. En effet, bien que ces biens ne soient pas toujours monnayés, leur évaluation et leur déclaration peuvent poser problème, entraînant une opacité dans le système fiscal. Le manque de clarté dans les règles fiscales spécifiques aux influenceurs peut aussi mener à une inégalité de traitement par rapport à d'autres professionnels, créant un risque de distorsion de la concurrence. Enfin, les pouvoirs publics doivent faire face à un problème de régulation face à l'évolution rapide de l'économie numérique. La mise en place de réglementations spécifiques et le renforcement de la coopération internationale sont donc essentiels pour garantir une taxation juste et équitable des revenus générés par les influenceurs, tout en prenant en compte les spécificités de ce nouveau secteur.

Conclusion

L'émergence des influenceurs sur les réseaux sociaux marque une nouvelle ère dans la dynamique économique et juridique des sociétés modernes. Bien que cette activité génère des revenus substantiels, elle reste encore largement en dehors du cadre juridique et fiscal spécifique. Le cas du Togo, où l'activité d'influenceur n'a pas fait l'objet d'une régulation normative, met en lumière la nécessité de développer une législation claire et adaptée pour encadrer cette nouvelle forme de travail. L'implication des influenceurs dans le système fiscal doit ainsi être traitée avec sérieux, afin de garantir une contribution équitable aux charges publiques et de lutter contre les inégalités fiscales. Cependant, ce processus soulève plusieurs défis, notamment la gestion des revenus générés à l'échelle mondiale et l'imposition des biens reçus en nature. Il est impératif que les législateurs prennent en compte ces spécificités pour créer un cadre fiscal moderne et adapté à l'économie numérique, tout en favorisant une coopération internationale pour une régulation efficace de ce secteur en pleine expansion.

L'enfant à naître en droit togolais

The unborn child in Togolese law

Par:

FOLLY Messan Agbo

Maître-Assistant (Université de Lomé)

Page | 354

Résumé :

La nature juridique de l'enfant à naître divise la doctrine et demeure indéterminée par la jurisprudence. En appréciant la pertinence des qualifications qui lui sont attribuées, la présente étude a relevé qu'elles sont inadéquates. L'enfant à naître n'est ni une personne, ni une chose, ni une partie du corps de sa mère. Aussi, la qualification d'être humain suggérée par la doctrine paraît-elle imprécise, puisqu'elle ne peut se réduire à l'enfant à naître. En guise de précision, il est plutôt un être humain prénatal, défini par les critères de commencement d'une vie humaine et d'âge plafonné par la veille de la naissance. De sa nature d'être humain prénatal, découle sa qualité de sujet de droit sans personnalité juridique fondée sur son intérêt. L'enfant à naître est un sujet de droit dès sa conception, grâce aux droits dictés par sa condition humaine et autres qui sont rattachés postérieurement. Mais, l'absence de personnalité juridique est instrumentalisée pour contrarier des intérêts auxquels il peut prétendre. Par conséquent, sa titularité est illégitimement restreinte.

Mots clés : enfant à naître, personne, intérêt, droits, nature, vie, humain prénatal.

Abstract :

The legal nature of the unborn child divides the doctrine and remains undetermined by case law. In assessing the relevance of the qualifications attributed to it, this study has noted that they are inadequate. The unborn child is neither a person, nor a thing, nor a part of its mother's body. Thus, the qualification of human being suggested by the doctrine seems imprecise, since it cannot be reduced to the unborn child. By way of clarification, it is rather a prenatal human being, defined by the criteria of the beginning of a human life and an age capped by the day before birth. From its nature as a prenatal human being, stems its status as a subject of law without legal personality based on its interest. The unborn child is a subject of law from its conception, thanks to the rights dictated by its human condition and others that are subsequently attached. However, the absence of legal personality is instrumentalized to thwart rights to which it may claim. Therefore, his ownership is illegitimately restricted.

Keywords : unborn child, person, interest, rights, legal nature, life, prenatal human.

Introduction

« La question du statut juridique de l'embryon est en effet très délicate. On ne peut pas, d'un côté estimer que l'embryon est une personne à part entière et le protéger et, d'un autre côté, autoriser sa conception *in vitro*, sa congélation, son transfert, sa destruction... »¹. Ces propos soulèvent en partie des incertitudes au sujet de la nature de l'enfant à naître dont l'embryon est une espèce. Il est tiraillé entre plusieurs qualifications. Certains le qualifient soit de *pars viscerum matris*, c'est-à-dire un morceau des entrailles de sa mère², soit de personne *ab ovo*³, soit de chose méta-humaine⁴, soit encore d'être humain⁵. En revanche, d'autres trouvent inutile une recherche de sa qualification et s'intéressent plutôt à sa situation juridique⁶. Cette controverse n'est pas saisie par le droit positif togolais. Elle traduit l'intérêt pour une étude portant sur l'enfant à naître en droit positif togolais.

Page | 356

À la question de savoir ce qu'est un enfant à naître, la réponse n'est pas évidente, lorsque l'on se réfère à la notion d'enfant définie par les critères d'âge⁷ ou de descendance⁸ appliqués à partir de la naissance. Or, selon l'article 173, alinéa 1^{er} du Code togolais des personnes et de la famille, « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre vingtième jour inclusivement, avant la naissance ». L'enfant préexiste à sa naissance. Il peut être conçu *in utero* ou *in vitro*. Il résulte de la fécondation des gamètes mâle et femelle d'origine humaine. L'enfant conçu *in vitro* devra être implanté *in utero*, afin de continuer

¹ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des personnes et de la famille*, 14^e éd., coll. « Paradigme », Bruylant, 2025, p. 25.

² J. CARBONNIER, *Droit civil, 1, Les personnes*, 17^e éd., PUF, 1990, pp. 25-26, n° 13 ; « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Archives de Philosophie du droit*, tome 34, *Le sujet de droit*, Sirey, 1989, p. 203 ; Ch. BERNAD et « autres », « Le statut de l'embryon humain dans l'antiquité gréco-romaine », in *Laval théologique et philosophique*, vol. 45, n° 2, juin 1989, p. 179 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, L.G.D.J., 7^e éd., 2013, p. 20 s.

³ G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 4^e éd., 1994, Montchrestien, pp. 409-410, n° 306.

⁴ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *Chron., D.* 2006, 3015.

⁵ D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, (ss. dir. L. LEVENEUR), Dalloz, 2020, p. 83.

⁶ En ce sens, L. CARAYON, *La catégorisation des corps. Etude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, préf. G. LOISEAU, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, IRJS Éditions, 2019, p. 25 s. Adde, M.-T ; F. DIESSE, « La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face », *Revue générale de droit*, 30 (4), 607 ; G. METETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990, p. 611 ; N. MASSAGER, *Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 17.

⁷ Selon son article 2 alinéa 1^{er} du Code togolais de l'enfant, l'enfant est « ...tout être humain âgé de moins de dix-huit (18) ans ». Cette disposition est suivie en des termes identiques par l'article 259 alinéa 2 du code togolais des personnes et de la famille. Il en est de même de certaines conventions internationales notamment la Convention de New York relative aux droits des enfants en son article 1^{er} et la charte africaine des droits du bien-être de l'enfant en son article 2.

⁸ L'enfant est « un descendant au premier degré, fils ou fille, sans considération d'âge » : G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., PUF, 2024, v° *Enfant*.

son processus de maturation jusqu'à sa naissance. En somme, l'on peut considérer que l'enfant à naître est un être humain *in utero*.

L'enfant à naître, dans sa définition, semble concurrencé par l'enfant conçu légalement reconnu entre le trois centième et le cent quatre vingtième jour avant la naissance. Grâce à la biologie, d'autres appellations de l'enfant à naître notamment le fœtus et l'embryon⁹ sont introduites dans le langage juridique¹⁰. Ils sont portés par la grossesse logée au sein de l'utérus, qui est dite gravide¹¹. L'enfant conçu, l'embryon et le fœtus sont des espèces d'enfant à naître. Il convient donc de s'intéresser au genre auquel ils appartiennent qu'est l'enfant à naître.

Page | 357

La nature juridique de l'enfant à naître a alimenté la réflexion des penseurs depuis l'Antiquité. Dès le IV^e siècle avant Jésus-Christ, Aristote avait une approche qui consiste à privilégier les rôles respectifs joués par la semence mâle et par la semence femelle, dans la formation du futur être humain. Au III^e siècle avant Jésus Christ, l'école stoïcienne rejette l'analyse proposée par la doctrine aristotélicienne. Pour les stoïciens, l'enfant simplement conçu fait partie intégrante de la chair de la mère. Devant les incertitudes des philosophes sur la nature du produit de la conception, les légistes romains ont recouru à la maxime *infans conceptus* pour permettre à l'enfant né vivant et viable de bénéficier des droits en tant que personne dès sa conception et ce, dans le souci d'éviter que la longue période de maturation qui a précédé son accouchement ne lui soit préjudiciable¹².

Actuellement, l'enfant à naître est une préoccupation en droit positif togolais. Sa protection est indirectement prise en charge par le renforcement des droits de la femme enceinte par la loi n° 2022-019 du 15 novembre 2022 ayant modifié l'article 190 du nouveau code du travail adopté le 18 juin 2021. Celle-ci peut quitter son travail sans préavis et sans avoir à payer une indemnité et continuer de percevoir son salaire pendant la suspension du contrat. Aussi, les ordonnances des juges des enfants se multiplient-elles pour contraindre les auteurs de grossesses à les prendre en

⁹ Constituent un embryon humain, tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été introduit à se diviser et à se développer : CJUE, 18 oct. 2011, n° C-34/10, D. 2012, p. 410 ; RTD civ. 2012, p. 85, obs. Hauser.

¹⁰ C. LABRUSSE-RIOU et Fl. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, p. 580.

¹¹ R. G. DAVID, « De la conception à la naissance d'un enfant : la rupture du processus par l'interruption volontaire de grossesse et la question de la transmission contingente du patronyme », in *Mélanges Ahonagnon Noël GBAGUIDI, « Autour de la famille et de la terre : perspectives africaines du droit »*, tome 1, Les Editions du CREDIJ, 2023, p. 136.

¹² N. MASSAGER, *Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil*, op. cit., p. 17.

charge¹³. A cela, s'ajoute la pratique récurrente des fécondations *in vitro* par des cliniques togolaises¹⁴, ce qui invite le législateur à prendre en compte la bioéthique par une réforme du Code de la santé publique.

Avant sa naissance, l'enfant semble privé de personnalité juridique. Les articles 177 et 408 alinéa 3 du Code togolais des personnes et de la famille exigent qu'il naisse vivant et viable avant d'y accéder. Par conséquent, l'enfant non encore né ne serait pas une personne. Le dispositif est identique en droit français selon les articles 318 et 725 alinéa 1^{er} du Code civil français. Faute d'être une personne, l'enfant à naître est soit classé parmi des catégories intermédiaires¹⁵, soit qualifié de chose méta-humaine¹⁶ ou de chose sacrée, lorsqu'il est exclu de tout projet parental¹⁷, soumis à des recherches scientifiques ou utilisé à des fins thérapeutiques¹⁸. Or, sa nature humaine a justifié le rejet de son brevetage¹⁹ et l'interdiction des conventions de mère porteuse²⁰, malgré le déclin de l'indisponibilité du corps humain²¹ et sa sujétion au contrat²².

En saisissant la conditionnalité de la personnalité juridique de l'enfant par la naissance, la doctrine lui a attribué des qualifications variées. Il serait une personne sous condition suspensive

¹³ Tribunal Notsè, ord. n° 002/JE/TICCCN/2024 ; tribunal Notsè, ord. n° 051/JE/TICCCN/2023.

¹⁴ F. ASSIMA KATUMBI, *Pratique de la fécondation in vitro à la Clinique Biasa au Togo*, Mémoire Master, Université de Lomé, 2023, p. 3 s.

¹⁵ V. not., R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. Fr. CHABAS, Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 5 s. ; CHABAULT, *De la distinction entre les choses et les personnes : pour une proposition de nouvelles définitions*, thèse La Rochelle, 1997, p. 1 s. ; M. G. PARDO, *La summa divisio des choses et des personnes : séparation, distinction, conjonction*, thèse Toulouse, 2020, p. 2 s.

¹⁶ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », préc., p. 3015

¹⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2011, p. 27 ; CA Douai, 6 déc. 2005, 04DA00376 : « La perte d'embryons dont les requérants ne peuvent sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquelles est attachée une valeur patrimoniale ». Aussi, dans un avis n° 94-343/344-DC du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel français affirme-t-il que concernant les embryons fécondés *in vitro*, « le législateur... a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie ne leur était pas applicable ».

¹⁸ F. GRANET, « L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de lois sur la bioéthique », in *Mélanges Daniel HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille*, Liber Amicorum, LGDJ, 1994, p. 226.

¹⁹ CJUE, 18 oct. 2011, n° C-34/10, préc.

²⁰ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, in *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, p. 92.

²¹ En ce sens, A. ETIENNEY – DE SAINTE MARIE, « Que reste-t-il du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes », in *Mélanges du Professeur TEYSSIE*, LexisNexis, 2019, p. 466.

²² A. QUESNE, *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. RAOUL-CORNEIL et J.-R. BINET, coll. Bibl. des thèses, 2021, p. 23 s. ; A. MÂZOUZ, *Le prix du corps humain*, préf. G. LOISEAU, L'Harmattan, 2020, p. 17 s.

de la naissance²³, une personnalité potentielle²⁴ ou encore une personnalité future²⁵. D'autres en revanche réfutent toute idée de personnalité de l'enfant à naître en l'absence de naissance²⁶.

En revanche, une partie de la doctrine s'est appuyée sur l'article 16 du Code civil français pour qualifier l'enfant à naître d'être d'humain²⁷. D'un côté, une telle perception a été jugée confuse, au motif que le texte en question ne vise pas l'enfant à naître, mais plutôt l'être humain né, l'enfant à naître n'ayant pas atteint l'état d'un être humain²⁸. De l'autre côté, certains ont relevé l'irréductibilité de l'être humain à l'enfant à naître²⁹.

Pour autant, la qualité d'être humain a servi d'appui aux philosophes pour qualifier l'enfant à naître de personne humaine pour le distinguer des personnes juridiques³⁰. Mais, les critères d'une personne humaine notamment l'unicité, l'intériorité, la rationalité et l'autonomie font défaut chez l'enfant à naître³¹.

Malgré les incertitudes sur la qualification de l'enfant à naître, l'application de l'adage *infans conceptus* permet de préserver ses intérêts. La doctrine³² et la jurisprudence³³ font généralement une fixation sur son intérêt patrimonial au détriment de son intérêt extrapatrimonial³⁴.

Mais, faute de personnalité juridique, l'enfant à naître semble privé de patrimoine devant accueillir les biens qui lui sont destinés. Aussi, son droit à la vie est-il en déclin à cause de

²³ H. et L. MAZEAU et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 1, 3^e éd., Montchrestien, 1965, pp. 454-455, n° 443 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 26.

²⁴ G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, 6^e éd. Paris, Montchrestien, 1993, p. 179.

²⁵ X. LABBEE, note sous Trib. Gr. Inst. De Lille, ordonnance de non-conciliation du 13 févr. 1998, *D.* 1999, p. 178.

²⁶ P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 3^e éd., Dalloz, 2021, p. 5, n° 12.

²⁷ V. not., D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc. p. 83 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Recel de cadavre », *Rep. pén.* Dalloz, octobre 1996, p. 2.

²⁸ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, préf. F. TERRE, PUAM, 2003, n° 167 s.

²⁹ L. CARYON, *La catégorisation des corps. Étude sur l'être humain avant la naissance et après la mort*, pré. G. LOISEAU, coll. Bibl. de l'IRJS-Adré Tunc, IRJS Editions, 2019, n° 94.

³⁰ P. SINGER, *Practical ethics*, Cambridge university press, 2^e éd., 1993, trad. Marcuzzi, *Questions d'éthique pratique*, Bayard, 1997, p. 91-92.

³¹ En ce sens, E. CHARMETANT, « La personne et l'être humain » *Laennec*, n° 3, 2002, p. 28.

³² J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », préc., p. 202 ; N. MASSAGER, *Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Étude de droit civil*, op. cit., p. 312, n° 162.

³³ Crim. 10 nov. 2020, n° 19-87.136, *Dalloz actualité* 15 déc. 2020, note M. Recotillet.

³⁴ X. LABBEE, « Personnaliser l'enfant conçu par le certificat d'enfant vivant », <https://www.actu-juridique.fr>, 23/02/2023, consulté le 08/06/2024.

l'avortement remplacé par l'interruption volontaire de grossesse (IVG)³⁵ pour conforter les droits de la mère³⁶. Même si le Code togolais de santé publique maintient la qualification d'avortement³⁷, le Code pénal togolais lui a substitué l'IVG³⁸.

Cette restriction du droit à la vie de l'enfant à naître connaît des proportions différentes en fonction des systèmes juridiques. En effet, contrairement au droit togolais, le droit de la femme à disposer de son corps prime sur le droit à la vie de l'enfant pendant les quatorze premières semaines de la grossesse, en droit français. En soutien à la montée de « l'idéologie libertaire » depuis le début du XXI^e siècle³⁹, le congrès français a constitutionnalisé, le 8 mars 2024, la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse. La jurisprudence pénale est restée constante dans le refus de sanctionner les atteintes involontaires à la vie de l'enfant à naître⁴⁰, lequel refus divise la doctrine⁴¹ et a récemment eu raison de la volonté du parquet français d'invoquer l'homicide sur l'enfant à naître dans l'affaire *Palmade*⁴². En revanche, aux Etats Unis d'Amérique, l'abolition de l'arrêt *Roe vs Wade* de 1973 par l'arrêt *Dobbs* du 24 juin 2022 de la Cour suprême majoritairement conservatrice marque une restriction du droit à l'avortement, la prérogative revenant à chaque Etat fédéré sur le sujet. C'est ainsi que les Etats d'Arizona et de Missouri ont voté en faveur de ce droit, contrairement à l'Etat de Floride.

Le recul des droits de l'enfant à naître est davantage aggravé par l'incertitude du respect de son corps sans vie⁴³. Il ne semble pas expressément visé par l'incrimination des traitements punissables du corps sans vie d'une personne envisagée par l'article 355 du Code pénal togolais.

³⁵ J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », RSC 2005, p.47.

³⁶ Ch. BERNAD et « autres », « Le statut de l'embryon humain dans l'antiquité gréco-romaine », in Laval théologique et philosophique, vol. 45, n° 2, juin 1989, p. 179.

³⁷ Art. 106 du Code togolais de santé publique.

³⁸ Art. 829 du Code pénal togolais.

³⁹ A. DECOCQ, « La vie humaine et la loi », in *Mélanges en l'honneur du Professeur TEYSSIE*, LexisNexis, 2019, p. 461 s.

⁴⁰ Cass. ass. plén., 29 juin 2001, D. 2001, jur. p. 2917, note Y. Mayaud ; Adde : Cass. crim., 12 juin 2018, n°17-86.661 : « ...le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, qui tend à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, n'impose pas que les actes involontaires ayant entraîné une interruption de grossesse soient pénalement sanctionnés... ».

⁴¹ Contre le refus : v. not. J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001) », D. 2001, chron. 2907. Pour le refus : v. not. J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *préc.*, p.47.

⁴² Sur le sujet, v. X. LABBEE, « La mère de l'enfant conçu », D. 2024 p.1424.

⁴³ A. HOUEJISSIN et B. I. A. KOOVI, « Le nouveau-né sans vie en droit béninois », *Revue Internationale de Droit et Science Politique*, vol. n° 10, Oct. 2024, p. 333.

Le droit pénal étant d'interprétation stricte, l'extension de la protection *post mortem* des personnes physiques aux enfants à naître sans vie interroge.

Dès lors, une question se pose. Quelle est la véritable nature juridique de l'enfant à naître ?

La question convie à la recherche de la qualification appropriée de l'enfant à naître. S'il n'est ni une personne, ni une chose, il a été suggéré de le qualifier d'être humain. A l'analyse, l'enfant à naître est un être humain en général et un être humain prénatal en particulier. Il a ses propres garanties de protection, à côté des mesures de protection des personnes. Sa qualification d'être humain prénatal est autonome à l'égard des catégories juridiques classiques⁴⁴.

Malgré la montée de l'être humain prénatal en une véritable catégorie, l'enfant à naître a peu intéressé la littérature togolaise⁴⁵. Pourtant, ailleurs, l'intérêt est évident⁴⁶. Si sa qualification de personne ou de chose semble irrecevable, celle d'être humain est partagée désormais plusieurs auteurs⁴⁷, même si la notion ne peut se réduire à l'enfant à naître. Le sujet est donc d'intérêt au plan théorique. En pratique, la jurisprudence pénale a rejoint la jurisprudence civile dans la reconnaissance du préjudice moral d'un enfant à naître sans pour autant reconnaître expressément la personnalité à l'enfant à naître⁴⁸. L'attribution des droits subjectifs à l'enfant à naître lui confère la qualité de sujet de droit, en dépit du défaut de sa personnalité juridique.

L'objectif de la recherche est de dépasser les espèces d'enfants à naître introduites par la biologie en fonction de leur âge pour dégager leur nature commune. Il s'agit de mettre en cohérence cette nature avec les règles qui lui sont applicables.

L'enfant à naître n'est pas une personne, faute de naissance. Il n'est pas non plus une chose, car il est membre de l'espèce humaine. Il est plutôt un être humain prénatal auquel des droits sont attribués. Il est à la fois un être humain prénatal et un sujet de droit sans personnalité juridique.

⁴⁴ En ce sens, D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc., p. 83.

⁴⁵ Exceptionnellement, P. N'ZONOU, *Réflexions sur le statut juridique du fœtus en droit togolais*, Mémoire Université de Lomé, 2018, 104 p.

⁴⁶ S. PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », préc., p. 201. Pour cet auteur, « au lieu de se demander si l'enfant conçu possède la qualité de personne pour en déduire l'existence de droits, n'y a-t-il pas lieu de considérer si le législateur lui attribue, ou non, de véritables droits, ce qui permettrait d'en inférer sa personnalité juridique ? ».

⁴⁷ V. not., D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc., p. 83 s. ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451 ; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, p. 65.

⁴⁸ Crim. 10 nov. 2020, n° 19-87.136, *Dalloz actualité* 15 déc. 2020, note M. Recotillet.

Ainsi, il convient d'aborder l'enfant à naître en tant qu'être humain prénatal (I) avant de l'étudier en tant que sujet de droit sans personnalité juridique (II).

I- UN ÊTRE HUMAIN PRÉNATAL

L'enfant à naître est rebelle aux catégories juridiques classiques de personne et de chose. Il appartient à une catégorie juridique différente. Saisi vaguement comme un être humain, il est réfractaire aux catégories classiques (A) et bénéficie de la qualification d'être humain prénatal qui émerge comme une nouvelle catégorie juridique (B).

Page | 362

A- Un être rebelle aux catégories juridiques classiques

La catégorie juridique est un « procédé intellectuel, un artifice technique de mise en œuvre des réalités juridiques, qui ne doit jamais, par un excès de rigidité, permettre de les dénaturer »⁴⁹. Comme l'a bien relevé M. Catala, « il y a les êtres et les choses, les personnes et les biens, et les rapports juridiques qui s'établissent entre les uns et les autres »⁵⁰. Le droit civil connaît deux catégories majeures qui accueillent les classifications : les personnes et les choses. Cette *summa divisio* classique, héritée du droit romain, conserve tout son intérêt aujourd'hui face aux progrès de la biomédecine. Elle permet de déterminer, à partir de la qualification juridique de personne ou de chose, toutes les conséquences juridiques qui s'y rattachent. Mais, l'enfant à naître fait exception en étant réfractaire tant à la catégorie des personnes (1) qu'à celle des choses (2).

1- L'inadaptation de la qualification de personne

Ambigüe dans son sens originel, puisqu'il tire sa source du terme grec *prosôpon* désignant le visage⁵¹ et du terme romain *persona* signifiant le masque⁵², la personne était partagée entre deux conceptions opposées. La conception romaine était artificielle en évinçant l'humain de la notion de personne pour justifier l'esclavage, la mort civile et l'incapacité de la femme. Mais, l'influence de l'École du droit naturel et des gens et l'apport de l'humanisme ont conduit les juristes du XVIII^e siècle à consacrer une nouvelle conception de la personne fondée sur l'humain⁵³. L'être humain est qualifié de personne, s'il naît vivant et viable. Faute de naissance, il ne peut entrer dans la catégorie de personne.

⁴⁹ J. L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., 2004, Dalloz, p. 220, n° 190.

⁵⁰ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil français », *RTD civ.* 1966, p. 185.

⁵¹ J.-M. TRIGEAUD, « La personne », *Arch. de philosophie du droit*, 1989, p. 103.

⁵² ACARIAS, *Précis de droit romain, Les personnes*, Paris 1882, p. 81.

⁵³ M.-T. MEULDERS KLEIN, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993, v° *Personne*.

Ce défaut de naissance pose la question de la nature de l'enfant à naître. La doctrine a proposé des qualifications variées en tenant compte de sa future naissance. Certains soutiennent que l'enfant à naître a une personnalité potentielle⁵⁴, ou sous condition suspensive⁵⁵. D'autres estiment qu'il aurait une demi-personnalité⁵⁶ ou une personnalité future⁵⁷. Ces qualifications convergent sur l'absence de personnalité juridique de l'enfant en l'absence de naissance. Tant que la naissance n'est pas réalisée, l'enfant à naître demeure simplement un être humain en attente d'accès à la qualification de personne juridique.

Néanmoins, l'application de l'adage *infans conceptus* permet un rattachement exceptionnel des droits à l'enfant à naître, malgré l'absence de personnalité juridique. L'article 408, alinéa 2 du Code des personnes et de la famille lui confère la qualité d'héritier. Sa présence est prise en compte par le législateur pour suspendre le partage d'une succession⁵⁸. La reconnaissance de droits à l'enfant à naître ne constitue pas un effet de la personnalité juridique, contrairement à l'avis de certains auteurs selon lequel la préservation des droits de l'enfant avant sa naissance est due à la rétroactivité fictive de la personnalité juridique⁵⁹.

Le rejet de la personnalité juridique de l'enfant à naître est entériné par la jurisprudence pénale. Dans un arrêt du 30 juin 1999, confirmé par l'assemblée plénière le 29 juin 2001, la Cour de cassation française a refusé de retenir l'homicide involontaire contre une personne ayant provoqué le décès d'un enfant à naître en causant un accident à sa mère⁶⁰. Plus tard, dans un arrêt du 2 décembre 2003, la Cour de cassation française n'a reconnu l'homicide que sur un enfant décédé une heure après son décès⁶¹. Par conséquent, il semble logique d'exclure l'enfant à naître de l'application des règles réservées aux personnes. D'ailleurs, la Cour de cassation française a précisé dans un arrêt du 27 juin 2006 que la protection de l'enfant à naître relève d'autres textes⁶².

⁵⁴ Avis n° 3 du 23 octobre 1984 du Conseil consultatif national d'éthique en France sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

⁵⁵ H. et L. MAZEAU et J. MAZEAU, *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 455 ; C. LABRUSSE-RIOU et FL. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », préc., p. 580

⁵⁶ A. PHILIPPOT, *L'être humain au commencement de sa vie*, thèse Paris, 2012, p. 378, s.

⁵⁷ J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », préc., p. 202.

⁵⁸ Art. 518 du Code togolais des personnes et de la famille.

⁵⁹ A.-Cl. ARRIGHI, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non-reconnaissance à la protection*, thèse La Rochelle, 2015, p. 84 s., n° 107 s.

⁶⁰ Cass. crim. 30 juin 1999, *D.* 1999, p. 710, note D. Vigneau ; Ass. plén., 29 juin 2001, *D.* 2001, p. 2907, note J. Pradel et 2917, note Y. Mayaud.

⁶¹ Crim. 2 déc. 2003, n° 03-82-344, *D.* 2004, p. 449, note Pradel ; *JCP* 2004, II, 10054, note Rassat.

⁶² Crim. 27 juin 2006, n° 05-83767.

La position des juges pénaux rappelle la théorie des mûles de leurs pairs au XIX^e siècle⁶³. Comme l'a souligné un auteur, elle relèverait d'« *une influence du droit civil sur le droit pénal quant au statut de l'enfant à naître* »⁶⁴, puisque les conditions de la personnalité juridique sont déterminées par le droit civil.

A l'analyse, la doctrine des juges pénaux français apparaît ambiguë, lorsqu'on la confronte aux positions qu'ils ont adoptées dans d'autres décisions. Par exemple, dans le célèbre *arrêt Perdereau*⁶⁵, ces juges avaient admis la tentative d'homicide sur un cadavre qui était privée de personnalité juridique, même si la décision pouvait être justifiée par l'absence de protection du cadavre dans le temps. De même, malgré le refus de sa personnalité juridique, dans un arrêt du 10 novembre 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation française a reconnu le préjudice moral subi par un enfant conçu⁶⁶, en rejoignant la jurisprudence civile qui l'a précédé dans cette reconnaissance depuis un arrêt du 14 décembre 2017⁶⁷.

Ce rejet de la personnalité juridique de l'enfant à naître ne convainc pas une partie de la doctrine. Certains pensent que « *l'embryon est réellement et absolument une personne humaine* »⁶⁸ et qu'« *il est possible de démontrer à l'aide de l'analyse juridique que cet être humain est une personne humaine* »⁶⁹. D'autres estiment que « *l'être humain doit avoir, dès la fécondation, la personnalité juridique, longtemps seul moyen connu jusqu'alors, pour le protéger en tant que tel* »⁷⁰. En évoquant l'homme *in vitro* par le biais de manipulations et de sélections des embryons, un auteur relève que, « *la personne humaine deviendrait alors un objet biologique* »⁷¹. Il ressort de ces affirmations une confusion entre personne humaine et personne juridique. Or, la première est une réalité naturelle, tandis que la seconde est une construction juridique⁷². Sans naissance,

⁶³ « *En droit pénal (...), la jurisprudence qui se référerait à la théorie médicale de l'époque, la théorie des mûles, considérerait que le fœtus, dans les premiers mois de la grossesse, n'ayant pas les organisations, les formes d'un être humain, devrait être traité comme un produit innommé, non comme une personne* » : J. CARBONIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », préc., p. 203.

⁶⁴ G. BEAUSSONIE, « Personnalité juridique en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, LexisNexis 2015, p. 161.

⁶⁵ Cass. crim. 16 janv. 1986, RSC 1986, p. 839, obs. A. Vitu ; JCP G. 1987, II, 20774, obs. G. Roujou de Boubée ; D. 1986, p. 265, obs. J. Pradel.

⁶⁶ Crim. 10 nov. 2020, FS-P+B+I, n° 19-87.136, *Dalloz actualité* 15 déc. 2020, note M. Recotillet.

⁶⁷ Cass. 2^e civ., 14 déc. 2017, n° 16-26687, préc.

⁶⁸ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », préc., p. 72.

⁶⁹ *Ibid*, p. 72.

⁷⁰ *Ibid*, p. 68.

⁷¹ M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », D. 2005, p. 865.

⁷² A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (Etude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître)*, op. cit., p. 237 s.

l'enfant ne peut être une personne juridique, tout comme il ne peut être une personne humaine, faute d'autonomie et de conscience de soi.

En définitive, l'enfant à naître n'est pas une personne juridique. L'absence de naissance le prive de cette qualification. Les bénéfices qui lui sont reconnus grâce à l'application de l'adage *infans conceptus* le sont, non en raison d'une prétendue rétroactivité de la personnalité juridique, mais de sa qualité de sujet de droit. L'inadaptation de la qualification de personne ne conduit pas pour autant à une intégration de l'enfant à naître dans la catégorie de chose.

2- L'inadaptation de la qualification de chose

Dans une approche négative, une chose est tout ce qui n'est pas une personne⁷³. Elle se définit par opposition aux personnes. Dans une approche positive, les choses désignent tout ce qui existe indépendamment de l'esprit qui les appréhende. Elles servent à l'usage des hommes. La chose accède à la qualification de bien, soit à raison de son utilité selon la conception issue des sciences morales⁷⁴, soit à raison de son appropriation selon la conception issue des sciences physiques⁷⁵, soit enfin à raison de sa valeur selon la conception des sciences économiques⁷⁶. La chose serait-elle la nature de l'enfant à naître ? Cette question appelle en principe une réponse négative.

En effet, l'humanité de l'enfant à naître est incompatible avec sa qualification de chose. Il a été démontré que l'humanité ne peut être une chose⁷⁷. De même, certains auteurs estiment que l'être humain indiqué par l'article 16 du Code civil français vise incontestablement l'enfant à naître⁷⁸. Dans cette dynamique, le Conseil constitutionnel français a généralement considéré l'enfant à naître *in vivo* comme un être humain dans plusieurs de ses décisions⁷⁹. La qualité d'être humain n'autorise pas le traitement de l'enfant à naître comme une chose. Elle a justifié la

⁷³ P. BERLOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNÈS, LGDJ, 2006, n° 894.

⁷⁴ E. PUTMAN, « Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, préface L. Aynès, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 489, 2007, 596 pages », *RTD civ.* 2008, p. 373.

⁷⁵ *Ibid*, p. 373.

⁷⁶ *Ibid*, p. 373.

⁷⁷ M.-P. PEIS-HITIER, Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine, *D.* 2005, p. 865.

⁷⁸ D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc., p. 83 ; P.-J. DELAGE, « La primauté de la personne », *D.* 2011, p.173.

⁷⁹ Cons. const., déc. n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, *D.* 1975, 529, note Hamon, déc. n° 94-343-344 DC, 27 juill. 1994, *D.* 1995, 237, note B. Mathieu ; déc. n° 2013-674 DC, 1^{er} août 2013, Constitutions, juillet-septembre 2013, n° 2013-3. 443-453, *JCP G* 2013, n° 36, 1560-1562, déc. n° 2015-727 DC, 21 janvier 2016 ; déc. n° 2021-821 DC, 29 juill. 2021, *AJDA* 2021, 1658.

condamnation jurisprudentielle des conventions de mère porteuse⁸⁰. Le corps de l'enfant à naître comme celui de sa mère est indisponible⁸¹. Certes, cette interdiction peut être contournée par la réalisation de la convention des mères porteuses à l'étranger et la transcription de la filiation de l'enfant après sa naissance sur l'état civil français, grâce à la condamnation de l'Etat français par la Cour européenne des droits de l'homme⁸². Mais, François Terré avait déjà suggéré une admission de la maternité pour autrui dans son principe, sans approuver nécessairement ses manifestations. Il releva qu'« *il faut tout particulièrement affirmer que cette maternité doit être gratuite* »⁸³, car l'enfant à naître n'est pas une marchandise.

Néanmoins, en tenant compte de la montée du droit de la femme à disposer de son corps, un auteur s'est posé la question de savoir si l'enfant est un objet de droit⁸⁴. Cette tendance assimilant l'enfant à une partie du corps de sa mère, semble autoriser sa mère à exercer sur lui un droit de propriété. Une telle thèse est contestable, car l'enfant est un être humain différent de sa mère.

Si la réification des enfants *in utero* est très incertaine, celle des enfants *ex utero* exclus de tout projet parental semble attirer des avis favorables. En effet, le Conseil constitutionnel français, dans sa décision *Bioéthique*, avait affirmé que, le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur (aux embryons surnuméraires) est pas applicable⁸⁵. C'est là faire de ces embryons des objets, voire des esclaves⁸⁶. De la même manière, « *il faut le dire avec toute la brutalité nécessaire, ... le Conseil constitutionnel a créé une sous-catégorie d'êtres humains, ressuscitant ainsi une forme inédite d'esclavage* »⁸⁷. Une chose est certaine : le Conseil constitutionnel français ne semble pas considérer certains embryons conçus *in vitro* comme des sujets de droit ; en d'autres termes, selon lui, l'humanité des embryons surnuméraires n'est pas reconnue par le système juridique. Semble apparaître une distinction entre eux et les autres. D'ailleurs, l'idée de qualifier l'embryon *in vitro* de préembryon est en gestation et « *le préembryon*

⁸⁰ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, in *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, p. 92.

⁸¹ M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489.

⁸² CEDH, 26 jui 2014, *Mennesson c/ France*, req. 65192/11.

⁸³ F. TERRÉ, « Génétique et sujet de droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 34, « le sujet de droit », Sirey 1989, p. 163.

⁸⁴ P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, Chr. P. 109.

⁸⁵ B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, Chron. 205 et note B. Mathieu, *D.* 1995. J. 237.

⁸⁶ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, p. 66.

⁸⁷ *Ibid*, p. 67.

serait intermédiaire entre le chose et la personne »⁸⁸. Les recherches exceptionnelles sur les embryons *in vitro*⁸⁹, leur utilisation exceptionnelle à des fins thérapeutiques et la destruction de ceux qui sont surnuméraires semblent remettre en cause leur humanité.

Cette chosification de certains enfants à naître a d'ailleurs été systématisée par le professeur Grégoire Loiseau. Pour y arriver, il a divisé les choses en deux catégories. A la catégorie traditionnelle des choses, serait jointe une seconde catégorie susceptible d'accueillir les choses dignes de respect tels l'animal ou les choses « anthropomères », c'est-à-dire les éléments et produits du corps humain et les choses communes à côté des choses « méta-humaines », ce dernier groupe comprenant le cadavre et l'enfant à naître⁹⁰. Il faut convenir avec Madame le professeur Dominique Fenouillet qui trouve que cette proposition est audacieuse, mais ne convainc pas⁹¹. Elle estime que symboliquement, cette contribution permet de rompre définitivement avec le rattachement de l'enfant à naître à des personnes et l'encre définitivement dans le monde des choses. Elle ajoute que sur le plan théorique, les choses méritant le respect sont classées dans des catégories à la fois plurielles et hétérogènes⁹². Mais, en pratique les catégories suggérées ne renseignent nullement sur le régime applicable et n'ajoute rien aux textes assurant le respect de ces choses particulières⁹³.

Aussi, le fait de banaliser l'humanité enfants à naître ne saurait-il, les reléguer au rang de choses. Ils demeurent protégés par les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain. Dans l'arrêt *Brüstle c/ Allemagne*, la Cour de Justice de l'Union Européenne a eu une conception large de l'embryon en le percevant comme un organisme susceptible de déclencher le processus de développement qui aboutit à un être humain, pour exclure sa brevetabilité⁹⁴. De même, dans l'arrêt *Parillo c/ Italie*, saisie d'un recours exercé par une femme qui reprochait à l'Italie de ne pas l'avoir autorisée à donner à la recherche un embryon conçu, à partir de ses gamètes, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, la Cour Européenne des droits

⁸⁸ I. FLORENTIN, « Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître », in *Le droit saisi par la biologie, Des juristes au laboratoire* (ss. dir. C. LABRUSSE-RIOU), postfaces A. DANCHIN et de M. VACQUIN, Bibl. dr. privé, t. 259, LGDJ, 1996, p. 123, n° 29.

⁸⁹ V. D. VIGNEAU, « La recherche sur l'embryon humain. Quels garde-fous aujourd'hui ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, LexisNexis, 2015, p. 27.

⁹⁰ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », préc., 3015.

⁹¹ D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc., p. 83.

⁹² *Ibid*, p. 84.

⁹³ *Ibid*, p. 84.

⁹⁴ CJUE, gr. ch., 18 déc. 2014, aff. C-364/13, question préjudicielle de la *High Court of Justice, Chancery Division (Patents Court)* (RU), D. 2015. 71.

de l'homme a refusé de faire application de l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme au motif que l'embryon n'est pas un bien⁹⁵.

En somme, quels que soit son espèce ou les traitements qu'il subit, l'enfant à naître demeure un être humain. Un traitement inhumain dont il est l'objet ne peut changer sa nature. L'évolution de la situation des esclaves⁹⁶ et celle de la femme peuvent être citées en exemple⁹⁷. La chasse à l'humanité par l'esclavage n'a pas empêché la Cour de cassation française à reconnaître plus tard la dignité humaine aux hommes qui en étaient victimes⁹⁸. Aussi, les femmes antérieurement reléguées au rang d'incapables ont-elles, par la suite, retrouvé leur dignité et bénéficié d'un traitement égalitaire avec les hommes. Dans le même ordre d'idée, l'enfant à naître est un être humain, peu importe les traitements inhumains dont il est l'objet. Par conséquent, il ne saurait être qualifié de chose. Il est un être humain qui émerge comme une catégorie autonome à côté des classifications classiques.

Page | 368

B- Une catégorie juridique émergente

« *Le droit est apparemment tout puissant. C'est le droit qui fabrique l'être humain !* », écrivait un auteur⁹⁹. Cette idée traduit l'intérêt du droit pour l'être humain pour en faire une autre catégorie juridique. L'être humain est saisi comme la qualification convenable de l'enfant à naître. Mais, cette qualification se révèle imprécise, car le concept d'être humain dépasse l'enfant à naître et englobe tous les êtres humains même après la mort (1). Il convient de la resserrer sur l'être humain prénatal pour une qualification précise de l'enfant à naître (2).

1- La qualification imprécise d'être humain

L'enfant à naître semble bénéficier d'un statut qui l'oppose aux êtres non-humains¹⁰⁰, malgré l'absence de définition de l'être humain par le Code civil et le Code pénal. Il est évoqué particulièrement par l'article 16 du Code civil français. Selon ce texte, « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain*

⁹⁵ CEDH, 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, req. n° 46470/11.

⁹⁶ J. CARBONNIER, « Scolie sur le non-sujet de droit. L'esclavage sous le régime du Code civil », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 247-254.

⁹⁷ J. CARBONNIER, « Vie famille, législation et quelques autres », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 276 s.

⁹⁸ Cass. crim. 8 févr. 1839, *Huc*, *Recueil périodique et critique* 1839, 1, 194 ; in *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, p. 58, n° 7.

⁹⁹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Bioéthique et droit : des ordres normatifs convergents ? Légitimité et limites éthiques du droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 145.

¹⁰⁰ F. DEFFERRARD, « Vers un statut spécifique de l'être humain ? », *D.* 2024, p. 1243.

dès le commencement de sa vie ». Il s'agit d'une nouvelle formulation issue d'une loi de 1994 ayant substitué le vocable « sa vie » à celui de « la vie » antérieurement utilisé par la loi Veil du 17 janvier 1975. La disposition consacre l'être humain comme une nouvelle catégorie à côté de la catégorie de personne divise la doctrine dans son interprétation. Certains pensent que l'être humain envisagé par cette disposition vise l'enfant à naître. S'agissant des tenants de cette tendance, « selon ce texte, « La loi assure la primauté de la personne [...] » (l'embryon n'est pas concerné : à lui s'adresse, au sein de ce même article, le vocable d'« être humain ») »¹⁰¹. Un autre fait observer que « le respect serait donc la forme minorée de la dignité, attaché à ce qui n'est pas une personne, c'est-à-dire, aux termes de loi de 1975 dont les termes sont repris en 1994 : l'embryon »¹⁰². En revanche, d'autres relèvent que le terme « personne » n'est pas utilisé dans ce texte dans un sens juridique, puisqu'il ne vise pas les personnes morales et semble plutôt concerner la personne humaine¹⁰³. Cette opinion n'emporte pas conviction, car la personnalité morale relève d'une exception et l'article 16 du Code civil oppose évidemment l'être humain devenu une personne juridique grâce à sa naissance à l'être humain dès le commencement de la vie en référence à l'enfant à naître.

Cette présentation de l'être humain comme la catégorie juridique de l'enfant à naître semble se généraliser au sein de la doctrine. Certains auteurs affirment que la « tendance actuelle est de qualifier l'enfant à naître d'être humain »¹⁰⁴ et que « la notion d'être humain permettrait alors de dépasser la *summa divisio* »¹⁰⁵. Malgré quelques réserves selon lesquelles, « aux frontières de l'être humain et des personnes, le statut du fœtus interroge »¹⁰⁶, « peu d'auteurs contestent encore que l'embryon soit juridiquement un « être humain » »¹⁰⁷. Madame le professeur Dominique Fenouillet trouve que la qualification d'être humain « mériterait de recevoir une

¹⁰¹ En ce sens, P.-J. DELAGE, « La primauté de la personne », *D.* 2011, p.173.

¹⁰² X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet de droits fondamentaux*, pré. H. ROUSSILLON, coll. Nouvelle Bibl. de thèse, Dalloz, 2003, p. 180, n° 339.

¹⁰³ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, *op. cit.*, n° 167 s., n° 836 s.

¹⁰⁴ P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *préc.*, p. 451 ; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *préc.*, p. 65.

¹⁰⁵ M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865.

¹⁰⁶ A. QUESNE, *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. RAOUL-CORMEIL, coll. Bibl. des thèses, Editions mare & martin, 2021, p. 26.

¹⁰⁷ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet de droits fondamentaux*, *op.cit.*, p. 177, n° 335.

consistance positive, pour cesser de ressembler à un principe creux, sorte de gage de bonne conscience législative »¹⁰⁸.

Cependant, la qualification de l'enfant à naître d'être humain apparaît imprécise au regard de certaines considérations. La première considération est la plus radicale. Elle dénie la qualité d'êtres humains à certaines espèces d'enfants à naître. La seconde est tirée de l'impossible réduction de l'être humain à l'enfant à naître.

Selon la première considération, les enfants à naître non encore parvenus à l'état de fœtus ne sont pas des êtres humains. L'exclusion des enfants à *in vitro* est entreprise par la jurisprudence. Dans un arrêt du 6 décembre 2005, la Cour d'appel de Douai visait « *la perte d'embryons dont les requérants ne peuvent sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquelles est attachée une valeur patrimoniale* »¹⁰⁹. Aussi, dans un avis du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel français affirme-t-il que concernant les embryons fécondés *in vitro*, « *le législateur (...) a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie ne leur était pas applicable* »¹¹⁰. Ces décisions introduisent une différence les enfants à naître en excluant de l'humanité ceux qui sont *in vitro*.

L'exclusion est étendue par la doctrine à tout embryon, peu importe qu'il soit *in utero* ou *in vitro*. Madame Aude Bertrand-Mirkovic récapitule les arguments alimentant cette contestation. Elle relève que la contestation de la qualité d'être humain des embryons revêt deux aspects principaux. Ou bien un certain développement de l'embryon est exigé pour reconnaître en lui un être humain¹¹¹. Ou bien on lui conteste cette qualité car il n'aurait pas de vie autonome¹¹².

Selon la seconde considération, la notion d'être humain dépasse l'enfant à naître. En effet, l'être humain va au-delà de l'enfant à naître et englobe les personnes nées et les cadavres. En édictant que « *les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit* », l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme porte manifestement une acception de l'homme qui

¹⁰⁸ D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc., p. 84.

¹⁰⁹ CA Douai, 6 déc. 2005, 04DA00376.

¹¹⁰ Cons. const., avis n° 94-343/344-DC du 27 juillet 1994.

¹¹¹ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, préf. F. TERRE, PUAM, 2003, p. 164, n° 293

¹¹² *Ibid*, n° 293.

dépasse la dimension biologique et qui exclut nécessairement l'enfant à naître¹¹³. De façon similaire, l'article 2, alinéa 1^{er}, du Code togolais des personnes et de la famille percevant le mineur comme « ...tout être humain âgé de moins de dix-huit (18) ans », exclut de fait l'enfant à naître de cette tranche d'âge, la computation de l'âge du mineur débutant à partir de la naissance¹¹⁴.

Egalement, en disposant que « *l'environnement togolais est un patrimoine national et fait partie intégrante du patrimoine commun de l'humanité* », l'article 4 de la loi cadre sur l'environnement au Togo interroge : la notion de patrimoine aurait tendance à rapprocher l'être humain de la notion de personne juridique mais ces deux concepts sont portant manifestement employés dans un sens qui dépasse le sens juridique classique¹¹⁵. Le patrimoine n'est pas ici rattaché à aucun régime juridique spécifique et les êtres humains comprennent des générations futures, même non encore conçues¹¹⁶. En ce sens, une réflexion a pu être menée sur « *les formulations du Code de l'environnement énonçant que l'un des objectifs du développement durables est l'épanouissement de tous les êtres humains : être biologique au sein de son environnement, l'humain ici évoqué dépasse cette condition pour aller vers un épanouissement, terme spirituel, sont le contenu indique qu'il concerne également des êtres non encore conçus* »¹¹⁷. L'être humain est irréductible à l'enfant à naître.

Enfin, il est des dispositions qui, tout en utilisant le terme « être humain », dans un sens autre que biologique, ne se réfèrent manifestement qu'à des personnes nées et vivantes. Il en est ainsi de la définition pénale de la « réduction en esclavage » qui, selon l'article 150.3 du Code pénal togolais, est le « *fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants* ». Au sein des êtres humains visés par cette disposition, figurent des enfants. Or, il ne peut s'agir d'enfants à naître, car l'on ne peut réduire en esclavage qu'un humain né. La notion d'être humain est trop large pour contenir exclusivement l'enfant à naître.

Par ailleurs, l'appui des philosophes sur l'être humain pour qualifier l'enfant à naître de personne humaine est séduisante, mais semble inadaptée. Car la personne humaine serait un être

¹¹³ L. CARYON, *La catégorisation des corps. Étude sur l'être humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., n° 94.

¹¹⁴ Pour des études sur le sujet, v. not., F. JULIENNE, « Le mineur associé », *RTD com.* 2015, p. 199 ; J.-P. GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 90 ;

¹¹⁵ *Ibid*, n° 95.

¹¹⁶ *Ibid*, n° 95.

¹¹⁷ *Ibid*, n° 95.

humain individualisé conçu comme ayant une existence propre et caractérisé essentiellement par son unicité, sa conscience de soi, sa rationalité et son autonomie. L'enfant à naître répond-il à ces critères ? La réponse est négative, car le défaut de conscience de sa propre existence et la dépendance de sa vie à l'égard de celle de sa mère suffisent pour écarter la qualification de l'enfant à naître de personne humaine. Celle-ci désigne une réalité biologique et non une construction juridique¹¹⁸.

Toutes ces considérations traduisant les insuffisances que recèle la qualification de l'enfant à naître d'être humain ne sont pas entièrement pertinentes. Celle qui refuse aux enfants non parvenus à l'état de fœtus la qualification d'êtres humains est contestable, car dès sa conception, l'enfant à naître est, en miniature, l'être humain qui naîtra. Tous les enfants à naître sont issus d'une fécondation par des gamètes mâle et femelle provenant de géniteurs humains. L'enfant à naître est le commencement de tout être humain. En revanche, l'imprécision de la qualification en raison de l'irréductibilité de l'être humain à l'enfant à naître est pertinente, parce que l'enfant à naître n'est pas la seule catégorie d'être humain qui existe. La naissance d'enfant met pas à sa qualité d'être humain prénatal et l'intègre dans la catégorie des humains postnataux.

En définitive, la qualification de l'enfant à naître d'être humain manque de précision, car elle entraîne sa confusion avec les êtres humains déjà nés, alors qu'il appartient à la catégorie des êtres humains prénataux. Ainsi, même si en dépit de son âge, l'enfant à naître appartient à l'espèce humaine et peut revendiquer sa place parmi les êtres humains, il relève de la catégorie de l'être humain prénatal.

2- La qualification précise d'être humain prénatal

Georges Vedel a distingué les notions conceptuelles des notions fonctionnelles. Il affirme que « les premières peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. [...] Les notions fonctionnelles au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »¹¹⁹. L'enfant à naître est une notion conceptuelle, car il repose

¹¹⁸ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (Etude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître)*, op. cit., p. 237 s.

¹¹⁹ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851, n° 4.

sur des critères précis. Il est un être humain prénatal défini par le commencement de la vie et le plafonnement de son âge par la veille de la naissance.

En premier lieu, l'enfant à naître est qualifié d'être humain prénatal par le fait d'être le commencement de la vie de tout être humain. Il est issu d'une femme ou tout au moins de deux patrimoines génétiques donnant un patrimoine humain. Son existence débute par l'apparition d'une vie humaine. L'article 16 du Code civil français précise que « *la loi (...) garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Cette nouvelle formulation issue d'une loi de 1994 a substitué le vocable « *sa vie* » à celui de « *la vie* » antérieurement utilisé par une loi de 1975. Le professeur Mathieu avait estimé que, « *la substitution du terme sa vie par le législateur de 1994 au terme la vie, employé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 75-54 DC renforce le caractère subjectif de ce droit* »¹²⁰. Le renforcement est opéré au détriment du caractère objectif de la vie. En réalité, la vie est un donné naturel et universel et ne diffère pas d'un être humain à l'autre.

Le commencement d'une vie humaine marque l'accueil d'un nouveau membre de l'espèce humaine. La Déclaration universelle des droits de l'homme emploie en préambule l'expression de « *membre de la famille humaine* ». Face à la difficulté d'avoir une date certaine de la conception, le Code togolais des personnes et de la famille ne fait que la présumer. Son article 173 énonce que la conception est présumée avoir lieu entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour inclusivement avant la naissance. L'être humain est présumé conçu au cours de cette période.

Au cœur de la qualification d'être humain, figure le critère de génome. La qualité génétique est attachée à l'être humain¹²¹. Chaque être humain porte une part du patrimoine génétique de l'humanité et les principales caractéristiques du génome humain. L'enfant naître est porteur individuel du génome humain, par le partage d'un génome commun. Comme l'a relevé un auteur, « *il est essentiel de comprendre que le génome humain doit être envisagé deux points de vue : individuel (le génome de cet individu-ci, résultante de celui de chacun de ses deux parents biologiques) et collectif (le génome de telle famille, de telle population, voire de l'espèce entière)* »¹²². Le génome de chaque parent est porté par la gamète qu'il fournit pour la fécondation.

¹²⁰ B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, coll. « Droit public positif », Economica et PUAM, 2000, p. 33.

¹²¹ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet de droits fondamentaux*, op. cit., p. 159, n° 299.

¹²² F. BELLIVIER, « *Le génome entre nature des choses et artefact* », *Enquête* n° 7, 1998, p. 55

Dans l'affaire dite de *Parpalaix*, le TGI de Créteil avait appréhendé le sperme comme « porteur de vie ; il est donc lié à une liberté fondamentale de l'être humain de donner vie ou de ne pas la donner »¹²³.

Le génome que porte l'enfant à naître peut servir à remettre en cause l'idée des philosophes de l'antiquité selon laquelle l'enfant à naître est un *pars viscerum matris*¹²⁴. Selon eux, il serait une partie du corps de sa mère. Trouvant paradoxale cette conception, un auteur fait l'observation suivante : « il y a une vie qui apparaîtra plus tard avec une figure (persona) d'homme, et qui n'est pas confondue avec celle de la mère : sinon, comment comprendre la fécondation in vitro ? Sinon, de quelle utilité légiférer sur l'avortement, s'il n'y a qu'une *pars viscerum matris* ? »¹²⁵. L'enfant à naître ne peut être à la fois une vie et une partie du corps de sa mère. Le commencement d'une vie dans le corps de la mère force une distinction entre les deux êtres humains. L'enfant à naître est un être humain distinct de sa mère. Depuis le commencement de sa vie jusqu'à la naissance, il s'agit du même être qui a évolué en fonction du temps.

Cet être humain dans le corps de la mère est pris en compte par le système juridique. Sa présence déclenche notamment plusieurs droits en faveur de femme enceinte, l'interdiction de l'IVG et la responsabilité médicale¹²⁶ ou administrative¹²⁷ pour atteinte à un être différent de sa mère qui le porte.

En second lieu, l'enfant à naître est qualifié d'être humain prénatal par grâce à son âge plafonné par la veille de sa naissance. Dès sa conception, l'enfant à naître est doté de toutes les cellules humaines qui devront se développer au cours du processus de sa croissance. L'âge pouvant être atteint avant la naissance varie d'un enfant à l'autre. Il peut être écourté par le décès *in utero*. Un décès prématuré n'affecte pas la qualification d'un enfant à naître d'être humain, car il est un être humain dès sa conception.

Aussi, en définissant l'embryon, Madame le professeur Dominique Fenouillet affirme qu'il désigne un « être génétique résultant de la fusion de gamète mâle et femelle et ce quel que soit son

¹²³ TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *JCP*, 1984, II, n° 22321, note Corone ; *Gaz. Pal.* 16-17 sept. 1984, 2, jur., concl. Lesec, p. 560 à 563.

¹²⁴ C. BERNARD et « autres », « Le statut de l'embryon humain dans l'antiquité gréco-romaine », préc., p. 180.

¹²⁵ G. MEMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990, p. 615.

¹²⁶ C. REGNIER, « Enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse. Seuls les parents peuvent être indemnisés », *AJDA* 2024, p. 2232. *Adde* : Cass. Ass. Plén., 17 nov. 2000, *Perruche*, n° 99-13.701. C. AMANDINE, « De la responsabilité médicale lors de la naissance d'un enfant handicapé », *LPA* 2014, 81, p. 11.

¹²⁷ CE, 5e et 4e sous-sections réunies, 07-04-2016, n° 376080 376225.

stade de développement, la continuité du processus de vie conduisant à écarter en droit les distinctions opérées par la science, entre pré-embryon et embryon, entre embryon et fœtus »¹²⁸. Sa définition dépasse la notion l'embryon et vise en réalité globalement l'enfant à naître. L'auteur traite en réalité de l'enfant à naître dans son étude. Ce constat transparaît clairement dans les différentes étapes de croissance d'un enfant à naître qu'il a soigneusement relevées. Il indique que « le 7^e jour signe le début de la phase de différenciation cellulaire, du 7^e au 14^e jour, se déroule la phase d'implantation qui conduit à la nidation ; à partir du 15^e jour, apparaît la gouttière primitive, qui signe l'apparition d'un être individuel qui commence sa différenciation morphologique ; à compter de la huitième semaine, apparaît le fœtus, qui a une forme humaine »¹²⁹. Il précise que « ces différenciations scientifiques qui reposent sur des différences de réalité biologique, n'impliquent nullement qu'il faille poser des distinctions juridiques. La question qui se pose en droit en effet de savoir quel statut appliquer »¹³⁰.

Si, « la personne juridique demeure immuable tandis que l'être humain de chair et de sang poursuit son existence en passant par toutes les étapes de la vie »¹³¹, la durée maximale de la vie d'un enfant à naître présumée par la loi est de trois cent jours¹³². Mais, certains enfants n'atteignent pas cet âge avant de naître ou naissent au-delà de cette limite¹³³. Tout dépend des prédispositions naturelles de l'enfant ou des interventions chirurgicales pouvant provoquer une naissance prématurée de l'enfant. Quelle que soit l'étape de sa croissance, l'enfant à naître est un être humain dès sa conception.

De la conception jusqu'à la naissance, l'âge de l'enfant peut être allongé par la durée de sa congélation. En droit français par exemple, cette durée est au minimum de cinq ans, selon l'article 2141-4 alinéa 4 du Code français de santé publique¹³⁴. Elle doit être ajoutée celle de sa croissance

¹²⁸ D. FENOUILLET, « L'embryon, source nouvelle de convoitise ? », in *Les « nouveaux » biens, nouvelles qualifications, nouveaux régimes ?*, préc., p. 75.

¹²⁹ *Ibid*, note de bas de page n° 2.

¹³⁰ *Ibid*, note de bas de page n° 2.

¹³¹ F. DREIFUSS-NETTER, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 95.

¹³² Art. 173, al. 1^{er} du Code togolais des personnes et de la famille.

¹³³ V. ROUSSEAU, *Le problème de longues grossesses dans notre ancien droit ; doctrine et jurisprudence des trois derniers siècles de l'Ancien régime*, Ed. Noël Didier, p. 275.

¹³⁴ Selon le paragraphe 4 de l'article 2141-4 du Code français de la santé publique, « dans le cas où l'un des deux membres du couple ou la femme non mariée, consultés annuellement à au moins deux reprises (...) ne répondent pas sur le point de savoir s'ils maintiennent ou non leur projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons ». Aussi, le paragraphe 5 du même article précise-t-il que « Lorsque les deux membres du couple ou la femme non mariée ont consenti (...) à l'accueil de leurs embryons et que

avant la naissance pour déterminer l'âge prénatal de l'enfant, s'il est implanté *in utero* de la femme ayant fourni son ovocyte ou dans celui d'un tiers.

En somme, l'enfant à naître relève de la catégorie juridique des êtres humains prénataux, en raison de son cadre de vie et la durée de son existence avant la naissance. L'accouchement de l'enfant vivant et viable met un terme à son statut d'être humain prénatal et l'intègre dans la catégorie des êtres humains postnataux. Sa protection permet de le considérer comme un sujet de droit, même s'il ne bénéficie pas de la personnalité juridique.

II-UN SUJET DE DROIT SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Le *Vocabulaire juridique* définit le sujet de droit comme « *une personne (physique ou morale) considérée comme un support d'un droit subjectif* »¹³⁵. Il résulte de cette définition une fongibilité entre sujet de droit et personne juridique. Cette fongibilité est à relativiser, car il a été démontré « *non seulement que les trois notions, homme, personne et sujet de droit sont distinctes, mais aussi que la tentative de définition de ce dernier à partir de l'une des deux autres est vouée à l'échec* »¹³⁶. Le sujet de droit est plutôt un réceptacle de droits, un support de droits peu importe l'entité qui le porte¹³⁷. Il s'agit d'une qualité conditionnée par l'existence d'un intérêt juridiquement protégé¹³⁸, contrairement à la personne juridique qui est conditionnée par la naissance de l'enfant vivant et viable. La qualité de sujet de droit de l'enfant à naître est fondée sur le critère d'intérêt (A), mais ses intérêts sont contrariés par l'instrumentalisation de l'absence de la personnalité juridique (B).

A- Une qualité fondée sur le critère d'intérêt

En application de l'adage *infans conceptus*, l'enfant à naître est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Cet adage ne consiste pas en une attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître, mais permet de lui rattacher des droits dictés par son intérêt. Le critère d'intérêt permet de fonder la qualité de sujet de droit à l'enfant à naître. L'intérêt patrimonial généralement pris en compte¹³⁹ ne confère la qualité de sujet de droit qu'aux enfants à naître

ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été confirmé, il est mis fin à la conservation de ces embryons à l'issue de ce délai ».

¹³⁵ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° *Sujet de droit*.

¹³⁶ C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Archives de philosophie du droit*, tome 34, le sujet de droit, Sirey, 1989, p. 13.

¹³⁷ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 121.

¹³⁸ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit : caractères et conséquences », *RTD civ.* 1909, p. 2 s.

¹³⁹ En ce sens, A.-V. VINCENT, *L'intérêt de l'enfant à naître*, thèse Normandie, 2018, p. 12 s.

destinataires d'un bien (1). En revanche, l'intérêt extrapatrimonial lié à leur condition humaine généralise la qualité de sujet de droit (2).

1- Une qualité sélective tirée de l'intérêt patrimonial

L'intérêt visé par l'adage *infans conceptus* est généralement considéré comme un intérêt patrimonial par la doctrine. Dans ce sens, le professeur Jean Hauser relevait que « *la maxime n'a jamais eu pour les juristes le sens qu'on a voulu lui donner dans le débat de ces dernières années. Les juristes, gens pratiques, ne l'avaient forgée que pour attribuer à l'enfant des droits patrimoniaux tout à fait terre à terre du type rente d'accident du travail, droits successoraux ou droit de recevoir des libéralités... A aucun moment il n'était question de lui donner une signification philosophique créatrice d'un noli me tangere en faveur de l'embryon* »¹⁴⁰. Aussi, le Code des personnes et de la famille lui confère-t-il la qualité d'héritier en son article 408, alinéa 2 en présence d'une succession. A cause de l'enfant à naître, le partage de la succession est suspendu en vue préserver ses droits successoraux. Sa présence soumet ses cohéritiers déjà nés à une indivision forcée durant le temps de sa gestation. L'enfant à naître peut aussi compter parmi les bénéficiaires d'une majoration de capital-décès¹⁴¹ ou d'un avantage de rente de travail¹⁴². L'intérêt patrimonial constitue un élément évident de qualification de sujet de droit, car il permet de rattacher des droits à l'enfant à naître. Mais, il joue un rôle sélectif dans cette qualification.

En ce sens, Jean Carbonnier affirme que « *les enfants à naître, personnes futures (...) sont des non-sujets de droit tant qu'ils n'ont pas reçu de droits, mais ils deviennent sujets de droit avant même d'exister, dès qu'ils ont reçu des droits. Le droit subjectif crée son propre sujet* »¹⁴³. De ces propos, il est permis de dégager deux catégories d'enfants à naître : les enfants à naître non-sujets de droit, faute d'être destinataires d'un bien avant la naissance et les enfants à naître sujets de droit dès lors qu'ils ont accès à un droit patrimonial. Aussi, l'avis a-t-il limité les droits subjectifs au droit patrimonial dans lequel s'inscrit l'intérêt auquel l'enfant à naître peut accéder. La position en question ne prend en compte que partiellement l'intérêt de l'enfant à naître en ignorant son intérêt extrapatrimonial.

¹⁴⁰ J. HAUSER, « Le commencement de la personnalité : *infans conceptus pro nato non habetur* », *RTD civ.* 1994, p. 831.

¹⁴¹ Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, *Gaz. Pal.* 9-10 juill. 1986, note Piedelièvre, cassant Paris, 24 mai 1984, *D* 1984. 143, concl. Paire.

¹⁴² Ch. réunies, 8 mars 1939, *S* 1941. 1. 25, note Battifol ; *D* 1941. 137, note Julliot de la Morandière.

¹⁴³ J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *préc.*, p. 202.

Ce rôle sélectif de l'intérêt patrimonial dans la qualification de sujet de droit est dû à l'influence de la volonté humaine. La décision d'une personne d'attribuer un bien à un enfant à naître suffit pour lui conférer la qualité de sujet de droit. Elle peut résulter de plusieurs formes d'actes juridiques dont le legs ou la donation. La volonté humaine peut aussi jouer dans le cadre d'une succession excédentaire, car la disponibilité de biens en faveur de l'enfant à naître serait due à l'intention du *de cuius* de conserver des biens pour ses héritiers. Inversement, la volonté de ne pas conférer la qualité de sujet de droit à un enfant à naître, peut résulter de la révocation d'un acte ayant constaté l'attribution d'un bien ou la création des dettes au-delà de la force de la succession.

Néanmoins, la créance en faveur de l'enfant à naître peut naître sans l'intervention de la volonté humaine. Elle peut résulter des faits juridiques ayant causé un préjudice à l'enfant à naître. Dans un arrêt du 14 décembre 2017, la Cour de cassation française a affirmé que « *dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu...* »¹⁴⁴. Cette décision de la chambre civile a certainement inspiré la chambre criminelle qui a reconnu le préjudice moral subi par un enfant conçu dans un arrêt du 10 novembre 2020¹⁴⁵. La créance naît au jour du dommage¹⁴⁶, même si cette théorie a subi des critiques¹⁴⁷. L'enfant à naître est un sujet du droit de créance qui devrait contraindre à la réparation de son préjudice même avant sa naissance.

En définitive, l'effet des faits juridiques ou l'influence de la volonté humaine dans l'accès de l'enfant à naître à la qualité de sujet de droit ne font pas forcément coïncider la date de naissance de son intérêt avec celle de sa conception. La naissance de l'intérêt patrimonial de l'enfant à naître peut être tardive. Elle est généralement postérieure à la date de conception de l'enfant. Le critère d'intérêt patrimonial dans la qualification de sujet de droit introduit une discrimination au sein des enfants à naître. D'une part, seuls les enfants à naître destinataires d'un bien peuvent accéder à la qualité de sujet de droit. Les autres semblent être des non-sujets de droit. D'autre part, un décalage existe entre la date d'accès à la qualité de sujet de droit et celle de la conception de l'enfant. Ces

¹⁴⁴ Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-26.687, préc. Dans un arrêt antérieur du 24 février 2005, la chambre civile de la Cour de cassation avait exclu l'existence d'un lien de causalité entre le décès d'un père survenu avant la naissance de l'enfant et le préjudice allégué (Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 02-11.999, *Bull. civ.* II, n° 53 ; *D.* 2005. 671, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 2006. 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *RTD civ.* 2005. 404, obs. P. Jourdain).

¹⁴⁵ Crim. 10 nov. 2020, FS-P+B+I, n° 19-87.136, *Dalloz actualité* 15 déc. 2020, note M. Recotillet.

¹⁴⁶ P. ESMEIN, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, Sirey, 1914, p. 140 s., L. MAZEAU, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, p. 17 s.

¹⁴⁷ V. P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances. Approche critique du conceptualisme juridique*, préf. D. MAZEAU, *Dalloz*, 2015, p. 23 s.

limites dans l'accès à la qualité de sujet de droit par l'enfant à naître sont tempérées par la prise en compte de son intérêt extrapatrimonial.

2- Une qualité généralisée par l'intérêt extrapatrimonial

L'intérêt extrapatrimonial échappe à toute évaluation en argent. Il existe une diversité d'intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant à naître. Certains sont artificiels et dépendent de la volonté humaine. Il s'agit notamment de la reconnaissance prénatale admise par la jurisprudence¹⁴⁸ ou du certificat d'enfant vivant suggérée par la doctrine¹⁴⁹. D'autres sont naturels et échappent à l'intervention de la volonté humaine. Ils sont dictés par la condition humaine de l'enfant à naître dont le droit à la vie et le droit au respect de son corps sans vie. Comme les intérêts patrimoniaux, les intérêts extrapatrimoniaux artificiels naissent après la conception et ne sont pas automatiquement activés. En revanche, les intérêts extrapatrimoniaux dictés par la condition humaine de l'enfant à naître naissent dès sa conception. Le droit à la vie naît dès le début de la gestation de l'enfant à naître ainsi que le respect du corps de l'enfant à naître à la fin de sa vie *in utero*. Ainsi, le droit à la vie et le respect du corps de l'enfant à naître sont des droits universels desquels aucun enfant à naître ne peut être, en principe, exclu en droit togolais.

En effet, le droit à la vie est rattaché à l'enfant dès sa conception. Chronologiquement, l'intérêt primitif et immédiat de l'enfant à naître est sa vie à protéger dès sa conception *in utero*. L'interdiction par principe de l'avortement par l'article 106 du Code togolais de la santé publique ou de l'interruption volontaire de la grossesse par les articles 829 du Code pénal togolais, confèrent à l'enfant une protection efficace de sa vie. Le droit à la vie est à la fois un droit fondamental de l'homme¹⁵⁰ et un droit subjectif¹⁵¹. La vie précède tous les autres droits subjectifs auxquels l'enfant à naître peut accéder. Tous les enfants à naître peuvent être considérés comme des sujets du droit à la vie dès leur conception en droit togolais, peu importe qu'ils aient un droit patrimonial ou un autre droit extrapatrimonial postérieurs à leur conception.

En revanche, le droit français a une position ambiguë sur le traitement de l'enfant à naître comme un sujet de droit dès le commencement de sa vie. Le droit à la vie semble visé par l'article

¹⁴⁸ (Cass. civ., 1^{re}, 7 avril. 2006, *Benjamin*, in *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, p. 100.

¹⁴⁹ X. LABBÉE, « Personnifier l'enfant conçu par le certificat d'enfant vivant », <https://www.actu-juridique.fr/sante-droit-medical/bioethique/personnifier-l-enfant-concu-par-le-certificat-d-enfant-vivant/>, consulté le 21/10/2024.

¹⁵⁰ R. G. DAVID, « De la conception à la naissance d'un enfant : la rupture du processus par l'interruption volontaire de grossesse et la question de la transmission contingente du patronyme », *préc.*, p. 140.

¹⁵¹ J. DJOGBENOU, *Le droit, les droits, Introduction théorique à l'étude du droit*, Editions du CREDIJ, 2024, p. 299, n° 483.

16 du Code civil français qui dispose que, « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». L'enfant à naître est évidemment l'être humain pour lequel le texte exige le respect de la vie¹⁵². Mais, toute la question est de savoir comment la vie de l'enfant à naître est préservée dès son commencement, alors que l'interruption de la grossesse jusqu'à la fin de sa 14^e semaines relevant de la liberté de la femme est désormais constitutionnalisée le 8 mars 2024. Cette liberté est d'ailleurs préservée par la prévision légale des sanctions contre toute entrave à l'interruption volontaire de grossesse¹⁵³. L'absence de protection de la vie de l'enfant avant une certaine durée fragilise le commencement de la vie comme point de départ de la qualité de sujet de droit de l'enfant à naître, en droit français, contrairement au droit togolais.

Comme le droit à la vie de l'enfant à naître, le respect de son corps devrait s'imposer à son décès *in utero*. Sa qualité de sujet de droit survit à sa mort, grâce à l'obligation de respecter son corps. La respectabilité du corps sans vie de l'enfant à naître est dictée par la dignité humaine. Sous l'influence religieuse du fait de la création de l'homme à l'image de Dieu¹⁵⁴, la philosophie de KANT a fait de la dignité une notion centrale qui se définirait comme une valeur¹⁵⁵. L'homme doit être traité comme une fin et non comme un moyen¹⁵⁶.

Cela étant, la dignité humaine transcende la personnalité juridique, puisqu'elle est liée à l'être humain¹⁵⁷. Elle existe bien avant l'accès à la personnalité juridique et survit à la mort qui met fin, en principe, à la personnalité juridique. En évoquant le principe d'extinction de la personnalité juridique par la mort, Planiol déclarait que « *les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien* »¹⁵⁸. Son propos s'inscrit dans la philosophie spiritualiste du Code Napoléon et des juristes libéraux du XX^e siècle qui mettaient l'essence de la personnalité juridique dans la volonté plutôt que dans le corps humain. Une telle conception de la personne est rejetée par Carbonnier qui trouve que, « *comme le fou et l'enfant en bas âge, corps dépourvus de volonté, n'en sont pas moins des personnes, comme, de surcroît, la volonté ne nous apparaît jamais que*

¹⁵² En ce sens, P.-J. DELAGE, « La primauté de la personne », *D.* 2011, p.173.

¹⁵³ V. O. DHAVERNAS, « Entrave à l'interruption volontaire de grossesse », *RCS* 1997, p. 821.

¹⁵⁴ R. JAVELET, « La dignité de l'homme dans la pensée du XII^e siècle », in *De la dignitate hominis, Mélanges Carlos-Josaphat PRINT DE OLIVEIRO*, Université de Fribourg, 1987, pp. 39-87.

¹⁵⁵ E. KANT, *Fondement métaphysique des mœurs*, éd. Vrin, 1980, p. 112 s.

¹⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ*, 2007, p. 15.

¹⁵⁷ En ce sens, A. L. de la OSA ESCRIBANO, « La bioéthique, le droit et la biotechnologie humaine », in *Mélanges en l'honneur de Gérard MÉMETEAU*, « Droit médical et éthique médicale : regards contemporains », LEH Édition, 2015, p. 176.

¹⁵⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e éd., LGDJ, 1935, tome 1, p. 152, n° 371.

liée au corps, il n'est pas déraisonnable de poser en principe que le corps humain fait la personne »¹⁵⁹. Son idée relève d'un maintien exceptionnelle de la personnalité juridique après la mort pour protéger le corps humain. La prise en compte de la dignité humaine pour protéger le corps humain après la mort est bien reçue par la jurisprudence notamment dans l'arrêt *Milhaud* rendu en 1993 qui soumet les médecins au respect du corps du patient décédé¹⁶⁰. Il s'agit de la théorie du corps comme personne par destination¹⁶¹. En réalité, la protection du corps humain au-delà de la mort s'impose grâce à la dignité humaine qui ne peut être niée aussi chez l'enfant à naître.

Mais, le code pénal togolais semble limiter la protection *post mortem* aux personnes juridiques. Selon son article 355, « constitue une profanation et une atteinte au corps des personnes décédées, le fait : 1) d'inhumer un corps humain, sans constat médical de décès et sans autorisation d'inhumer délivrée par l'autorité compétente ; 2) de, par quelque moyen que ce soit, porter atteinte à la dignité ou l'intégrité du corps d'une personne décédée, et notamment de le dissimuler, mutiler, outrager ou détruire... ». Le droit pénal étant d'interprétation stricte, l'application de cette disposition serait réservée probablement aux sujets de droit *ex utero*. Pour autant, son extension aux enfants à naître est possible, car la protection en question vise à préserver la dignité humaine qui est universelle peu importe que l'être humain soit né ou pas.

Au plan civil, la dignité du corps de l'enfant à naître est parfois remise en cause par la controverse dont elle est l'objet. Certains auteurs estiment que les enfants à naître sans vie « constituent un « déchet opératoire » qui est normalement détruit mais qui peut aussi être appréhendé par les établissements médicaux en vue de prélèvement de tissus, voire d'organe, sans que le consentement de la mère ne soit actuellement requis »¹⁶². Pour d'autres, il s'agit d'une « pièce anatomique »¹⁶³ ou fait partie de la catégorie des « choses corporelles humaines par

¹⁵⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, 1, Les personnes, Personnalité, incapacité, personnes morales*, 177^e éd., PUF, Coll. « Thémis », p. 17, n° 4.

¹⁶⁰ CE, 2 juill. 1993, *Milhaud*, D. 1994, Jur. p. 74, note J.-M. Peyricat. Adde, Cass. crim. 21 oct. 1980 : « la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder entre dans le champ d'application des articles 226-1 et 226-6 du code pénal » (Bull. crim. n° 262, D. 1981, p. 72, D. 1981, note Lindon ; RSC 1981, p. 878, obs. G. Levasseur).

¹⁶¹ J.-P. BAUD, « Le corps, personne par destination », *Mélanges D. HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 1994, p. 13 s.

¹⁶² C. LABRUSSE-RIOU et Fl. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, préc., p. 588.

¹⁶³ Sénat, « Les enfants nés sans vie », cité par A.-Cl. ARRIGHI, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non-reconnaissance à la protection*, op. cit., p. 73, n° 87.

nature »¹⁶⁴. Le traitement du corps sans vie de l'enfant à naître comme un déchet n'est pas partagé par le Conseil consultatif national d'éthique français¹⁶⁵ et condamné par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Mari c/ Croatie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) le 12 juin 2014¹⁶⁶, elle s'est prononcée au sujet d'une affaire dans laquelle la dépouille d'un enfant mort-né, non réclamée par ses parents, avait été incinérée par l'hôpital en même temps que d'autres déchets cliniques. Par la suite, les parents avaient cherché à obtenir des informations sur la crémation de l'enfant en vain, puisqu'aucune disposition légale n'obligeait l'hôpital à les informer de l'enterrement de leur enfant mort-né. Ils saisirent alors les juridictions croates en réclamant des dommages et intérêts. Les juges internes refusèrent toute indemnisation. Les parents saisirent la CEDH pour le même objet. La CEDH a relevé que le fait de s'être débarrassé du corps de l'enfant en tant que déchet clinique constituait bien une ingérence dans le droit au respect de la vie privé du requérant et condamné l'Etat croate à verser la somme de douze mille (12 000) euros au requérant pour la réparation de son préjudice moral.

Comme une personne, l'enfant à naître décédé doit être traité avec dignité. La doctrine a relevé à juste titre que la notion de personne juridique ne conditionne pas le respect du droit à la vie, qui doit être appliqué à l'Homme¹⁶⁷. Le droit positif doit reconnaître l'Humanité au-delà de la stricte notion de personne juridique, laquelle est sans doute satisfaisante s'agissant de questions patrimoniales ou de filiation, mais ne l'est plus lorsqu'il faut respecter l'existence et la dignité de l'être humain prénatal.

Ainsi, le respect de la vie et du corps humain sont dus à tout enfant à naître dès la conception. Ce sont des droits humains dont le rattachement à un être humain est naturel et universel. Aucun enfant ne peut en être exclu, contrairement aux intérêts patrimoniaux et intérêts extrapatrimoniaux qui ne dépendent pas de la condition humaine. Tout enfant à naître est ainsi un sujet du droit à la vie et du droit au respect de son corps dès sa conception, même si ces droits sont contrariés par l'absence de personnalité juridique.

¹⁶⁴ J.-P. BAUD, « Le corps, personne par destination », préc., p. 16.

¹⁶⁵ Avis n° 89 du 22 septembre 2005 à propos de la conservation des corps des fœtus et enfants morts nés.

¹⁶⁶ CEDH, 12 juin 2014 n° 50132/12, *Mari c/ Croatie* : *JurisData* n° 2°14-013655, *Rev. dr. fam.* 2014 n° 9, comm. 124, K. Blay-Grabarczyk.

¹⁶⁷ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, p. 65.

B- Un titulaire d'intérêts contrariés par l'instrumentalisation de l'absence de personnalité juridique

Théoriquement, selon l'adage *infans conceptus*, l'enfant à naître est considéré comme une personne, chaque fois qu'il y va de son intérêt. Cette considération de l'enfant comme une personne est une illusion. D'ailleurs, l'absence de sa personnalité juridique est instrumentalisée par la loi et la jurisprudence pour contrarier ses intérêts. Ses droits sont limités au détriment de ses intérêts. Sa titularité est dégradée. Elle désigne le fait d'être titulaire de droits subjectifs¹⁶⁸. Celle de l'enfant à naître est limitée tant dans étendue (1) que dans son effectivité (2).

Page | 383

1- Une titularité illégitimement limitée dans son étendue

Le sujet de droit sans personnalité juridique paraît comme une entorse au principe de sujet de droit doté de personnalité juridique. Car selon le professeur Loiseau, « *en règle générale, on s'accorde à considérer que la personne, au sens juridique, est le sujet de droit par opposition aux choses qui sont des objets de droit* »¹⁶⁹. Dans le même sens, un autre auteur a affirmé que « *le concept de personne ne se sépare évidemment pas de celui de sujet* »¹⁷⁰. En général, la personne semble indissociable du sujet de droit. Le sujet de droit semble être une conséquence de la personnalité juridique, puisque l'accès à la personnalité juridique paraît être un préalable avant l'attribution de la qualité de sujet de droit. Cette appréhension fusionnelle des deux instruments juridiques se justifie par des effets identiques. Mais au fond, chaque instrument est autonome. Le sujet de droit peut exister sans personnalité juridique. Le sujet de droit sans personnalité juridique est titulaire de droits limités dans leur étendue.

En effet, la qualité de sujet de droit de l'enfant à naître est affectée par l'instrumentalisation de l'absence de la personnalité juridique pour affaiblir l'étendue de certains droits qui lui sont destinés. Sans doute, cette absence contredit le fondement des droits de l'enfant à naître sur une rétroactivité de la personnalité juridique défendue par certains auteurs¹⁷¹. Car si la personnalité juridique devrait rétroagir, elle devrait produire entièrement ses effets, à l'instar d'une loi

¹⁶⁸ V. K. M. AGBENOTO, « La cotitularité de droits », *Revue béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, 2011, n° 25, p. 184.

¹⁶⁹ G. LOISEAU, *Le droit des personnes*, 2^e éd., 2020, p. 4, n° 2.

¹⁷⁰ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. H. ROUSSILLON, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, p. 9, n° 18.

¹⁷¹ A.-Cl. ARRIGHI, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non-reconnaissance à la protection*, *op. cit.*, p. 84 s., n° 107 s. ; C. LABRUSSE-RIOU et Fl. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *préc.*, p. 580.

rétroactive. Au contraire, les droits attribués à l'enfant à naître traduit sa qualité de sujet de droit dont le contenu ne saurait être déterminé en rapport avec le défaut de personnalité juridique.

L'autonomie du sujet de droit dans l'attribution des droits est due à sa construction séparée de celle de la personne juridique. A cet effet, Jean Carbonnier précise que, « *la notion de personne a pour elle été forgée par le droit romain et consacrée par le Code civil* »¹⁷². Mais, « *la notion de sujet de droit, au contraire, est récente, doctrinale, et après tout, les auteurs sont libres de le modeler à leur gré* »¹⁷³. Aussi, une personne peut-elle ne pas être sujet de certains droits¹⁷⁴, tout comme un sujet de droit peut ne pas être une personne. En ce sens, Madame Hermitte fait observer que « *tous les sujet de droit ne sont donc pas des personnes, encore moins des personnes humaines* »¹⁷⁵. Il existe donc des sujets de droit sans personnalité juridique en dehors de l'enfant à naître notamment l'animal¹⁷⁶, l'entreprise¹⁷⁷ et l'humanité¹⁷⁸. A ce sujet le professeur Gérard Farjat affirmait que « *de la famille au groupe de sociétés, de l'embryon à la nature, un certain nombre d'entités familiales et fortes de notre vie n'ont pas la personnalité juridique. Ce sont pourtant des points d'imputation du droit, des ordres juridiques partiels, avec des effets variables. On peut les qualifier de « centres d'intérêts »* »¹⁷⁹. Cette qualification semble inappropriée, car l'existence d'un centre d'intérêts est en soi le critère de qualification de sujet de droit.

En tenant compte de l'étendue des droits dont le sujet est le support, René Demogue a distingué deux variétés de sujets de droit : « *il y a deux catégories de sujets de droit : les sujets de*

¹⁷² J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », préc., p. 198.

¹⁷³ *Ibid*, p. 198.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 199 : Il « *est des auteurs qui font une distinction entre sujet de droit et personne, apercevant un plus dans celle-ci. Mais quel plus ? Les uns disent la plénitude : la personne aurait vocation à la totalité des droits, tandis que le sujet de droit pourrait n'être sujet que de certains droits. D'autres préfèrent dire la continuité : la personne serait constamment présente, tandis que le sujet de droit ne se manifesterait qu'au cas par cas* ». Adde, G. BEAUSSONIE, « La personnalité juridique en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, LexisNexis, 2015, p. 157.

¹⁷⁵ M.-A. HERMITTE, « L'embryon aléatoire », in *Le magasin des enfants* (ss. dir. J. TESTART), François Bourin, 1990, p. 25.

¹⁷⁶ L'animal appartient à « une nouvelle catégorie des biens, celle des êtres vivants » (S. ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003 p.2651) ou des « êtres sensibles dépendants » (E. DORÉ, *La sensibilité animale en droit. Contribution à la réflexion sur la protection de l'animal*, coll. Bibliothèque des thèses, Éditions mare & martin, 2024, p. 582 s.)

¹⁷⁷ L'entreprise est soumise à la responsabilité sociale. On parle communément de la responsabilité sociale de l'entreprise.

¹⁷⁸ L'humanité apparaît comme un sujet de droit, lorsqu'on lui rattache un patrimoine commun ou encore des crimes à son encontre. Un auteur semble lui reconnaître la personnalité juridique (M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », préc., p. 865). Cette reconnaissance manque de fondement juridique clair. Elle est plutôt un sujet des droits qui lui sont rattachés.

¹⁷⁹ G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD civ.* 2002, p. 221.

jouissance proprement dits, qui peuvent s'étendre au-delà de l'humanité, à tout être capable de souffrir, et les sujets de disposition jouissance, lesquels se limitent à l'humanité raisonnable ou présumée comme telle »¹⁸⁰. Il a élaboré le concept de sujet de jouissance par opposition au sujet de disposition. Si les sujets de disposition sont des personnes juridiques ayant en principe tous les droits, les sujets de jouissance ne le sont pas forcément et ont des droits limités, surtout ceux n'ayant pas de personnalité juridique. Même si Demogue n'avait pas visé expressément l'enfant à naître, sa théorie l'accueille parfaitement au sein des sujets de jouissance.

C'est ainsi que, dans son dialogue avec René Demogue, le professeur Jean-Pierre Marguénaud admet l'extension de la qualité de sujet de jouissance à l'enfant à naître, mais semble le fonder sur son aptitude à souffrir¹⁸¹. Si cette aptitude évoquée par René Demogue permet de reconnaître des sujets de droit au-delà de l'humanité et justifie la prise en compte de la sensibilité des animaux par exemple, elle est insuffisante au sujet de l'enfant à naître. Sa qualité de sujet de droit est fondée sur des droits dépassant sa protection contre la souffrance. Les droits qui lui sont attribués sont variés. Il s'agit des droits évaluables en argent comme ceux qui ne le sont pas, même s'il ne peut réclamer certains qu'après sa naissance¹⁸². La qualité de sujet de droit de l'enfant s'est imposée avec force en droit grâce à l'adage *infans conceptus*. En ce sens, un auteur fait observer que, « dans la perspective traditionnelle, l'enfant conçu a un statut uniforme tout au long de la grossesse : il le doit à sa qualité de sujet de droit, évidemment toujours égale à elle-même. Pas plus que le droit civil avec l'adage *infans conceptus*..., le droit pénal ne tient compte de son degré de développement »¹⁸³.

Egalement, la qualité de sujet de droit de l'enfant à naître permet de questionner son aptitude à recevoir des biens, puisqu'il n'est pas capable et ne figure pas parmi les incapables généralement connus que sont les mineurs et les incapables majeurs. Son incapacité de succéder prescrite par l'article 408, alinéa 3 du Code togolais des personnes et de la famille ne constitue pas une incapacité de jouissance, puisqu'elle ne l'empêche de prétendre à des droits. Elle n'est pas non plus une incapacité d'exercice, puisqu'elle ne peut être remédiée par la représentation. Il faut recourir aux distinctions proposées par Houin au sein des incapacités en lieu et place de la distinction classique pour pouvoir qualifier l'incapacité de succéder. Il a opéré une distinction entre

¹⁸⁰ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit : caractères et conséquences », préc., p. 11.

¹⁸¹ J.-P. MARGUÉNAUD, *La notion de sujet de droit*, coll. « Tiré à part », Dalloz, 2025, 21.

¹⁸² A.-M. LEROYER, « *Infans conceptus* et le préjudice moral de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2021, p.105.

¹⁸³ R. THERY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D* 1982. chron. 231, n° 12.

l'incapacité de protection et l'incapacité de défiance. L'incapacité de protection « constitue une présomption d'absence ou d'insuffisance de volonté »¹⁸⁴ et vise à « protéger l'incapable lui-même ». En revanche, les incapacités de défiance sont des « incapacités qui ne concernent pas la volonté de l'auteur d'un acte, mais (...) limitent les effets juridiques qu'il peut atteindre... »¹⁸⁵. L'incapacité de succéder est une incapacité de défiance, car elle fait obstacle à la transmission de la nue-propriété des biens à l'enfant à naître. La nue-propriété lui est seulement réservée, contrairement à la jouissance des biens dont il est titulaire durant sa vie *in utero*.

Si l'enfant peut être destinataire de biens, leur réceptacle est indéniablement le patrimoine qui est, par définition, « l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit... »¹⁸⁶. Or, selon la théorie de Aubry et Rau élaborée à partir des travaux de Zachariae, la patrimoine n'est rattachable qu'à une personne¹⁸⁷. Pourtant malgré l'absence de la personnalité juridique de l'enfant à naître, certains auteurs estiment qu'il aurait un patrimoine. Un auteur affirmait que « l'enfant à naître peut acquérir des biens par donation ou par testament »¹⁸⁸ avant de tempérer sa déclaration parfaite que « si l'enfant conçu n'arrive pas à terme ou ne naît pas viable, le droit considère qu'ils [les biens] ne lui ont jamais été attribués »¹⁸⁹. Un autre auteur relève que l'enfant à naître a un patrimoine purement positif qui peut devenir un patrimoine entier grâce à l'acceptation des donations avec charges par ses représentants¹⁹⁰.

Si les biens destinés à l'enfant avaient intégré en pleine propriété son patrimoine, leur sort devrait être soumis au droit des successions, en cas de décès *in utero*. Or, tel n'est pas le cas. En cas de décès, les biens sont traités indifféremment de l'existence éphémère de l'enfant à naître. Les données peuvent évoluer vers l'organisation d'une succession au décès de l'enfant. Car si l'utilisation en sa faveur des biens qui lui sont destinés ne peut être remise en cause, ceux non encore utilisés doivent constituer sa succession à son décès pour revenir à ses parents. En outre, durant sa vie *in utero*, l'enfant à naître ne peut être qu'un possesseur *corpore alieno*¹⁹¹ des biens qui lui sont

¹⁸⁴ M. R. HOUIN, « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 384.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 394 s.

¹⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, tome 3, PUF, Coll. « Thémis », p. 13.

¹⁸⁷ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, à. 667.

¹⁸⁸ F. DIESSE, « La situation de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face », *Revue générale de droit*, vol. 30, n° 4, 1999-2000, p. 654.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 655.

¹⁹⁰ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître, Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil, op. cit.*, p. 352.

¹⁹¹ Pour une étude sur le sujet, v. par ex., G.-A. LIKILLIMBA, *La possession corpore alieno*, *RTD civ.* 2005, p. 8, n° 14.

destinés, son cadre de vie le confinant à cette qualité. La possession est dématérialisée, mettant en exergue l'*animus*, ce qui rappelle la théorie subjective de Savigny¹⁹². Mais, le *corpus* détenu par un tiers fait écho à la théorie objective de Ihéring¹⁹³. La dématérialisation prendra progressivement fin après sa naissance.

Enfin, l'étendue limitée des droits liés à la qualité de sujet de droit de l'enfant à naître se traduit par des obstacles légaux à son droit à la vie. Celui-ci n'est pas absolu, en dépit de la dignité humaine qui devrait imposer son respect¹⁹⁴. Il semble nié par des atteintes autorisées dont il peut faire l'objet, lorsqu'il entre en conflit avec des intérêts de sa mère notamment la nécessité d'interrompre une grossesse menaçant sa vie ou issue d'un viol ou de l'inceste ou encore d'exercer la liberté de disposer de son corps. En réalité, il ne s'agit pas d'une négation de la vie de l'enfant à naître en droit togolais comme l'ont pensé certains auteurs ailleurs¹⁹⁵, mais de faits justificatifs, puisque l'IVG y demeure une infraction¹⁹⁶. A ces faits justificatifs, peut être ajouté celui envisagé par l'article 829, alinéa 1-3 du Code pénal togolais, selon lequel, « *lorsqu'il existe, au moment du diagnostic une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité* ». La non-révélation de la gravité de l'affection ayant occasionné la naissance d'un enfant handicapé peut être source de responsabilité civile individuelle¹⁹⁷ ou collective¹⁹⁸.

Pour autant, certains faits justificatifs ne sont pas pertinents. N'est véritablement légitime que l'atteinte à la vie de l'enfant à cause de la nécessité de sauver la vie de sa mère. Les autres faits sont illégitimes, car d'une part, le viol et l'inceste disposent déjà de leur propre sanction pénale et qu'il est inapproprié de supprimer la vie de l'enfant à naître pour des faits commis par autrui sur sa mère. D'autre part, la prise en compte de l'intérêt général ne peut être légitime que si

¹⁹² SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, trad. Par STREDTLER, Paris, Durand-Pédone-Lauriel, 7^e éd., 1870.

¹⁹³ IHERING, *Du fondement de la protection possessoire ; du rôle de la volonté dans la possession*, trad. MEULENAERE, Paris, Maresq, éd., 1893.

¹⁹⁴ N.MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine* (ss. dir. M. L. Pavia et Th. Revet), Economica, 1999, p. 123.

¹⁹⁵ P. R. DJOUTSOP, « La négation du droit à la vie de l'enfant à naître », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 2, n° 1, 2001, p. 229.

¹⁹⁶ A. D. de la BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, préf. A. LEPAGE, LGDJ, 2020, Bibliothèque des sciences criminelles, tome 69, p. 4, n° 9 : « *avant de s'interroger sur l'existence d'un fait justificatif, il est nécessaire de vérifier que l'infraction est bien caractérisée dans tous ses éléments constitutifs aussi bien sur le plan matériel que moral* ».

¹⁹⁷ Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *Perruche*, n° 99-13.701.

¹⁹⁸ A. CHOUX, « La loi anti-perruche », *D.* 2002, p. 1212 ; P. JOURDAIN, « Loi anti-Perruche, une loi démagogique », *D.* 2002, Chron. p. 891.

l'enfant n'est pas viable. Dans le cas contraire, l'enfant à naître dont la viabilité est certaine devrait être à l'abri d'une interruption de sa vie pour bénéficier de la personnalité juridique à sa naissance.

La menace sur la vie de l'enfant à naître s'aggrave impunément, à cause du refus de la jurisprudence pénale française de sanctionner des tiers pour homicide involontaire, lorsqu'ils portent atteinte à sa vie¹⁹⁹. Or, l'homicide involontaire figure sous la section intitulée « *Des atteintes à la vie* », sous le Titre II intitulé « *Des atteintes à la personne humaine* » du deuxième livre du Code pénal français. La personne humaine évoquée n'est pas un construit juridique mais une réalité naturelle tout comme la vie humaine. Même si l'enfant à naître n'est pas entièrement une personne humaine, faute de conscience de soi et de raisonnement, il a la vie qui mérite d'être protégée, comme pour toute personne humaine. Les données sont identiques dans le Code pénal togolais dont l'article 178 dispose que « *l'homicide involontaire est le fait de causer la mort à un être humain par négligence, défaut d'adresse ou de précaution, infraction à des règlements de sécurité* ». Or, l'enfant à naître est un être humain prénatal. L'atteinte à sa vie par un tiers peut être qualifiée d'homicide involontaire.

Au demeurant, même l'absence de la personnalité juridique de l'enfant à naître devrait indifférente dans la détermination des droits de l'enfant à naître. Seul son intérêt devrait primer. Ses droits ne sauraient être anormalement réduits, tandis que l'adage *infans conceptus* favorise la protection de ses intérêts. La contestation de l'instrumentation le l'absence de la personnalité juridique pour contrarier l'étendue de certains droits de l'enfant à naître vaut aussi l'effectivité suspendue de certains de ses droits.

2- Une titularité illégitimement limitée dans son effectivité

René Demogue avait opéré une classification secondaire des sujets de droit : les sujets actifs et les sujets passifs²⁰⁰. Les premiers désignent le groupe qui a une situation avantageuse et les seconds ceux qui ont une situation désavantageuse²⁰¹. Mais, s'agissant de l'enfant à naître, sa qualité de sujet passif semble suspendue ainsi que d'autres droits. Les suspensions nuisibles aux intérêts de l'enfant méritent d'être écartées.

¹⁹⁹ Cass. crim. 30 juin 1999, préc. ; Ass. plén., 29 juin 2001, préc. ; Cass. crim., 12 juin 2018, préc.

²⁰⁰ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit : caractères et conséquences », préc., p. 1.

²⁰¹ *Ibid*, p. 2.

En effet, la qualité de sujet passif de l'enfant à naître est suspendue, car il « *ne peut être tenu de dettes ou d'obligations* »²⁰². La suspension semble justifiée par l'incompatibilité de ses intérêts avec sa soumission à une obligation personnelle. Pourtant, certains pensent que ses intérêts peuvent justifier l'octroi en faveur des libéralités même avec charge²⁰³. Certes, il ne s'agit pas d'une soumission de l'enfant à naître à une obligation personnelle, mais à une obligation réelle. Car l'obligation réelle est attachée non à l'enfant mais à un bien particulier qui lui est destiné²⁰⁴. Les charges usufruituaires ne sont pas forcément dépendantes du droit de propriété²⁰⁵. Elles incombent au bénéficiaire de la jouissance²⁰⁶. L'obligation réelle est exercée sur la valeur exclusive du bien destiné à l'enfant à naître.

Egalement, la qualité de sujet actif de l'enfant à naître n'est pas entièrement effective, à cause de la suspension de plusieurs droits qui lui sont destinés. En effet, son droit d'accès à la justice est suspendu. Dans un arrêt du 14 décembre 2017, la Cour de cassation française a affirmé que « *dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu* »²⁰⁷. La jurisprudence reconnaît le dommage commis à l'encontre de l'enfant *in utero*, mais n'ouvre le droit à sa réparation qu'après la naissance²⁰⁸. Si l'enfant à naître n'arrivait pas à naître, il aurait subi un préjudice sans pouvoir obtenir sa réparation en justice. Or, l'objet de toute réglementation étant d'être « *utilitaire en ce sens qu'elle a une fin pratique qui est d'être utile à quelqu'un ou à quelque chose* »²⁰⁹, l'impossibilité pour le droit d'assurer la justice en général pour l'enfant à naître et pour le droit de la responsabilité civile de laisser non-réparé un préjudice pendant tout le temps de gestation est une expression de leur défaillance envers l'enfant à naître. La réparation de son dommage peut

²⁰² R. G. DAVID, « De la conception à la naissance d'un enfant : la rupture du processus par l'interruption volontaire de grossesse et la question de la transmission contingente du patronyme », préc. p. 144.

²⁰³ *Ibid*, p. n° 193-195.

²⁰⁴ MICHOU, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, Thèse Nancy, 1891, p. 8.

²⁰⁵ J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, préf. Jourdain, PUAM, 2002, p. 99 s.

²⁰⁶ Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 96 ; *JCP* 1993, éd. G, II, 22003, note J.-F. Pillebout, et 22041, note A. Tisserand.

²⁰⁷ Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-26.687, préc. Dans un arrêt antérieur du 24 février 2005, la chambre civile de la Cour de cassation avait exclu l'existence d'un lien de causalité entre le décès d'un père survenu avant la naissance de l'enfant et le préjudice allégué (Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 02-11.999, *Bull. civ. II*, n° 53 ; *D.* 2005. 671, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 2006. 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *RTD civ.* 2005. 404, obs. P. Jourdain).

²⁰⁸ CE, 27 sept. 1989, Mme K..., concl. M. Fornaciari, *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 421 ; *D.* 1991, Jur. p. 80, note M. Verpeaux ; Cass. crim., 4 févr. 1998, *JCP G* 1999, II, 10178, note I. Moine-Dupuis, confirmée par Crim. 2 oct. 2010, *LPA* 2000, n° 260, p. 9, note A. Cayol.

²⁰⁹ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, *op. cit.*, p. 272.

être réalisée même avant sa naissance. S'il décède *in utero*, les dommages et intérêts qui lui sont alloués reviennent à ses parents, par l'ouverture d'une succession fictive.

Il en résulte une véritable protection de l'enfant à naître. Pour autant, la suspension de l'effectivité de certains droits de l'enfant à naître est solidement ancrée en droit positif. Dans l'arrêt *Benjamin*, la reconnaissance prénatale n'a pu produire ses effets qu'après la naissance²¹⁰. Même si la filiation est établie avant sa naissance, elle devient caduque au décès *in utero*. Aussi, en application de l'article 177 du Code togolais des personnes et de la famille, « aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». En outre, selon l'article 518 du Code togolais des personnes et de la famille, « si parmi les successibles se trouve un enfant simplement conçu, le partage est suspendu jusqu'à la naissance ». Le droit successoral de l'enfant à naître est suspendu jusqu'à la naissance. Il importe peu que la suspension du partage ait soumis les héritiers à une indivision forcée pendant la période de gestation en vue de protéger l'enfant à naître.

D'autres droits privés d'effectivité peuvent en réalité être activés. Par exemple, le certificat de vie de l'enfant à naître dont la confection est suggérée par une partie de la doctrine²¹¹ peut être effectif pour servir à justifier l'existence de l'enfant auprès de l'Etat ou des structures privées notamment les assureurs pour le prise en compte des charges de l'enfant. Néanmoins, des interrogations portées notamment sur le domicile, la nationalité et les droits de la personnalité de l'enfant à naître²¹² au regard de leur suspension sont légitimes, puisqu'ils ne présentent pas un intérêt significatif pour l'enfant.

Les atteintes à l'intérêt favorisées par l'absence de personnalité doivent être condamnées pour permettre à l'enfant d'accéder pleinement à ses droits en cohérence avec ses intérêts. En fin de compte, l'enfant à naître est un sujet de droits dont l'effectivité et l'extension doivent être favorisées pour préserver ses intérêts en dépit de l'absence de personnalité juridique.

²¹⁰ Cass. civ., 1^{re}, 7 avril. 2006, *Benjamin*, in *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, p. 100.

²¹¹ X. LABBEE, « Personnaliser l'enfant conçu par le certificat d'enfant vivant », préc, p. 1 s.

²¹² N. MASSAGER, *Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil*, op. cit., n° 148 s.

Conclusion

Au terme de cette étude, l'enfant à naître peut être qualifié d'être humain prénatal ayant la qualité de sujet de droit sans personnalité juridique. Pour y arriver, il a fallu se débarrasser des qualifications inappropriées qui lui sont prêtées par la loi, la jurisprudence et la doctrine.

Page | 391

Faute de naissance, l'enfant à naître ne peut être qualifié de personne. Même, les qualifications qui admettent une personnalité potentielle sont rejetées, pour éviter une incohérence dans la détermination de la catégorie juridique qui peut l'accueillir. Aussi, sa qualification de personne humaine est-elle contredite par l'impossibilité pour l'enfant à naître d'avoir conscience de son existence. Il en est de même de sa qualification de *pars viscerum matris* qui est remise en cause par la dissociation de l'enfant à naître de sa mère qui le porte à travers l'existence de deux vies différentes et des droits ayant des titulaires différents. Enfin, sa qualification de chose est rejetée, car elle est incompatible avec son humanité.

Dans la recherche de sa véritable qualification, la suggestion d'être humain a paru trop imprécise, car l'être humain ne peut se réduire à l'enfant à naître. L'existence d'êtres humains en dehors de l'enfant à naître a permis de classer les humains en deux catégories : l'être humain prénatal et l'être humain postnatal. L'enfant à naître appartient à la première catégorie. La qualification de l'enfant à naître d'être humain prénatal permet d'éviter sa dilution dans le monde vaste des humains.

La prise en compte des intérêts de l'enfant à naître lui confère la qualité de sujet de droit, en dépit de sa rébellion à l'égard de la catégorie de personne. Il est sujet de droit dès sa conception pour préserver sa vie et son corps. Ce droit appartient tous les enfants à naître, en marge d'autres droits dont il peut bénéficier postérieurement à sa conception. La faiblesse de la qualité de sujet de droit est qu'elle rallie des droits qui sont parfois contrariés illégitimement par l'instrumentalisation de l'absence de personnalité juridique. Les droits de l'enfant à naître doivent plutôt être définis en tenant compte de ses intérêts.

La nature juridique de l'enfant à naître enrichit le nombre des catégories juridiques en faisant compter la catégorie d'être humain prénatal à côté des catégories classiques et révèle qu'il est un sujet de droit entièrement à part. Le monde d'humains que l'on souhaite avoir demain dépend du traitement réservé à l'enfant à naître aujourd'hui.

La liberté dans l'Acte uniforme révisé portant droit des sociétés commerciales

Freedom in the revised uniform act on the law of commercial companies

Par :

GONGALI SALE ADOLPHE

Page | 392

Résumé :

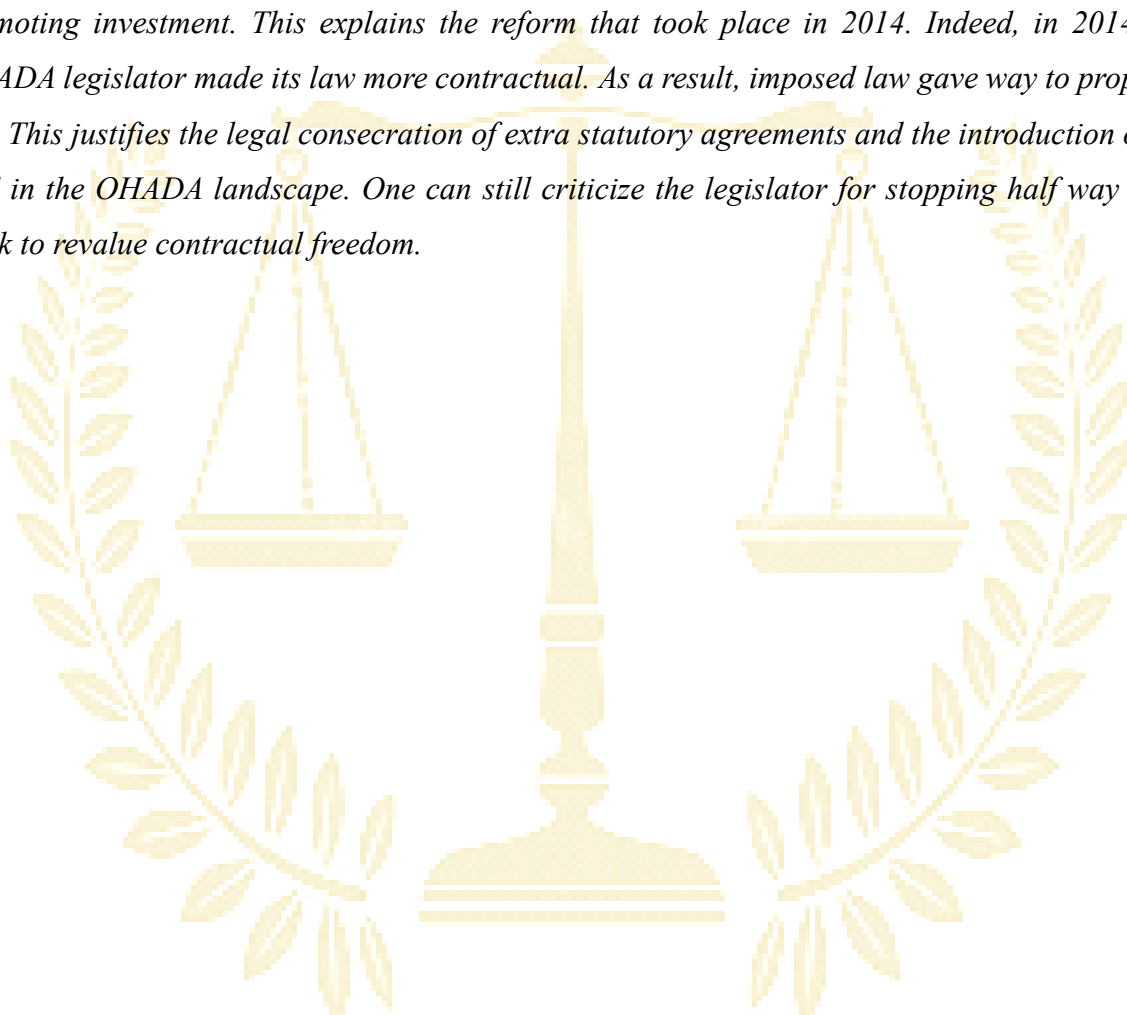
L'avènement de l'OHADA a été une initiative salubre pour le monde des affaires. Cette Organisation a mis sur pied l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Le premier acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de 1997 bien qu'acclamé sera vivement critiqué. Il lui est reproché son caractère dirigiste qui n'est pas de nature à favoriser l'investissement.

C'est ce qui explique la réforme intervenue en 2014. En effet, en 2014, le législateur OHADA des sociétés fera de son droit, un droit plus contractuel. De ce fait, le droit imposé régresse au profit du droit proposé. C'est ce qui justifie la consécration légale des conventions extrastatutaires et l'introduction de la SAS dans le paysage de l'OHADA. On peut tout de même reprocher au législateur de s'être arrêté à mi-chemin de son œuvre de revalorisation de la liberté contractuelle.

Abstract:

The advent of OHADA has been a welcome initiative for the business world. This Organization has established a uniform act relating to commercial company law and economic interest groups. The first uniform act on commercial company law in 1997, although acclaimed, was strongly criticized. It was criticized for its dirigiste nature, which was not conducive to promoting investment. This explains the reform that took place in 2014. Indeed, in 2014, the OHADA legislator made its law more contractual. As a result, imposed law gave way to proposed law. This justifies the legal consecration of extra statutory agreements and the introduction of the SAS in the OHADA landscape. One can still criticize the legislator for stopping half way in its work to revalue contractual freedom.

Page | 393



Introduction

A l'aube des indépendances, le constat fait indiquait que les États africains avaient une législation éparse, résiduelle et anachronique héritée de celle de l'administration coloniale¹. Cette législation éparpillée dans les différents États posait de sérieux problèmes de sécurité juridique et judiciaire. Or, l'idée et la volonté d'intégration ne sont pas nouvelles en Afrique. Avant l'indépendance de la plupart des États africains, les tenants du panafricanisme plaidaient déjà pour une intégration politique et économique du continent². Si l'objectif d'une intégration politique et économique à large spectre rencontre de sérieux obstacles liés à la souveraineté des États, force est de constater que la nécessité d'une intégration juridique s'est imposée.

L'OHADA, constitue incontestablement l'entreprise d'unification du droit des affaires la plus hardie dans le monde. C'est une organisation internationale de production de normes dont l'objectif est d'assurer de façon la plus large et la plus cohérente possible, l'intégration juridique des États qui en font partie dans le domaine du droit des affaires³. C'est un modèle d'intégration assez spécifique qui vise à moderniser le droit des affaires. Comme le relève fort pertinemment une doctrine autorisée, l'intégration telle qu'incarnée par l'OHADA constitue une véritable rupture épistémologique en Afrique⁴. Avec l'OHADA, on ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration pour promouvoir les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises. En effet, l'article 1er du Traité de l'OHADA dispose que « *Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ». Partant de cette affirmation, l'on comprend que le

¹ - A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, Paris, LGDJ 2015, p. 2 ; P. G. POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé 2008, p. 2.

² - R. AKONO ADAM, *L'application du droit OHADA aux sociétés d'État*, Mémoire de Master Recherches, Université de Ngaoundéré, 2011, p. 2 ; A. AKAM AKAM, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'HARMATTAN 2009, p. 21-36.

³ - F. M. SAWADO, « Présentation de l'OHADA : Les organes de l'OHADA et les Actes uniformes », OHADATA D-06-32 ; Même auteur, « Les 20 ans de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS Editions 2013, p. 31.

⁴ - P. G. POUGOUE, « OHADA, Instrument d'intégration juridique », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol 2, n°2, 2001, p. 11.

droit OHADA est un outil au service de l'économie et de l'entreprise⁵. Deux impératifs majeurs sont au centre du droit OHADA : la sécurité (juridique et judiciaire) et l'attractivité économique⁶. L'OHADA est à la fois un ordre normatif⁷ et judiciaire ayant à sa tête une juridiction suprême communautaire. En visant l'harmonisation, qui est une technique plus souple, parce que privilégiant la coordination des systèmes juridiques dans le but de réduire les disparités pour réaliser les buts communs ; le législateur OHADA, dans l'élaboration de son droit matériel procède par l'unification. Cette technique instaure un droit unique applicable sur le territoire de tous les États parties en réduisant la marge de manœuvre législative et judiciaire de ces derniers. S'agissant de la réduction de la marge de manœuvre judiciaire des États, force est de relever la mise en place d'une Cour suprême qui se situe au-dessus des juridictions nationales de cassation appelée la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Cette Cour communautaire est investie d'attributions à la fois non juridictionnelles et juridictionnelles⁸.

Le domaine matériel du droit OHADA est large et dépasse la simple sphère du droit commercial classique. En effet, l'article 2 du Traité de l'OHADA qui énumère les matières qui rentrent dans le domaine de compétence de cette organisation dispose que : « (...), *entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique du commerçant, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports (...)* ». De cette énumération, figure en bon rang le droit des sociétés. Le premier acte uniforme sur les sociétés commerciales a vu le jour en Avril 1997. Ce texte matérialise la volonté des États de mettre sur pied un véritable espace juridico-économique qui, facilitera les échanges économiques entre les États africains. Il permettra également aux investisseurs étrangers de venir s'y installer. Il aura eu

⁵- B. FAYE, J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 68.

⁶ - P. G. POUGOUE, « Leçon inaugurale : L'OHADA entre son passé et son avenir », in *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013)*, CCLA 2015, p. 30 ; v. aussi, J. ISSA-SAYEGH, « Sécurité juridique et attractivité du droit OHADA », in *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013)*, CCLA 2015, p. 39.

⁷- En ce sens, J. ISSA- SAYEGH, « L'ordre juridique OHADA », OHADATA D-04-02.

⁸- V. J. FOMETEU, « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la CCJA de l'OHADA et les Juridictions nationales de cassation », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, s/dir A. AKAM AKAM, L'HARMATTAN 2009, p. 37 ; D. ABARCHI, « La supranationalité de l'OHADA », OHADATA D-02-02 ; B. BOUMAKANI, « Les juridictions communautaires en Afrique noire : La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, les Cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC », *Annales de la FSJP de Dschang*, Tome 3, 1999, p. 67.

le mérite d'adapter le droit africain aux exigences de l'économie moderne⁹. Cet acte uniforme impressionnant par sa taille de 920 articles, définit la société commerciale en son article 4 comme : « créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter ». Le législateur OHADA reprend ici la définition du Code civil français de 1804 qui dispose en son article 1832 que, « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice (...) ». Il ressort de cette définition que, la société commerciale est une entité morale qui dispose d'une forme juridique, d'un numéro d'identification, d'un régime fiscal particulier qui lui est propre¹⁰. On en déduit que la société commerciale est définie ici à travers sa finalité : la recherche du profit ou de l'économie qui pourrait en résulter. Il ajoute par ailleurs que les associés partagent les bénéfices, ils doivent aussi lorsque cela arrive supporter les pertes qui pourraient en résulter. Dans cette perspective, il est prohibé la mise sur pied des clauses léonines¹¹ qui consistent en l'attribution de tous les bénéfices à un seul des associés de la société ou encore à exonérer un des associés de sa vocation au partage des pertes.

L'espoir suscité par l'Acte uniforme initial relatif au droit des sociétés commerciales sera malheureusement de courte durée. En effet, l'Acte uniforme originel de 1997 essuiera de vives critiques de la part de la doctrine¹². Il lui a été notamment reproché son caractère d'ordre public¹³. Mettant en exergue le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales sous l'empire de l'ancien texte, un auteur avait affirmé sans ambages que, « La réglementation OHADA des sociétés commerciales est marquée par le sceau de l'autoritarisme : l'ordre public y règne en

⁹ - A. FENEON, *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁰ Cf. site L-Expert-Comptable, « Qu'est-ce que la société ? », [http : //www.l'Expert-comptable.com](http://www.l'Expert-comptable.com).

¹¹ - A. FAYE, « L'égalité entre associés (Acte Uniforme sur le droit des sociétés et du G.I.E) », Ohatata D-04-10 ; L'article 54(2) de l'AUDSCGIE dispose d'ailleurs que : « Toutefois, sont réputées non écrites les clauses attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes. » ; Pour un exemple de clause léonine lire J. DE LA FONTAINE, *Fables*, Livre Premier, VI, La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion, p. 27-28.

¹² - V. Dossier spécial sur la réforme de l'AUDSCGIE, *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 47 ; P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in *Les mutations juridiques du système OHADA* s/dir A. AKAM AKAM, p. 181-227.

¹³ - L'article 2 de cet Acte uniforme disposait que « Les dispositions du présent Acte sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme ».

souverain quasi-absolu. »¹⁴. Ce droit empreint d'autoritarisme et de dirigisme, n'était pas à même de rassurer les entreprises et multinationales qui souhaitaient investir dans l'espace OHADA.

La réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales intervenue en janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso, réponse à cette inquiétude, place la simplification¹⁵ et la contractualisation au cœur des priorités. Cette réforme nécessaire et d'une importance indéniable avait pour but d'assainir le climat des affaires dans l'espace OHADA en vue de rendre les entreprises plus compétitives et performantes¹⁶. La relance de la croissance dans les États africains passe par la création des entreprises. Or, pour créer au maximum les entreprises, il est important de simplifier, d'assouplir les formalités de création et de fonctionnement des sociétés commerciales¹⁷ qui sont des structures d'accueil juridiques des entreprises. On comprend dès lors l'intérêt majeur accordé par le législateur OHADA de janvier 2014 à la suppression des contraintes juridiques qui, pénalisent la création et le développement des entreprises ainsi que l'accès au crédit¹⁸. Un régime juridique qui promeut la création et le développement des entreprises a un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. En effet, le législateur veut promouvoir les investissements, il procède donc à une réorganisation du régime¹⁹ des nullités. C'est la raison pour laquelle il s'attèle à rendre les règles plus flexibles et partant, à atténuer l'emprise de l'ordre public²⁰. Il procède donc au cantonnement²¹ du régime des nullités. Elles sanctionnent désormais les clauses contraires aux dispositions de l'Acte uniforme qui sont considérées comme non écrites.

¹⁴ - P. GUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales », *op cit*, p. 181.

¹⁵ - B. SAINTOURENS, « La simplification du droit français des sociétés », RIDC 1994, n° spéc., vol. 16, p. 91 et s.

¹⁶ - V. Dossier spécial sur la réforme de l'AUDSCGIE, *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 47.

¹⁷ - En ce sens, v. R. AKONO ADAM, « SARL : Cameroun : de la simplification de la création d'une SARL », <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/droits-nationaux/15747/cameroun-de-la-simplification-de-la-creation-d-une-sarl>.

¹⁸ - L. YONDO BLACK et A. TIENMELFOTIEN TRAORE, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 48.

¹⁹ - R. MASSAMBA MAKELA, « Le régime des nullités issu de la réforme », Dossier La réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA, Journal Des Sociétés, n° 120, 2014, p. 21.

²⁰ - D. PORACCHIA, B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : statuts et pactes extrastatutaires », Dossier La réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA, Journal Des Sociétés, n° 120, 2014, p. 15.

²¹ - K. FADIKA, « La clarification du régime des nullités », in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 89.

De ce qui précède, on peut dès lors se poser la question de savoir quels sont les éléments juridiques qui permettent de soutenir que le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales se contractualise davantage ?

Ce sujet revêt un double intérêt théorique et pratique. Théorique en ce sens qu'il met en lumière les liens étroits et les interactions entre deux branches du droit à savoir le droit des contrats d'une part et le droit des sociétés commerciales d'autre part. Il s'agit de jeter une lumière sur la manière avec laquelle le droit des sociétés reçoit les outils contractuels qui fondent le droit des contrats. Sous l'angle de la théorie générale du droit, les interactions entre le contrat et la loi sont revisitées. Le premier qui est un lien juridique entre des intérêts particuliers magnifie la primauté de la volonté individuelle. La seconde est un lien impératif posant le cadre dans lequel, s'inscrivent les rapports privés et ceux des particuliers avec l'État ; la loi poursuit le but d'assurer le bien-être général²². Ce sujet présente aussi un intérêt pratique en ce sens que la liberté contractuelle a été le vœu formulé par les opérateurs économiques²³, elle participe donc de la promotion des investissements²⁴. Il va sans dire que le droit OHADA est un droit au service du développement économique²⁵.

Une réponse judicieuse au questionnement posé nous impose une démarche bipartite. Celle-ci consistera à examiner d'une part la revalorisation de la liberté contractuelle dans l'AUDSCGIE révisé (I) et d'autre part nous ferons le constat selon lequel c'est une revalorisation limitée (II).

I- LA REVALORISATION DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DANS L'ACTE UNIFORME REVISE

La lecture attentive des différents domaines du droit aujourd'hui laisse clairement transparaître un regain d'intérêt certain pour la liberté contractuelle. M. JOSSERAND faisant ce constat n'hésitera pas à déclarer que « *Nous vivons de plus en plus contractuellement* ». Le Professeur ALAIN SUPIOT affirme de son côté que : « *Dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis ou, en termes savants,*

²² - P. CAHEZ, « Les risques de la contractualisation aux dépens de la loi », RDTC, 2011, p.2.

²³ - Ph. MERLE, « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Op. Cit.*, p. 55.

²⁴ -G.-A. LIKILLIMGA, « Innovation en matière d'ingénierie sociétaire : variabilité du capital social ou consécration de la société à capital variable », *Op. Cit.*, p. 29.

²⁵ - P. G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'Ersuma*, N° spécial, Novembre -décembre 2011, p. 9.

que l'hétéronomie y recule au profit de l'autonomie »²⁶. Cet avis est partagé par M. EYANGO DJOMBI pour qui, « La contractualisation désigne un phénomène contemporain du droit des sociétés commerciales qui passe par un recours aux mécanismes contractuels pour organiser les rapports entre associés »²⁷. La liberté contractuelle est la faculté reconnue aux individus de se donner leur propre loi²⁸. Ainsi, il leur est reconnu la liberté de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et surtout de décider librement des clauses de leur accord²⁹. C'est en réalité une conséquence de l'autonomie de la volonté. La revalorisation de la liberté contractuelle dans l'acte uniforme révisé témoigne de la prise en compte de la volonté des associés qui sont les principaux acteurs de la vie de la société³⁰.

La revalorisation de la liberté contractuelle dans l'acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales est perceptible à travers la consolidation des pans de liberté préexistants (A) d'une part et à travers le recul de l'ordre public d'autre part (B).

A- La consolidation des pans de liberté préexistants

La revalorisation de la liberté contractuelle est une préoccupation du législateur OHADA des sociétés commerciales. Cela est observable à travers l'émergence des conventions extrastatutaires (1) d'une part, mais aussi à travers l'interprétation à contrario de l'article 2 de l'acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales d'autre part (2).

1- L'émergence des conventions extrastatutaires

La reconnaissance des conventions extrastatutaires par l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés constitue une avancée majeure en matière de liberté contractuelle³¹. La doctrine³²

²⁶ - A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, Mai 2001, p. 51.

²⁷ - A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Penant* n°893, Octobre-Décembre 2015, p. 436.

²⁸ - A. M. MOUTHIEU, « La mutation fonctionnelle du lien contractuel », *RTSJ*, 2012, p. 29 ; A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, Mai 2001, p. 51.

²⁹ - Les parties dans un contrat sont libres de choisir les clauses de leur accord. Soulignons cependant que, ce choix est soumis à l'exigence du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. En matière de droit des sociétés commerciales, les parties ont l'obligation de se soumettre aux dispositions obligatoires de l'AUDSCGIE.

³⁰ - A. M. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2009, p. 21.

³¹ - B. FAYE, J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 68.

³² - C. LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Est Créteil Val de Marne (Paris XII), 2010, p. 7 ; Dans la même perspective, le Doyen cornu définit le pacte d'actionnaires comme, « une convention statutaire ou extrastatutaire aux termes de laquelle les associés s'accordent licitement sur les ventes à venir de leurs titres, soit à des tiers, soit entre eux, par une clause de préemption réciproque, ou sur les

définit le pacte d'actionnaire comme : « *L'ensemble des conventions extrastatutaires par lesquelles deux ou plusieurs actionnaires, personnes physiques ou morales, organisent entre eux, selon un certain équilibre, les relations individuelles qu'ils entretiennent au sein de la société, au regard de la gestion du pouvoir et la détention du capital* ». Les conventions extrastatutaires n'apparaissent pas avec l'acte uniforme révisé de 2014, elles existaient déjà dans la pratique³³ et étaient valables en droit OHADA, même si elles n'avaient pas fait véritablement l'objet de reconnaissance par le législateur communautaire³⁴.

Avant la révision de l'acte uniforme OHADA sur le droit des sociétés, les conventions extrastatutaires étaient soumises à certaines conditions pour leur validité³⁵. Faute d'assise légale dans l'AUDSGIE, elles devaient d'abord être conformes aux règles impératives du droit des sociétés commerciales. Ensuite, elles devaient se conformer aux statuts. En effet, les conventions extrastatutaires n'ont de raison d'être que grâce à l'existence des statuts qui constituent le principal contrat de société³⁶. Elles occupent ainsi une position de subalterne³⁷. Enfin, elles devaient satisfaire aux conditions essentielles telles qu'exposées à l'article 1108 du Code Civil³⁸, qui traite des conditions essentielles pour la validité des conventions. C'est seulement lorsque toutes ces trois conditions étaient remplies que les conventions extrastatutaires étaient valables.

modalités de leur vote dans les assemblées générales. » ; V. également Y. GUYON, *Traité des contrats. Sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 1999, p. 288.

³³ - A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Op. Cit.*, p. 438., pour cet auteur, les conventions extrastatutaires existaient avant, mais n'avaient pas fait l'objet de reconnaissance par le communautaire. Cette situation sera régularisée avec l'article 2-1 de l'AUSCGIE qui accorde une certaine évolution au statut juridique des conventions extrastatutaires et définit son champ d'action. ; A. FENEON est du même avis, lorsqu'il déclare : « *Bien qu'usuellement utilisés par les associés et actionnaires des sociétés de l'espace OHADA, les pactes d'actionnaires n'étaient pas réglementés par l'Acte Uniforme de 1997. La réforme du 30 janvier 2014 est venue reconnaître la validité du principe de l'utilisation des pactes d'actionnaires dans les sociétés de droit de l'OHADA.* », in *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, p. 651.

³⁴ -D. PORACCHIA, B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : statuts et pactes extrastatutaires », *Op. Cit.*, p. 15.

³⁵ - Elles devaient respecter une double exigence. Elles avaient l'obligation d'être conforme au droit commun des contrats d'une part. D'autre part, elles devaient être conformes aux dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

³⁶ - C. LOROY, *le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétair*, *Op. Cit.*, p. 19.

³⁷ - Ibid, p. 20. ; M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », in *Etudes AWEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s., n°8, cité par C. LEROY.

³⁸ - L'article 1108 du Code Civil dispose, « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement des parties qui s'engagent ; Sa capacité à contracter ; Un objet certain qui forme matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation.* »

La réforme de janvier 2014, apporte une évolution en reconnaissant expressément les conventions extra statutaires. En effet, l'article 2-1 de l'AUSCGIE dispose, « *Sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées...* » A la lecture de cette disposition, il ressort que la condition de validité des conventions extrastatutaires est le respect des dispositions de l'acte uniforme par lesdites conventions. Donc, la reconnaissance légale des conventions extrastatutaires marque une avancée certaine en ce qui concerne l'épanouissement de la liberté contractuelle. Cette liberté est davantage visible lorsqu'on observe de manière attentive l'article 2 révisé de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales.

2- La liberté dans l'interprétation à *contrario* de l'article 2 AUDSGIE

Il était question pour le législateur de s'arrimer à ce renouveau³⁹ du droit des sociétés⁴⁰. Puisqu'en 1997, il avait décidé de ramer à contre-courant du vent de la contractualisation qui soufflait en droit de société. Au lieu de mettre sur pied une législation favorable à la liberté comme cela était perceptible dans bon nombre de législations⁴¹, en droit OHADA des sociétés, il a plutôt opté pour une législation dirigiste⁴² comme en témoigne la brutale rédaction de son ancien article 2. Il entreprendra au cours de la réforme de faire reculer le champ d'application très vaste de l'ordre public en droit OHADA⁴³. C'est ce qu'on peut observer avec une lecture à *contrario* du nouvel article 2 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales. Cet article dispose en effet que : « *Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent acte uniforme dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent acte*

³⁹ - En effet, la tendance à la liberté contractuelle est marquée au XIX^e siècle. Comme en témoigne d'ailleurs la définition de la société du Code civil français dans sa version applicable au Cameroun. Notamment en son article 1832 qui stipule : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le profit* ».

⁴⁰ - Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », conférence droit et commerce, Tribunal de commerce de Paris, 27 janvier 2003, in *Revue de jurisprudence commerciale*, janvier/février 2003, n° 1, p. 4.

⁴¹ - Le vent du renouveau contractuel soufflait en effet dans la plupart des législations à l'instar de la France qui avait déjà consacré la SAS.

⁴² - Y. GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2001, n° 9, p. 23 ; Cet auteur parle d'« *hypertrophie des règles d'ordre public* ».

⁴³ - P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », in s/dir A. AKAM AKAM, *Les mutations juridiques du système OHADA*, p. 181.

uniforme ». L'alinéa 2 d'ajouter que : « *Est réputée non écrite toute clause statutaire à une disposition du présent acte uniforme* ».

Cette disposition permet de comprendre que seules sont réputées non écrites les clauses contraires aux dispositions légales de l'acte uniforme. Ce qui permet d'affirmer que les associés ou les actionnaires sont libres de conclure sur des conventions à la seule condition qu'elles ne se heurtent pas aux dispositions de l'acte uniforme. Ainsi, là où l'acte uniforme n'a pas interdit ou n'a pas légiféré, les parties sont libres de conclure des conventions statutaires ou extrastatutaires. C'est une affirmation de la liberté, même si, le législateur le fait en filigrane ou disons le plus simplement de manière voilée. Par conséquent, on constate que plus la liberté avance, l'ordre public recule.

B- Le recul de l'ordre public

Une lecture attentive de l'acte uniforme permet aisément de relever que, le droit OHADA est passé d'un ordre public extrêmement rigide à un droit plus souple⁴⁴. En effet, l'acte uniforme renonce à la conception rigoureuse de l'ordre public. Le législateur donne la possibilité aux parties de substituer les dispositions légales par des dispositions statutaires, ou tout simplement de compléter les dispositions légales par des dispositions statutaires. Ainsi, le recul est perceptible à travers la mise sur pied d'un ordre public flexible (1) et l'introduction de la SAS dans le paysage des sociétés de l'OHADA (2).

1- Un recul perceptible à travers la mise sur pied d'un ordre public flexible

L'ordre public sociétaire est dérogeable dans certains cas en faveur de la liberté contractuelle⁴⁵. L'article 2 de l'AUDSCGIE en est la preuve. En effet, alors qu'il affirme le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme, il admet en même temps la possibilité pour les associés de compléter ou d'amender conventionnellement⁴⁶. Cette nuance qui consacre la limitation de l'ordre public serait justifiée par le souci de préservation de la liberté contractuelle des associés qui ne saurait être totalement opprimé.

⁴⁴ - A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Op. Cit.*, p. 459.

⁴⁵ - A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Op. Cit.*, p. 464.

⁴⁶ - P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *Op. Cit.*, p. 212.

Ainsi, à travers « *l'infléchissement de la règle légale* »⁴⁷, le législateur donne la possibilité aux parties d'assouplir les règles d'organisation et de fonctionnement de la société. Ce mécanisme participe à flexibiliser l'ordre public en droit des sociétés de l'OHADA⁴⁸. On se rend compte que l'ordre public n'a pas une portée d'application générale. Il demeure des recoins de liberté. Nous citerons pour exemple le cadre statutaire. Les statuts en effet, représentent le pacte fondateur par lequel les associés fixent leurs rapports. Ils sont d'avantage ouverts à l'autonomie de la volonté⁴⁹. Cela se manifeste à travers la libre cessibilité et la négociabilité de principe des actions dans une société comme la SA⁵⁰.

Cette flexibilité est au service des particuliers mais aussi de la souveraineté des Etats. Pour ce qui concerne la souveraineté des Etats, la dérogeabilité, doit être observée sous le prisme du « *complètement* »⁵¹. Il s'agira de mettre en œuvre des notions que le législateur utilise sans définir. Le cas le plus patent consiste en l'emploi par le législateur OHADA des termes génériques laissant le soin au législateur national d'apporter des précisions techniques par rapport à son droit interne. Nous pouvons citer à titre d'illustration l'emploi par le législateur OHADA des termes tels « *juridiction compétente* » ou « *autorité compétente* » dans l'État partie.

2- L'introduction de la SAS dans le paysage des sociétés de l'OHADA

L'apparition de la société par actions simplifiée dans le paysage du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, est une véritable innovation de la réforme de 2014⁵², même si elle existait déjà en droit français⁵³. Elle est introduite dans le droit OHADA par les articles 853-3 et

⁴⁷ - Cette expression nous l'empruntons à NGUIHE KANTE, qui parle de « *l'infléchissement de la règle légale* » pour traduire l'action du législateur qui consiste à donner la possibilité aux parties d'assouplir les règles d'organisation ou de fonctionnement de la société pour l'adapter à leurs objectifs.

⁴⁸ - A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit OHADA des sociétés commerciales », *Op. Cit.*, p. 264.

⁴⁹ - J. PAILLUSSEAU, *L'acte uniforme sur le droit des sociétés*, L.P.A., oct. 2004, n° 205, p. 21.

⁵⁰ - P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *Op. Cit.*, p. 212.

⁵¹ - P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *Op. Cit.*, p. 213.

⁵² - A. FENEON déclare à ce sujet : « *La société par actions simplifiée est la première « nouvelle » société par actions créée depuis l'entrée en vigueur de l'AUDSC le 17 avril 1997.* » in *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, *Op. Cit.*, p. 717 ; v. également *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, p. 688 ; A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit OHADA des sociétés commerciales », *Penant*, n° 887, Avril-Juin 2014, p. 256, Ph. MERLE, « Une grande innovation : L'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Dossier spécial sur la réforme de l'AUDSCGIE, Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, *Droit et Patrimoine* n°239, septembre 2014, p. 55.

⁵³ - M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, TRAITE DROIT DES AFFAIRES*, Tome 2, LGDJ, 22^e éd, 2017, p. 741 ; Ph. MERLE, *Droit des sociétés commerciales*, *Op. Cit.* p. 709. Elle a été introduite dans le paysage des sociétés en France par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994.

suivants de l'AUSCGIE. C'est une réelle consécration en matière de liberté contractuelle opérée dans le droit communautaire⁵⁴. Bien qu'ayant en commun certaines règles applicables à la société anonyme⁵⁵, c'est une structure libéralisée qui se caractérise par la souplesse des règles qui lui sont applicables. C'est également une structure dans laquelle les associés sont responsables de leurs dettes à concurrence de leurs apports.

L'article 853-1 de l'AUSCGIE dispose que : « *La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du présent livre...* ». Ainsi, la société par action simplifiée est une société commerciale constituée d'un ou plusieurs associés, dans laquelle ceux-ci se servent des statuts pour fixer librement les règles liées à l'organisation et au fonctionnement de ladite structure. C'est donc une structure à forte connotation contractuelle⁵⁶. C'est la raison pour laquelle certains auteurs⁵⁷ estiment que c'est un paradoxe de l'aligner sur le droit des sociétés anonymes⁵⁸. En effet, la société anonyme se caractérise par un formalisme⁵⁹ et de la lourdeur de sa réglementation⁶⁰. Mais, l'ingéniosité du législateur OHADA a consisté à appliquer aux SAS uniquement certaines dispositions qui, échappent à la rigueur du formalisme reconnue à la société anonyme. Cette relative assimilation de la SAS à la SA ne devrait donc en principe pas poser problème.

Malgré ces progrès à mettre à l'actif du législateur OHADA, on peut tout de même déplorer le fait que ce dernier, ne soit pas allé plus loin dans sa mise en œuvre de la liberté contractuelle.

⁵⁴ - A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, Op. Cit., p. 717.

⁵⁵ - L'article 853-3 dispose en effet que : « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent livre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles 387 alinéa 1^{er}, 414 à 561, 690, 751 à 753 ci-dessus, sont applicables à la société par actions simplifiée. Pour l'application de ces règles et à défaut de clauses statutaires spécifiques, les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux des dirigeants que les statuts désignent à cet effet.* »

⁵⁶ - A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, Op. Cit., p. 719 ; A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit OHADA des sociétés commerciales », *Penant*, n° 887, Avril-Juin 2014, p. 257.

⁵⁷ - M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, TRAITE DROIT DES AFFAIRES*, Op. Cit., p. 741.

⁵⁸ - Cf. art. 553-3 AUSCGIE.

⁵⁹ - Ph. BISSARA, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins de l'entreprise et les aléas des solutions*, *Rev. Sociétés* 1990, p. 553.

⁶⁰ - M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, TRAITE DROIT DES AFFAIRES*, Tome 2, LGDJ, 22^e éd, 2017, p. 299.

II-UNE REVALORISATION LIMITEE

L'ordre public et la liberté contractuelle sont deux données qui s'équilibrent. La présence de l'une sans l'autre traduit une anomalie. En effet, si l'ordre public venait à effacer entièrement la liberté contractuelle, on serait en présence d'un droit dirigiste. Par contre, une liberté sans contrôle déboucherait sur l'asservissement de la partie faible par celle forte⁶¹. Il est essentiel que le législateur mette à cet effet des lois qui, permettent aux associés de s'épanouir tout en protégeant leurs intérêts. Il s'agissait de mettre en œuvre un acte source de sécurité juridique.

Page | 405

L'ordre public a perdu en vitesse en droit des sociétés en général⁶², et dans l'acte uniforme sur le droit des sociétés de 2014⁶³. Il demeure néanmoins présent au travers de quelques mécanismes et dispositions. Pour rendre compte de la revalorisation limitée de la liberté contractuelle dans l'acte uniforme révisé, nous analyserons la revalorisation inachevée (A) et la survivance des règles d'ordre public (B).

A- Une revalorisation inachevée

La mise sur pied de l'OHADA est une œuvre ambitieuse⁶⁴ et salutaire⁶⁵. C'est un véritable modèle d'intégration, un exemple à suivre et à implémenter dans d'autres systèmes juridiques⁶⁶. On peut donc dire que même si l'intégration politique en Afrique n'a pas connu le succès escompté⁶⁷, l'OHADA à travers sa volonté d'intégration juridique⁶⁸ et économique⁶⁹ a su

⁶¹- A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Op. Cit.*, p. 452 ; A. SUPLOT, « La contractualisation de la société », *Op. Cit.*, p. 58.

⁶²- M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, TRAITE DE DROIT DES AFFAIRES*, *Op. Cit.*, p. 18.

⁶³- A. D. EYANGO DJOMBI, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Op. Cit.*, p. 456.

⁶⁴- J. PAILLUSSEAU, « Le droit OHADA. Un droit très important et original », *JCP E*, n°1, 2004, p. 44.

⁶⁵- MAIMOUNA ALI, *op. cit.*, p. 458.

⁶⁶- F. SAWADO, *Approche renouvelée du régime juridique de la cession de droits sociaux dans les sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA*, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 2019, p. 5.

⁶⁷- On peut en effet observer que la mise sur pied des Etats Unis d'Afrique a été mis en échec par quelques souverainistes qui ne voulait pas s'ouvrir tout de suite aux autres Etats d'Afrique. Même si on a réussi à mettre sur pied une organisation à savoir l'Union Africaine (U.A.), son efficacité est très mitigée. C'est pour cela que, lorsqu'il y'a conflit entre Etats africains ou crise à l'intérieur d'un Etat cette organisation est, la plupart du temps incapable de prendre des résolutions efficaces. La preuve malgré l'existence d'une cour internationale de justice en son sein, on voit des présidents de la République déportés pour être jugés en Europe.

⁶⁸- P. G. POUGOUE, « OHADA, Instrument d'intégration juridique », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol 2, n°2, 2001, p. 11.

⁶⁹- A. AKAM AKAM, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 21 et s ; F. M. SAWADO, « Les 20 ans de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS Editions 2013, p. 31.

transcender les clivages et s'incruster dans les législations nationales des Etats membres⁷⁰. En dépit de toutes ces avancées à mettre à l'actif du législateur OHADA, on peut relever certaines insuffisances⁷¹ dans son œuvre. On constate que le législateur OHADA n'est pas allé jusqu'au bout de la réforme en ce qui concerne certains aspects sur lesquels il devait légiférer. Ce goût d'inachevé vient en quelque sorte ternir l'image des réalisations grandioses que ce dernier a jusqu'ici réussi à mettre en œuvre. Nous pouvons citer entre autres la question de l'intervention des officiers ministériels (1) et de l'infléchissement des règles de la SARL (2).

1- La question de l'intervention des officiers ministériels

Au cours de la réforme, les différentes parties n'ont pas pu s'accorder sur la suppression ou non des officiers ministériels en l'occurrence le notaire dans le formalisme de constitution des sociétés. Pour concilier les différentes positions et essayer de trouver un consensus, le législateur a donné cette tâche aux différents législateurs nationaux privant ainsi les parties au contrat de société de la faculté de choisir leur propre loi sur la question. Or le diagnostic posé fait état de ce que, pour favoriser la création d'entreprise il faut simplifier les procédures. En réalité, lorsque les procédures sont complexes à mettre en œuvre, cela impacte négativement la création d'entreprise⁷². Le constat fait est alarmant, en effet, les experts relèvent que : « *S'agissant de la création des SARL, qui est la forme de société la plus utilisée pour les PME, une analyse du Groupe de la Banque Mondiale constate uniquement 0,09 entreprises sont créées pour 1000 habitants dans les Etats membres de l'OHADA, ce qui reste très faible comparativement aux pays de l'OCDE (4,21 pour 1000 habitants) et des pays de l'Afrique sub-saharienne en général (0,58 pour 1000 habitants).* »⁷³.

L'idéal aurait été de supprimer l'intervention du notaire dans la constitution des sociétés commerciales ou tout au moins de laisser le choix de son intervention aux fondateurs de la société. Toute chose qui aurait permis de réduire les coûts lorsqu'on sait qu'aucune intervention de cet

⁷⁰ - A. GONGALI SALE, *La contractualisation du droit OHADA des sociétés commerciales : Réflexions à partir de l'Acte uniforme révisé portant droit des sociétés commerciales*, Mémoire de Master Recherche, Institut Universitaire Catholique de Bertoua, 2018, p. 2.

⁷¹ - A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, n° 2, 2004, p. 197.

⁷² - DJEDJE, L. YONDO BLACK, A. CISSE, B. DIALLO, « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales de la zone OHADA », in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, op. cit. p. 60 et s.; L. YONDO BLACK et A. TIENMELFOTIEN TRAORE, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », op. cit., p. 51.

⁷³ - L. YONDO BLACK et A. TIENMELFOTIEN TRAORE, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », op. cit., p. 50.

officier ministériel n'est gratuite. En supprimant son intervention cela n'aurait en rien entamé la sécurité des opérations dans les sociétés de capitaux. Nous pensons en définitive que le législateur aurait mieux fait de légiférer véritablement en faveur de la suppression de l'intervention du notaire. Par conséquent, le législateur OHADA des sociétés commerciales gagnerait à supprimer l'intervention des officiers ministériels dans les sociétés de capitaux tout en conservant leur intervention dans les sociétés de personne.

2- L'infléchissement souhaité des règles applicables à la SARL

La SARL est une société commerciale « *dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales* »⁷⁴. C'est une société dans laquelle la considération de la personne occupe une place primordiale. S'il est vrai que cela peut avoir une dimension positive, il n'en demeure pas moins vrai que l'*intuitu personae* a également une dimension négative. Tout comme une rose porte des épines, l'*intuitu personae* a des effets qui peuvent s'avérer être des freins à la célérité de certaines opérations de transmissions des titres sociaux. En effet, la prégnance de l'*intuitu personae* dans la SARL est à l'origine d'une certaine rigidité observée dans le fonctionnement de cette société.

On peut citer à titre d'illustration la sanction de nullité qui frappe la société en cas de non intervention d'un associé ou son mandataire muni d'un titre spécial dans l'acte instituant la société⁷⁵. Une telle sanction peut être jugée trop sévère, lorsqu'on révèle que l'un des objectifs du législateur OHADA est la promotion des investissements⁷⁶ dans sa zone géographique, on peut légitimement questionner la prise d'une telle position par ce dernier. Il aurait été préférable d'opter pour une démarche empreinte de souplesse qui serait source d'attractivité pour les investisseurs⁷⁷, en donnant par exemple la possibilité aux associés de procéder à une régularisation en cas d'omission d'une signature dans l'acte instituant la société. Ce qui, à notre sens, n'aurait terni en rien l'effectivité de garantie du consentement personnel de chaque associé dont attache une importance particulière le législateur OHADA⁷⁸. L'*intuitu personae* a comme conséquence

⁷⁴ - V. l'article 309 de l'AUDSCGIE.

⁷⁵ - C'est que qui est révélé dans les conditions de formation de la SARL. L'article 315 de l'AUDSCGIE dispose en effet que : « *L'associé ou les associés doivent tous intervenir à l'acte instituant la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial. A défaut, la société est nulle* ».

⁷⁶ - V. Dossier spécial sur la réforme de l'AUDSCGIE, *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : Un atout pour les investissements en Afrique*, Droit et Patrimoine n°239, septembre 2014, p. 47.

⁷⁷ - H. D. AMBOULOU, *Le droit des affaires dans l'espace OHADA*, 1^{re} édition, L'Harmattan, 2014, p. 18.

⁷⁸ - Cf. OHADA *Traités et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, p. 371.

l'introduction dans la SARL du formalisme rigoureux des sociétés de personnes. On observe donc une certaine survivance des règles d'ordre public au cours de la réforme de 2014.

B- La survivance des règles d'ordre public dans la réforme de 2014

L'ordre public dans l'espace du droit des sociétés de la zone communautaire de l'OHADA, ne devrait pas être assimilé à sa disparition. L'ordre public continue en effet de subsister même si, son influence a substantiellement diminué⁷⁹. Une disposition est dite d'ordre public lorsqu'il lui est rattaché un caractère impératif. Nous évoquerons les manifestations de la survivance de l'ordre public (1) et les sanctions liées au non-respect de l'ordre public en l'occurrence la nullité (2).

Page | 408

1- Les manifestations de la survivance de l'ordre public

L'ordre public dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés se manifeste à travers plusieurs mécanismes qu'il convient d'évoquer. Nous commencerons par évoquer quelques interdictions liées à la qualité d'associé contenues dans les articles 8 et 9 de l'AUDSCGIE. L'article 8 interdit que les mineurs et les majeurs incapables soient associés dans une société dans laquelle ils seraient indéfiniment responsables des dettes. C'est la même obligation qui est faite aux époux dans une société commerciale à l'article 9. La loi, à l'égard de ces trois catégories de personnes a mis sur pied des dispositions d'ordre public afin de protéger le patrimoine de ces derniers. Nous pensons à ce titre que le législateur aurait pu aller loin dans ce sens en interdisant aux époux d'être indéfiniment et solidairement responsables des dettes même dans deux sociétés différentes. Ces dispositions ont par ailleurs un caractère impératif et n'admettent aucune dérogation.

Nous pouvons également citer à titre d'illustration, la détermination des différents types d'apports. En effet, le législateur a pris le soin de déterminer les différents types d'apports des associés lors de la constitution de la société commerciale. Il s'agit des apports en numéraire, en nature et en industrie⁸⁰. Ainsi, les associés peuvent choisir d'offrir des apports, ils le feront obligatoirement dans l'une des formes établies par le législateur. Ils n'ont pas la possibilité d'imaginer ou de définir une autre forme d'apport en dehors de ceux déjà établis par le législateur.

⁷⁹ - EYANGO DJOMBI pense à ce sujet que : « *Le recul de l'ordre public contractuel se matérialise dans le nouvel Acte uniforme OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du GIE, par l'aménagement de sa flexibilité et par son effacement dans le texte* », in « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Op. Cit.*, p. 456.

⁸⁰ - V. art. 4 AUDSCGIE ; V. également l'art. 40 pour la définition de chaque type d'apport.

L'article 40 AUDSCGIE *in fine* interdit expressément tout autre type d'apport. Par cette interdiction, le législateur OHADA affirme le caractère impératif et non dérogeable de cette disposition.

Nous pouvons citer en outre la formalité d'immatriculation au RCCM. En effet, bien qu'ayant à sa base un contrat, la société commerciale n'accède à la l'existence juridique qu'après avoir rempli cette formalité exception faite de la société en participation⁸¹. C'est ce qu'il faut comprendre en substance de la combinaison des articles 97 et 98 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales. Ainsi le premier impose l'immatriculation de toutes les sociétés à l'exclusion de la société en participation et le second subordonne la jouissance de la personnalité morale à la procédure d'immatriculation. Par conséquent, à bien scruter les règles relatives au droit des sociétés commerciales, on décèle les manifestations de l'ordre public même à travers son régime de sanctions.

2- La nullité

Contrairement à l'acte uniforme de 1997, l'acte uniforme révisé a une tendance fortement contractuelle⁸². Cependant, le législateur a tenu à encadrer cette liberté. C'est ce qui justifie la mise sur pied des sanctions garantissant le respect de certaines dispositions d'ordre public. Ainsi, la mise sur pied des sanctions dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales témoigne du désir du législateur de maintenir le caractère d'ordre public de certaines dispositions. Cet arsenal de sanctions est lié à la violation des dispositions impératives.

La nullité est une sanction qui neutralise l'existence juridique d'un acte. La nullité peut relever du droit commun des contrats ou du droit spécial des sociétés commerciales⁸³. Elle est rigoureusement régie par le législateur de l'OHADA, qui a tenu à limiter sa sphère d'action. En effet, l'article 242 en son alinéa premier dispose, « *La nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition du présent acte uniforme le prévoyant expressément ou, sous réserve des*

⁸¹- L'art 97 dispose à cet effet que : « *A l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier.* », l'art. 98 ajoute par ailleurs que : « *Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins que le présent acte uniforme n'en dispose autrement.* »

⁸² - D. PORACCHIA, B. BRIGNON, « Aspects contractuels de la réforme : statuts et pactes extrastatutaires », Dossier La réforme du droit uniforme des sociétés des Etats membres de l'OHADA, *Journal Des Sociétés*, n° 120, 2014, p. 15 ; B. FAYE, J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique » *Op. Cit.*, p. 68 ; LIKILLIMBA (G.-A.), « Innovation en matière d'ingénierie sociétaire : variabilité du capital social ou consécration de la société à capital variable ? », *Op. Cit.*, p. 29.

⁸³ - A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, *Op. Cit.*, p. 624.

dispositions de l'alinéa suivant, des textes régissant la nullité des contrats ». A travers ce texte, le législateur établit clairement l'exigence de texte instituant une nullité pour qu'elle soit appliquée. Cela signifie à contrario que, la nullité ne peut exister en l'absence de texte⁸⁴.

La nullité peut provenir du droit commun ou du droit spécial des contrats⁸⁵. Les nullités du droit commun concernent essentiellement les vices de consentement. En effet, législateur OHADA à travers l'utilisation des outils classiques du droit des contrats, a renforcé le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme. Ainsi, en tant que contrat, le consentement des associés doit être nécessaire pour sa constitution. Les nullités pourront aussi provenir du droit spécial des sociétés commerciales. Il s'agira de la violation des conditions de forme⁸⁶. Nous pouvons citer notamment les formalités de publicité dans la SCS et la SNC. L'article 245 dispose à cet effet que : « *Dans les sociétés en commandite simple, ou en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à de nullité de la société...* ». Il pourrait s'agir de l'oubli ou de la mauvaise écriture d'une mention obligatoire du contenu du contrat. Autant d'éléments auxquels le législateur a enveloppé de la bulle de l'ordre public.

Conclusion

En définitive, notre étude portait sur la place de la liberté contractuelle dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales. Nous constatons en dernière analyse qu'au cours de la réforme de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales intervenue en 2014, le législateur OHADA s'est véritablement engagé dans la simplification et la modernisation du droit des affaires de l'espace communautaire africain. Il s'est également engagé sur la voie d'une politique plus contractuelle. Cela est perceptible à travers la revalorisation de la liberté contractuelle. Pour s'en convaincre, on peut observer l'émergence des conventions extrastatutaires. Celles-ci ont fait l'objet d'une reconnaissance légale au cours de la réforme de 2014. Ce point de vue est davantage conforté par le recul de l'ordre public. On observe en effet que le législateur a procédé à la mise sur pied d'un ordre public plus flexible.

Nous avons aussi relevé que la revalorisation est limitée. Ainsi, le recul de l'ordre public ne doit pas s'assimiler à sa disparition pure et simple. En effet, le législateur a tenu à desserrer

⁸⁴ - OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, p. 689 ; FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, Op. Cit., p. 623 ; Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Op. Cit., p. 99.

⁸⁵ - A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, Op. Cit., p. 624 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, TRAITE DE DROIT DES AFFAIRES*, Op. Cit., p. 30.

⁸⁶ - A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique [OHADA]*, Op. Cit., p. 629.

l'état de l'ordre public pour donner l'espace aux investisseurs de pouvoir sereinement organiser leurs affaires. Il a juste tenu à conserver un ordre public garant de l'ordre, des droits et de la sécurité des associés, de la société commerciale, des tiers et même de l'État en tant que partenaires et bénéficiaires de l'activité de ladite société. C'est ce qui justifie le maintien de quelques dispositions d'ordre public dont la violation entraîne des sanctions.



L'efficacité des sûretés négatives

The effectiveness of negative securities

Par :

Almoustapha Ibrahima MAIGA

Page | 412

Enseignant-chercheur

Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (Mali)

Résumé :

Forgées par la pratique bancaire, les sûretés négatives n'existent pas sous une dénomination propre dans les systèmes juridiques africains et en droit comparé. Ce sont des engagements accessoires pris par un débiteur dans un contrat de prêt au profit d'un créancier déterminé à faire ou à ne pas faire des actes susceptibles de diminuer l'efficacité du droit de gage général ou d'une sûreté consentie. Le qualificatif « négatif » accompagnant le terme « sûreté » marque la privation du débiteur d'un prêt bancaire du droit de disposer de ses biens ou de constituer de nouvelles sûretés au profit d'un tiers sans informer le créancier. Les sûretés négatives confèrent un droit de veto et de regard au créancier sur la gestion patrimoniale du débiteur. Elles organisent une inaliénabilité volontaire et instaurent une indisponibilité incidente. Cette stabilisation recherchée n'élude pas l'efficacité discutable des sûretés négatives à cause de la diminution de l'intérêt de la garantie et de la fragilisation du rang des créanciers. Pourtant, les sûretés négatives ont une efficacité préservée par la sauvegarde de l'information opportune et pertinente. Mieux, la diversification des sanctions de droit commun et particulières de déchéance du terme renforce la nécessité de leur préservation dans le financement du crédit.

Mots clés : Sûretés, négatives, patrimoine, obligation, disposition, information.

Abstract:

Forged by banking practice, negative securities do not exist under a specific name in African legal systems and in comparative law. They are accessory commitments made by a debtor in a loan agreement for the benefit of a creditor determined to perform or not perform acts likely to diminish the effectiveness of the general right of pledge or of a granted security. The qualifier "negative" accompanying the term "security" marks the deprivation of the debtor of a bank loan of the right to dispose of his assets or to constitute new securities for the benefit of a third party without informing the creditor. Negative securities confer a right of veto and oversight to the creditor over the debtor's asset management. They organize a voluntary inalienability and establish an incidental unavailability. This sought-after stabilization does not elude the questionable effectiveness of negative securities due to the reduction of the interest of the guarantee and the weakening of the creditors' ranking. However, negative security interests are effective only if timely and relevant information is maintained. Moreover, the diversification of common law and specific penalties for forfeiture reinforces the need to preserve them in credit financing.

Page | 413

Keywords: Security interests, negative, assets, obligation, disposition, information.

Introduction

« Il vaut mieux prévenir que guérir », dit-on avec cette efficacité lapidaire du bon mot qui assure la pérennité des doctrines savantes depuis Hippocrate¹. Cette maxime aux allures thérapeutiques rappelle qu'il est préférable et plus efficace de prendre des mesures préventives pour éviter les problèmes que de devoir les régler après leur survenue. Rappelant que la prudence est mère de sûreté, elle est en adéquation avec le droit des sûretés qui est un droit de la méfiance, de la prudence² ou plutôt de la confiance. Pour renforcer la confiance des acteurs économiques, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés a été remanié en 2010 à Lomé³. Cette refonte a apporté des améliorations au cadre juridique des garanties du crédit par l'institution de l'agent des sûretés⁴, l'élargissement de l'éventail des garanties aux choses futures⁵ et la simplification des formalités de constitution des sûretés. Elle est inspirée des avancées législatives en droit des sûretés⁶ et pourrait s'enrichir du prêt viager hypothécaire⁷, de l'hypothèque rechargeable⁸ ou des sûretés négatives. Les sûretés classiques⁹ en droit de l'OHADA, personnelles et réelles, s'amenuisent dans l'exécution des obligations à terme¹⁰. Il ressort d'un rapport commandé par l'OHADA que les banques manifestent peu d'intérêt pour certaines sûretés¹¹. Sans remettre en

¹ BRANCHER (D.) et LAUBNER (J.), « L'art de déjouer le mal. Savoirs et discours prophylactiques (XVIe-XXe siècles) », Arts et Savoirs, 2022, p.3. On connaît tous ce proverbe, même si on l'attribue à tort à Hippocrate, alors qu'il est de l'écrivain français Charles-Joseph Panckoucke (1749).

² Voir sur la prudence PIÉDELIÈVRE (S.), *Droit des sûretés*, Ellipses, 2022, p. 3 à 24.

³ L'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés remplacé par celui de 2010 signé à Lomé.

⁴ LIKILLIMBA (G.-A) , « Les récents arrêts de la CCJA : L'agent des sûretés OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial - Novembre/Décembre 2011, Ohadata D-12-32.

⁵ Il s'agit des sûretés personnelles (cautionnement, la garantie et la contre-garantie autonome), les sûretés mobilières (le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage, les nantissements et les privilèges) et les sûretés réelles immobilières.

⁶ Les dispositions ont été insérées dans le Code civil : ordonnance française n°2006-346 du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés ; loi n°2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie ; ordonnance n°2009- 112 du 30 janvier 2009.

⁷ SAKHO (M.), « Le nouvel acte uniforme ohada portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'ERSUMA*, n°spécial, Novembre-Décembre 2011, p.87 et s.

⁸ CERLES (A.), « L'hypothèque rechargeable », in La réforme des sûretés après neuf mois de pratique (dossier), RLDA 2007, p.100 ; PROVANSAL A., « L'hypothèque rechargeable ou le style baroque », *Gaz. Pal.* du 3 mars 2007, p. 8 ; DAGOT M., « L'hypothèque rechargeable », *Litec*, 2006.

⁹ Nous qualifierons de « classiques », les sûretés réelles et personnelles déjà règlementées en droit de l'OHADA. L'acte uniforme portant organisation des sûretés a été adopté le 15 décembre 2010 à Lomé. Il est entré en vigueur le 16 mai 2011 abrogeant l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997 signé à Cotonou.

¹⁰ CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), Cabrillac (S) et PÉTEL (Ph), *Droit des sûretés*, éd. Litec, 2007, n°2, p. 2.

¹¹ IDEA Consult, Étude de l'impact économique de l'OHADA : effectivité, impact économique et uniformité d'application du droit OHADA, Rapport final, octobre 2021, p. 45 ; Voir sur le cas du nantissement du fonds de

cause les certitudes fragiles autour de l'avenir des sûretés classiques, il faudra repenser leur utilité dans un secteur bancaire en pleine mutation. A cet effet, la dépréciation récurrente de ces sûretés classiques est un terreau fertile à l'éclosion de nouvelles sûretés dites négatives. Dans la locution « sûretés négatives », le qualificatif « négatif » associé aux « sûretés » ressemble plus à un oxymore. Il est nécessaire de rappeler les contours des deux notions pour mieux mesurer le contraste de leur association.

D'un côté, le terme « sûreté » désigne, dans le langage courant, les garanties conférées par le débiteur pour prémunir le créancier contre tout risque d'insolvabilité. C'est la protection, un état, un caractère, une qualité de ce qui est à l'abri de tout danger ou qui ne court aucun risque¹². C'est également la qualité d'un objet, d'une situation offrant des garanties ou l'efficacité de quelqu'un ou de quelque chose. En outre, une sûreté est un dispositif de prévention des actes de malveillance contre les sites et les activités sensibles¹³ ou l'état de quelqu'un qui n'a rien à craindre contre sa personne ou ses biens. Dans la précision que requiert le langage juridique, les sûretés conventionnelles, légales ou judiciaires assurent l'exécution d'une obligation à terme¹⁴. L'emploi du pluriel marque l'impossibilité de les réunir dans un concept unique rassemblant à la fois toutes les sûretés personnelles ou réelles. De l'autre côté, les sûretés classiques sont accessoirement accompagnées d'engagements personnels du débiteur dans les prêts bancaires dits sûretés négatives. Selon le dictionnaire Larousse, le qualificatif « négatif » marque laconiquement le refus, ce qui n'apporte rien de concret, qui ne donne pas de résultats¹⁵, ou plus explicitement une chose qui ne se définit que par l'absence de son contraire. Son synonyme est improductif, inexistant, insignifiant, nul, stérile, vain et son contraire est affirmatif, constructif, positif. Est « négative », l'attitude d'une personne qui ne fait que des critiques¹⁶. Le substantif « négativité » indique une chose ou un concept qui n'est définissable que par une proposition négative. Le verbe « négativer » manifeste une réfutation et le « négativiste » désigne l'attitude de celui ou de celle qui a tendance

commerce KEITA (B.), « La situation du créancier nanti en droit OHADA », *Annales de l'université Marien Ngouabi, Sciences juridiques et politiques*, Volume 24, Numéro spécial, 2023, p.159.

¹² BOURASSIN (M.), *Droit des sûretés*, 8ème éd., Dalloz-Sirey, 2022.

¹³ Petit Dictionnaire Larousse illustré, 2020, p. 1112. « Sûretés ».

¹⁴ CORNU G., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017. « Sûretés ».

¹⁵ Petit Dictionnaire Larousse illustré, 2020, p.1112, « négatif ou négative ».

¹⁶ Un esprit « négatif » MALÈGUE (A), t.1, 1933, p.314; une proposition « négative » BERGSON, *Évol. créatr.*, 1907, p. 288 ; une réponse « négative » DE GAULLE, *Mém. guerre*, 1956, p.467, une subordonnée « négative » BERN. (St-P.), *Harm. nat.*, 1814, p.137 ou une thèse « négative » WACKENHEIM (Ch.), *La Théol. cath.*, Paris, P.U.F., 1977, p. 41.

à nier de façon systématique. Plusieurs situations décèlent des résultats « négatifs¹⁷ ». Dans le champ lexical du droit du crédit, les sûretés négatives sont des obligations de faire ou de ne pas faire¹⁸ qui incombent au débiteur dans le remboursement d'un prêt bancaire. Ces garanties accessoires revigorent les sûretés classiques pour augmenter les chances de recouvrement de la créance bancaire¹⁹. Elles ont été théorisées dans les travaux instructifs du professeur Yves Chaput pour désigner le droit de veto et le droit de regard²⁰ consentis par le débiteur au créancier dans le crédit bancaire. Dans une conception restrictive, les sûretés négatives désignent l'engagement pris par le débiteur de ne pas constituer de nouvelles sûretés au profit des tiers²¹. Le parti pris pour la négation est évocateur de l'interdiction faite à l'emprunteur de constituer de nouvelles sûretés à l'avantage des tiers. Admettre que le qualificatif « négatif » fasse de l'ombre aux « sûretés » ne relève pas d'un hasard. Dans une conception extensive, les sûretés négatives désignent les engagements personnels du débiteur à ne pas contracter avec un tiers sans l'accord du créancier ou à tout le moins à l'en informer. Cette restriction sur la gestion patrimoniale du débiteur a pour finalité de lutter contre tout risque d'insolvabilité dans l'exécution des contrats de prêts²². Ces engagements sont assimilés aux « *negative pledge* » dans les systèmes juridiques américains²³, aux covenants²⁴ en droit anglais ou aux garanties indirectes en droit français. Ils simplifient et favorisent le marché du crédit à l'échelle internationale²⁵. Ces garanties nouent des accointances à s'y méprendre avec d'autres clauses de stabilisation dans la recherche d'une égalité de rang. C'est le cas des clauses *pari passu*, du client le plus favorisé ou de l'offre concurrente. Le qualificatif « négatif » marque délibérément l'interdiction de faire quelque chose. Derrière l'embellie notionnelle des sûretés négatives, privatives de certains droits du débiteur, se cache une contestation virulente de leur éligibilité à la dignité de véritables sûretés. En outre, les sûretés

¹⁷ Un acte administratif « négatif » ; un conflit « négatif » ; un pouvoir « négatif » ; un impôt « négatif » G. Cornu, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, préc.

¹⁸ FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n°339.

¹⁹ LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ 2013, n°23.

²⁰ CHAPUT (Y.), CERMOLACCE (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Les sûretés négatives », préc.

²¹ Cette acception est limitée à cause d'une prolifération des clauses contrôlables sous le fondement de la potestativité ou de l'abus ; Voir sur l'illicéité et l'annulation de la clause interdisant à l'emprunteur de louer sans l'accord du prêteur Cass. 1ère civ., 13 déc. 2005, n° 04-13.772.

²² DE LAENDER (M. H.), *Les sûretés négatives*, thèse, Paris I, 199.

²³ FARRAR (J. H.), « *Negative Pledges, Debt Defeasance and Subordination of Debt* », in « *Contemporary Issues in Company Law* », 1988, p. 137.

²⁴ Ibidem.

²⁵ FERNANDEZ (M.), *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits française et anglais*, thèse Paris II, 2002, p. 331 et 326.

négatives sont amputées des prérogatives utilitaires relatives au droit de suite et de préférence. On peut précautionneusement redouter l'instabilité liée à leur nature juridique controversée. Malgré cette tergiversation, les sûretés négatives ne sont pas dénuées d'intérêts. Du point de vue théorique, l'intérêt des sûretés négatives découle de leur hétérogénéité à emprunter des constructions dans plusieurs domaines du droit des affaires²⁶. Du point de vue pratique, elles sont moins formalistes, moins couteuses et revitalisent les sûretés traditionnelles dans les opérations sur le fonds de commerce, la subordination de créance²⁷ ou le maintien d'une participation au capital d'une société. Malgré une littérature juridique abondante sur les sûretés classiques²⁸, le droit de l'OHADA²⁹

²⁶ LEGAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, préc.

²⁷ FAUGÉROLAS (L.), « La subordination des créances », *Mél. J. Derrupé, Litec*, 1991, p. 227.

²⁸ LEGAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, n° 535 à 545, - « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », *Mélanges Cabrillac*, p. 364, spécialement p. 378 ; CROCQ (P.), « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Droit et Patrimoine*, avr. 2001, n° 92, p. 58, - « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », *Mélanges Mouly*, Tome 2, p. 317, n°10, note 22 ; GRIMALDI (M.), « Problèmes actuels des sûretés réelles », *Petites Affiches*, juin 1996, n° 77 p. 7 ; AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), « Les sûretés, la publicité foncière », *Defrénois*, 2003, n° 501 et 502 ; CABRILLAC (M.) et MOULY (Ch.), *Droit des sûretés*, Litec, 6^{ème} éd., n° 761-1 et 762-2 ; DELEBECQUE (Ph.), « La loi du 6 février 1998 : amélioration des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier », *D. Aff.*, 1998, p. 870 ; PRÛM (A.), « Une fiducie pour les banques ? », *Rev. Dr. banc. et fin.*, Janv./fév. 2004, p.3 ; GAILLARD (J.-M.) ET BAFFREAU (M.), « L'assiette du nantissement du compte d'instruments financiers », *RD bancaire et bourse*, mai 1998, p.81 ; GHOZI (A.), Sur la dualité du droit de rétention, « A propos du droit de rétention du commissionnaire de transport », *Mélanges Catala*, Litec 2001, p.719 et s. ; ZUBO (Z.), « Privilège et droit de rétention du voiturier : halte à la confusion », *D.*, 2001, p. 2290 ; CRÉDOT (F.-J.), « La supériorité irréductible du droit de rétention », *Petites affiches*, 28 juill. 1997, n° 90, p. 24, note sous Cass. Com. 20 mai 1997 ; LE CORRE (P.-M.), « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives », *D.*, 2001, Chr. 2815 ; NARAYAN-FOURMENT (H.), « Le droit de rétention dans le gage : l'arme absolue du créancier », note sous Cass. Com. 4 juill. 2000, *Petites affiches*, juin 2001, n° 114, p. 20 ; MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études Roblot*, p. 529. et s. ; CABRILLAC (M.), « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 709 s., n°23 ; CABRILLAC (M.) et PÉTEL (Ph.), « Le printemps des sûretés réelles », *D.*, 1994, Juin 1994, Chr., p. 243.

²⁹ Art. 1 de l'acte uniforme relatif au droit des sûretés ; V. sur les sûretés en droit de l'OHADA, AGBENETO, (L. K.), *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, thèse, université de Lomé et université du Mans, 2008 ; ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires Africaines, 1998 ; ANOUKAHA (F.), CISSÉ NIAN (A.), ISSA-SAYEGH (J.), NDIAYE (I. Y.), SAMB (M.), FOLLY (M.), *Sûretés*, coll., *Droit uniforme africain*, Juriscope /AUF/ Bruylant, 2002 ; SARR (B. G.), *La sécurisation des juridique de l'investissement dans l'OHADA, le droit des sûretés dans à l'épreuve du recouvrement des créances*, thèse, Lille III, 2005 ; BRIZOUA-BI (B.), « L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques », *Dr. et patr.*, n°197, 2010, p. 86 ; DIARRAH (B.), « Les innovations introduites dans l' Acte uniforme portant organisation des sûretés, Penant, n°5, 2011, Dossier spécial, Révision de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, p. 3 ; ISSA-SAYEGH (J.), « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (Doit sénégalais) », Penant, n° 805, 1991, p. 111 ; SAKHO (A), NDIAYE (I.Y.), *Pratiques des garanties de crédit*, Revue Africaine de Banque, 1998 ; KALIEU (Y. R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *ohada.com/doct.* 2003.10.04.D.032 ; NDIAYE (I.-Y.), « Le cautionnement dans l'Acte uniforme : un contrat défiguré ou revigoré », *Rev. Sén. Dr. Aff.* n°1, janvier-juin 2003, p.5 ; KENFACK DOUAJANI (G.), « Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés », *Revue de l'Ersuma*, n°spécial 2010, p. 8 ; KODJO GNINTEDEM (M. D.), « Heurs

semble laisser en jachère la notion de sûretés négatives³⁰ qui n'existe pas sous une dénomination propre. D'autres garanties arborent le paysage juridique des sûretés contre les risques d'inexécution d'une dette³¹ telles que la solidarité³², l'indivisibilité³³, la promesse de porte-fort³⁴, la délégation³⁵, le ducroire³⁶ ou la clause de réserve de propriété³⁷. La présente étude ne s'attarde pas à démontrer que toute sûreté soit une garantie sans que la réciproque ne soit possible³⁸. Les sûretés sont des sous-ensembles des garanties. Cette étude ne porte pas non plus sur toutes les clauses protectrices des créanciers dans les contrats internationaux de prêts. Par contre, elle mettra l'accent sur les ombres et les lumières des sûretés négatives. Cette étude critique se propose

et malheur de l'article 4 de l'AUS », Revue de l'Ersuma, n°2, mars 2013, p. 81; KONATÉ (M. I.), « La consécration des spécifiques : réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances », OHADATA, D-11-91 ; MBA OWONO (C.), « La recherche du régime juridique d'un instrument de crédit institué par le droit OHADA : le bordereau de gage de stock », Penant, n°891, avril-juin 2005, p.189, - « le régime juridique des lettres de garantie dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », Penant, n°835, 2001, p. 56 ; MEUKE (Y. B.), « Quelques précisions sur le sort des engagements de la caution décédée dans l'OHADA, Ohadata D-08-17 ; MATOR (B.), « Comparaison, Sûretés OHADA », JCP 2004, n°2005, Cahier du Droit de l'entreprise, p. 21 et suiv. ; ISSA-SAYEGH (J.), « La liberté contractuelle dans le Droit des sûretés OHADA », Penant n° 851, 2005, p. 150 et suiv.

³⁰ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », Annales de la Faculté de Droit et de Science Politique de Clermont-Ferrand, Ed. L.G.D.J.,1974 ; - « Les clauses de garanties : sûretés négatives », Coll. IDA sur « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », Aix-en-Provence, 1990 ; DE VALLOIS-LAENDER (M.H.), *Les sûretés négatives*, thèse, Paris I, 1999 ; VASSEUR (M.), « Les garanties indirectes du banquier », RJC, 1982 ; E. MFINI (M.), « Droit de veto et droit de regard : Cinquante ans de la classification offerte par Yves Chaput », PUA, 2023 ; NDIAYE (P. B.), *Les sûretés négatives*, Mémoire de Master Droit Privé Fondamental, Université Assane Seck de Ziguinchor sous la direction du professeur Jean Louis Correa, 2017.

³¹SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), Droit civil – *Les sûretés* – La publicité foncière, éd. Dalloz, 2004, n°2, p. 5.

³² Article 14 du Régime général des obligations au Mali et les articles 1310 à 1319 du Code civil français.

³³ Article 13 du Régime général des obligations au Mali et les articles 1217 à 1225 du Code civil français.

³⁴ Article 84 à 87 du Régime général des obligations au Mali et l'article 1203 du Code civil français.

³⁵ Articles 178 à 188 du Régime général des obligations au Mali et les articles 1336 à 1340 du Code civil français.

³⁶ CAPITANT (H.), Dictionnaire, 2020, p. 837. « Ducroire ».

³⁷ PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, 3ème Ed., Thémis, 2016, p.259-267.

³⁸ AYNÈS (L.) et CROCQ (P.) , « *Les sûretés*, la publicité foncière », Defrénois, 2003.

d'interroger l'efficacité³⁹ des sûretés négatives⁴⁰. Elle fait appel au droit commun des contrats⁴¹, à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés en droit de l'OHADA⁴² et à la loi-cadre de l'UMOA portant réglementation bancaire⁴³. L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, prise en vertu de l'habilitation consentie au gouvernement par la loi Pacte du 22 mai 2019, intervient après celle du 23 mars 2006 qui avait déjà le même objet en France. Elle procède à une réforme du droit des sûretés dans le but de simplifier et de renforcer son efficacité tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, des débiteurs et des garants⁴⁴. Dans la recherche de cette efficacité, les sûretés négatives sont des garanties accessoires à une sûreté principale consentie pour augmenter les chances du créancier d'un prêt bancaire de se faire rembourser. Ces sûretés négatives sont diverses et variées lorsqu'un emprunteur s'engage accessoirement à une garantie principale, à maintenir la personnalité morale de sa société, à payer ses impôts ou accomplir tout autre acte indispensable à le maintenir économiquement en vie. De manière prosaïque, le débiteur d'un prêt s'engage à ne rien entreprendre qui puisse l'appauvrir sans prévenir son créancier qui dispose d'un droit de veto et de regard sur son patrimoine. La simplicité de cette approche a permis d'entretenir le doute sur l'efficacité des sûretés négatives.

³⁹ DAGOT (M.), « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986, I, p. 93.

⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 15 février 1972, Bull. civ. I, n° 50. Dans cette espèce, les parties avaient consenti un cautionnement personnel limité aux biens de la caution. Le contrat de cautionnement comportait expressément une clause dérogeant à l'ancien article 2092 du Code civil. En contrepartie de cette limitation, la caution s'était engagée au titre de « sûretés négatives ». La Cour de cassation n'a pas pour autant prononcé la nullité de ce cautionnement limité à certains biens mais avait considéré que la clause limitative était caduque car la caution n'avait pas respecté ses engagements alors que : « c'est en contrepartie de cette limitation que la caution avait pris son engagement et soulignant que le créancier n'aurait pas consenti à limiter ainsi son droit de poursuite et d'exécution de la caution si celle-ci était demeurée libre de réduire à néant son engagement (...) ».

⁴¹ Voir sur le droit commun des contrats : le Régime Général des Obligations au Mali de 1987 (RGO) ; le Code des Obligations Civiles et Commerciales au Sénégal (COCC) ; le projet de texte uniforme relatif au droit général des obligations dans l'espace OHADA.

⁴² Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

⁴³ Loi n°08-043 du 1^{er} décembre 2008 portant réglementation bancaire ; le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA. Les objectifs principaux de la réglementation bancaire sont : d'assurer la sécurité des placements et des investissements ; de permettre la transparence et la traçabilité des opérations ; de mettre en place des normes similaires dans tous les pays. Le conseil des ministres des pays membres de l'Union Monétaire Ouest-Africaine (UMOA) a adopté, le 16 juin 2023, une nouvelle loi uniforme portant réglementation bancaire dans l'UMOA dite « Nouvelle Loi Bancaire ». Cette loi a vocation à remplacer la Loi-cadre portant réglementation bancaire adoptée en 2007. Cette nouvelle loi s'applique aux banques, aux établissements de crédit, et dorénavant aux établissements de paiement, aux établissements de monnaie électronique avec pour ambition de doter l'UMOA d'un cadre juridique adapté aux évolutions intervenues dans le secteur bancaire.

⁴⁴ L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ; l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 en France ; Voir sur la réforme SIMLER (P.), *La réforme du droit des sûretés, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2022.

S'ensuivent une dénonciation de leur caractère résiduel et subséquemment de la portée de ces engagements du débiteur à ne pas disposer de son patrimoine ou de constituer de sûretés nouvelles au profit d'un tiers⁴⁵. Les avis sont partagés sur l'efficacité⁴⁶ des sûretés négatives qui dépasse les querelles de chapelles. L'efficacité est la rançon des sûretés dans la fortification de la position du créancier dispensateur de crédit. Ces sûretés négatives sont-elles efficaces ?

La résolution de cette problématique détermine la place des sûretés négatives avant de mesurer leur portée dans le paysage juridique africain et en droit comparé du crédit. Pour rappel, l'efficacité⁴⁷ est un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent⁴⁸. Un regard averti posé sur cette efficacité interroge aussi sur une libéralisation croissante du droit des sûretés qui prend les traits d'un contrôle de légalité. Une approche critique permettra de mettre l'accent sur l'utilité des sûretés négatives qui s'amenuise malgré le droit de veto et de regard qu'elles confèrent au créancier. La stipulation de ces engagements accessoires est soumise au respect de l'ordre public par le contrôle des clauses abusives, du secret professionnel, des droits fondamentaux du débiteur et des atteintes à la dignité du crédit⁴⁹. Dans une approche constructive, nous mettrons en évidence la nécessité de préserver les sûretés négatives. Sûretés de plus et non de trop, les sûretés négatives admettent une diversification des sanctions curatives en cas d'inexécution fautive et particulières d'exigibilité anticipée de l'obligation qu'elles garantissent. En dépit de leur efficacité discutable (I), les sûretés négatives méritent d'être préservées (II).

⁴⁵ SIMON (P.), « Financement d'entreprise : Le fil à la patte des sûretés négatives », Dalloz Affaires, 1996, n°21, p. 635.

⁴⁶ OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998, p.179 ; BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, LGDJ, 2006, n° 7.

⁴⁷ SIMENOU (H.), *Efficacité des garanties du crédit du droit OHADA*, LGDJ, 2018 ; SAKHO (A.), I. N'DIAYE, *Pratique des garanties du crédit : Acte uniforme portant organisation des sûretés*, La Revue Africaine de Banques, 1998 ; KANTÉ (P.-N.), TECHIOTSOP (C.), *La protection du crédit bancaire en droit africain des affaires*, Harmattan, Études africaines, 2021 ; ESPOIR MFINI (M.), *Droit OHADA des sûretés et des garanties bancaires*, préface de Sophie Diagne Ndir, Agrégée des Facultés de droit, CREDIJ (Centre de Recherches et d'Études en Droit et Institutions Judiciaires), 2023.

⁴⁸ GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, Économica, 2006 ; GHESTIN (J.), *La cause et la validité de l'engagement*, LGDJ, 2006 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. Muir-Watt, Tome 2, PUAM, 2001 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.

⁴⁹ Voir à ce propos MERCHERS (Y.), « Rapport général sur les garanties de financement », Travaux de l'association Henry Capitant, tome XL VII, 1996, LGDJ, p. 505.

I- L'EFFICACITÉ DISCUTABLE DES SÛRETÉS NÉGATIVES

L'efficacité des sûretés négatives est indissociable de celle du contrat principal de prêt bancaire qui en est le support. Le charme d'une stabilisation du patrimoine du débiteur dans les prêts bancaires semble évanescer dans l'appréciation des prérogatives accordées au créancier par les sûretés négatives. Malgré l'affirmation d'une stabilisation recherchée de leur objet (A), la fragilisation de leur utilité laisse dubitative (B).

Page | 421

A- La stabilisation recherchée de l'objet des sûretés négatives

L'efficacité est la rançon des sûretés au point d'admettre qu'une sûreté sans efficacité n'en est pas une. Les règles juridiques applicables aux sûretés négatives ne permettent d'atteindre cette efficacité que par la stabilisation de leur objet. Pour ne pas assombrir l'efficacité de la garantie principale du prêt, les sûretés négatives organisent une inaliénabilité volontaire (1) susceptible d'instaurer une indisponibilité incidente (2).

1- L'organisation volontaire de l'inaliénabilité

Les sûretés exposent les biens des constituants, des débiteurs ou des tiers garants de la dette⁵⁰. Lorsqu'elles sont négatives, elles interdisent au débiteur d'un prêt bancaire de disposer de ses propres biens ou de constituer de nouvelles sûretés au profit d'autrui. Cette originalité des sûretés négatives⁵¹ se traduit par des engagements personnels et accessoires du débiteur conférant un droit de veto au banquier. Il en résulte un aménagement conventionnel d'une inaliénabilité de certains biens précis ou de l'ensemble des biens du débiteur. Substrat des sûretés négatives, l'inaliénabilité est la caractéristique d'un bien ou d'un droit qui ne peut pas faire l'objet d'une transmission d'une personne à une autre⁵². Il convient de cerner le périmètre de l'inaliénabilité avant d'apprécier l'efficacité des sûretés négatives qui les organisent. L'efficacité des sûretés négatives est inséparable de celle des sûretés réelles et personnelles qu'elles renforcent. Garanties accessoires à l'exécution d'une obligation principale de prêt, un point d'achoppement demeure sur la portée des clauses d'inaliénabilité. Certes, les sûretés négatives sont prohibitives de certains droits de propriétaire du débiteur par l'inclusion en leur sein d'une clause d'inaliénabilité. L'emprunteur est dans l'impossibilité de disposer de son bien sans l'accord préalable du

⁵⁰ Article 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁵¹ MOULY (C.) et CABRILLAC (M.), *Droit des sûretés*, Litec, n° 576.

⁵² CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, p.1101.

banquier qui pourra s'y opposer en raison de son droit de veto. Cependant, il n'est guère excessif de reconnaître que rien n'interdit en théorie au débiteur lui-même, à la caution ou au garant de disposer du bien affecté à la garantie du paiement d'une créance. En pratique, le banquier n'est pas en mesure d'empêcher le débiteur, la caution ou le garant de disposer de leurs patrimoines. Un raisonnement similaire est autorisé dans le sens où le débiteur est admis à constituer de nouvelles sûretés sur un bien hypothéqué au profit d'autres créanciers de rang inférieur par rapport au banquier dispensateur de crédit. La prérogative d'interdiction du créancier s'en trouve fragilisée.

La nature juridique des sûretés négatives est controversée. Du point de vue pratique, les sûretés négatives comportent des clauses d'inaliénabilité discutées lorsqu'elles sont autorisées dans les actes à titre gratuit, à titre onéreux, les libéralités et les legs. Le juge ne cesse d'encadrer la validité de cette inaliénabilité soumise à l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime⁵³ en plus d'être limitée dans le temps pour lutter contre les engagements perpétuels. L'inaliénabilité peut concerner un apport ou des droits sociaux. Dans ce domaine, la situation de la personne morale débitrice est distincte de celle de ses associés. Il faut se référer à un intérêt social sérieux et légitime. Les associés pourront, dans les mêmes conditions, prévoir des clauses d'incessibilité pour garantir leurs propres engagements. En revanche, il serait contestable d'insérer dans les statuts des clauses frappant les parts ou actions des associés d'incessibilité dès lors qu'elles se trouveraient en contradiction avec les dispositions d'ordre public sur les clauses d'agrément. Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans⁵⁴ relativement à une partie ou la totalité des actions. Toute cession effectuée en violation de la clause d'inaliénabilité est nulle. Les sûretés négatives conduisent à des immixtions les plus insoupçonnées du banquier dans la gestion patrimoniale du débiteur par l'interdiction d'actes de disposition volontaire.

Les détracteurs des clauses d'inaliénabilité⁵⁵ dénoncent généralement leur vocation anti-économique. Ils martèlent qu'elles portent atteinte au droit de la propriété et entravent la libre circulation des biens. Il est admis qu'elles ne confèrent habituellement que des droits réels accessoires limitativement énumérés par la loi. Il appert que le débiteur emprunteur ne peut

⁵³ En droit des sociétés, la clause d'inaliénabilité interdit, pour un motif sérieux et légitime, à un ou plusieurs associés de transmettre leurs actions ou leur parts sociales, pendant une durée qui ne peut dépasser dix ans ; V. Article 765 -1 Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

⁵⁴ BARBIÉRI (J.-F.), « L'inaliénabilité affectant les droits sociaux », Bull. Joly Sociétés 2008, p. 450.

⁵⁵ MORIN (M.), « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », Defrénois 1971, art. préc.

apporter en société des biens immeubles ou meubles, un fonds de commerce, un brevet ou une marque, constituer une hypothèque, un gage, un nantissement ou de vendre à réméré au profit d'autres créanciers. Les clauses d'inaliénabilité sont artificiellement distinguées des sûretés négatives sur la nature juridique des droits conférés. En effet, les clauses d'inaliénabilité sont des droits réels du créancier sur le patrimoine de son débiteur et diffèrent des sûretés négatives qui sont des engagements personnels, des normes comportementales du même débiteur pour sauvegarder son patrimoine. Nous n'exagérons pas la portée superfétatoire de cette distinction qui n'influence pas substantiellement la finalité stabilisatrice de l'engagement du débiteur à ne pas dilapider son patrimoine au profit du créancier prêteur. La disposition d'un actif du patrimoine du débiteur est-elle opposable aux tiers de bonne foi ou opère-t-elle un transfert de propriété au profit du nouvel acquéreur et au détriment de la banque ? La réponse ne peut qu'être mitigée. Lorsque des libéralités enrichissent un débiteur, les créanciers ne sont pas supposés s'en plaindre. Les sûretés négatives maintiennent le patrimoine du débiteur dans un état positif pour anticiper le risque d'appauvrissement, donc d'insolvabilité. Ce qui à première vue ne dégage pas l'assurance attendue de ces sûretés négatives dans la pratique bancaire. Elles ne résolvent pas non plus la méfiance du banquier à l'encontre de l'efficacité des sûretés négatives à cause de la portée des prérogatives conférées au créancier. Réduire la portée des sûretés négatives à de simples mesures incitatives est loin d'être rassurant. Toute proportion gardée, le débiteur n'adopte que des comportements positifs et diligents. Par altruisme, le débiteur cédé peut renoncer à opposer ses exceptions⁵⁶ ou des restrictions de distribution de dividendes pour les personnes morales débitrices. De la diversification du champ d'application des sûretés négatives, on ne peut déduire leur inefficacité. Ces garanties ont une efficacité variable dans plusieurs domaines pour mesurer les engagements du débiteur. Par contre, on pourrait s'interroger sur la portée du droit de veto du créancier qui n'est plus finalement qu'un simple droit d'opposition qui n'empêche pas l'aliénation des biens grevés dans les prêts bancaires. Ce qui nourrit des critiques contre le caractère résiduel des sûretés négatives ou leur réduction à un simple catalogue indicatif dans l'obtention des prêts bancaires. L'effectivité de la clause d'inaliénabilité ne garantit pas son efficacité, rendant improbable toute tentative d'esquisser une approche unitaire des sûretés négatives. La stabilité

⁵⁶ LUCAS (F.-X.), « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions (droit français - droit comparé - droit uniforme), », RLDC 2004/5, n° 206, pp. 57 et s.

recherchée des sûretés négatives est loin d'être acquise même si ces engagements personnels génèrent une inaliénabilité volontaire qui pourrait entraîner une indisponibilité incidente.

2- L'instauration incidente d'une indisponibilité

L'inaliénabilité et l'insaisissabilité⁵⁷ sont un couple qui s'affiche même si on se demande quelques fois ce qu'elles font ensemble. Cette assertion est en phase avec le domaine bancaire qui est un réceptacle à l'éclosion et à l'émergence des sûretés négatives. L'inaliénabilité noue des accointances avec l'indisponibilité. Il sied dès lors de rappeler que l'indisponibilité peut découler de l'inaliénabilité. En effet, l'indisponibilité est l'état d'un bien, d'un droit ou d'une action qui échappe au libre pouvoir de la volonté individuelle par une interdiction ou une restriction du droit de disposer⁵⁸. Elle émane de deux situations juridiques. D'origine légale, elle est organisée dans les procédures d'insolvabilité pour mettre en exergue les pouvoirs de contrainte du juge à organiser l'indisponibilité d'un bien garantissant une obligation à terme. Dans le domaine des sûretés négatives, l'inaliénabilité conventionnelle a une influence sur l'indisponibilité des biens par rapport aux tiers. Les clauses de sûretés négatives organisent une inaliénabilité à titre principale et incidemment une indisponibilité des biens immeubles, des biens meubles ou des créances⁵⁹. De manière prosaïque, le débiteur d'un prêt n'est pas en principe enclin à disposer d'un bien déjà affecté en garantie du recouvrement de sa créance en cas d'insolvabilité. On pourrait rétorquer que rien ne l'empêche, car l'essentiel pour le banquier est de se faire rembourser. Dès lors qu'elles portent sur certains biens ou un ensemble de biens garantissant un prêt bancaire, le débiteur ne peut disposer de ses biens au profit des tiers au risque de s'appauvrir en laissant en rade son créancier. Il faut préciser d'entrée qu'il serait inadmissible qu'un débiteur puisse soustraire des biens à l'action de ses créanciers. L'attention particulière portée à l'indisponibilité dans les sûretés négatives mérite un éclaircissement sur sa portée. Dans les rapports entre la banque et son client, l'opposition de l'insaisissabilité des biens du débiteur au créancier n'a pas de sens. L'envisager d'ailleurs, c'est prendre le risque fantaisiste d'admettre une « sûreté sans garantie » dans le financement du crédit. L'affectation d'un bien en garantie de l'exécution des obligations du débiteur n'est une sûreté que parce qu'elle assure cette finalité. L'indisponibilité d'un bien affecté à la garantie d'un prêt est une charge qui incombe au débiteur pour éviter de compromettre les

⁵⁷ MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Tome I, Vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, n° 217 et 219.

⁵⁸ CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018, p. 581.

⁵⁹ CHAPUT (C.), CERMOLACCE (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Les sûretés négatives », art. préc.

chances du banquier de recouvrer sa créance. Cette approche est somme toute cohérente. Les sûretés négatives obéissent à des règles selon la nature de l'engagement qu'elles accompagnent dans les actes à titre onéreux ou à titre gratuit⁶⁰. Sous cet angle, les actes de disposition sont annulables lorsqu'ils portent sur les biens déclarés inaliénables par une négation du droit de disposer, en occurrence dans les sûretés négatives. Le débiteur ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même et les garanties dans les conventions de financement n'échappent pas à la rigueur de ce principe. D'un point de vue pratique, l'utilité de la clause d'inaliénabilité consiste à rendre les biens du débiteur indisponibles aux tiers. La technique de la clause d'inaliénabilité serait préférable au transfert de la propriété. Elle est moins onéreuse qu'une multitude de techniques utilisant la propriété comme garantie dans le crédit-bail ou dans la fiducie sans dépossession⁶¹. Pour stabiliser le patrimoine du débiteur du crédit, les sûretés négatives sont une négation du droit fondamental du débiteur à disposer de ses biens ou à constituer des sûretés réelles ou personnelles au profit des tiers⁶². Certes, le patrimoine du débiteur est le gage général des créanciers⁶³. Cependant, la privation du débiteur de son droit fondamental à disposer peut aussi avoir des implications perverses. C'est le cas lorsque, pour l'empêcher de s'appauvrir, le créancier lui interdit, sur la base de son droit de veto, de contracter un autre prêt ou de traiter avec un concurrent.

La libéralisation des sûretés négatives permet d'inclure dans le contrat de prêt bancaire, une clause d'exclusion de saisie sélective⁶⁴. Cette indisponibilité conventionnelle se manifeste par une exclusion de saisie sélective par laquelle un banquier, malgré sa qualité de créancier, s'engage à ne pas exercer des mesures d'exécution forcée sur un bien ou certains biens de son débiteur. Ces stipulations magnifient la flexibilité des sûretés négatives au profit des créanciers chirographaires. L'insaisissabilité est le caractère de ce qui ne peut être saisi, c'est-à-dire mis sous-main de la justice, dans l'intérêt d'un particulier, de sa famille ou de l'ordre public⁶⁵. C'est le cas lorsque la résidence principale d'un entrepreneur indépendant est déclarée insaisissable⁶⁶. L'entrepreneur indépendant peut renoncer à cette protection par voie de déclaration expresse et formelle. De

⁶⁰ Cass. 1ère civ., 31 oct. 2007.

⁶¹ V. sur le crédit-bail et la fiducie sans dépossession PERRUCHOT-TRIBOULET, « La fiducie sans dépossession », *Rev. Lamy dr. civ.* 2009, p. 55.

⁶² CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », préc.

⁶³ MARTY (R.), « L'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA*, 21 nov. 2000, p. 4.

⁶⁴ Il peut exister une exclusion de saisie sélective par laquelle un créancier s'engage à ne pas exercer de voie d'exécution forcée sur certains biens de son débiteur CHAPUT (Y.), « Les clauses de garantie », préc.

⁶⁵ CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, « Insaisissabilité ».

⁶⁶ La loi Macron de 2015 sur l'insaisissabilité du domicile de l'entrepreneur individuel.

même, ses autres biens immobiliers sont susceptibles d'être soumis à un régime d'insaisissabilité sur la base d'une déclaration formelle et publiée, mais à condition de ne pas être affectés à l'activité professionnelle. Cette déclaration d'insaisissabilité n'est pas encore explicitement consacrée en droit OHADA. Pour des raisons de sécurité juridique et précisément de la sécurité des créanciers, l'insaisissabilité n'est qu'exceptionnellement admise. L'article 50 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution (AUPSRVE) rappelle substantiellement que les saisies peuvent être effectuées sur les biens du débiteur alors même qu'ils seraient détenus par les tiers, sauf ceux déclarés insaisissables. L'incessibilité, l'insaisissabilité, l'inaliénabilité ont des proximités nuancées et des différences nourries au regard de leurs finalités. Elles s'appliquent au débiteur, au créancier, au garant ou à un associé selon la source de l'obligation juridique dont elle découle. Les sûretés négatives sont des actes juridiques susceptibles de comporter des clauses d'inaliénabilité, d'indisponibilité ou d'insaisissabilité de certains biens du débiteur sous réserve du respect des règles d'ordre public. L'aliénation emporte extinction ou transmission du droit de propriété. La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) déclare que l'immeuble donné en hypothèque ne peut, aux fins de sa réalisation, faire l'objet d'une dation en paiement⁶⁷. En réalité, la décision ne mentionne pas explicitement le mécanisme des sûretés négatives, mais elle rappelle les limites des opérations juridiques sur un bien grevé d'hypothèque. L'interdiction d'accomplir des actes de disposition et la constitution des sûretés anticipent l'insolvabilité du débiteur⁶⁸. Ces garanties sont celles par lesquelles le créancier fortifie ses chances de se faire payer à terme. Pourtant, les sûretés négatives ne sont pas considérées, par une frange non négligeable de la doctrine, comme de vraies sûretés. Elles n'auraient qu'un caractère résiduel en raison de leur efficacité réduite en peau de chagrin dans les prêts bancaires. Clauses de stabilisation⁶⁹, il n'en demeure pas moins que les sûretés négatives cachent bien et paradoxalement une utilité fragilisée.

B- La fragilisation de l'utilité des sûretés négatives

L'intérêt pour les sûretés négatives se fragilise lorsqu'elles n'assurent pas certains avantages au créancier dans le prêt bancaire. On ne saurait se satisfaire d'une efficacité apparente des sûretés négatives qui ont originellement pour vocation de raffermir la vitalité du prêt dont elles

⁶⁷ CCJA, arrêt n°168/2021 du 28 octobre 2021.

⁶⁸ FERNANDEZ (M.), *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais*, thèse préc., p 326.

⁶⁹ VALETTE (L.), *La clause de traitement égal, dite clause pari passu*, thèse, Paris IX, 1999, p. 45.

sont l'accessoire. L'utilité des sûretés négatives est fragilisée par l'instauration d'une efficacité réduite à peau de chagrin. Il semble qu'une diminution de l'intérêt de la garantie (1) fragilise le rang des créanciers (2).

1- La diminution de l'intérêt de la garantie

Page | 427

Les sûretés affectent traditionnellement un bien ou une masse de biens au paiement d'une créance⁷⁰. C'est presque une lapalissade d'alléguer qu'elles confèrent à leur titulaire, un droit personnel ou un droit réel sur le bien affecté en garantie⁷¹. Dans la pénombre des sûretés classiques prévues par l'Acte uniforme portant droit des sûretés, les sûretés négatives sont confrontées à deux difficultés majeures ramollissant l'intérêt de la garantie. La première difficulté théorique est relative à leur nature juridique controversée. La seconde difficulté pratique concerne le contenu et subséquemment la portée des droits conférés. En premier lieu, la qualification de « sûretés négatives » est un « péché originel » qui se répercute sur leur nature juridique. L'imprécision des règles juridiques applicables aux sûretés négatives est moins rassurante. Les sûretés négatives ne seraient pas éligibles à la dignité des sûretés au sens classique des garanties conférées. Elles sont des engagements personnels et accessoires qui se distinguent des garanties classiques dans les prêts bancaires. Les droits conférés par les sûretés négatives ne sont pas des droits réels, mais des engagements personnels. Cette distinction est valable tant qu'elle repose sur la rigidité de la *summa divisio* des droits réels et personnels. La sûreté est la garantie principale dans le contrat de prêt bancaire. Les sûretés négatives qui les accompagnent sont des engagements accessoires et personnels. Ces sûretés négatives sont des contrats accessoires renforçant une sûreté principale. La controverse doctrinale qui découle de cette distinction est plus basée sur le critère téléologique des sûretés classiques⁷². Fruit de l'ingéniosité des praticiens du domaine bancaire, l'identification des sûretés négatives se réalise subrepticement sous plusieurs appellations. Ces garanties sont désignées à tort ou à raison par les qualifications de « garanties indirectes⁷³ », de « sûretés

⁷⁰ AYNES (L.) et CROCQ (P.), préc.

⁷¹ CABRILLAC (M.), MOULY (Ph.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, préc. ; SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil-Les sûretés-La publicité foncière*, préc. ; PELLIER (J.-D.), « Réforme des sûretés : saison 2 », préc. ; SEUBE (J.- B.), *Droit des sûretés*, éd. Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 2020, n°3, p. 2 ; MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.), *Droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, éd. LGDJ, 1996, n°115, p. 104 ; CORNU (G.), *Droit civil-Les biens*, éd. Domat, 2007, p. 11 ; LEGAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc.

⁷² CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, préc.

⁷³ M. VASSEUR, « Les garanties indirectes du banquier », RJ com. 1982. p.104 et s.

économiques⁷⁴», de « garanties fourre-tout⁷⁵», de « sûretés spécifiques⁷⁶» ou de « pseudo-sûretés⁷⁷». Subséquemment, les réflexions sur les sûretés négatives restent souvent du domaine de l'hypothèse. Ces engagements produisent des effets disparates, quelquefois mal connus entre les parties et à l'égard des tiers. On ne saurait déduire hâtivement une quelconque efficacité fragilisée des sûretés négatives. L'hétérogénéité des sûretés négatives est à l'analyse plutôt enrichissante en ce que ces garanties prohibent les risques d'appauvrissement de l'emprunteur au profit du créancier dans plusieurs situations. Une entreprise emprunteuse peut se voir opposer une limitation conventionnelle de la distribution des dividendes, des possibilités de consentir des prêts, des avances ou des investissements consentis par le débiteur d'un prêt bancaire. En outre, les sûretés négatives admettent également une limitation des émoluments, des sorties de capital ou des possibilités pour le débiteur de s'engager dans un contrat de bail. Le patrimoine de l'emprunteur est préservé grâce à une clause d'inaliénabilité de ses biens. Au bénéfice des prérogatives conférées au créancier par les sûretés négatives, le banquier interdit au débiteur du prêt de constituer de nouvelles sûretés au profit des tiers.

A l'imbroglio sur la qualification⁷⁸ des sûretés négatives s'adjoignent des contestations relatives à leur efficacité. Pour les détracteurs, le paradoxe atteint son paroxysme lorsque, à la différence de certaines sûretés classiques, les sûretés négatives ne confèrent ni droit de suite et encore moins un droit de préférence. Les sûretés réelles confèrent au créancier un droit de préférence et un droit de suite. Venant rompre la loi du concours égalitaire entre les créanciers, il incombait au législateur de classer les créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles en fonction de leur mérite ou de la politique de crédit qu'il entendait mener. Pourtant, le droit des sûretés dans l'espace OHADA a évolué. Depuis la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 15 décembre 2010, les sûretés conférant un simple droit de préférence ne sont plus les seules sûretés réelles. Ce nouvel Acte uniforme a favorisé l'émergence de nouvelles formes de sûretés fondées sur une situation d'exclusivité. Ces sûretés fondées sur une situation d'exclusivité sont-elles plus efficaces que les sûretés réelles classiques ? On pourrait se demander si on n'est pas plus dans la complémentarité que dans la concurrence des sûretés. L'Acte uniforme portant

⁷⁴ C. GALVADA, « Établissement de crédit et banque » in *Répertoire de droit international*, janvier 2015.

⁷⁵ MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n°122.

⁷⁶ RIVES-LANGE (J. L.), CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, n° 427.

⁷⁷ CABRILLAC (M.), MOULY (M.), CABRILLAC (S.), PÉTEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 2007, n° 628 et s.

⁷⁸ OUATTARA (A), « Les qualification en matière pénale », préc.

organisation des sûretés reconnaît à certains titulaires de sûretés classiques : un droit de préférence⁷⁹ et de suite⁸⁰. Le droit de préférence est le droit des créanciers hypothécaires ou privilégiés d'obtenir, par priorité face aux autres créanciers, généralement chirographaires, le droit au paiement sur le produit de la vente du bien saisi⁸¹. Quant au droit de suite, il autorise les créanciers hypothécaires ou privilégiés à saisir le bien garantissant le paiement de la dette en quelques mains qu'il se trouve, même entre les mains d'un tiers acquéreur. Plus fréquemment, ce sont les prérogatives du titulaire d'un droit réel de saisir le bien, objet du droit, quel qu'en soit le possesseur⁸². Le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers. Un droit réel crée une opposabilité *erga omnes*, un droit de préférence et de suite, sauf pour les créanciers chirographaires. Tout comme le droit de préférence, le droit de suite est attaché à un droit réel permettant au créancier d'actionner les poursuites sur les biens en quelques mains qu'ils se trouvent. L'absence des prérogatives rattachées aux droits de suite et de préférence dans les sûretés négatives interroge sur leur efficacité. Cette approche nous semble réductrice à tout point de vue. Seuls les droits réels confèrent des garanties accessoires de droit de suite et de préférence. Les sûretés négatives ont la particularité d'édicter des normes comportementales en vue de renforcer les chances du banquier de se faire payer à terme. Ces garanties indirectes sont utilisées par les créanciers chirographaires c'est-à-dire qui n'ont qu'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. Le banquier est un créancier qui accepte dans cette hypothèse de prêter et de ne prendre aucune sûreté ou du moins de la diminuer. En réalité, l'inefficacité des sûretés négatives est consécutive à leur incapacité à générer un droit de suite ou de préférence. Les inquiétudes sont déplacées, mais elles sont loin d'être résolues. Demander que les sûretés négatives confèrent un droit de suite et de préférence, c'est commettre l'imprudence de faire découler d'un engagement accessoire des prérogatives déjà conférées aux sûretés principales. Certaines sûretés classiques confèrent déjà un droit de préférence et de suite, à la différence des sûretés négatives qui n'attribuent aucune de ces prérogatives. Ces dernières ne visent qu'à maintenir le patrimoine général du débiteur en bon état en prévenant toute détérioration ou aliénation matérielle susceptible d'amoindrir les chances de remboursement du créancier. On allègue une efficacité des sûretés négatives, confortant accessoirement des sûretés réelles. Parmi les raisons évoquées, nous retenons

⁷⁹ Articles 92, 104, 106, 107, 144, 161, 178, 179, 182, 187, 226 de l'AUS.

⁸⁰ Articles 9, 97, 102, 144, 161, 178, 197, 223 de l'AUS.

⁸¹ CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, « Droit de préférence ».

⁸² CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, « Droit de suite ».

que les chances de paiement du créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle sont dépendantes de la solvabilité du débiteur pendant la constitution de la garantie et la durée du crédit⁸³. L'utilité fragilisée des sûretés négatives est finalement celle des sûretés classiques. Certes, les sûretés négatives sont des obligations de faire ou de ne pas faire assurant une stabilité des éléments du patrimoine du débiteur pour mieux protéger le créancier. Néanmoins, le ramollissement de l'intérêt de la garantie entraîne une fragilisation du rang des créanciers.

2- La fragilisation du rang des créanciers

Envisager le rôle des créanciers et l'efficacité de leurs garanties revigorant les prêts bancaires est loin d'être une incongruité. L'efficacité des sûretés est inséparable de leur aptitude à assurer un rang confortable. Entre les créanciers, l'hypothèque n'a rang que du jour de son inscription. Lorsque plusieurs inscriptions sont requises le même jour, c'est l'inscription prise en vertu du titre le plus ancien qui est réputée d'un rang antérieur. Un créancier bénéficiant d'une sûreté réelle sera mieux traité qu'un créancier chirographaire. Dans les sûretés négatives, le prêteur bancaire ou obligataire doit s'assurer que l'emprunteur ne consentira pas de sûretés plus significatives ou de meilleur rang sur ses actifs au profit d'autres créanciers. Elles restent des engagements accessoires de faire ou de ne pas faire qui s'éteignent et se transmettent avec la créance principale⁸⁴. Cette privation est une garantie efficace par laquelle le débiteur d'un prêt bancaire ne peut constituer de nouvelles sûretés sur ses biens sans informer le prêteur qui dispose d'un droit de veto. Les sûretés négatives sont à ce titre des engagements personnels protecteurs des intérêts des prêteurs dans le financement international du crédit. La négation du droit de disposer ou de constituer une sûreté est une garantie théoriquement confortable contre l'appauvrissement de l'emprunteur. En pratique, le débiteur n'est pas interdit d'aliéner le bien qui en est l'objet⁸⁵. Il peut constituer de nouvelles sûretés sur le bien affecté en garantie, mais de moins bon rang. Ce qui revient à constater que le droit de veto a une force obligatoire sans être un droit intangible. Deux craintes indissociables méritent d'être dissipées sur l'efficacité des droits conférés par les sûretés négatives et le rang du banquier dispensateur de crédit.

Les sûretés réelles se distinguent des sûretés personnelles en ce qu'elles confèrent à leur titulaire, non pas un droit personnel contre le débiteur de l'obligation principale, mais un droit réel

⁸³ ELONGO, (Y.- K). *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, préc., p. 10.

⁸⁴ CABRILLAC (M.), MOULY, (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (Ph.) , *Droit des sûretés*, préc.

⁸⁵ Cass. 3e civ., 18 juin 2008.

sur le bien affecté en garantie. Elles ne confèrent malheureusement ni un droit de suite, ni un droit de préférence. À l'instar du droit de préférence, le droit de suite est nécessairement attaché à un droit réel. Il s'agit précisément d'un droit permettant au créancier d'être préféré aux autres créanciers ou d'exercer ses poursuites sur le bien grevé en quelques mains qu'il se trouve. L'idée d'une concurrence des garanties laisse place à leur complémentarité. Les sûretés négatives sont des engagements personnels et accessoires du débiteur pour revigorer une sûreté principale consentie dans les prêts bancaires. Elles créent assurément, en faveur du créancier dispensateur de crédit, des droits qui s'adjoignent à un droit principal pour mieux en assurer l'exécution⁸⁶. La tentative de les dissocier du contrat principal qu'elles renforcent est plus que jamais discutable. La reconnaissance des droits réels accessoires de suite et de préférence à des engagements personnels garantissant une obligation à terme ressemble à une hérésie. A cet effet, l'inefficacité des sûretés négatives est indissociable de celle de la garantie principale. L'argument d'une fragilisation des sûretés négatives basée sur la seule absence d'un droit de suite et de préférence ne convainc point. Toutes les sûretés ne confèrent pas un droit de suite à leurs titulaires. C'est le cas des privilèges qui n'emportent pas la dépossession du débiteur de ses biens en sus de ne pas pouvoir lui interdire d'en disposer en toute liberté. Les tiers doivent rester à l'abri de ces sûretés occultes. Les créanciers croient légitimement à la propriété de leur débiteur⁸⁷. Les sûretés négatives sont destinées, tout comme les sûretés réelles et personnelles qu'elles revivifient, à accroître les chances du banquier de recouvrer sa dette⁸⁸. N'en déplaise à leurs détracteurs, elles confèrent un droit de veto et de regard qui augmentent l'efficacité des sûretés classiques qu'elles complètent. Par contre, l'efficacité des prérogatives du banquier ou de l'obligataire pourrait mériter une discussion. L'efficacité de ces droits conférés au créancier est inséparable de leur portée à partir du moment où il ne s'agit plus de discuter de leur existence, mais de dire à quoi elles servent. Concéder un meilleur rang à d'autres créanciers amoindrit l'efficacité des sûretés négatives pour le banquier dispensateur de crédit en cas de concours. En n'obtenant pas de droit de préférence sur des éléments du patrimoine de son débiteur, le banquier est un créancier qui n'échappe pas au concours d'autres créanciers. Cette approche interroge l'efficacité des sûretés négatives en l'absence d'attribution d'un rang préférentiel ou exclusif au banquier dispensateur de crédit. Une distinction est opérée entre les sûretés donnant au créancier un droit au paiement préférentiel, c'est-à-dire le gage, le

⁸⁶ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », op. cit., p. 167.

⁸⁷ SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, préc.

⁸⁸ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », préc.

privilège ou le nantissement, et celles qui lui confèrent un tout autre droit au paiement exclusif⁸⁹. Si la garantie des sûretés négatives peut porter sur l'ensemble des biens du débiteur, les sûretés classiques, quant à elles, portent couramment sur le patrimoine d'un tiers et sur un ou plusieurs biens spécifiques. Le droit de rétention génère une situation d'exclusivité qui semble incompatible avec l'idée de préférence. Un classement⁹⁰ des droits préférentiels est établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés⁹¹. Les sûretés exclusives portent sur le droit de rétention⁹², de propriété retenue⁹³ ou cédée⁹⁴ à titre de garantie en droit de l'OHADA. D'ordinaire, l'exclusivité dans les sûretés réelles se caractérise par un désintéressement hors concours⁹⁵. En cas de concours, le prix se distribue entre les créanciers par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence⁹⁶.

L'égalité de rang⁹⁷ rapproche les sûretés négatives d'autres clauses de stabilisation, comme la clause de *pari passu*, de l'offre concurrente ou du client le plus favorisé. L'égalité de rang dite *pari passu*⁹⁸ a moins d'intérêt en droit commun des contrats où le dogme de l'égalité entre les cocontractants est la règle⁹⁹. Elle a été perçue comme une clause de préférence en faveur du bénéficiaire visant les créances chirographaires dans le but d'établir une égalité de rang¹⁰⁰. Clause de rang égal, elle oblige l'emprunteur à rembourser tous ses prêteurs actuels ou à venir ou assujettit

⁸⁹ Articles 2323 du Code civil français.

⁹⁰ CROCQ (P.), « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », préc ; KEITA (B.), « La situation du créancier nanti en droit de l'OHADA », Annales de l'université Marien Ngouabi, sciences juridiques et politiques, volume 24, numéro spécial, 2023, p.150.

⁹¹ Articles 225 à 226 de l'AUS et les articles 166 et 167 de l'AUPCAP.

⁹² Article 67 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁹³ Article 72 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁹⁴ Article 79 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁹⁵ BOURASSIN (M.), « Sûretés exclusives : quelles limites ? », Defrénois, n°20418, 2021, p. 18 et s.

⁹⁶ Article 2285 du Code civil français.

⁹⁷ SIMON (Ph.), « Financement d'entreprise : le fil à la patte des sûretés négatives », D. affaires 1996, p. 703.

⁹⁸ Voir à propos des clauses de *pari passu* : VASSEUR (M.), « Les garanties indirectes du banquier », préc. ; AGBO (M. F.), « Réflexion sur la nature juridique de la clause *pari passu* », Revue semestrielle n° 65, 2ème Semestre 2022, p. 39 ; MOUSSERON (J. M.), *Technique contractuelle*, 2ème édition, Francis Lefebvre, 1999, n°134 ; AFFAKI (G.), « Du sens mots et du bon sens : De la bonne interprétation de la clause *pari passu* », Mél. LE TOURNEAU, Dalloz, 2008, p.1. Cette clause *pari passu* doit dissuader les nouveaux bailleurs de fonds d'exiger une sûreté lorsqu'ils devront en partager le bénéfice avec les créanciers bénéficiaires de la clause. Elle peut avoir un effet inflationniste qui conduit, à chaque nouveau crédit, à revenir sur les concours octroyés par le passé. Une clause *pari passu* permet de conférer l'égalité au créancier qui en est bénéficiaire. Elle porte parfois d'autres noms : clause d'alignement, clause du client le plus favorisé, clause de traitement égal, clause de maintien de rang.

⁹⁹ AFFAKI (G.), « Du sens mots et du bon sens : De la bonne interprétation de la clause *pari passu* », Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p.1.

¹⁰⁰ MOUSSERON (J. M.), *Technique contractuelle*, op. cit., n° 137.

une des parties à étendre à son partenaire, un traitement favorable qu'il a consenti à des tiers. Dans le financement international du crédit, elle présente aussi un intérêt si le droit du pays du débiteur édicte ou permet des règles discriminatoires entre les créanciers. Au-delà de l'affirmation du rang de la créance, l'article 2285 du Code civil français prévoit que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et que le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. Malgré les controverses sur leur inefficacité à constituer de véritables sûretés, les sûretés négatives sont préservées.

II- L'EFFICACITÉ PRÉSERVÉE DES SÛRETÉS NÉGATIVES

Les sûretés négatives sont des engagements personnels renforçant l'efficacité des garanties principales dans les prêts bancaires. Elles évoluent indissociablement et accessoirement dans la pénombre des sûretés classiques pour une stabilisation du patrimoine du débiteur. De même, elles favorisent la confiance qui est la clé de voûte des activités de crédit¹⁰¹. L'efficacité de ces engagements personnels est mesurable par la sauvegarde de l'information (A) du créancier et la diversification des sanctions de l'inexécution de l'obligation (B).

A- La sauvegarde de l'information dans les sûretés négatives

Dans le couple du droit des sûretés et du financement bancaire, c'est peu de rappeler que la confiance n'exclut pas le contrôle. Cette confiance conforte la garantie principale et la sécurise par l'engagement accessoire du débiteur à ne pas constituer de nouvelles sûretés sur son propre patrimoine ou d'en disposer sans informer le créancier. Cette obligation d'information est opportune (1) et pertinente pour ne pas réduire l'efficacité de la garantie (2).

1- L'opportunité de l'obligation d'information

Les sûretés négatives sont des engagements accessoires et personnels du débiteur dans les prêts bancaires. A ce titre, elles sont génératrices d'un droit de regard du créancier portant sur les informations recueillies par les établissements de crédit à l'occasion de l'octroi et de l'exécution des prêts bancaires. La certitude sur la conventionnalité de cette obligation laisse peu de place au scepticisme sur sa portée contraignante. L'information est le corollaire du droit de regard qui est le moyen et dont la finalité est de permettre au créancier de contrôler les patrimoines de leurs

¹⁰¹ SEUBE (J.- B.), *Droit des sûretés*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.1.

débiteurs¹⁰². Cette obligation d'information confère au créancier un droit d'immixtion avant-gardiste dans la gestion patrimoniale de ses débiteurs qui sont des personnes physiques ou morales, des consommateurs ou des professionnels. L'opportunité de l'information se mesure dans son sens et dans sa portée à maintenir une meilleure stabilité patrimoniale du débiteur. Par une confrontation des intérêts, le créancier réunit le maximum d'informations sur la solvabilité de son débiteur et peut être tenté de lui dicter sa conduite afin de sécuriser son recouvrement. On est en présence d'une obligation d'information incombant au débiteur et profitable au créancier. C'est donc à bon droit que ce dernier aura la possibilité d'anticiper le recouvrement de sa créance en danger. Cette anticipation de l'insolvabilité du débiteur endetté n'est pas anodine. Elle est la manifestation irréversible d'un droit de regard dont le manquement viderait les sûretés négatives de leur substance, voire de l'économie générale du contrat principal de prêt qui en est le support. Marqueur substantiel de l'exigence de bonne foi et/ ou de transparence dans les relations contractuelles¹⁰³, l'information du débiteur est le corollaire du droit de regard du créancier. Ce droit de regard se manifeste par des formules contractuelles restreignant la liberté d'action du débiteur ou l'astreignant à renseigner le créancier de façon à accroître les chances de paiement de celui-ci¹⁰⁴. Ces sûretés négatives sont utilisées par les établissements de crédit et classées en fonction de l'avantage qu'elles procurent. Elles confèrent au créancier des garanties qui sécurisent le crédit en réduisant le risque de non-paiement que pourrait subir le prêteur¹⁰⁵. Opportunément informé d'une évolution patrimoniale défavorable du débiteur d'un prêt, le banquier prendra les mesures utiles qui éviteraient de compromettre le remboursement de créance. Parmi ces mesures phares, nous avons la possibilité d'exiger l'exécution d'une promesse d'hypothèque ou de demander le remboursement d'un crédit à durée indéterminée. L'information assainit la gestion patrimoniale du débiteur par l'instauration d'une transparence comptable et financière¹⁰⁶. Elle préserve la protection des intérêts privés entre le créancier et le débiteur, mais aussi l'intérêt général. En dehors de la lutte contre le blanchiment, les associés, les salariés, les cocontractants des entreprises ou le public en général, sont en droit de disposer d'informations crédibles sur la bonne santé économique

¹⁰² GUYON (Y.), « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », *Rev. jurispr. com.*, 1982, n° 2, p.122.

¹⁰³ VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence)*, thèse, éd. PUAM. 1998 ; MALAURIE (Ph.), « Transparence-secret : Droit à l'information », *Ann. Seine*, 1997, n° 1, p. 7.

¹⁰⁴ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », *préc.*

¹⁰⁵ SAKHO (M.), « Le nouvel acte uniforme ohada portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *préc.*

¹⁰⁶ MALAURIE (Ph.), *Transparence financière et réforme institutionnelle*, LPA 22 août 2008, n°169, p. 3.

et financière de l'entreprise emprunteuse. Deux hypothèses attirent notre attention. La première concerne les clauses de contreseing¹⁰⁷ qui sont des stipulations contractuelles limitant les pouvoirs des organes sociaux. Lorsque le président directeur général d'une société anonyme s'est porté personnellement garant du remboursement d'un prêt consenti à la société, son concours financier nécessite que son contreseing soit requis pour le paiement des chèques ou des effets de commerce. De même, l'accord du dirigeant est nécessaire pour tout embauchage et débauchage de personnel, les commandes de matériel, de marchandises ou de matières premières que pour toute mise en route de fabrications nouvelles. Les clauses de contreseing suscitent la méfiance et encourent la nullité au motif qu'il n'est pas possible d'aller à l'encontre de la répartition légale des pouvoirs dans les sociétés. La Cour d'appel a déclaré nulle, une clause en relevant qu'elle n'instituait pas qu'un simple contrôle à titre de garantie de la société à son créancier, mais conférait à celui-ci un véritable pouvoir de direction¹⁰⁸. En pratique, les clauses de contreseing peuvent cumuler un droit de veto et de regard du dirigeant. Dans une seconde occurrence, le remboursement des créances des associés ou des administrateurs peut être subordonné à celui des créanciers. Une société, avec l'accord de son assemblée générale, peut s'engager à ne pas distribuer de dividendes tant que les crédits ne sont pas soldés. L'opportunité de l'information est marquée par le pouvoir de contrôle qu'elle confère au créancier par un droit de regard ou de vigilance contre les prises de risques incalculés du débiteur pouvant l'appauvrir. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés exige que le créancier informe la caution de la défaillance du débiteur principal¹⁰⁹. En cas de manquement à cette obligation d'information, la caution est déchargée du paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de délivrance de cette information et celle à laquelle elle est portée à sa connaissance. Un jugement d'un tribunal de grande instance de Ouagadougou rappelle que cette information est une formalité substantielle¹¹⁰. En matière de cautionnement général des dettes du débiteur principal, le créancier a l'obligation de communiquer à la caution des informations sur l'évolution de la dette¹¹¹. Cette protection ne concernerait que le cautionnement dans lequel la sanction de l'inobservation de cette obligation est la déchéance du droit de réclamer les intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information.

¹⁰⁷ MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), *Droit commercial*, LGDJ, 2006, n° 809.

¹⁰⁸ Cass. com., 11 juin 1965, n° 63-10.240, Bull. civ. 1965, III, n° 361, D. 1965, p.782.

¹⁰⁹ Article 24 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS).

¹¹⁰ TGI Ouagadougou, jugement n° 53/2005 du 16 Février 2005/ Ohadata J-07-227.

¹¹¹ Article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

L'information est une obligation substantielle susceptible de priver les sûretés négatives de leur quintessence dans les conventions de prêts¹¹². Le législateur communautaire UMOA, par la loi du 30 mai 2015 portant réglementation des bureaux d'information sur le crédit¹¹³, insiste sur l'information incombant aux banquiers professionnels dans l'obtention du crédit par le client. Grâce aux mesures d'information, les banquiers subordonnent le renouvellement des prêts à la production d'un bilan dont la régularité et la sincérité sont attestées par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes. Elles fortifient assurément la confiance des créanciers, voire des investisseurs, dans le financement du crédit. Sont importantes, les informations sur le passé économique et financier des emprunteurs, personnes physiques ou morales, débitrices. Envisager l'avenir pécuniaire du débiteur sur la base d'informations concordantes sur son passé pourrait éviter les tumultes. Les créanciers sont tentés d'aller au-delà afin de s'assurer de la fiabilité des informations sur la solvabilité de l'emprunteur. Les informations s'étendent de la période de la formation des sûretés négatives jusqu'à l'arrivée de l'échéance du prêt. Le débiteur doit transmettre, de bonne foi à son créancier, l'information qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat de prêt ou la qualité des parties. La portée contraignante de cette information est parfois réduite à un devoir général de renseignement incombant au débiteur. L'opportunité de la délivrance des informations fait qu'elles sont irréductibles à des obligations générales de renseignements. Ce qui n'est pas envisageable dans les sûretés négatives qui n'ont aucune utilité en dehors d'une négation de certains droits au débiteur à ne pas accomplir des actes d'appauvrissement de son patrimoine. Cette obligation d'information matérialise le droit de regard du banquier en sa qualité de créancier sur les opérations relatives aux biens affectés en garantie du remboursement d'un prêt bancaire. On pourrait rétorquer la faible portée de cette obligation d'information dans les sûretés avec dépossession. La dématérialisation des fortunes révèle une autre facette des obstructions à l'accomplissement d'actes juridiques à titre gratuit ou onéreux sur des actifs du débiteur. Cette évolution peut s'avérer contreproductive dans l'appréciation de l'efficacité des sûretés négatives. Le débiteur peut dissimuler ses biens surtout incorporels à ses créanciers¹¹⁴. Il reste que les manquements à l'obligation d'information sont sanctionnables dans le recouvrement des créances

¹¹² CHAPUT, (Y.), « Les sûretés négatives », Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 790, 2009, p. 2.

¹¹³ Loi n°2015-015 du 30 mai 2015 portant réglementation des bureaux d'information sur le crédit.

¹¹⁴ GUYON (Y.), op. cit., p. 123, n° 3.

bancaires¹¹⁵. L'obligation d'information¹¹⁶ en plus d'être opportune doit être pertinente dans le financement bancaire.

2- La pertinence de l'obligation d'information

Les sûretés négatives instaurent un climat de confiance dans le financement tant national qu'international du crédit. Elles sont prohibitives de comportements préjudiciables à l'efficacité des sûretés principales par des restrictions à la liberté d'action du débiteur¹¹⁷. Ces restrictions portent sur un ensemble de techniques contractuelles aménagées à des fins de garantie qu'elles constituent. Le débiteur s'engage à ne pas disposer de ses biens ou à constituer des sûretés sans informer le créancier. L'information de la banque est une prérogative qui découle de la nature juridique des sûretés négatives. C'est une prérogative par l'exercice de laquelle, la banque se renseigne sur la situation passée du débiteur pour mieux se projeter dans sa relation future avec lui¹¹⁸. Par ce droit de vigilance, le créancier est informé de l'évolution de la situation du débiteur et de sa façon de gérer ses affaires. La banque prendra connaissance des livres de commerce, des états financiers de synthèse, des factures et pourra se faire assister d'un expert-comptable. Le droit de regard du créancier¹¹⁹ se limite au patrimoine du débiteur et ne déborde pas sur sa vie privée. La banque ne saurait s'immiscer dans la vie privée de son client ou employer des procédés de vérification disproportionnés ou déloyaux. Il n'a pas le pouvoir de communiquer toutes les informations, particulièrement celles qui sont frappées par le sceau du secret et s'attachant à certaines activités ou documents comme les lettres confidentielles. A l'égard du banquier, l'information se heurte au secret professionnel que doivent respecter certaines personnes. Le débiteur s'engage à informer le banquier de tel ou tel acte ou de tel ou tel événement affectant la situation patrimoniale. Il s'agit d'accorder au banquier, un droit de regard sur les affaires de son débiteur qui s'engage à le prévenir lorsqu'il effectuera des opérations non-courantes. La personne physique ou morale débitrice accepte de répondre à toute demande de renseignement ou à toute investigation nécessaire. Cet engagement est sans doute souvent tacite et s'infère de la nature des sûretés négatives. Le débiteur n'est pas toujours tenu de présenter à ses créanciers, un inventaire

¹¹⁵ MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in Mél. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 439.

¹¹⁶ CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, préc., « Information ».

¹¹⁷ CABRILLAC (M.) et MOULY (C.), *Droit des sûretés*, préc.

¹¹⁸ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », préc.

¹¹⁹ GUYON (Y.), « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », préc.

de son patrimoine. Il n'est quelquefois tenu que d'une obligation précontractuelle de renseignement sur sa solvabilité¹²⁰ mais pas plus qu'une information des cocontractants sur le fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire¹²¹. Les personnes morales ne sont pas obligées d'informer, leurs cocontractants en général et la banque en particulier, qu'elles font l'objet d'un redressement judiciaire¹²². Si les créanciers cherchent à se renseigner indirectement, ils n'ont pas le droit d'obliger des tiers à leur fournir des informations sur la situation du débiteur ou d'apporter eux-mêmes des précisions sur les engagements de leur débiteur. Le juge refuse de reconnaître l'existence d'une obligation générale d'information des tiers par le biais de la responsabilité civile¹²³.

L'exigence d'information et son corollaire de transparence¹²⁴ trouvent normalement leur source dans le secret du patrimoine¹²⁵ et nécessairement dans le secret des affaires¹²⁶. Le droit de regard n'est pas une immixtion intempestive du créancier dans la gestion patrimoniale du débiteur au mépris du secret¹²⁷ des affaires. L'extension de l'information du créancier sur l'ensemble du patrimoine du débiteur est critiquable. L'ingérence du créancier dans la gestion patrimoniale du débiteur ne doit pas porter atteinte aux libertés fondamentales de ce dernier à gérer librement son patrimoine. En d'autres termes, elle ne doit pas être abusive, disproportionnée ou préjudiciable à l'autonomie patrimoniale du débiteur. L'intérêt d'une telle approche consiste à ne pas entrevoir la caricature d'une mise en « curatelle » du débiteur. Une telle restriction serait à tout point de vue inopposable aux tiers¹²⁸ car elle suppose probablement que soit reconnue aux banquiers¹²⁹, une hégémonie dans les relations économiques. L'absence d'informations données sur les actes

¹²⁰ GHESTIN (J.), *Droit civil, Le contrat*, LGDJ, 1980, n° 495 ; GUYON (Y.), op. cit., p. 125, n° 9.

¹²¹ Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21. 863 ; RTD civ. 2004, p. 86, obs. J. Mestre, B. Fages.

¹²² Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21. 863.

¹²³ PERRUCHOT-TRIBOULET, *Régime général des obligations et responsabilité civile*, PUAM, 2002, n°1071.

¹²⁴ CARBONNIER (J.), « Transparence », in *flexible droit*, 10ème édition, Paris, LGDJ, 2001, p. 320.

¹²⁵ CARBONNIER (J.), *Les biens* : PUF, 1995, n° 8, p.23.

¹²⁶ VIRASSAMY (G.-J.), « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD com. 1988, p. 179 ; SAINT-ALARY (R.), « Le secret des affaires en droit français », in Travaux de l'Association H. Capitant, *Le secret et le droit*, Dalloz, 1976, p. 263.

¹²⁷ DEMBÉLÉ (M.-B.), « Le secret bancaire : entre vertu de protection et l'ordre public dans l'espace UMOA, l'exemple du Mali », *Revue internationale des services financiers*, juin 2018, p. 65 et s. ; KLEINER (C.), « Les droits de l'Homme et le secret bancaire : opposition ou subsomption ? », *Journal du Droit International (Clunet)*, n°4, octobre 2014, doctrine 15, p. 2 et s.

¹²⁸ GUYON (Y.), op. cit., p. 132.

¹²⁹ Voir à propos du secret TCHEUMALIEU FANSI (M. R.), *Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA*, Paris, Harmattan, 2013, p. 67 et s.

courants, au demeurant normalement prévisibles, ne saurait alors être sanctionnée sans que leur révélation n'ait été expressément exigée. La finalité est d'éviter que les dissimulations ne servent de prétextes aux créanciers pour demander le remboursement anticipé ou permettre la négation de certaines libertés au débiteur. Il en est ainsi de l'interdiction faite par la banque au débiteur de contracter un prêt dans une autre banque ou de contracter avec un concurrent commercial. Les atteintes aux obligations découlant des sûretés négatives sont diversement sanctionnables.

B- La diversification des sanctions de l'inexécution des sûretés négatives

Les atteintes aux obligations découlant de l'inexécution des sûretés négatives sont punies par les sanctions du droit commun des contrats et des sanctions particulières. Cette diversification des sanctions se manifeste couramment par l'applicabilité des sanctions de l'inexécution fautive (1) et l'institution des sanctions spécifiques par la déchéance du terme (2).

1- L'applicabilité des sanctions de droit commun de l'inexécution fautive

Les sûretés négatives créent des obligations dont l'inexécution fautive est sanctionnable. Elles sont le fruit des montages contractuels par lesquels des débiteurs acceptent des contraintes accessoires sous forme d'obligations de faire ou de ne pas faire dans les prêts bancaires¹³⁰. Ces engagements accessoires ont pour finalité d'instaurer un climat favorable aux chances de recouvrement de la créance¹³¹. Il faut élucider le contenu des obligations découlant des sûretés négatives avant de mettre l'accent sur la diversification des sanctions de leur inexécution.

Le débiteur d'un prêt bancaire s'engage à accomplir des obligations positives de maintien d'une couverture d'assurance ou d'une personnalité sociale. De même, il peut s'engager à maintenir ses biens meubles et immeubles en bon état, à payer ses impôts ou autres charges privilégiées, à fournir un rapport financier ou à utiliser le prêt à des fins précises. Il peut également participer à hauteur d'un pourcentage¹³² dans la société emprunteuse. Le fait est que ces précautions contractuelles affectant un bien déterminé ne doivent pas être illusoires. Elles ne constitueraient pas de véritables sûretés au motif qu'elles ne feraient pas acquérir un droit particulier sur le bien concerné par rapport aux autres créanciers. Les arguments mobilisés au soutien de ce reproche sont qu'elles ne répondent ni au critère de l'affectation, ni à celui de la

¹³⁰ LEGAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, préc.

¹³¹ FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 339.

¹³² CA Paris 4 mai 1982 : Gaz. Pal. 1983, I, 152, note APS.

finalité et encore moins à celui du paiement préférentiel. Visant à maintenir un bien dans l'assiette du gage général du créancier, les sûretés négatives sont composées d'engagements non réductibles à des formules contractuelles incantatoires. Ces engagements ont pour finalité de renforcer l'efficacité de la garantie principale dans les prêts bancaires. Certes, l'hétérogénéité de ces engagements nourrit quelques soupçons sur la nature juridique des sûretés négatives. Cependant, les incertitudes sont dissipées sur leur finalité de stabilisation économique du débiteur pour mieux rembourser sa dette.

Les obligations¹³³ découlant de l'inexécution des sûretés négatives sont passibles de sanctions en droit commun des contrats en plus des sanctions particulières de déchéance du terme dans le financement du crédit. Faut-il le rappeler, la nature juridique des obligations définit les sanctions qui leur sont applicables. Les sûretés négatives inexécutées ou mal exécutées engagent la responsabilité du débiteur fautif¹³⁴. Ces sanctions¹³⁵, parfois cumulables¹³⁶, sont l'exception d'inexécution¹³⁷, l'exécution forcée en nature¹³⁸, la réduction du prix¹³⁹, la résolution¹⁴⁰ ou la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat¹⁴¹. La sanction de cette inexécution sera soumise au droit commun de la responsabilité. La clause d'inaliénabilité étant une obligation accessoire, la résolution de l'acte principal ne sera que facultativement prononcée par les tribunaux. Les sûretés négatives permettraient à leur titulaire d'invoquer la nullité de toute aliénation, de tout acte de disposition portant sur le bien considéré. Le débiteur ne pourrait valablement transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même. La revendication du bien serait soumise aux règles applicables, selon le cas, aux meubles ou aux immeubles, en fonction de leur nature corporelle ou incorporelle. En revanche, si on doit y voir des obligations personnelles de ne pas faire, leur application n'échappe pas au principe de l'effet relatif des conventions. Au-delà de cette occurrence, les sûretés négatives sont des obligations de faire ou de ne pas faire. Hors les cas de force majeure, le créancier des sûretés négatives est fondé à en demander la réparation en cas d'inexécution par le débiteur de

¹³³ Article 4 du Régime général des obligations au Mali.

¹³⁴ TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in « Droit civil, procédure, linguistique juridique », écrits en hommage à Gérard CORNU, PUF, 1994, p. 429.

¹³⁵ Article 1217 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 sur les sanctions de l'inexécution du contrat.

¹³⁶ Articles 1217 et 1218 du Code Civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹³⁷ Articles 1219 et 1220 du Code Civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹³⁸ Articles 1221 et 1222 du Code Civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹³⁹ Articles 1223 et 1644 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹⁴⁰ Articles 1224 à 123 du Code Civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹⁴¹ Articles 1231 à 1231-6 du Code Civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

ses obligations. Le créancier, en cas d'inexécution, peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur¹⁴². Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aura été fait contrairement à l'obligation, sans préjudice de dommages-intérêts. La condamnation du débiteur à des dommages-intérêts ou la résolution du prêt équivaut à la déchéance du terme¹⁴³, soit en vertu d'une stipulation contractuelle dans ce sens, soit par une décision judiciaire. Le créancier peut aussi obtenir des dommages-intérêts du cocontractant de son débiteur qui a coopéré à la violation de son engagement s'il parvient à démontrer qu'il l'a fait en toute connaissance de cause. Le créancier qui en est titulaire se voit allouer des dommages et intérêts en cas de préjudice subi du fait de l'inexécution de la clause qui la stipule. En dehors de ces sanctions de droit commun, l'atteinte aux obligations découlant des sûretés négatives est sanctionnée par la déchéance du terme.

2- La sanction anticipée par la déchéance du terme

La négation des droits du débiteur à disposer de ses biens ou à constituer de nouvelles sûretés caractérise les sûretés négatives¹⁴⁴. Engagements accessoires aux sûretés classiques¹⁴⁵, ces sûretés négatives réduisent la liberté d'action du débiteur¹⁴⁶ dans la gestion de son propre patrimoine. Certes, elles ne sont pas expressément prévues sous une dénomination propre dans nos législations africaines. Néanmoins, la violation de ces engagements est particulièrement punissable de déchéance du terme¹⁴⁷. La déchéance du terme éteint les sûretés négatives avant l'échéance en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations. L'exigibilité anticipée de la créance qui en résulte sanctionne l'inexécution de l'engagement de ne pas faire. Pour rappel, l'exigibilité anticipée est une sanction qui consiste à réclamer la créance avant l'arrivée du terme contractuel. Elle consiste à admettre que la violation de l'interdiction de constituer des sûretés ou de disposer du patrimoine du débiteur issue des sûretés négatives pourrait engendrer l'exigibilité immédiate de la créance. Les sûretés négatives ne sont pas de simples promesses de sûretés qui seront sanctionnées par la déchéance. Elles sont des engagements unilatéraux accessoires à ne pas constituer de nouvelles sûretés au profit d'un tiers ou à ne pas disposer des biens du débiteur.

¹⁴² Article 11 du régime général des obligations au Mali.

¹⁴³ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », préc.

¹⁴⁴ CHAPUT (Y.), « Les sûretés négatives », préc.

¹⁴⁵ AYNES (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés*, Defrénois 2008, n° 320.

¹⁴⁶ CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, 10ème Ed., Litec, 2015, p. 488.

¹⁴⁷ Article 1188 du Code civil français.

L'exigibilité immédiate de la créance peut porter sur la totalité d'un prêt bancaire sans délai. La déchéance du terme de l'obligation principale est une des sanctions les plus usitées et révèle toute son importance dans les procédures collectives. Elle peut être accompagnée de sanctions conventionnelles comme la clause résolutoire, la clause pénale ou la clause de défauts croisés. Dans les prêts bancaires, l'exigibilité immédiate est un gage de sécurité contractuelle. L'efficacité de telles sanctions n'est pas absolue en ce qu'elles supposent que le débiteur soit *in bonis* et que le banquier soit informé de la violation. L'intérêt est d'offrir au banquier un motif de résiliation du contrat avant l'échéance normale ou avant la survenance des difficultés financières sérieuses du débiteur. Lorsque la clause de déchéance est stipulée antérieurement à la cessation des paiements, le remboursement doit échapper à la nullité. L'article 68 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) déclare nul tout paiement pour dettes non échues en période suspecte. En cas de liquidation judiciaire des biens du débiteur, le traitement d'un créancier varie selon le rang de sa créance. Le juge se voit reconnaître la possibilité d'imposer à des débiteurs des contraintes qui s'apparentent à celles des sûretés négatives. Il accorde des délais de grâce, conformément aux dispositions de l'article 1244 du Code civil, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier. Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Le dispositif législatif relativement vague laisse une grande latitude au juge saisi d'une demande de délai de grâce¹⁴⁸. Le juge peut offrir au créancier des sûretés, des mesures d'accroissement ou rendre plus liquide le patrimoine du débiteur par le recouvrement de créances ou la réalisation de certains biens. En outre, il peut interdire au débiteur de s'appauvrir en prenant des engagements autres que ceux nécessaires à la vie courante, en accordant des libéralités sur ses biens ou en conférant de nouvelles sûretés à d'autres créanciers. En droit des procédures collectives, le juge a la possibilité de prononcer une inaliénabilité des biens indispensables à la continuation de l'activité. L'idée est de maintenir les actifs nécessaires au redressement de l'entreprise et d'éviter qu'elle ne soit vidée de sa substance après un plan de cession.

¹⁴⁸ ANGÈLE (E.- J.), « Les délais de grâce avec l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant voies d'exécution », Université de Yaoundé II, Faculté des Sciences juridiques et politiques, *Revue Africaine des Sciences juridiques*, vol.1, n°3, 2003, p.150 ; SABINE (H.), « De ces délais de grâce accordés de si bonne grâce par nos juges », OHADATA, D-11-94 ; OWONO (C.-M.), *La suspension des obligations contractuelles*, Université de Nancy II, 1993, p.80, n°82 ; MAIGA (A-I.), *Le déséquilibre contractuel en droit malien : contribution pour une réforme du droit des contrats*, thèse sous la direction du professeur Mayatta N'Diaye M'baye, UCAD, 2017, p. 377.

Les établissements bancaires peuvent invoquer la déchéance du terme, sans qu'une décision judiciaire intervienne grâce aux clauses de voie parée¹⁴⁹ et aux pactes commissaires¹⁵⁰. D'abord, les pactes commissaires admettent la transmission rapide de la propriété du bien donné en garantie par le débiteur au bénéfice du créancier. Le constituant d'une sûreté réelle préférentielle autorise le créancier à s'approprier, par lui-même, le bien grevé en cas d'inexécution de l'obligation principale garantie par la sûreté. Leur application n'est pas aussi large que les créanciers le voudraient en matière immobilière, les résidences principales étant exclues du régime. Ensuite, la clause de voie parée a pour objet de permettre à un créancier, titulaire d'une sûreté réelle (gage, hypothèque), de faire procéder à la vente du bien, support de la garantie. Enfin, les clauses de défauts croisés, « *clauses de cross default* » ou encore clauses de défaut technique sont des dispositions contractuelles stipulant qu'un défaut sur une obligation ou un prêt peut déclencher un défaut technique sur une autre obligation ou un autre prêt. Elles empêchent les emprunteurs d'accorder un traitement prioritaire à des prêteurs ou investisseurs spécifiques au détriment d'autres. Ce sont des sûretés négatives dans le sens où le débiteur s'engage à ne pas faire défaut à un seul de ses créanciers sous peine de déchéance du terme. La clause de défaut croisé s'analyse comme une sûreté négative dans le sens où le débiteur s'engage à ne pas faire défaut à un seul de ses créanciers sous peine de déchéance du terme. La jurisprudence a eu l'occasion de considérer à plusieurs reprises que cette clause est abusive à l'égard des consommateurs. Pour cause, la clause peut conduire à une aggravation des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du prêt. La juge a considéré à maintes reprises que ces clauses sont abusives ou potestatives à l'égard des consommateurs parce qu'elles peuvent conduire à une aggravation des conditions de remboursement et à une modification substantielle de l'économie du prêt¹⁵¹. Par des clauses de défauts croisés, un établissement de crédit se réserve la possibilité de provoquer l'exigibilité anticipée d'un crédit si l'emprunteur ne rembourse pas un autre crédit contracté à son égard ou même, plus largement, ne règle pas une somme due à l'égard d'un tiers quel qu'il soit. Consentir la possibilité d'anticiper l'insolvabilité par l'attribution d'un droit de regard et de veto

¹⁴⁹ Article 104 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ; Voir sur l'interdiction de ces clauses CCJA, 2e ch., arrêt n° 007 du 26 février 2009, aff. BINCI c/ B., Juris OHADA, n° 2/2009, avr.-juin p. 10 ; CCJA, 2e ch., arrêt n°009/2012 du 08 mars 2012 : Aff. Abdoulaye Baby Bouya C/ Banque Islamique du Niger Pour l'investissement (BINCI).

¹⁵⁰ Article 199 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ; C. sup. Congo, com., arrêt n°08/Gcs-2004 du 25 juin 2004 ; YOUEGO (C.), « La réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », Revue de l'ERSUMA, Numéro 3, Septembre 2013, p. 156, n°1.

¹⁵¹ Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.226, 2008, Bull. civ. 2008, I, n° 275.

au créancier est principalement la finalité recherchée dans les sûretés négatives. La déchéance sanctionne l'inobservation, par le débiteur, des obligations découlant des sûretés négatives. Elle est concurrencée par les sanctions de l'inexécution contractuelle relevant du droit commun des obligations.

Comme propos conclusif, l'accès au crédit est la clé de voûte de l'investissement, de la croissance et de l'attractivité économique. Il est au centre d'intérêts contradictoires à cause de sa dangerosité pour les emprunteurs qui s'engagent de manière inconsidérée. Par contre, il est nécessaire pour l'économie. Protéger les créanciers, c'est protéger l'économie de manière abyssale. On peut déplorer l'existence de certaines réalités qui obscurcissent l'attractivité des garanties dans les opérations de prêts bancaires. Les emprunteurs africains ne disposent pas toujours des garanties nécessaires que requièrent les banques et les établissements financiers. Ils n'ont quelquefois que des titres précaires pour garantir le remboursement de leurs dettes¹⁵². Dans ce climat délétère, les sûretés négatives sont des garanties accessoires de plus et non de trop pour renforcer la confiance des créanciers et des obligataires. Ces deux catégories de prêteurs profiteront des engagements personnels du débiteur à leur concéder un droit de veto et de regard. Ces sûretés négatives sont des techniques issues de l'ingéniosité de la pratique bancaire internationale pour stabiliser le patrimoine du débiteur par des clauses d'inaliénabilité sur les biens grevés. Elles ont la particularité d'anticiper l'appauvrissement du débiteur pour éviter de compromettre les chances de remboursement du créancier dans les contrats de prêts bancaires. Leur faible coût et leur discrétion cumulés à leur flexibilité sont indubitablement des atouts à valoriser dans le financement international du crédit pour les entreprises africaines de petites tailles. Ces sûretés négatives peuvent susciter un engouement mesuré à cause de l'omnipotence économique des créanciers dispensateurs de crédit¹⁵³ à s'ingérer dans la gestion patrimoniale du débiteur. En principe, les créanciers peuvent empêcher le débiteur de conclure avec leurs

¹⁵² Loi n° 02-008 du 12 février 2002 portant modification et ratification de l'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code Domanial et Foncier au Mali. Les titres précaires sont d'après le Code domanial et foncier malien, cessibles et peuvent faire l'objet de gage. Ils confèrent un droit d'usage et d'habitation et comportent un droit d'accession à la propriété foncière. L'article 253 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement exige l'immatriculation préalable des immeubles, même ceux faisant l'objet de titres précaires, préalablement à toute saisie puis vente. Au Mali, la réalisation par le créancier bénéficiaire d'un gage sur titre précaire a lieu de manière plus simple que celle proposée dans les actes uniformes sur les sûretés et les voies d'exécution. Dès que sa créance est certaine, liquide et exigible, le créancier muni d'un titre exécutoire (acte notarié ou décision définitive de justice), peut mettre en œuvre la procédure de saisie mobilière en procédant à la saisie et vente aux enchères.

¹⁵³ AYNÈS (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés*, Defrénois 2008, n° 320.

concurrents ou même de contracter un autre prêt pour éviter de l'appauvrir. Cette immixtion du banquier dans la gestion patrimoniale du débiteur résulte plus de l'emprise des banques sur le crédit que de l'inefficacité des sûretés négatives. Malgré les controverses doctrinales sur leur éligibilité à la dignité de véritables sûretés, les sûretés négatives sont des garanties à préserver pour mieux faciliter l'accès au crédit dans un secteur bancaire en pleine mutation. Leur allègement conventionnel¹⁵⁴ augure de belles perspectives dans le financement du crédit et indirectement des économies africaines.



¹⁵⁴ D'abord, une clause d'exclusion de saisie sélective est celle par laquelle un créancier s'engage à ne pas pratiquer d'exécution forcée sur certains biens de son débiteur CHAPUT (Y.), « Les clauses de garantie », in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », Colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990, avant-propos MESTRE (J.), PUAM, 1990, p.126. Ensuite, la renonciation du débiteur cédé au bénéfice de ses exceptions est une sûreté négative. Le débiteur cédé renonce à opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports avec le cédant LICARI (F.-X.), « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions (droit français, droit comparé, droit uniforme) », Rev. Lamy dr. civ. 2004, n° 206. Enfin, la clause de *pari passu* s'apparente aux techniques de subordination des créances VASSEUR (M.), « Les garanties indirectes du banquier », préc.

La personnification des catégories juridiques

The personification of legal categories

Par :

Issa Makan KEITA

Enseignant-chercheur

Faculté de Droit Privé

Université de Bamako

Page | 446

Résumé :

La personnification évolue et demeure incontournable dans la détermination des entités non humaines et la création de catégorie juridique intermédiaire. Son extension n'est pas accessible à toutes ces entités soit à cause de la lenteur des réformes à entreprendre, soit à cause des enjeux liés au risque de déviation dans certain domaine tel que la personnification de la biodiversité. Pour limiter les dérives étiques et sociales d'une personnification accrue susceptibles de se produire, le droit est appelé à mieux s'adapter aux réalités contemporaines tout en maintenant ses objets et caractères initiaux.

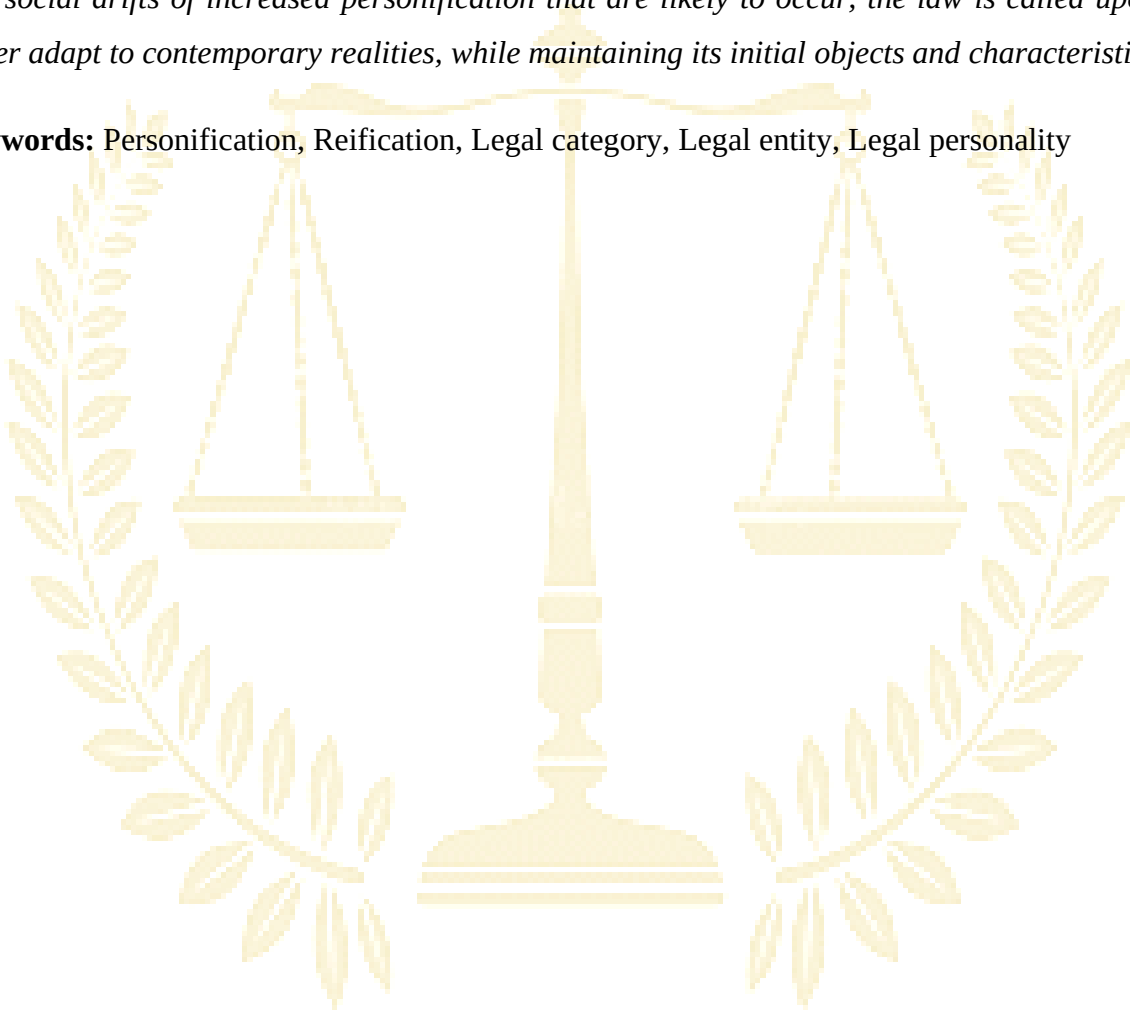
Mots clés: Personnification, Réification, Catégorie juridique, Entité juridiques, Personnalité juridique

Abstract:

Personification is evolving and remains essential in the determination of non-human entities and the creation of new legal categories. Its extension is not accessible to all these entities, either because of the slowness of the reforms to be undertaken, or because of the issues linked to the risk of deviation in certain fields, such as the personification of biodiversity. To limit the ethical and social drifts of increased personification that are likely to occur, the law is called upon to better adapt to contemporary realities, while maintaining its initial objects and characteristics.

Page | 447

Keywords: Personification, Reification, Legal category, Legal entity, Legal personality



Introduction

Le droit recourt à des procédés de personnification pouvant conférer une existence juridique à des entités abstraites ou naturelles et traduisant ainsi sa capacité à construire des catégories juridiques au service de la régulation sociale.

Page | 448

La personnification consiste à élever un être, une chose ou une quelconque autre entité à la dimension de la personne juridique. Une entité personnifiée acquiert la personnalité juridique pour ainsi devenir une personne juridique. Cette personnalité juridique permet d'avoir des droits, des devoirs et être soumis à des obligations¹. Selon les positivistes, elle peut être qualifiée de fiction juridique que l'on attribue aux êtres humains². Son origine remonte à des concepts juridiques anciens où les entités collectives étaient reconnues comme ayant une existence juridique distincte et sa reconnaissance serait « le premier des droits de l'homme »³ car il permet à la personne d'avoir des droits dans le champ social⁴. Seule la personne humaine, par son mode d'existence naturel, peut recevoir les prérogatives juridiques liées à elle comme support⁵. Il apparaît inopportun de revenir sur cette notion de personnification quand bien même elle ne semble contenir aucun mystère, où tout demeure acquis sur le sujet.

Cependant, de l'antiquité romaine à la législation contemporaine, la notion de personnalité juridique a progressé pour refléter les complexités croissantes des relations humaines et des organisations dans la société. Les droits canonique et médiéval reconnaissaient la personnalité morale aux entités religieuses et aux institutions ecclésiastiques⁶, ayant une existence juridique propre. Depuis le Code civil français de 1804, son évolution a permis une reconnaissance plus nuancée et étendue des entités dans le droit moderne. Elle inclut les changements sociaux ayant conduit à une reconsidération des entités pouvant être reconnues comme les « personae » ou personnes physiques⁷. Les « universitas » ou universités, les entreprises, les associations, et les fondations étaient des entités juridiques⁸, permettant aux groupes de personnes d'agir ensemble en

¹ Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024.

² https://fr.wikipedia.org/wiki/Personnalit%C3%A9_juridique, consulté le 7 août 2024.

³ X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », in X. BIOY, PU Toulouse Capitole, 2013, n° 27; v. également Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op.cit.

⁴ Idem.

⁵ P. SÉGUR, « Le mirage de l'identité », coll. Droit et Science politique, 2022, p. 48.

⁶ <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024.

⁷ H.-L.-A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 127.

⁸ <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024.

tant qu'entité unique ou personnes morales⁹. Aujourd'hui, la personnalité juridique est attribuée à la personne morale qui constitue une entité créée par la loi ayant des droits et obligations distincts des individus membres ou propriétaires qui la composent. Elle peut posséder des biens, signer des contrats, être poursuivie en justice, payer des impôts et même faire l'objet de sanctions pénales. La société, par exemple, est traitée par le droit comme un individu, bien qu'elle n'ait pas d'existence physique. Malgré cette capacité à agir comme une personne, les personnes morales ne jouissent pas de tous les droits humains. Par exemple, elles ne peuvent pas avoir d'enfants, se marier ou jouir de la liberté de pensée. Leur responsabilité, bien qu'étendue, est souvent limitée dans des domaines spécifiques. La personnalité juridique d'une entreprise, par exemple, ne permet pas de revendiquer des droits individuels comme la dignité ou la liberté d'expression. En d'autres termes, il s'agit de « personnifier » ou conférer une personnalité juridique à des concepts abstraits qui, à priori, ne sont que des constructions théoriques.

La personnification, en tant que concept juridique, joue un rôle essentiel dans la catégorisation des entités traitées au sein des systèmes juridiques. La personnification des catégories juridiques repose sur un principe fondamental du droit: la capacité d'attribuer à des entités abstraites ou collectives non humaines un statut juridique similaire à celui des personnes physiques¹⁰ notamment des droits, des obligations et une identité juridique constituant ainsi un phénomène majeur du droit contemporain. Le lien entre la théorie et la pratique devient essentiel pour apprécier les répercussions des catégories juridiques personnifiées sur les inégalités sociales et la responsabilité juridique. Il permet aux entités collectives de participer activement à la vie juridique.

Une classification correcte des entités ou des parties impliquées dans un litige (personnes physiques, personnes morales, etc.) est essentielle pour appliquer les règles de procédure et de fond appropriées¹¹. Elle influence la protection juridique (droits et obligations) qui leur est accordée¹² et affecte ainsi la résolution des conflits¹³ et les responsabilités¹⁴. Par exemple, en attribuant une personnalité juridique à une personne morale, le droit peut la traiter comme un

⁹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2016, p. 78.

¹⁰ P. Crocq, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 2018, p. 45.

¹¹ J. G. B. Pichon, *Procédure civile*, Éditions Bruylant, 2019, p. 78.

¹² P. Crocq, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 2018, p. 60.

¹³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 153, op. cit.

¹⁴ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2016, p. 135.

acteur distinct avec des responsabilités et des droits propres¹⁵. Une catégorisation, bien étoffée, des personnes et des biens¹⁶ aide à éviter les ambiguïtés et les incertitudes dans l'application du droit¹⁷. Elle permet de définir avec précision les droits et obligations des parties suivant leur statut juridique¹⁸ tout en déterminant, par la personnification, l'applicabilité des règles juridiques aux différentes entités et situations¹⁹.

Parfois, la personnification peut créer des complications en confondant les rôles et les responsabilités des différentes natures de personnes²⁰, nécessitant une gestion prudente pour éviter les malentendus juridiques²¹. Les personnes morales telles que les associations et même des éléments naturels dans certains systèmes juridiques (par exemple, des rivières ou des forêts) sont ainsi dotées de la capacité de posséder des biens, de conclure des contrats ou encore de poursuivre en justice²² et d'être responsables des actes qu'ils accomplissent. Par exemple, la reconnaissance des droits des animaux ou des biens culturels peut dépendre aussi de la manière dont ils sont juridiquement personnifiés²³.

En effet, un système de catégorisation efficace s'impose et doit être flexible et s'adapter aux nouvelles réalités tout en restant stable pour assurer la sécurité juridique²⁴. Les catégories juridiques doivent, donc, évoluer pour refléter les changements, les transformations sociales, économiques et théoriques dans le domaine juridique comme les nouvelles formes d'entités économiques (start-ups, plateformes numériques), les avancées technologiques, et les préoccupations environnementales²⁵.

La personnification a une incidence directe sur la société. Elle permet non seulement d'organiser l'action collective mais aussi de contribuer à une meilleure compréhension des défis contemporains auxquels fait face le droit dans un monde en constante mutation. Elle met en

¹⁵ P. Crocq, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 2018, p. 52.

¹⁶ Il s'agit de la *summa divisio* entre les personnes et les biens ou les choses.

¹⁷ G. Droit, Les catégories juridiques et leur impact, Dalloz, 2020, p. 45.

¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2016, p. 112.

¹⁹ G. Droit, Les catégories juridiques et leur impact, Dalloz, 2020, p. 15, in <https://cours-de-droit.net/droit-objectif-cours-complet>, consulté le 12 octobre.

²⁰ <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op.cit.

²¹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2016, p. 112.

²² G. Droit, Les personnes morales et leur statut juridique, Dalloz, 2020, p. 102.

²³ A. D. A. Smith, *The Rights of Nature: A Legal Perspective*, Cambridge University Press, 2017, p. 95.

²⁴ L. S. V. Tchouka, *Droit de l'environnement et protection du patrimoine culturel*, Dalloz, 2019, p. 102.

²⁵ M. K. P. D. Théron, *Droit de l'environnement, droits des animaux*, Éditions Larcier, 2020, p. 34 in <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024.

lumière les relations juridiques entre différentes entités²⁶ et permet d'étendre les principes juridiques à des entités autres que les individus physiques qui offrent une flexibilité nécessaire pour répondre aux réalités complexes du monde moderne²⁷.

L'évolution du droit abstrait vers des réalités sociales tangibles et les enjeux économiques, politiques et sociaux est perceptible. Il est nécessaire d'adapter le cadre juridique pour répondre aux défis posés par la personnification en garantissant à la fois la protection des droits individuels et la responsabilité des entités. La compréhension de cette relation entre l'abstraction juridique et sa concrétisation sociale est donc primordiale pour saisir comment le droit évolue, notamment dans le contexte des réformes juridiques, des développements économiques et des implications éthiques²⁸.

Bien qu'elle procure des avantages pouvant faciliter les transactions et protéger les droits, la personnification des animaux²⁹, des biens naturels, des biens technologiques comme l'intelligence artificielle ou des robots soulève des questions complexes sur la portée et la nature des droits attribués³⁰. Il s'agit d'explorer l'influence réelle de leurs personnifications sur la vie des individus, des groupes sociaux et des sociétés dans leur ensemble. Comment concilier cette abstraction juridique avec la réalité sociale et les enjeux contemporains, notamment la responsabilité et la régulation ? À mesure que le droit évolue, il est essentiel de réévaluer le rôle de la personnification pour garantir un équilibre entre innovation juridique et responsabilité.

Il est important, pour nous, de démontrer à travers cette réflexion portant sur l'avenir de la personnification que celle des catégories juridiques, qu'elles concernent les personnes morales classiques ou les nouvelles entités numériques, demeure un outil indispensable de l'organisation juridique. Au regard des défis théoriques et pratiques majeurs qu'elle pose, et la manière dont les catégories juridiques s'adaptent aux transformations sociales et technologiques tout en maintenant une responsabilité réelle et équitable, la personnification sera au cœur des réformes à venir. À

²⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2016, p. 89.

²⁷ P. Crocq, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 2018, p. 30.

²⁸ Cela reflète une évolution vers une reconnaissance juridique plus large des intérêts non humains; voir A. D. A. Smith, *The Rights of Nature: A Legal Perspective*, Cambridge University Press, 2017, p. 92.

²⁹ Dans certains systèmes juridiques, des concepts abstraits comme les droits de l'environnement ou les droits des animaux peuvent être personnifiés pour leur conférer des droits ou des protections juridiques; voir M. K. P. D. Théron, *Droit de l'environnement, droits des animaux*, Éditions Larcier, 2020, p. 45 in <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit.

³⁰ M. K. P. D. Théron, *Droit de l'environnement, droits des animaux*, Éditions Larcier, 2020, p. 89 in <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024.

l'évidence que le droit s'adapte à une société plus décentralisée et numérisée, il devra repenser la manière de concilier souplesse juridique et responsabilité sociale pour répondre aux attentes contemporaines.

Ainsi, nous constatons progressivement³¹ l'avènement d'une personnification innovante et expansionniste par sa remise en cause progressive dans la *summa divisio* entre les personnes et les biens (I) qu'il convient de préserver la nécessité de limiter les risques de déviation des objectifs visés par le respect de l'éthique sociale (II). Ces deux axes nous permettront d'analyser profondément les transformations que peuvent engendrer la personnification des entités non humaines pouvant refléter les réalités sociales contemporaines.

I- UNE PERSONNIFICATION INNOVANTE ET EXPANSIONNISTE

La personnalité juridique est aussi revendiquée pour des entités naturelles³² ou artificielles, qualifiées d'«entités vivantes» comme les fleuves, les montagnes, les monuments, etc. De même, la personnification de la technologie innovante serait beaucoup plus édifiante. Le droit conduit à repenser le pouvoir de l'homme sur son environnement, sur ses inventions technologiques, par la protection de son corps devant être entouré de menaces qui lui sont extérieures³³. L'expansion de la personnification se justifie par une distinction binaire inadaptée (A) et par la création de nouvelles catégorie juridique (B).

A- Par le constat d'une distinction binaire inadaptée aux réalités contemporaines

La *summa divisio* des catégories juridiques rigides ne permettent pas d'analyser de manière efficace toutes les réalités juridiques³⁴. Les entités juridiques comme les animaux, les cadavres, les fœtus, les robots intelligents... ne peuvent être classés si facilement dans l'une ou l'autre des catégories juridiques. Au regard des dispositions bioéthiques, le législateur français n'a jamais qualifié expressément le statut juridique de l'embryon et du fœtus. Toutefois, le droit positif considère que l'embryon et le fœtus sont des « choses » et n'ont pas la personnalité juridique. La

³¹ <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025.

³² La personnalité juridique est attribuée à des entités naturelles comme la Pacha Mama (Terre-mère) en Bolivie, le fleuve Whanganui, le mont Taranaki en Nouvelle-Zélande; voir aussi l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024.

³³ F. Terré, Droit civil-les personnes, LGDJ, 8e éd.P. 43

³⁴ <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025, op. cit.

séparation radicale des entités s'avère inadaptée dans certaines situations par leur nature juridique (1) et par leur régime juridique (2).

1- La nature juridique des entités difficiles à classer dans une catégorie

La *summa divisio* entre la personne, sujet de droit et la chose, objet de droit est aujourd'hui menacée par la combinaison d'un monde marchand où tout a une valeur et d'une société dominée par le progrès scientifique et médical où l'homme devient un objet de laboratoire³⁵. L'impertinence de la *summa divisio* entre les catégories rigides³⁶ peut s'analyser au niveau du fœtus. Bien que qualifiés de « personne humaine potentielle » par le comité consultatif national d'éthique en France, le fœtus (produit de la conception, à partir de la sixième ou huitième semaine de grossesse) et l'embryon (fœtus au stade précoce dans les six à huit premières semaines qui suivent la fécondation de l'ovule) n'ont pas la personnalité juridique et leur statut juridique relève de « chose ».

Le législateur français utilise l'expression « être humain » pour désigner l'embryon et le fœtus³⁷. À défaut d'être qualifiés de « personne » il en fait des choses et cette qualification résiduelle relève de la *summa divisio*. Ainsi, l'enfant à naître ne revêt que la qualité d'« être humain » et non celle de « personne humaine »³⁸. La loi pénale étant d'interprétation stricte, l'infraction d'homicide involontaire ne peut lui être applicable mais plutôt des dispositions spécifiques relatives à l'embryon et le fœtus³⁹. Le droit français refuse de déclarer coupable d'homicide une personne provoquant la mort d'un fœtus au sens de l'article 221-6 du Code pénal français⁴⁰ et confirme, du coup, le caractère réel du fœtus⁴¹.

Plusieurs conditions s'avèrent nécessaires pour acquérir la personnalité juridique dont celles de naître vivant et viable, ce qui n'est pas le cas de l'embryon et du fœtus⁴². La Cour

³⁵ R. BOFFA, Droit civil, LGDJ, édition 2021; Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

³⁶ <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/histoire-et-philosophie-du-droit/dissertation/choses-vivant-685576.html>, consulté le 5 novembre 2024.

³⁷ Voir art. 16 du Code civil français: « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

³⁸ En raison du principe de légalité des délits et des peines Ce caractère découle de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen.

³⁹ Cf. <https://aideauxtd.com/statut-juridique-de-lembrion-et-du-foetus>, consulté le 19 avril 2024.

⁴⁰ Cass. ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85973.

⁴¹ Ici, il convient de comprendre que le mot « réel » vient du latin « res » signifiant « chose ».

⁴² Ces conditions se déduisent des articles 318, 725 et 906 du Code civil.

européenne relative aux questions des droits de l'Homme a, à son tour, confirmé ce raisonnement en précisant qu'une telle solution ne viole pas le droit lié à l'existence et à la jouissance de la vie⁴³.

En revanche, le droit français a introduit la personnification de l'infans conceptus (enfant à naître) selon lequel ce dernier est réputé né chaque fois qu'il est question de son intérêt⁴⁴. Ce principe s'applique lorsque l'enfant, en question, est présumé être conçu au moment de l'évènement⁴⁵, qu'il soit considéré comme né s'il s'agit de son intérêt et qu'il soit né vivant et viable par la suite. On traite alors l'enfant conçu comme s'il était né. Mais cette personnalité n'est pas entière puisqu'il ne peut pas recevoir d'obligations⁴⁶.

Page | 454

En outre, le droit considère l'animal comme une chose au service de l'homme. Il reste régi par le régime des biens, exception faite des textes qui le réglementent, malgré l'octroie de catégorie des biens meubles accordée aux animaux de travail ou de labour⁴⁷. Mais, par une évolution symbolique, il ne s'agit pas toujours d'une chose « inanimée », car la loi lui confère une protection spécifique en tant qu'êtres sensibles⁴⁸. Le droit pénal malien contient une série de dispositions visant à protéger les animaux⁴⁹. Dans ces cas, peut-il concerner tous les animaux?

2- Le régime juridique des entités difficiles à classer dans une catégorie

L'embryon et le fœtus sont dépourvus de personnalité juridique car n'ayant ni droits, ni assujettis à des obligations. Ainsi, les textes portant scrupuleusement sur les « personnes » ne leur concernent nullement⁵⁰. Toutefois, il s'agit de choses bénéficiant d'une protection juridique particulière en raison de leur humanité et du principe de dignité qui leur est applicable. Le régime juridique diffère selon qu'il s'agit d'un embryon in vivo autrement dit in utero (embryon situé à l'intérieur de l'utérus) ou in vitro (œuf fécondé issu d'une femme mais conservé hors de son corps). Le respect de la personne s'impose dès le début de sa existence⁵¹. Le Conseil constitutionnel

⁴³ Droit protégé par l'article 2 relatif de la Convention (CEDH 8 juill. 2004, Vo c/ France, n° 53924/00) in <https://aideauxtd.com/statut-juridique-de-lembrion-et-du-foetus>, consulté le 19 avril 2024, op. cit.

⁴⁴ Voir le Code civil français en ces articles 725 sur la succession et 906 du Code civil sur la donation.

⁴⁵ Il est présumé être conçu dans la période du 300e jour au 180e jours avant la naissance selon l'article 311 du Code civil français.

⁴⁶ Cf. <https://aideauxtd.com/statut-juridique-de-lembrion-et-du-foetus>, consulté le 19 avril 2024, op. cit.

⁴⁷ Cf. <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025, op. cit.

⁴⁸ Selon l'article 515-14 du Code Civil français réformé en 2016, l'animal est un « être vivant doué de sensibilité ».

⁴⁹ Voir Loi n°2012-014/ du 24 février 2012 relative au bien-être animal en république du Mali.

⁵⁰ Cf. <https://aideauxtd.com/statut-juridique-de-lembrion-et-du-foetus>, consulté le 19 avril 2024, op. cit.

⁵¹ Article 16 du Code civil (la loi « garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ») et l'article 1er de la loi Simone VEIL du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse en France.

affirme qu'il ne concerne que l'embryon in utero⁵². Il ne s'agit pas d'une protection absolue de l'embryon in utero mais d'un encadrement des atteintes y afférents selon le Code français de la santé public⁵³.

La mise à terme volontaire de la grossesse est strictement encadrée. Elle n'est possible qu'avant la 12e semaine de grossesse (14e semaine d'aménorrhée). À partir de cette période, une interruption médicale est autorisée quand la continuation de la grossesse s'avère dangereuse pour sa santé⁵⁴. L'instrumentalisation de l'embryon in vitro semble s'opposer à l'affirmation au respect et à la dignité de l'être humain. Il s'agit du désir de concevoir ou non et ce de la recherche médicale, etc⁵⁵. Pour procréer par une assistance médicale, il est nécessaire d'utiliser la fécondation selon la méthode in vitro. Cette procréation est différente de la gestation où une mère porteuse s'engage à donner à autrui, à un couple l'enfant à sa naissance⁵⁶. Elle est ouverte qu'aux seuls couples hétérosexuels et n'est possible que pour remédier à l'infertilité du couple ou éviter la transmission d'une maladie à l'enfant ou à un membre du couple. Les deux membres doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons. Le retrait du consentement de l'un des deux conjoints du couple rend impossible l'implantation de l'embryon. Le décès d'un des parents rend impossible l'implantation de l'embryon. Le consentement post-mortem est prohibé et les gamètes ne peuvent être exportées dans un pays étranger pour contourner la loi française⁵⁷.

En principe les embryons in vitro sont utiles pour procréer. L'embryon est choisi suivant une analyse pré-implantaire pour éviter la transmission de maladie. Souvent, une autre analyse peut désigner un embryon dont les composantes génétiques peuvent guérir un frère, une sœur atteint de maladie⁵⁸. Le clonage reproductif est prohibé et constitue un crime contre l'humanité et ce qu'on qualifie de thérapeutique relève d'un délit⁵⁹.

⁵² Cons. const. Français du 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC.

⁵³ Selon le Code de la Santé Publique français, art. L2211-2 : « Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre ».

⁵⁴ Voir les articles L2213-1 et L2222-2 du Code de la Santé Publique de France in <https://aideauxtd.com/statut-juridique-de-lembrion-et-du-foetus>, consulté le 19 avril 2024, op. cit.

⁵⁵ <https://aideauxtd.com/statut-juridique-de-lembrion-et-du-foetus>, consulté le 19 avril 2024, op. cit.

⁵⁶ En France, la Gestation pour Autrui est prohibée (article 16-7 du C.Civ.) in <https://gpausa.org/interdiction-de-la-gestation-pour-autrui-en-france>, consulté le 27 septembre 2024.

⁵⁷ l'enfant à sa naissance.

⁵⁸ CSP, art. L2131-4-1 « bébé médicament »; art. L21511.

⁵⁹ Cciv., art. 16-4 al. 2.

B- Par la création de nouvelles catégories juridiques

Le droit des technologies, en constante évolution, a longtemps existé et a dû s'ajuster à chaque époque de l'histoire. Jusqu'à l'apparition des technologies de l'information, il n'était pas considéré comme une spécialité à part entière. Mais très récemment, l'accélération des innovations technologiques et la part croissante de leur influence dans notre société ont poussé les juristes à s'y intéresser de plus près. Les nouvelles technologies soulèvent, en effet, de multiples questions juridiques et obligent les juristes à s'adapter en permanence pour ne pas être dépassés. Les personnes comme les biens, seuls acteurs ou catégories en droit, entretiennent un lien d'être et d'avoir⁶⁰. L'ordre juridique privilégie la personne humaine à travers des critères de distinction des catégories rigides (1) qui peuvent conduire aux procédés de mutation et de création de catégorie intermédiaire (2).

Page | 456

1- Les critères de distinction des catégories juridiques

Les critères de personnification ne s'adressent plus qu'aux seuls humains, d'où sa remise en question. Ils sont mobilisés, aujourd'hui, pour élucider et conforter son attribution aux nouvelles entités⁶¹ classiquement non humaine.

La *summa divisio* des catégories juridiques est fondamentale en droit privé⁶². La distinction entre la personnification, sujet de droits et la réification⁶³, objet de droits est essentielle dans le droit moderne. La personnification confère des droits à l'entité par des critères potentiels liés à l'intelligence et à l'autonomie⁶⁴. Il convient de rappeler que des critères portant sur la dignité, la

⁶⁰ R. CABRILLAC, « Le corps humain » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Spécial CRFPA 2020, 29e éd., 2023, PP. 197-210; Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

⁶¹ Comme précédemment sus-évoqué, il s'agit de: l'animal, du robot intelligent et de la nature; voir également, par exemple, la Déclaration de Cambridge du 7 juillet 2012 qui défend l'idée que les animaux possèdent une conscience, tout comme les êtres humains.

⁶² L'on peut trouver une manifestation de cette distinction dans le Code civil français dont le livre premier est consacré aux personnes et le livre II aux biens avec les différentes manières d'acquisition de la propriété; Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024..

⁶³ Par exemple, dans le contexte du droit civil, un animal peut être réifié lorsqu'il est traité uniquement comme un bien matériel, ce qui limite sa protection juridique et ses droits, in <https://shs.cairn.info/les-indispensables-du-droit-des-personnes--9782340019805- page-9?lang=fr>, consulté le 18 avril 2025.

⁶⁴ J.-R. BINET, « Personnalité juridique des robots : une voie à ne pas suivre », *Dr. fam.*, ; RIOT, « La personnalité juridique des animaux liés à un fonds : lever les *a priori* d'aujourd'hui pour construire un droit cohérent demain », in Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit..

capacité d'exercice, la titularité d'un bien, la volonté et la capacité d'exercice avaient déjà été identifié⁶⁵. Inversement, la réification réduit à un statut d'objet dépourvu de droits portant sur l'existence de l'être humain: l'embryon ou le cadavre, par exemple⁶⁶.

La dichotomie entre sujet et objet est particulièrement pertinente dans les discussions contemporaines sur les droits animaliers⁶⁷, la protection de l'environnement⁶⁸ et l'émergence de technologies intelligentes⁶⁹. À l'image de ces critères qui suscitent et alimentent le débat autour de la personnification, celle du statut de l'animal a refait surface⁷⁰. De manière classique, le Code civil français a longtemps relevé les animaux au rang des choses, conformément aux circonstances de bien meuble ou immeuble⁷¹. Cependant, le Code pénal distinguait les animaux des autres biens en leur prévoyant des infractions spécifiques.

De nos jours, s'il n'est pas humain, l'animal reste un être vivant bénéficiant d'une protection particulière. Cette logique se concilie mal à travers cette distinction « personnes-choses », puisqu'il apparaît comme seul choix d'élever l'animal à la mesure de l'être humain. Elle est éminemment contestée en niant le fait qu'il est en vie pour le reléguer au statut d'objet⁷². Étant des êtres vivants, l'homme et l'animal sont aussi doués de sensibilité⁷³. Également, Le robot intelligent se conçoit comme « une machine autonome, capable de prendre une décision ne

⁶⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La notion de personne : tentative de synthèse », D. 2017, p. 2046.

⁶⁶ Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

⁶⁷ F. BURGAT, « La personne, une catégorie juridique souple propre à accueillir les animaux », « Ne pas être une chose et avoir, dans le même temps, le statut d'une chose », in Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit., voir aussi <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit.

⁶⁸ S. PESSINA, « Droit des animaux et droit des autres entités naturelles : l'intérêt d'une approche complexe et systémique », op. cit., p. 137 s, in Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

⁶⁹ A. BENSOUSSAN, « La personne robot », PUIGMAL, « Le droit des robots », cités dans l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

⁷⁰ <https://shs.cairn.info/les-indispensables-du-droit-des-personnes--9782340019805- page-9?lang=fr>, consulté le 18 avril 2025.

⁷¹ Voir par exemple les articles 522 et 524 du Code civil français, en son livre II.

⁷² <https://shs.cairn.info/les-indispensables-du-droit-des-personnes--9782340019805- page-9?lang=fr>, consulté le 18 avril 2025.

⁷³ G. LARDEUX, « Humanité, personnalité, animalité », Voir aussi arts 515- 14 du Code civil en France et l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

résultant pas d'elle-même de systèmes autonomes »⁷⁴, susceptible d'avoir une certaine expérience personnelle, intégrer et disposer de son environnement. Il a un consentement⁷⁵, une vie⁷⁶ et est donc plus qu'une chose. Ainsi, l'homme doit désormais évoluer avec ces entités en leur dotant de droits...

2- L'existence de catégorie juridique intermédiaire

Les interactions entre personnification et catégorisation peuvent influencer la création de nouvelles catégories juridiques. Au delà de la mutation entre les deux catégories juridiques, comme déjà évoqué, on peut fondamentalement identifier une catégorie juridique intermédiaire. Étymologiquement, la personnification signifie l'attribution de la qualité humaine à d'autres entités non humaines. Elle soulève des questions importantes, enrichit notre compréhension et notre interaction avec les autres êtres vivants et les objets qui nous entourent en humanisant certaines entités. En tant que technique, la personnification serait la conséquence d'une décision de politique juridique⁷⁷. En droit, la personne découle d'une notion abstraite par un « contenant qui se prête à toutes sortes de contenus »⁷⁸.

Cependant, « personnifier » est inappropriée dans le langage juridique car il n'y a aucune autre personne en dehors de l'être humain. Pourtant, l'histoire enseigne le contraire. Les êtres humains n'ont pas toujours été des personnes juridiques. L'esclave, personne humaine physique par nature, avait la même valeur marchande qu'un bien ou une chose. Par l'abolition de l'esclavage, il fut personnifié en 1848. La personnification fut évoquée autour des groupes de société, des institutions civilistes comme l'indivision, la famille et internationaliste qui restent dépourvues de toute personnalité juridique⁷⁹. Suivant le même sens, la personnalité juridique est

⁷⁴ Voir l'appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature : sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998/3, p. 98.

⁷⁹ C. ALBIGÈS, « Indivision – Généralités », *Rép. dr. immo.*, « L'évolution du droit de l'indivision », *Droit et ville*, n° 77, 2014/1; G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts – Prolégomènes pour une recherche », RTD; voir aussi appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

aujourd'hui dévolue à la personne morale bien qu'elle ait été discutée par la doctrine⁸⁰. Pourtant, cette entité a pu accéder au statut de personne juridique.

La mutation, tant évoquée, s'apparente à la personnification. Elle s'inspire du droit des personnes morales et des personnes protégées ou de l'enfant conçu selon notre système juridique. À l'absence des critères d'attribution déjà énumérés, ces personnes y accèdent néanmoins. Par exemple, elles ont soit la capacité de jouissance, soit celle d'exercice. Cette attribution s'est limitée aux seuls objectifs d'organisation et de protection, ce qui rend difficile à leur imaginer exercer leurs droits. L'on parle de personnalité *sui generis*, donc imparfaite, qui remet en cause l'ordre et la structure des catégories rigides.

Seules la personnification et la réification ne marquent pas le déclin d'une tradition civiliste qui a survécu à plusieurs révolutions, mais elles contribuent au moins à brouiller la dialectique des droits relatifs aux biens, et, plus généralement, à ébranler les catégories propres au droit civil⁸¹. Sous cet angle, les mutations scientifiques et technologiques forcent un rééquilibrage des composantes, collective et individuelle qui sous-tendent le droit privé, à travers le prisme du concept de dignité de la personne⁸².

L'option pour une logique de personnification conduit à une personnalité « technique » permettant de circonscrire les intérêts de l'animal autour de ce qui pourrait ressembler à une notion de personne non humaine. L'animal et le robot passeraient, ainsi, du statut de la simple chose les entités naturelles et technologiques passeraient au statut de personne originale. Il est possible d'aménager une nouvelle catégorie juridique intermédiaire à mi-parcours entre les sujets et les objets de droit, appelée « centre d'intérêts »⁸³. L'opportunité de revoir entre les biens meubles et les biens immeubles est à évoquer. Le critère physique serait inadéquat et de nouveaux critères complémentaires, comme la nature des biens, devraient être pris en compte: d'où une distinction entre le bien vivant et le bien inerte⁸⁴.

Le débat contemporain sur les droits des entités naturelles, rend nécessaire une réflexion approfondie sur l'équilibre entre droits et responsabilités dans notre système juridique. De par la

⁸⁰ Supra. 4e paragraphe de l'introduction.

⁸¹ <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit.

⁸² <https://shs.cairn.info/revue-informations-sociales-2010-1-page-18?lang=fr>, consulté le 3 mars 2025.

⁸³ Gérard FARJAT, «Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts (prolégomènes pour une recherche)», RTD civ. 2002, p. 221, voir également, <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025.

⁸⁴J. LEROY., « La personnalité animale », D. 2020, p. 28

nature, la différence entre les entités humaines et non humaines se révèle très minime. Ainsi, la personnification des entités naturelles ne présente aucun autre obstacle hormis les barrières de nature politique ou culturelles qu'il convient de limiter les risques qui pourraient en découler .

II- UNE PERSONNIFICATION A LIMITER

Page | 460

La personnification juridique doit définir les entités pouvant être concernées et restreindre les droits qui leur sont accordés et les obligations auxquelles elles sont soumises⁸⁵. Son extension aux structures flexibles et innovantes soulève des questions éthiques et sociales majeures⁸⁶. L'avancée technologique et scientifique brouille progressivement les frontières entre les catégories juridiques fondamentales et résiduelles à la faveur de la sensibilité de certaines couches sociales désireuses de protéger leurs idéaux⁸⁷. Pour éviter ses conséquences néfastes dans la société, il est indispensable de limiter la personnification dans son objet (A) et tout au moins dans sa portée (B).

A- Dans son objet

Il s'agit de définir les entités qui peuvent être considérées comme des personnes juridiques tout en limitant, par exemple, la personnification aux personnes morales, aux structures flexibles et innovantes par une exclusion des entités non formelles ou temporaires . Les concepts abstraits, éléments de la personnification, restent indispensables dans un environnement en constante évolution. L'adaptation de la personnification aux structures flexibles et innovantes (nouvelles entités personnifiées) semble, effectivement, incontournable. Elle vise principalement à garantir la finalité assignée à la règle de droit (1). Cependant, son évolution conduira à une plus grande attention aux droits individuels et à la régulation de nouvelles sphères sociales et économiques (2).

1- Le maintien de la finalité initiale du droit

Le droit objectif a pour finalité d'assurer l'ordre social, de protéger les droits et libertés des individus et de promouvoir la justice. Il établit un cadre de référence pour la conduite des personnes et des institutions⁸⁸. La fonction du droit est de redoubler le lien social dans ses procédures et institutions techniques propres. Ses objectifs initiaux permettent d'inscrire ce redoublement sous

⁸⁵ <https://shs.cairn.info/revue-informations-sociales-2010-1-page-18?lang=fr>, consulté le 3 mars 2025.

⁸⁶ Voir l'émergence de nouvelles formes de personnes morales numériques, comme les DAO (Decentralized Autonomous Organizations). Ce sont des organisations gouvernées par des algorithmes sans direction humaine. Elles fonctionnent sur des blockchains et prennent des décisions autonomes en fonction de règles programmées.

⁸⁷ Cela pourrait se traduire par des lois visant à protéger les droits de la nature ou des droits des animaux d'une manière plus systématique.

⁸⁸ <https://shs.cairn.info/revue-informations-sociales-2010-1-page-18?lang=fr>, consulté le 3 mars 2025.

l'égide du tiers et peuvent varier en fonction des contextes historiques, géographiques et philosophiques. L'on peut identifier plusieurs objectifs fondamentaux qui sont à la base du droit dans une société : protéger les individus et leurs droits, réguler les comportements sociaux et économiques, garantir la justice, établir un cadre normatif pour la régulation des conflits, encadrer l'exercice du pouvoir.

Les défis liés aux difficultés de reconnaissance juridique, les risques de déviation des objectifs, la complexité accrue et l'impact sur la flexibilité et l'innovation nécessitent une attention particulière pour garantir que la personnification continue à servir les objectifs du droit de manière efficace et équitable. Avec cette personnification à outrance, la mission d'assurer à la fois la légitimité et l'utilité de la règle de droit demeure. Son originalité est ainsi marquée par l'ancrage du droit dans la société. La règle de droit découle de la volonté du peuple⁸⁹. La légitimité, ici, recherchée doit concilier l'efficacité de l'action publique avec les déviations que la personnification peut engendrer⁹⁰. L'expansion technologique suscite de nombreuses incertitudes dans la protection de l'action publique⁹¹. Ces bouleversements imposent, désormais du législateur, d'avoir une vision soutenue de l'avenir de notre société⁹².

Pour la preuve de son utilité, le droit passe par certaines exigences: être simple, précise, intelligible, économe⁹³. Il doit toujours apporter la sécurité dans la prévention et le traitement des différends.

Au delà de l'optique de protection, notamment ceux qui sont économiquement et socialement dépendants et de l'expression des valeurs essentielles auxquelles notre société est liée, la règle de droit doit laisser vivre les initiatives sans devoir inhiber les projets. Insusceptible d'être indifférent aux risques, le droit ne doit pas non plus, dans le cadre des mutations actuelles, constituer le siège de l'immobilisme et du conservatisme.

La règle de droit contribue à définir les comportements des acteurs émergents⁹⁴. Le droit doit affiner les effets de seuil et éviter la disparités entre les structures et leurs finalités et prendre

⁸⁹ Voir Discours du 28 septembre 2017 in <https://conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-regle-de-droit-pour- quelle-finalité>, consulté le 10 avril 2024.

⁹⁰ Intervention de J.-M. SAUVÉ, op. cit.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem..

⁹⁴ <https://conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-regle-de-droit-pour- quelle-finalité>, consulté le 10 avril 2024, op. cit..

appui, éventuellement, sur des mécanismes de droit flexible⁹⁵. Il doit être en constant éveil⁹⁶. La personnification dans les catégories juridiques contribue éminemment à la réalisation du bien commun qui va loin au-delà de la garantie des droits fondamentaux. En permettant une meilleure gestion des relations contractuelles et en adaptant le droit aux évolutions sociétales, la personnification contribue à une application plus précise et efficace des règles juridiques.

Cependant, la personnification peut parfois mener à une déviation des objectifs initiaux du droit, en concentrant les efforts sur la gestion juridique des entités plutôt que sur les finalités sociétales plus larges. Il s'agit, par exemple, de la personnification des biens culturels qui pourrait se concentrer davantage sur les aspects juridiques de la propriété plutôt que sur leur préservation et leur valorisation culturelle.

2- La régulation de nouvelles sphères sociales et économiques

Aujourd'hui, la règle de droit permet d'observer et de réguler notre univers tant agité⁹⁷. Elle doit donc inspirer, guider et protéger les personnes, les biens et les groupes sociaux. La personnification permet d'adapter les régulations aux besoins spécifiques des entités. Les nouvelles formes d'activités économiques et sociales nécessitent des ajustements juridiques rapides. La personnification permet de créer des structures juridiques flexibles qui peuvent évoluer en fonction des innovations et des tendances émergentes⁹⁸.

Le droit contient des dispositions de régulation qui précisent le cadre juridique des structures innovantes et flexibles. Au-delà du droit, des mécanismes d'application de la règle juridique en cas de non-conformité peuvent exister en temps que voie de passage redoutée. L'appréhension du droit dans sa « réalité pratique » institue l'analyse des mécanismes de sanction. Celle-ci peut générer un cadre de société aux multiples pratiques⁹⁹. L'inflation législative et l'adaptation des normes préexistantes se révèlent pour influencer les dispositions contractuelles,

⁹⁵ Étude annuelle 2017 du Conseil d'Etat intitulée « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation ».

⁹⁶ F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016, p. 10.

⁹⁷ Voir discours de M. SAUVÉ in [https://conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-regle-de-droit-pour- quelle-finalite](https://conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-regle-de-droit-pour-quelle-finalite), consulté le 10 avril 2024.

⁹⁸ Le Crowdfunding ou la personnification des plateformes de financement participatif a conduit à la création de régulations spécifiques pour encadrer ces nouvelles formes de levée de fonds, adaptées aux besoins des investisseurs et des porteurs de projets in <https://shs.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2018-1-page-137?lang=fr>, consulté le 20 février 2025.

⁹⁹ G. BOISMENU et J.-J. GLEIZAL (dir.), *Les mécanismes de régulation sociale : la justice, l'administration, la police*. Montréal, Lyon, Boréal-Presses universitaires de Lyon, 1988, p. 107, in <https://www.erudit.org/fr/livres/hors-collection/partie-i-role-de-letat-et-sa-transformation/000176li.pdf>

au-delà des règles d'ordre public¹⁰⁰. La régulation de ces catégories aux enjeux multiples passe par la voie classique de production de norme et de sanction. Les différentes démarches régulatrices passent par la légitimation des règles applicables¹⁰¹.

Les nouveaux secteurs économiques, comme le numérique et les biotechnologies, génèrent des conflits juridiques nouveaux que la personnification permet d'adresser avec des cadres juridiques adaptés¹⁰². La personnification des éléments naturels et des biens culturels facilite la gestion des conflits émergents liés à leur protection. Par exemple, des litiges concernant la préservation d'un site historique ou d'une espèce menacée peuvent être traités avec une législation spécifique.

Les régulations doivent évoluer pour suivre les changements liés à la personnification, mais ces évolutions peuvent être lentes et entraîner des périodes d'incertitude ou de vacuité juridique¹⁰³. Les nouvelles technologies, telles que l'intelligence artificielle (IA) et l'Internet des objets posent de nouveaux défis en matière de régulation. Les législateurs s'attèlent à adapter le cadre juridique aux réalités sociétales. Les dispositions de protection des consommateurs imposent les obligations de fournir des informations, de respecter une procédure d'achat en ligne et de respecter un droit de rétractation de 15 jours en cas de vente en ligne et à distance¹⁰⁴. Les technologies numériques transforment aussi les règles et la pratique du droit. Le droit s'adapte, mais parfois de manière insuffisante¹⁰⁵. L'Union Européenne a déjà réfléchi à une législation spécifique sur les Intelligences Artificielles. En 2017, un rapport du Parlement européen a proposé la personnification des Intelligences Artificielles autonomes afin de s'assurer que l'objectif visé est conforme aux droits de l'homme et à l'éthique¹⁰⁶.

L'avènement d'Internet, de la technologie numérique suscite de nombreuses questions, particulièrement dans le domaine des droits d'auteur. Ayant des attributs de la personnalité, le

¹⁰⁰ <https://www.erudit.org/fr/livres/hors-collection/partie-i-role-de-letat-et-sa-transformation/000176li.pdf>, consulté le 8 avril 2024.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² La personnification des créations intellectuelles, comme les brevets et les droits d'auteur, permet de résoudre les conflits de protection des innovations et des œuvres créatives dans un cadre juridique adapté, in <https://shs.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2018-1-page-137?lang=fr>, consulté le 20 février 2025.

¹⁰³ Il s'agit surtout des petites organisations ou des nouvelles entités devant se conformer à diverses obligations administratives et comptables, ce qui peut être un défi pour les petites associations avec des ressources limitées.

¹⁰⁴ Directive européenne 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits.

¹⁰⁵ Cf. <https://legalpme.be/droit-nouvelles-technologies>, consulté le 2 juillet 2023..

¹⁰⁶ Cf. <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025, voir aussi <https://legalpme.be/droit-nouvelles-technologies>, consulté le 2 juillet 2023, op. cit.

robot aussi bien que l'homme peut-être employé et engager sa responsabilité en cas d'atteinte à l'homme ou à l'animal et avoir un droit d'auteur pour ses créations¹⁰⁷. L'adaptation du droit d'auteur traditionnel aux nouveaux environnements numériques ne semble pas être facile. Au Canada, la loi relative au droit d'auteur n'a toujours pas été modifiée par le législateur afin de l'appliquer aux nouveaux environnements numériques, contrairement aux États-Unis ou en Europe¹⁰⁸. Cette approche pourrait conduire à créer des « personnes juridiques numériques » où des Intelligences Artificielles auraient la capacité de signer des contrats, seraient responsables de leurs actions ou même sujettes à des amendes ou des pénalités¹⁰⁹.

B- Dans sa portée

Des prérogatives peuvent être attribués à des entités¹¹⁰. Il s'agit, par exemple, de restreindre la capacité des personnes juridiques à ester en justice ou à posséder des biens, en les limitant à des domaines spécifiques ou en imposant des conditions particulières¹¹¹. La personnification permet de donner vie à des idées ou des technologies facilitant, ainsi, la compréhension et l'acceptation des changements par les individus. Par cette technique et à l'image de la personne morale¹¹², il est possible d'en faire bénéficier l'animal, le robot intelligent et la nature,¹¹³ de la reconnaissance du droit des responsabilités (1) avec la protection juridique spéciale (2).

1- La responsabilité des entités innovantes et personnifiées

L'évolution de la personnification soulève de nombreuses questions juridiques, éthiques et sociales sur les droits de la responsabilité et des obligations des entités non humaines¹¹⁴. La

¹⁰⁷ Cf. Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit..

¹⁰⁸ Pour autant, l'intégration de l'IA dans nos sociétés présente des risques que le droit doit minimiser, in <https://cours-de-droit.net/droit-objectif-cours-complet>, consulté le 12 octobre; notamment en matière de droit de l'Homme. Le Conseil européen a publié de nombreux travaux soulevant ces problématiques et travaille actuellement sur une convention traitant des droits de l'Homme et de l'intelligence artificielle. En outre, les deux projets de loi sur l'intelligence artificielle AI Act et AI Liability Act sont des initiatives permettant de mitiger les risques liés à son utilisation, in <https://shs.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2018-1-page-137?lang=fr>, consulté le 20 février 2025.

¹⁰⁹ Cf. <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit.

¹¹⁰ Cf. <https://cours-de-droit.net/droit-objectif-cours-complet>, consulté le 12 octobre.

¹¹¹ Cf. <https://shs.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2018-1-page-137?lang=fr>, consulté le 20 février 2025.

¹¹² Cf. https://fr.wikipedia.org/wiki/Personnalité_juridique, consulté le 7 août 2024, op. cit.

¹¹³ A. MARAIS, Droit des personnes, Dalloz, coll. Cours, 4e éd., 2021, n°4, p. 5; voir Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹¹⁴ Cf. <https://shs.cairn.info/revue-informations-sociales-2010-1-page-18?lang=fr>, consulté le 3 mars 2025.

régulation technologique pourrait profondément transformer le droit¹¹⁵ et de gestion des nouvelles relations entre l'humain, la machine et l'environnement. Malgré cette capacité à agir comme une personne, les entités non humaines ne jouissent pas tous des droits humains. Elles ne peuvent pas avoir d'enfants, se marier ou jouir de la liberté de pensée, par exemple. Leur responsabilité, bien qu'étendue, est souvent limitée dans des domaines spécifiques à l'image de la personne morale qui ne permet pas de revendiquer des droits individuels comme la dignité ou la liberté d'expression¹¹⁶.

La personnification peut mener à des incohérences dans la jurisprudence, surtout lorsqu'il s'agit d'interpréter les responsabilités et les obligations des entités personnifiées. Elle permet de distinguer les parties responsables au conflit par une application plus efficace des règles et des lois dans les procédures judiciaires et la résolution des différends. Les tribunaux peuvent adopter des approches différentes selon les cas, ce qui peut créer une incertitude juridique. En droit, la reconnaissance des biens culturels ou des écosystèmes peut varier d'une juridiction à l'autre, créant des incohérences dans l'application des droits à travers différentes zones géographiques¹¹⁷. Les nouvelles formes d'entités ou les concepts innovants, comme les droits des animaux ou les entités naturelles, peuvent poser des défis en matière de classification juridique. La personnification de ces entités peut mener à des ambiguïtés sur leur statut juridique et les réglementations qui leur sont applicables. Les droits des animaux ne sont pas uniformément reconnus dans toutes les juridictions, ce qui peut créer des incohérences dans l'application des lois et des protections offertes aux animaux.

La personnification des entités naturelles n'occulte nullement l'identification des titulaires de droits et la désignation des responsables de leur conservation et de leur protection¹¹⁸. Elle simplifie la gestion des droits relatifs à la propriété et des obligations environnementales¹¹⁹. Par la personnification d'une rivière, des recours peuvent être formulés pour protéger ses intérêts contre des pollueurs, simplifiant ainsi la gestion des litiges environnementaux¹²⁰. Les responsabilités et les obligations liées à des contrats peuvent être directement attribuées aux entités personnifiées

¹¹⁵ <https://legalpme.be/droit-nouvelles-technologies>, consulté le 2 juillet 2023, op. cit.

¹¹⁶ Cf. <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025.

¹¹⁷ Cf. <https://www.fopenitentiaire.fr/la-reconnaissance-juridique-de-la-nature-les-droits-des-animaux-et-des-ecosystemes>, consulté le 12 janvier 2025.

¹¹⁸ <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/histoire-et-philosophie-du-droit/dissertation/choses-vivant-685576.html>, consulté le 5 novembre 2024.

¹¹⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0118_FR.html, consulté le 19 mars 2025..

¹²⁰ <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit.

pour une gestion efficace des relations contractuelles et les recours en cas de non-respect selon les opinions des débats tenus à cet effet¹²¹.

Cependant, les robots non personnifiés, objet de droit peuvent évoluer sous la seule responsabilité civile.

2- La protection juridique spéciale

La protection juridique spéciale permet d'explorer en profondeur la nécessité d'adapter la personnification aux réalités des structures flexibles et innovantes, tout en offrant des réflexions critiques. La personnification au-delà des entités humaines et des personnes morales classiques¹²² pourrait transformer le droit en particulier dans des domaines de l'intelligence artificielle, la responsabilité des machines, de la gouvernance numérique, de l'écosystème... Si elle reste largement liée aux personnes morales traditionnelles aujourd'hui, l'avenir pourrait voir l'extension à outrance de ce principe aux technologies progressivement autonomes, comme les intelligences artificielles, les robots, et même des écosystèmes ou des entités naturelles¹²³.

La doctrine oppose les partisans de la personnification de l'animal¹²⁴, du robot¹²⁵, de la nature¹²⁶ qui ont prévu les limites d'une telle personnalité¹²⁷ aux adversaires de cette tendance de personnification¹²⁸ qui évoquent l'inutilité de la démarche tout en optant pour la protection de l'animal, être vivant et sensible¹²⁹ et les enjeux liés à la biodiversité personnifiée. Certains sont

¹²¹ Voir Issa Makan KEITA, Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Droit malien à la lumière du droit comparé, Thèse publiée chez Harmattan Paris, octobre 2017, PP. 430, une IA peut prendre une décision incorrecte ou dangereuse, d'où la désignation d'un responsable entre le fabricant, le créateur de l'algorithme ou l'IA elle-même; v. aussi <https://shs.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2018-1-page-137?lang=fr>, consulté le 20 février 2025.

¹²² Supra. Introduction

¹²³ <https://aideauxtd.com/summa-divisio-personnes-biens>, consulté le 17 décembre 2025, op. cit.

¹²⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », BURGAT, J. LEROY, « La personnalité animale », D. 2020, p. 28; voir aussi Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹²⁵ A. BENSOUSSAN, « La personne robot », loc. cit.; « Le droit des robots », loc. voir Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹²⁶ J. BETAÏLE, « Des droits pour la nature, un nouveau mirage juridique », voir appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit..

¹²⁷ Voir par exemple la Déclaration de Toulon du 29 mars 2019 militant pour la personnalité juridique de l'animal.

¹²⁸ F. CHÉNÉDÉ, « La personnification de l'animal : un débat inutile », AJ Famille; MENDOZA-CAMINADE, « Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ? », D. 2016, p. 445.

¹²⁹ Cf. Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

dans l'entre-deux avec une opinion peu identique à la tendance défavorable à la grande vague de personnification¹³⁰. Ces partisans souhaitent substituer les nouvelles personnes par des choses plus spéciales¹³¹ en référence aux notions de « centres d'intérêts », de la « famille », du « groupe de sociétés » ou de l' « embryon » qui constitueraient une catégorie intermédiaire¹³². La tendance favorable à la personnification de l'animal part du postulat selon lequel l'homme s'est bien accordé autant de valeur et de considération sur notre planète pour pouvoir les dominer. L'homme élève l'animal, s'en sert pour se nourrir et se distraire. Ces usages peuvent conduire à des dérives de maltraitance sur cet être sensible. La personnification s'avère nécessaire et le droit s'y adapte comme toujours mais a encore du retard à combler¹³³.

Parfois, la personnification peut créer un cadre juridique rigide qui ne s'adapte pas aux nouvelles réalités ou aux innovations. Le droit et le monde juridique sont souvent perçus comme archaïques, inadaptés, voire en retard par rapport à l'évolution de la société. De nombreuses opinions considèrent que dans l'évolution de la société, le droit et les nouvelles technologies sont incompatibles. Et pourtant, le droit doit intégrer les nouvelles technologies, prendre en considération leur impact dans la société et, par conséquent, s'adapter. La combinaison du droit et des nouvelles technologies est loin d'être un mythe. Au contraire, c'est une réalité en pleine expansion qui façonne l'évolution de la société de manière significative.

Les structures juridiques établies deviennent obsolètes face à des évolutions rapides. Les réformes nécessaires pour adapter les structures juridiques personnifiées aux nouvelles situations peuvent être lentes, limitant la capacité du droit à réagir efficacement aux défis contemporains. La détermination des mesures coercitives et les mécanismes d'exécution pour réparer les dommages causés à un écosystème personnifié ou à un bien culturel s'avère très complexe.

L'homme et l'animal doivent vivre en société suivant la protection tant révélée de ce dernier par le droit positif. Outre l'adaptation aux nouvelles technologies, le droit mériterait de soutenir les réalités contemporaines. Les robots et la nature méritent ainsi protection au même titre que l'animal bien qu'il pourrait y avoir de différence dans la rigueur qui s'impose. L'insuffisance

¹³⁰ Cf. Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹³¹ R. LIBCHABER, « La souffrance et les droits – À propos d'un statut de l'animal », LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.

¹³² Cf. Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹³³ Cf. <https://legalpme.be/droit-nouvelles-technologies>, consulté le 2 juillet 2023, op. cit.

d'une simple protection physique de l'environnement débouche sur les droits de la nature¹³⁴. Comme les personnes morales, les entités naturelles sont une réalité qu'il conviendrait d'intégrer dans l'organisation de notre société. La personnification des entités naturelles permettent d'élargir le cadre de protection juridique pour mieux répondre aux préoccupations contemporaines¹³⁵. La personnification des sites culturels en tant qu'entités protégées signifie que les autorités ont des obligations spécifiques de conservation, et que des sanctions peuvent être appliquées en cas de non-respect. Par exemple, un site classé peut bénéficier de protections spécifiques contre la destruction ou la détérioration.

L'on prône toujours la personnification de certaines entités non humaines de droits adaptés à leurs natures sans pour autant les promouvoir à la dimension de l'homme¹³⁶. Ainsi, le droit moderne est appelé à repenser ces catégories millénaires à travers leurs reconnaissances par le juge¹³⁷. Cette personnification ne constituerait pas à minorer les droits humains mais contribuerait au contraire à les renforcer dans son application¹³⁸.

Le Code civil français reconnaît déjà le préjudice écologique et la suggestion de ce de l'animal¹³⁹ semble emprunter la voie de la personnification. Cette reconnaissance encadre, au mieux, l'activité humaine par l'accomplissement des devoirs¹⁴⁰. Elle a pour avantage de prétendre

¹³⁴ J. BETAÏLLE, « Des droits pour la nature... », in Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit..

¹³⁵ Par exemple, la reconnaissance des droits accordés aux rivières ou aux forêts permet de répondre aux préoccupations croissantes liées au changement climatique et à la conservation de la biodiversité; de même, la personnification des biens culturels et historiques aide à adapter la législation à la nécessité croissante de préserver le patrimoine culturel face à la globalisation et aux menaces de dégradation; in <https://shs.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2018-1-page-137?lang=fr>, consulté le 20 février 2025.

¹³⁶ Des experts en droit et en philosophie du droit proposent une extension de la personnification juridique à d'autres formes d'entités ou de concepts, comme les écosystèmes naturels ou les animaux. L'idée est de reconnaître que ces entités ou concepts, bien que non humains, méritent une protection juridique spéciale leur permettant d'agir ou d'être défendus en tant que personnes à part entière. Voir S. NADAUD, <http://journals.openedition.org/rdr/>, consulté le 24 février 2025; https://fr.wikipedia.org/wiki/Personnalit%C3%A9_juridique, consulté le 7 août 2024, voir également <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit..

¹³⁷ Exemple: En 2008, la Nouvelle-Zélande a personnifié la rivière Whanganui, reconnaissant ainsi son droit à l'intégrité et à la protection, tout comme une personne humaine.

¹³⁸ S. NADAUD in <https://journals.openedition.org/rdr/1708>, consulté le 15 mai 2024, op. cit

¹³⁹ T. GOUJON-BETHAN, H. KASSOUL, « Pour un aggiornamento de la responsabilité civile : vers la reconnaissance d'un préjudice animal pur », RSDA 2022/2, pp. 527-582; in Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹⁴⁰ G. LARDEUX, *loc. cit.* ; J.-R. BINET, *loc. cit.*, A.-M., SOHM-BOURGEOIS, « La personnification... » *loc. cit.*; F. CHÉNÉDÉ, « La personnification de l'animal... », *loc. cit.*, 2012, p. 72.

satisfaire tous sans bouleversements juridiques majeurs, en minimisant les risques liés aux tensions propres à la culture et aux faits de société.

Le droit pourrait évoluer vers une personnalisation plus nuancée et adaptée aux autres entités collectives avec leurs spécificités et le maintien de leurs responsabilités. Aujourd'hui, le débat juridique porte inévitablement sur les conséquences de la personnification relatives à la capacité juridique et aux droits conférés à la personne humaine¹⁴¹. Une nouvelle perspective juridique découlerait véritablement des nouvelles personnes dans la sphère de préservation de l'ordre public. Par référence au modèle absolu de l'être humain¹⁴², cette personnalité juridique serait-elle toujours incomplète à l'image de la personne morale? ou se limiterait-elle aux droits de la procédure? Peuvent-ils être pénalement et civilement victimes ou responsables?

¹⁴¹ Cf. Appel à communication du Colloque, Perpignan, 15 novembre 2024 sur La-personnification: perspectives-juridiques, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/appels/53541>, consulté le 27 mars 2024, op. cit.

¹⁴² Ibidem.

La rupture des pourparlers en droit sénégalais à la lumière du droit français

Breaking off precontractual negotiations under Senegalese law in light of French law

Par:

Richard Alemdjrodo

Page | 470

Maître-Assistant à la Faculté de droit de

l'Université de Lomé

Résumé :

Les pourparlers ne sont pas expressément encadrés par le droit sénégalais. Néanmoins, le Code des obligations civiles et commerciales s'étant largement inspiré du Code civil français d'avant les indépendances, le juge dans son interprétation des obligations précontractuelles reste influencé par les grands principes jurisprudentiels français que sont l'observation de la bonne foi dans les négociations et dans la rupture des négociations. Cependant, le droit sénégalais pourrait également choisir une voie plus originale dans une réforme de son code des obligations civiles et commerciales ou, en attendant, le juge pourrait montrer la voie en adaptant la véritable institution que sont les pourparlers par rapport aux préjudices indemnifiables. Cet article passe en revue les possibilités pour le droit sénégalais d'adapter les grands principes entourant l'organisation de la période précontractuelle.

Mots-clés : Pourparlers ; principe de bonne foi ; Principe de loyauté ; Intérêt négatif ; Intérêt positif ; préjudice réparable.

Abstract:

Precontractual negotiations are not expressly regulated by Senegalese law. However, since the Code of Civil and Commercial Obligations was largely inspired by the pre-independence French Civil Code, the judge in his interpretation of precontractual obligations remains influenced by the major French jurisprudential principles of observing good faith in negotiations and in the termination of negotiations. However, Senegalese law could also choose a more original path in reforming its Code of Civil and Commercial Obligations or, in the meantime, the judge could lead the way by adapting the actual institution of negotiations in relation to compensable damages. This article reviews the possibilities for Senegalese law to adapt the major principles surrounding the organization of the precontractual period.

Keywords: precontractual negotiation; principle of good faith; Principle of loyalty; Negative interest; Positive interest; reparable damage.

Introduction

« La phase préparatoire au contrat, que celui-ci soit conclu ou au contraire abandonné, n'échappe pas à l'emprise du droit »¹, cette citation résume assez bien l'opinion généralement admise par la doctrine que la recherche de l'équilibre contractuel dans la phase préalable à la formation du contrat passe par la sanction de la rupture abusive des pourparlers². Dans la recherche de cet équilibre, le juge français a étendu le principe de la bonne foi dans la phase précontractuelle afin d'assurer la justice contractuelle³. Cette solution fut reprise par le juge sénégalais⁴. En France, l'ordonnance de 2016 a ensuite codifié et systématisé cette solution dans le cadre des négociations précontractuelles en laissant quelques libertés au juge⁵. Il est donc intéressant d'analyser l'impact qu'aura cette évolution⁶ sur le juge sénégalais⁷, lui-même susceptible de faire évoluer les concepts hérités du droit français⁸.

François TERRÉ définit la négociation précontractuelle comme « la période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure »⁹. Pour Wakhab NDIAYE, les pourparlers renvoient à une période de négociation pour la conclusion du contrat final¹⁰. L'article 42 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) ne fait pas expressément mention de la bonne foi, mais

¹ M. VANJWICK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Annales de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège* 19, 1980.

² H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 4.

³ M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 816.

⁴ M. DIATTA, *Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais*, Thèse de doctorat. Université de Perpignan, 2022, p. 158. Le Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal a fêté ses 50 ans en 2018. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1967 après l'adoption par l'Assemblée nationale de la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 (partie relative à la partie générale) et de la loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 (deuxième partie relative aux contrats spéciaux).

⁵ M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *Dalloz*, 2016, p. 494.

⁶ Sur le concept de la diffusion de l'expérience juridique occidentale en Afrique, v. S. THIAM, *Introduction historique au droit en Afrique*, L'Harmattan, 2011, p. 113 et s.

⁷ Cette comparaison est d'autant plus intéressante que l'application effective des normes juridiques pose problème. Sur la problématique de la différence entre textes officiels et pratique sociale au Sénégal, v. M. COULIBALY, « Le droit et ses pratiques au Sénégal », in C. KUYU (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Éditions Connaissances et savoirs, 2005, p. 265-272.

⁸ A. SALL, *Singularités juridiques africaines*, L'Harmattan Sénégal, 2023.

⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMPLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2005, coll. « précis », n°184, p. 185.

¹⁰ C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais des contrats immobiliers*, L'Harmattan, 2^{ème} édition, 2020, p. 90.

déclare que « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »¹¹. Cependant, même si les limites posées par loi sénégalaise ne font pas allusion à un devoir de bonne foi, le juge peut interpréter cette liberté contractuelle en accord avec le devoir de bonne foi des parties¹². L'article 1112 du code civil français ne définit pas expressément les pourparlers, mais précise que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». À travers la notion de bonne foi, le législateur français rappelle le principe de liberté contractuelle au sein des négociations contractuelles.

Quant à la bonne foi elle-même, elle fait partie de ces notions relatives¹³ « qu'il serait impossible d'appréhender intégralement par le procédé de la définition précise et rigide »¹⁴. C'est un principe morale devenu obligation juridique¹⁵, d'où la difficulté de son appréhension par le droit. Il est bon de suivre la recommandation de RIPERT, suivant laquelle « Il ne s'agit pas d'expliquer le droit par la philosophie mais de voir ce qu'il peut y avoir de philosophie dans le droit ».¹⁶ Il est plus facile de saisir le contraire de la bonne foi, c'est-à-dire la mauvaise foi définie comme une intention malveillante, une volonté délibérée de nuire ou de tromper son prochain¹⁷. Le devoir de bonne foi indique que les négociations précontractuelles peuvent être longues et coûteuses et leurs ruptures abusives peuvent entraîner des conséquences économiques pour l'une des parties, certainement la plus faible dans la négociation. La rupture abusive des pourparlers remet en cause l'équilibre contractuelle, c'est-à-dire les postulats de la liberté et de l'égalité sur lesquelles la théorie générale du contrat a été conçue¹⁸. Confrontation entre la règle de droit qui se veut objective et l'inévitable subjectivité des rapports contractuels, le droit des contrats contemporain a trouvé dans l'équilibre contractuel le moyen de protéger la partie faible, et par-

¹¹ Article 42 du Nouveau code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

¹² M. DIATTA, *op. cit.*

¹³ M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, Droit. Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011.

¹⁴ « Notions floues et droit pénal », in Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 7-8.

¹⁵ Sur la distinction entre le droit et les règles de morales, v. J. DJOGBENOU, *Le droit, les droits. Nouvelles perspectives théoriques du droit*, Éditions du CREDIJ, 2024, p. 85 et s.

¹⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1936, p. 1.

¹⁷ S. GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », *Revue générale de droit*, Volume 24, numéro 3, septembre 1993, 369-395.

¹⁸ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les Cahiers de droit*, 53(3), 2012, pp. 577-622.

delà, de promouvoir une certaine vision de l'économie et des échanges commerciaux¹⁹. Cependant, la notion déroute par l'imprécision de sa définition opérationnelle²⁰. Raison pour laquelle il est proposé de lier sa reconnaissance à la préservation de l'utilité du contenu de l'acte dans ses dimensions statique et dynamique²¹, ou de décrire l'objectivisation des critères d'identification du déséquilibre contractuel et celle des remèdes qui lui sont réservés²².

Cette phase précontractuelle, dans laquelle les parties se rencontrent et, en particulier, négocient des contrats, était à peine, voire pas du tout, régie par les grandes codifications de droit civil nationales des 19^{ème} et début du 20^{ème} siècles. La conception libérale du contrat implique que les parties disposent d'une liberté presque illimitée pour prendre en compte un engagement contractuel et faire progresser la préparation du contrat presque sans restriction pour leurs propres intérêts, de le rompre ou de le conclure réellement²³. Un lien avec l'autre partie ne naît que par la conclusion du contrat. C'est la loi allemande qui, la première, a adopté une nouvelle approche, développée par Rudolf von JHERING dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle : la doctrine de la *culpa in contrahendo*²⁴ ou *Verschulden bei Vertragsschluss*²⁵. Avant cette théorie, seules quelques dispositions isolées prévoyaient une responsabilité pour violation d'obligations précontractuelles,

¹⁹ F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 2018.

²⁰ Y. AUGER, « L'équilibre contractuel dans le code civil », 2017, article disponible en ligne : https://www.village-justice.com/articles/IMG/pdf_2017-12-01_1_equilibre_contractuel_da_ns_le_code_civil_par_ya_in_vj.com.pdf [consulté le 12 juillet 2018].

²¹ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, coll. biblio. dr. privé, tome 366, 2002. Pour l'auteure, cette notion désigne d'un point de vue statique la composition harmonieuse du contenu du contrat et d'un point de vue dynamique sa position de relative stabilité. Elle la définit ensuite par la pluralité de critères que sont la réciprocité, la commutativité, l'équivalence et la proportionnalité. Voir également des auteurs qui privilégient le contenu de l'acte (cités par Yvan AUGER, note n° 10) : V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, PU Aix Marseille, coll. IDA, 2000. S. Le GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, coll. biblio. dr. privé, tome 335, 2000. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, coll. biblio. dr. privé, tome 432, 2005. Plus nuancé, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, coll. biblio. dr. privé, tome 337, 2000. L'égalité contractuelle relèverait plutôt du consentement à l'acte : voir D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, coll. biblio. dr. privé, tome 320, 1999.

²² F. JACOMINO, op. cit.. L'auteur mène sa démonstration à travers le droit commun des contrats et celui des pratiques restrictives de concurrence, afin d'éclairer les implications du contrôle par l'équilibre contractuel sur l'une et l'autre des matières.

²³ V. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, tome 2, PUF, 2017, p. 2118 et s.

²⁴ R. v. JHERING, « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen », in C. F. GERBER, R. v. JHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, 1861; D. MEDICUS, « Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo », in D. MEDICUS, H. SEILER, *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, 1976, S. 169 ff.; E. PICKER, « Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen ‚zwischen‘ Vertrag und Delikt », in AcP 1983, 371 ff.; HKK/Harke, § 311 II, III.

²⁵ La Culpa in Contrahendo (abréviation c.i.c.), qui signifie en latin « faute dans la conclusion d'un contrat », est une institution juridique centrale du droit allemand des obligations. Il s'agit de la responsabilité pour les dommages résultant de violations coupables d'obligations antérieures à la conclusion d'un contrat.

et ce pour des situations spécifiques²⁶. Cependant, en se référant à ces normes isolées, la jurisprudence allemande a reconnu une responsabilité de grande ampleur pour violation présumée d'obligations précontractuelles peu après l'adoption du Code civil français, conformément aux enseignements de *culpa in contrahendo*²⁷.

La *culpa in contrahendo*, n'est pas conçu comme une panacée aux problèmes connus de nombreuses juridictions, problèmes résultant de conduites irresponsables ou illégales dans les négociations de contrat²⁸. Il se voulait une réponse à un problème spécifique du code civil allemand, celui de la conception inadéquate de la protection prévue par le droit de la responsabilité délictuelle au § 831 BGB²⁹. Dans la mesure où des dommages surviennent lors de la préparation du contrat, la reconnaissance de la responsabilité précontractuelle de *culpa in contrahendo* devrait compenser les faiblesses du droit de la responsabilité délictuelle³⁰. Cette théorie a pris en compte le principe de la punctuation³¹, l'échange des consentements par étape successives, qui renforce les négociations d'avant-contrat. La réforme française a fait sienne le principe allemand de la punctuation, en consacrant des dispositions aux négociations précontractuelles³². La disposition consacrée aux pourparlers, l'article 1112 alinéa 1³³, est, selon MEKKI, le symbole de l'équilibre qui règne au sein du droit des contrats³⁴. Elle n'est que la consécration de la jurisprudence qui établit un principe de libre rupture des pourparlers et un devoir de négocier de bonne foi et de ne pas rompre brutalement les pourparlers³⁵.

²⁶ Voir § 179 BGB pour le représentant sans pouvoir de représentation, en plus des §§ 307 aF, 309 aF, 523 al. 1, 524 al. 1, 600, 694 BGB.

²⁷ FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, Das Rechtsgeschäft, 3e éd., Berlin, Heidelberg et New York, Springer-Verlag, 1979.

²⁸ Comme la résiliation de contrat prévue mais initialement dissimulée ou la divulgation de secrets commerciaux.

²⁹ R. SCHULZE, « Vertragsverhandlungen – eine kurze Einführung », in F. BIEN, J.-S. BORGHETTI, *Die Reformen des französischen Vertragsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

³⁰ Ibid.

³¹ ENNECCERUS, L. et NIPPERDEY, H.C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, 15e éd., Tübingen, Mohr, 1960.

³² Voir les articles 1112, 1112-1 et 1112-2 du code civil.

³³ Art. 1112 al. 1 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »

³⁴ M. MEKKI, « La formation du contrat et la réforme du droit des obligations : entre vices et vertus », <https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/formation-du-contrat-S%C3%A9oul.pdf> [consulté le 20 sept. 2020].

³⁵ Cass. com., 26 novembre 2003, Société Alain Manoukian c. Thierry Wajsfisz, D. 2004, Jur. p. 869, note S. Dupré-Dalle : « Les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels dans le cadre d'une cession d'actions ne sont pas les causes du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. »

La question qui se pose est de savoir comment le droit sénégalais appréhende la rupture des pourparlers, en l'absence d'une consécration législative des principes traditionnels du droit français.

Cette étude permet d'analyser la principalement la notion de bonne foi, par rapport à la sanction de la rupture abusive qui fait l'intérêt du mécanisme allemand de la *culpa in contrahendo*. En droit français, tout comme en droit allemand, en cas de rupture des pourparlers, la demande en dommages-intérêts est limitée à l'intérêt négatif³⁶. Ce principe issu du droit allemand considère qu'en vertu de la responsabilité précontractuelle, la victime de la *culpa in contrahendo* pourra obtenir une réparation équivalant, non à l'avantage qu'elle aurait pu retirer du contrat s'il avait été valablement conclu et exécuté (intérêt positif), mais uniquement aux pertes subies et occasions manquées du fait de la conclusion d'un contrat nul (intérêt négatif)³⁷. La distinction entre ces deux types d'intérêts se retrouve déjà chez von IHERING qui définit le premier comme l'intérêt à l'exécution du contrat et le second comme l'intérêt à sa non-conclusion³⁸. Le droit sénégalais, très proche du droit français dans ses solutions de fond³⁹, a repris cette jurisprudence⁴⁰. Seul l'intérêt négatif est indemnisé, mais si nécessaire, le dommage résultant de la perte de la possibilité de conclure le contrat avec un tiers est remplacé⁴¹. L'Ordonnance de 2016 a consacré la solution de l'arrêt *Manoukian*⁴², soit le refus d'indemniser la perte de chance de contracter en cas de rupture

³⁶ *Ibid.* Définition de l'intérêt négatif : le partenaire victime ne pourra pas obtenir de dommages et intérêts ayant « pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu (intérêts positifs), il ne pourra obtenir réparation que des seuls intérêts négatifs rétablissant la victime dans l'état où elle serait s'il n'y avait pas eu ces négociations (dépenses, frais, atteinte à l'honneur, à la réputation...), conformément à la jurisprudence initiée par l'arrêt *Manoukian*.

³⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 229, p. 177.

³⁸ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2014, p. 800.

³⁹ J.-P. TOSI, « Le droit des obligations au Sénégal », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 34 N°2, Avril-juin 1982, p. 487. Selon THIOYE, on assiste tout de même à une tropicalisation du droit privé français des obligations par le droit sénégalais, tant du point de vue panoramique que du point de vue spécifique : v. M. THIOYE, *Le COCC, un code civil français sous les tropiques*, in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 607.

⁴⁰ M. DIATTA, *Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais*, Droit. Université de Perpignan, 2022, p. 186.

⁴¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome Ier, o.c., n° 342, p. 529 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 369, p. 328. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2014, note n° 3392 : « On notera qu'en droit allemand, la partie qui attaque un contrat annulable pour cause d'absence de volonté de s'engager (§ 118 du BGB), d'erreur (§ 119) ou de communication erronée de sa volonté (§ 120), est tenue, en règle, d'indemniser son cocontractant pour l'atteinte portée à la confiance légitime de celui-ci (§ 122), c'est-à-dire de réparer son intérêt négatif (...), et ce, alors même qu'elle n'aurait commis aucune faute ».

⁴² Civ. 3 e , 28 juin 2006, n° 04-20.040, D. 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani, M.M et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 770, obs. P. Jourdain : dans cet arrêt, les juges ont refusé l'indemnisation au titre de la perte d'une chance de conclure un contrat en considérant que la perte

fautive des pourparlers. Ainsi, pour faire valoir une demande en dommages-intérêts, la partie qui invoque la rupture abusive doit déclarer qu'elle aurait pu conclure un contrat avec une autre partie et que ce contrat n'a pas été conclu à la suite des négociations en cours et ne peut plus avoir lieu. Dans ce cas, la théorie de la perte d'une chance permet de tenir compte du degré de probabilité de réalisation du dommage.

Cette étude présente des intérêts théoriques et pratiques. Sur le plan théorique, l'étude des règles entourant les pourparlers permet d'analyser la réception et l'adaptation par le droit sénégalais de l'exigence du principe de bonne foi dans les négociations. De plus, la question de l'intérêt négatif peut être encore débattue par le droit sénégalais en ce qui a trait au préjudice réparable. En effet, pour les parties à un procès portant sur rupture abusive de pourparlers, il est important de connaître les préjudices indemnisables ainsi que son évaluation⁴³. Sur le plan pratique, l'étude du droit sénégalais permet de mettre en exergue l'originalité ou non des principes juridiques et jurisprudentielle d'une codification endogène⁴⁴ contrairement à d'autres pays africains qui ont choisi de conserver le code civil français dans sa version d'avant les indépendances⁴⁵.

L'étude de la rupture des pourparlers en droit sénégalais, avec le droit français en contrepoint, se fait autour de deux axes principaux. Dans une première partie, il est constaté une fidélité aux principes du droit français dans la mise en place des contours juridiques et jurisprudentiels de la liberté de rompre les pourparlers, c'est-à-dire une réception de l'institution (I). Dans une seconde partie, il sera question de liberté du juge sénégalais d'adapter l'institution, notamment par rapport à la détermination des préjudices réparables (II).

des gains escomptés n'est pas une conséquence des « conditions de la rupture qui seules sont fautives » mais simplement une conséquence de la rupture des pourparlers, qui ne constitue pas une faute en elle-même.

⁴³ M. HEERS, « L'indemnisation de la perte d'une chance », *Gazette du Palais*, 2000, n° 7, p. 87.

⁴⁴ Dans cette logique on peut citer le Code civil de la Guinée Conakry de 1983, le Code des activités économiques de Guinée Conakry de 1992 et la Loi malienne du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations, le nouveau Code civil de la République de Guinée de 2019. Voir à ce propos, J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », p. 4-5, disponible sur : <https://www.fondation-droitcontinental.org> [consulté le 12 juin 2022] ; A. AYEWOUDAN, « L'harmonisation du droit des obligations dans les pays membres de l'OHADA : une arlésienne », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de PHILIPPE DELEBECQUE*, Dalloz, 2024, p. 81-98.

⁴⁵ À l'instar du Togo qui continue d'utiliser le code civil français dans sa version de 1956.

I- LA RECEPTION DE L'INSTITUTION

Le reproche est fait aux rédacteurs du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal de n'avoir pas fait preuve d'originalité, puisque ce code est directement emprunté au code civil français⁴⁶. En matière de pourparlers, le mimétisme est parfait, puisqu'à l'instar du code civil de 1804, le COCC n'a accordé aucune place aux pourparlers. Dans les deux systèmes juridiques, contracter était par conséquent caractérisé par le principe de l'autonomie de la volonté⁴⁷. Le corollaire du principe de l'autonomie est la liberté de négocier dans la phase précontractuelle, la liberté de ne pas conclure et même la liberté de rompre. Ce principe est issu de la théorie individualiste⁴⁸ des lumières du 18^{ème} siècle et se manifeste sur le fond par la liberté contractuelle et sur la forme par le principe du consensualisme⁴⁹. Aujourd'hui, l'exercice de la liberté de rompre les négociations est doublement encadré⁵⁰ et passe par le respect de la bonne foi aussi bien pendant la négociation (A) qu'au moment de la rupture des négociations (B).

Page | 478

A- L'exigence de la bonne foi dans les négociations

Le siège de cette exigence se trouve dans l'article 1104 du Code civil français⁵¹. L'extension de la bonne foi à la négociation annonce le rôle central de cette notion qui apparaît désormais comme une directive à part entière du droit des contrats⁵². Ce qui n'était pas le cas auparavant, alors que la jurisprudence allemande a fait de la notion voisine du droit allemand, *Treu*

⁴⁶ Y. SAMB, La genèse du COCC : entre legs colonial et réalités locales, », in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 521.

⁴⁷ La théorie de l'autonomie de la volonté proclame la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat. À ce propos, v. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 33, n° 22. Cette théorie fait écho à son pendant allemand, *das Prinzip der Privatautonomie*. Selon le principe allemand les parties peuvent elles-mêmes façonner leurs relations juridiques dans le cadre de l'ordre juridique. V. P. GAUCH, « Vertrag und Parteiwille », in *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations*, Freiburg 1982, p. 343 et s.

⁴⁸ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, Paris, 2014, p. 59, n° 76 : « [...] l'homme étant un être libre, il ne peut être soumis à des obligations autres que celles qu'il a voulues ; libre de s'engager sans contrainte, il ne l'est que dans la mesure où il l'a voulu ».

⁴⁹ Le consentement des parties suffit pour les lier, sans le besoin de respecter une certaine forme, selon la règle *solus consensus obligat*.

⁵⁰ Dans la réforme de 2016.

⁵¹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

⁵² V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2022, p. 143 : « Alors qu'auparavant, elle apparaissait comme un simple tempérament à la force obligatoire du contrat, elle se présente désormais comme une directive à part entière du droit des contrat ».

*und Glauben*⁵³, une des bases de la révision des contrats pour imprévision⁵⁴. Les individus ne possédant pas le même pouvoir de négociation⁵⁵, le législateur français est venu réaffirmer la balance des forces en équilibre dans les négociations de deux manières : en consacrant dans les pourparlers le principe du solidarisme⁵⁶ (1) et celui des obligations d'information (2).

1- La fidélité au principe du solidarisme précontractuel

En s'inspirant du code civil français, le législateur sénégalais a exclu l'esprit solidariste des règles fondamentalement négro-africaines en matière d'obligation⁵⁷. Il a plutôt embrassé l'individualisme renfermé dans les règles d'inspiration romano-germanique⁵⁸. Il existe pourtant un solidarisme dans le droit européen qui part du principe que les négociations doivent être menées de bonne foi⁵⁹. Il ne faut juste pas prendre en compte la conception idéaliste de DEMOGUE⁶⁰. Le solidarisme de ce dernier est proche de la conception lockéenne de l'homme sauvage⁶¹, idée qui trouve son cadre dans le contrat social. Les critiques ont ironisé sur la vision de Demogue en s'étonnant qu'à une époque où le mariage s'était peut-être transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer le contrat en mariage⁶². Les mêmes critiques ont souligné avec justesse le besoin de toujours prendre en compte l'individualisme et ses corollaires et de concevoir le droit des contrats en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût⁶³. Selon

⁵³ Selon le Code civil allemand (BGB), en son § 242 dédié à l'Exécution de bonne foi, le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations d'une manière raisonnable et équitable, compte tenu des pratiques commerciales.

⁵⁴ J. Carbonnier, *Droit civil t. 2 – Les biens, Les obligations*, PUF, 1955, 1956, p. 2119. V. également PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Collection Droit des affaires, 1993.

⁵⁵ B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 36 : « De tout temps, le plus fort a su dicter sa loi et on est forcé de constater qu'il en sera toujours ainsi si aucune limite n'est posée pour l'exercice de ses droits ».

⁵⁶ Pour un développement plus approfondi, v. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Collection Anthologie du droit, 2013.

⁵⁷ F. R. BILONG NKOI, La place des règles juridiques fondamentalement africaines en matière d'obligation dans les systèmes juridiques d'Afrique subsaharienne, in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 1, 2018, p. 91 et s.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Sur le solidarisme contractuel, v. F. M. SAWADOGO, D. KABRE, *Théorie générale des obligations*, Édition 2020, p. 21 et s.

⁶⁰ Conception du contrat développé par Demogue, selon qui le contrat serait non le résultat d'une tension entre des intérêts antagonistes mais « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (par les contractants), absolument comme la société civile ou commerciale. » : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, n° 3.

⁶¹ Contrairement à Thomas Hobbes, John Locke considère que l'homme sauvage est un être rationnel, capable de comprendre et de suivre la loi naturelle, qui lui impose de ne pas nuire à autrui et de respecter la vie, la liberté et la propriété.

⁶² J. CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, n° 113 ; rapp. Ph. MALAURIE, D. 1997, 217.

⁶³ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 253.

SÉRIAUX, la référence à la bonne foi commanderait « *d'aimer son cocontractant comme un frère* »⁶⁴, mais au lieu de la fraternité souhaitée, il est plus réaliste de demander aux négociateurs de faire preuve de loyauté⁶⁵, voire de coopération⁶⁶.

Au Sénégal, même si certains auteurs adhèrent à l'interprétation de la bonne foi en loyauté⁶⁷, cette notion n'est pas directement liée à la phase précontractuelle dans la loi. Elle apparaît uniquement dans l'article 103 du COCC, article relatif à l'interprétation du contrat. Pour Geneviève SARR, qui constate que la bonne foi est peu utilisée par le juge sénégalais, cet article sert surtout de moyen au juge pour interpréter le contrat ou une clause obscure⁶⁸. Ainsi, en matière de possession, un arrêt de la cour suprême, rendu en date du 05 mars 2016⁶⁹, affirme que le possesseur est celui qui possède, comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Sur ce fondement, la cour avait décidé que lorsque des constructions ont été faites par un tiers, avec l'accord du propriétaire du fonds, ce dernier doit rembourser la valeur de ces constructions, peu important la bonne ou la mauvaise foi du tiers, s'il décide de conserver les ouvrages, cette option pouvant s'induire des circonstances de la cause⁷⁰. Deux autres arrêts viennent confirmer la tendance du juge à exiger la preuve de la mauvaise foi de l'assuré au moment de la conclusion du contrat. Dans le premier cas, le juge de cassation considère que l'acquisition de bonne foi n'est pas suffisante pour justifier l'acquisition d'un terrain immatriculé par acte sous seing privé, alors que l'acte de vente est antérieur à l'immatriculation au registre foncier⁷¹. Dans le second cas qui porte sur la conclusion d'un contrat d'assurance, la cour d'appel de Dakar, en se

⁶⁴ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, n° 55 in fine ; rapp. Ph. Le Tourneau, *Encycl. Dalloz droit civil*, V. Bonne foi, n° 44.

⁶⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 609.

⁶⁶ La coopération est plus au niveau de l'exécution du contrat, mais une partie de la doctrine l'étend également à la phase de la formation du contrat. V. T. REVET, « L'éthique des contrats en droit interne », in *L'éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, in *Actes de colloque organisé les 4 et 5 juillet 1996*, PUAM, Aix-en-Provence, 1997, p. 218.

⁶⁷ I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 1, 2018, p. 31 : « La liberté contractuelle ne doit pas, ou plus, se résumer à vouloir ou ne pas vouloir s'engager; elle doit être accouplée avec la pleine conscience de devoir agir ou s'abstenir, mais en se comportant en toute loyauté ».

⁶⁸ G. B. SARR, La période précontractuelle : entre liberté et contraintes, in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 579.

⁶⁹ Cour suprême, ch. civ. et com., 02 mars 2016, in C. A. W. NDIAYE, *La jurisprudence sénégalaise en matière immobilière*, L'Harmattan, 2020, p. 97-105.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Cité par G. B. SARR, op. cit., p. 580 : Ch. Civ. Et com., 5 janvier 1994, n° 31, *Talla Mbengue c/ Moustapha Ndiaye*, Bul. Arrêts de la Cour de cassation, ch. Civ. Et com., n° 1, août 1995, p. 35.

fondant sur l'existence de fausses déclarations, considère que la mauvaise foi n'est pas établie⁷². Il n'y a donc pas eu une utilisation directe de la bonne foi

L'article 1104 du Code civil n'apporte aucun élément nouveau quant à la portée de la bonne foi malgré le caractère polysémique de la notion.⁷³ *Terminus a quo* de l'équilibre objectif entre les parties en pourparlers, Henri CAPITANT ne voyait dans la bonne foi contractuelle qu'une simple obligation loyale et honnête du contrat⁷⁴. La complexité de la notion de bonne foi est renforcée par la liberté qui caractérise les parties entrant en pourparlers. Cependant, l'ancrage des négociations précontractuelles dans la loi donne un contenu au rôle procédural⁷⁵ de la bonne foi, son rôle substantiel restant évasive puisqu'aucun contrat n'a encore vu le jour. Dans cette optique procédurale, elle est une norme de comportement qui impose la loyauté aux parties engagées dans des négociations, tout comme elle le fait pour des contractants tout au long du processus contractuel⁷⁶. La bonne foi procédurale⁷⁷ protège la confiance du cocontractant et joue un rôle correctif⁷⁸. La doctrine s'entend aujourd'hui sur le fait que l'exigence de la bonne foi précontractuelle signifie un devoir de loyauté dans la négociation⁷⁹. Le vocable loyauté vient donc concurrencer la bonne foi et a été retenu dans un arrêt rendu par la cour de cassation le 14 juin 2000⁸⁰.

Le juge français s'appuie sur la notion de loyauté pour déterminer l'existence de la bonne foi⁸¹ dans les pourparlers. Le devoir de loyauté est donc susceptible de se manifester tout au long des pourparlers. Du stade de l'initiative jusqu'à la rupture, en passant par la conduite des négociations, il constitue actuellement une limite à la liberté des négociateurs qui, toutefois,

⁷² Cité par G. B. SARR, *op. cit.*, p. 580 : CA Dakar, ch. Civ. Et com., 8 juin 1995, n° 546, *Issa Faye et El Hadji Modou Wade c/ La SONAM*, inédit.

⁷³ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*

⁷⁴ D. DEROUSSIN, La pensée juridique de Henri Capitant, www.academia.edu/35862446/La_pense_e_juridique_de_H_Capitant_Pdf [consulté le 30 mars 2025].

⁷⁵ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats: essai d'analyse à la lumière du droit Anglais et du droit européen*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2012.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Elle constitue en réalité une entorse à la liberté contractuelle et une remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté. V. F. M. SAWADO, D. KABRE, *Théorie générale des obligations*, Édition 2020, p. 18 et s.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ La loyauté traverse tout le droit des contrats, de la formation à l'exécution. De la bonne foi dérivent également le devoir de coopération que l'on peut retrouver dans certains contrats (contrats d'intérêt commun ou contrat-coopération). V. V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, 98-17.494, (inédit) : « La cour d'appel a pu déduire qu'ils avaient ainsi manqué à la loyauté qui doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période précontractuelle, et commis une faute. »

⁸¹ Sur la détermination de la mauvaise dans la phase précontractuelle, v. Com. 26 oct. 1993, n° 91-16.593, Fontaine et SCI du Mûrier, inédit. – Com. 22 avr. 1997, n° 94-18.953, RTD civ. 1997. 651, obs. Mestre. – Com. 7 avr. 1998, n° 95-20.361; JCP E 1999. 579, note Schmidt-Szalewski.

demeure « le principe dans le domaine des relations précontractuelles »⁸². Quant au droit sénégalais, la cour suprême rappelle dans un arrêt du 4 décembre 2002 qu'il existe un devoir de loyauté pendant les négociations comme lors de la conclusion du contrat⁸³. Ce faisant, le juge de cassation sénégalais ne fait que suivre la jurisprudence française.

2- L'obligation d'information comme une garantie de transparence

La législation sénégalaise ne prévoit pas expressément l'obligation d'information et de confidentialité dans les pourparlers. Toutefois, comme le souligne DIATTA, la cour suprême a toujours manifesté son désir d'encadrer les négociations précontractuelles en obligeant les partenaires contractuels à observer un devoir de bonne foi dès l'entrée en négociation, pendant le déroulement des négociations et lors de la rupture de celles-ci⁸⁴. En outre, le principe de la protection du consentement est consacré par le législateur à l'article 47 du COCC. Même si ce consentement est protégé par les vices du contrat, l'engagement de la partie dépendra fortement des informations qu'elle a reçues⁸⁵. Rien ne s'oppose donc à ce que le juge utilise ces articles pour constater l'absence de partage d'information dans les pourparlers.

L'obligation d'information n'est cependant pas étrangère au droit sénégalais. Tout comme en droit français, il est contenu dans le droit de la consommation. Ainsi, la loi n°94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique⁸⁶ a institué une obligation d'information commerciale qui consiste à adopter une attitude loyale vis-à-vis des consommateurs, notamment en leur communiquant correctement les conditions de vente et les prix pratiqués. La nouvelle loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur va plus loin. En effet, l'attitude loyale et la simple communication correcte des conditions de vente ne suffisent plus. Le professionnel est obligé de « *mettre le consommateur en mesure de connaître, de façon claire et compréhensible, les caractéristiques essentielles du bien vendu ou du service*

⁸² Riom, 10 juin 1992, RJDA 1992, n° 895 ; RTD civ. 1993. 343, obs. Mestre.

⁸³ Cité par T. BALDÉ, « Le contrat et les émeutes », *Lexbase Afrique-OHADA* n°79 du 28 novembre 2024, note n° 45 : Cass. Civ. Com., 4 décembre 2002, n° 02/2002, la Sonam c. Issa Faye et El Hadji Modou Wade.

⁸⁴ DIATTA, *op. cit.*, p. 173 : « Le droit sénégalais ne va en profondeur quant à l'encadrement des négociations précontractuelles. Le législateur n'a pas explicitement énoncé un devoir de bonne foi à l'égard des pourparlers contractuels mais la volonté de ce dernier à encadrer les négociations peut être inférée de la possibilité offerte au juge d'étendre cette bonne foi au stade des négociations. »

⁸⁵ G. B. SARR, « La période précontractuelle : entre liberté et contraintes », in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 585.

⁸⁶ Loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, *JORS* n° 5595 du samedi 27 août 1994, p. 384.

rendu » conformément à l'article 8 de la loi n°2021-25. Un droit à l'information renforcé est ainsi consacré afin de permettre au consommateur d'avoir une parfaite connaissance des éléments essentiels avant de contracter.

Par contraste, l'article 1112-1 du Code civil⁸⁷ constitue une véritable innovation, car il codifie pour la première fois un devoir général d'information pour les parties contractantes. Selon Tabi Tabi, ce devoir exige de la part du contractant vulnérable la recherche des connaissances qui installe les rapports d'intérêts dans la logique de l'affrontement⁸⁸. Le refus de partager les informations pouvant être vu sous l'angle des vices du consentement, le manquement se requalifiant en dol⁸⁹. Cette obligation d'information ne doit pas être confondue avec une obligation de renseignement qui, « ... est celle qui impose à un cocontractant d'indiquer à son partenaire les risques et les avantages de la relation contractuelle dans laquelle ce dernier envisage de s'engager, et ce afin d'éclairer son consentement ».⁹⁰

Cette disposition s'inspire de la notion d'obligation d'information précontractuelle⁹¹ du code de la consommation et pourrait même compléter les sanctions prévues par ce code⁹². En effet, dans le prolongement de la jurisprudence française⁹³ et des instruments d'harmonisation du droit des contrats, le nouvel article 1112-1 met à la charge des parties un devoir d'information d'ordre public portant sur l'objet du contrat ou la qualité des parties qu'il sanctionne de manière spécifique. Le devoir d'information est restreint aux seules informations que l'une des parties « connaît ».

⁸⁷ Art. 1112-1: (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. »

⁸⁸ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les Cahiers de droit*, 53(3), 2012, pp. 577–622.

⁸⁹ Dissimulation intentionnelle, dol sur la valeur de la prestation.

⁹⁰ S. Darmaïn, *Le contrat moral*, thèse, LGDJ, Paris, 2000, p. 152, n° 226.

⁹¹ L'obligation d'information est indépendante du devoir de bonne foi consacré à l'article 1104 du code civil. Elle doit être distinguée du devoir de mise en garde consacré par la jurisprudence (surtout à l'égard du banquier), qui implique l'obligation d'attirer l'attention lorsqu'il y a un risque et de l'obligation de conseil qui suppose de recommander d'opter pour une solution déterminée. Elle est également à distinguer du dol qui nécessite l'intention de tromper et qui peut porter sur la valeur de la prestation.

⁹² En cas de manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle, le code de la consommation prévoit uniquement des sanctions administratives. La nouvelle disposition permet d'obtenir également des sanctions civiles.

⁹³ V. C. ASFAR-CAZENAVE, « Le nouveau droit français des contrats », 49 *RJTUM*, 2016, 716-755, note 32 : « La jurisprudence met à la charge des professionnels, spécialement du vendeur professionnel, une obligation d'information auxquels il incombe en outre de prouver qu'ils ont bien exécuté cette obligation : Civ. 1^{re}, 29 avr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 132. De manière plus générale, la jurisprudence impose à tout contractant une obligation d'informer son cocontractant quand ce dernier ne pouvait facilement recueillir lui-même l'information manquante : Civ. 3^e, 29 nov. 2000, *Bull. civ. III*, n° 182, pour l'arrêté d'interdiction d'habiter frappant l'immeuble vendu. »

L'exigence du devoir d'information précontractuelle est requise également « *lorsque l'information a une importance déterminante pour le consentement* ». La jurisprudence retient également comme manquement au devoir de bonne foi, celui qui entre en négociation ou les poursuit sans avoir de réelles intentions à conclure un contrat avec son partenaire⁹⁴. Ce manquement au devoir de bonne foi est également assimilé à celui qui poursuit les négociations dans le seul but de connaître les secrets de son partenaire⁹⁵ ou encore le partenaire qui maintient les négociations dans le seul but d'empêcher son partenaire d'entrer en négociation avec un tiers. Dans la perspective d'un rajeunissement du COCC, le législateur sénégalais pourrait consacrer cette obligation d'information dans les pourparlers qui est une règle en vigueur dans d'autres pays, notamment l'Allemagne.⁹⁶

B- La bonne foi dans la rupture des négociations

L'article 1112 du code civil⁹⁷ français est le siège de la rupture des négociations. La bonne foi exigée a un effet obligatoire⁹⁸. La rupture de la négociation n'est pas brutale, en principe, elle est plutôt incrémentale, progressive. L'exercice de l'objectivation des intentions de la rupture des pourparlers n'est pas aisé, car il suppose la recherche d'éléments concrets prouvant un mauvais comportement prémédité par l'une des parties en pourparlers. Toutefois, le solidarisme induit par la notion de bonne foi, s'agissant de la rupture des négociations, s'apparente à l'éthique minimale de Ruwen OGIEN⁹⁹, c'est-à-dire au devoir positif de ne pas nuire à l'autre, rien de plus. À ce titre, la rupture de la négociation reste toujours un droit subjectif dont la légalité ne souffre d'aucune discussion (1), mais la rupture abusive constitue une faute sanctionnée par les juges (2).

⁹⁴Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488.

⁹⁵Cass. com., 3 octobre 1978. *Bull. civ.* IV, n° 1208.

⁹⁶ En Allemagne, les obligations précontractuelles ont été développées par la jurisprudence et ensuite introduites dans le § 311 du BGB. Cette disposition couvre aussi bien la rupture abusive des pourparlers que l'obligation d'information. Détail important sur sa nature juridique : il s'agit d'une obligation contractuelle, non délictuelle. Les parties aux négociations ont certaines obligations de diligence et de divulgation au stade des négociations contractuelles, indépendamment d'une conclusion ultérieure du contrat. Les parties sont tenues de s'informer mutuellement des faits qui sont présumés importants pour l'autre partie. Si une partie ne respecte pas son obligation de bonne foi dans les négociations contractuelles et le dissimule à l'autre partie, par ex. un fait important pour la conclusion du contrat, cela peut, dans certaines circonstances, entraîner une responsabilité au titre de la *culpa in contrahendo*. La responsabilité existe qu'un contrat ait été conclu ultérieurement ou non.

⁹⁷ Version en vigueur depuis le 01 octobre 2018. Modifié par la LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 3 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »

⁹⁸ U. BABUSIAUX, C. WITZ, « Das neue französische Vertragsrecht : Zur Reform des Code civil », *JuristenZeitung* (JZ), 2017, 496-507.

⁹⁹ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui: Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007.

1- Le principe de la licéité de la rupture des négociations

La bonne foi est exigée dans la rupture des négociations implique de la part des parties en négociation une attitude nécessaire de la conscience qui renvoie à l'essence de la justice de Del VECCHIO¹⁰⁰. Il faut donc sonder l'esprit de celui qui a pris l'initiative de rompre, ce qui oblige le juge à en objectiver l'interprétation¹⁰¹. Cela implique la détermination de critères précis d'une rupture loyale et d'une rupture déloyale¹⁰². Comme le souligne Guillemard¹⁰³, être loyal, c'est par exemple, ne pas s'engager à la légère dans le processus de négociation, sans projet de conclure (ce que certains négociateurs mal intentionnés pourraient faire dans le seul but de détourner l'attention du partenaire d'une autre proposition intéressante). Une conduite déloyale, en revanche, est le fait de s'engager dans la phase précontractuelle uniquement afin de soutirer des renseignements de son vis-à-vis, ou encore de demander d'établir un devis compliqué ou de faire des démarches particulières sans avoir l'intention sérieuse de contracter¹⁰⁴. Une conduite déloyale consiste également à tromper l'interlocuteur sur la probabilité apparente de succès de la négociation alors que la probabilité effective est mince, ce qui entretient faussement des espoirs et fait perdre du temps et peut-être d'autres occasions de contracter. De plus, faire des propositions inacceptables telles qu'elles amènent inévitablement à l'échec de la négociation relève aussi de la mauvaise foi¹⁰⁵.

Au cours de la formation du contrat, les parties n'ont aucune obligation juridique de contracter. Ainsi, « nul n'est forcé d'entrer en relation avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de céder les biens qui lui appartiennent ou de prendre à son service une personne dont il ne veut pas »¹⁰⁶. Toutefois, le refus de contracter n'est pas une liberté sans limites, puisque les parties doivent adopter un comportement loyal et être qualifiées de bonne foi. L'article 42 COCC reconnaît expressément la liberté de ne pas contracter. Partant de l'interprétation de cet article, Geneviève SARR affirme que « l'échec de la négociation doit être vu comme une manifestation de la liberté contractuelle qui permet à chacune des parties de décider si elle décide ou non de

¹⁰⁰ Pour Del Vecchio, la justice « représente une des attitudes nécessaires et fondamentales » de la conscience. V. G. Del VECCHIO, « La justice », in *La justice — la vérité*, 1955, p. 6.

¹⁰¹ JÄGGI/GAUCH, N 332 zu Art. 18 OR.

¹⁰² C. LASSALES, « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », *Droit et Patrimoine*, 1997.

¹⁰³ S. GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », *Revue générale de droit*, Volume 24, numéro 3, 1993, p. 382.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 33, n° 24.

contracter. »¹⁰⁷ La liberté précontractuelle consacré à l'article 42 COCC a fait des émules, puisqu'elle a été reprise aussi bien par l'Ordonnance du 16 février 2016 que par le projet d'Acte uniforme de droit des obligations¹⁰⁸.

Le législateur sénégalais a donc précédé son vis-à-vis français dans l'inscription de cette liberté appliquée à la rupture des négociations. Même en l'absence d'une juridiction abondante, la Haute juridiction sénégalaise, selon DIATTA, a toujours manifesté son désir d'encadrer les négociations précontractuelles en obligeant les partenaires contractuels à observer un devoir de bonne foi dès l'entrée en négociation, pendant le déroulement des négociations et lors de la rupture de celles-ci¹⁰⁹. Tout comme en droit français, le devoir de bonne foi est devenu une obligation pour chaque partie entrant en négociation.

Page | 486

2- La rupture fautive des négociations précontractuelles

Lorsque les pourparlers se soldent par un échec, le principe est l'absence de responsabilité¹¹⁰, puisque chaque partie peut librement mettre fin aux négociations. Toutefois, la rupture peut être considérée comme fautive lorsque le principe de bonne foi n'est pas respecté. Au Sénégal, c'est l'article 118 COCC qui permet d'agir contre la partie à l'origine de la rupture abusive¹¹¹. Aux termes de l'article 1112 du code civil, est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui. La rupture des pourparlers peut être motivée par des desseins inavouables, mais surtout que cette rupture, à un stade précoce des négociations précontractuelles peut causer des dommages à l'autre partie qui était entrée dans le jeu avec l'espoir de conclure un contrat. L'objectivation passe alors par l'exigence de bonne foi de l'article 1112 du code civil.

Des exemples existent dans la jurisprudence qui indiquent ce qui peut constituer une rupture brutale. Les circonstances permettant aux juges de conclure à l'existence d'une faute sont souvent entremêlées¹¹². Mais, il est tout d'abord possible de relever que certaines d'entre elles

¹⁰⁷ G. B. SARR, *op. cit.*, p. 575.

¹⁰⁸ G. B. SARR, *op. cit.*, p. 576 : « L'article 1102 de l'Ordonnance du 10 février 2016 pose en des termes clairs et succints le principe de la liberté de contracter ou de pas contracter. »

¹⁰⁹ M. DIATTA, *Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais*. Droit, Université de Perpignan, 2022, p. 173.

¹¹⁰ C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais des contrats immobiliers, op. cit.*, p. 91.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Com. 18 janv. 2011, n° 09-14.617, non publié au Bulletin ; Gaz. Pal. 9 juin 2011. 14, obs. B. Dondero; RTD civ. 2011. 345, obs. B. Fages.

concernent la manière dont la rupture s'est déroulée, qu'il s'agisse de sa brutalité¹¹³, de sa soudaineté, de sa tardiveté¹¹⁴, de la publicité qui lui est donnée, ou encore, du comportement vexatoire ou déloyal de l'auteur de la rupture. Sont également prises en considération pour apprécier le caractère abusif ou non de la rupture les circonstances tenant aux pourparlers eux-mêmes, tel l'état d'avancement des négociations¹¹⁵. En d'autres termes, plus les pourparlers sont avancés, plus les juges ont tendance à considérer que la rupture est fautive, surtout si l'auteur de la rupture a entretenu la croyance de son partenaire en la conclusion prochaine d'un contrat¹¹⁶. Enfin, la qualité des parties semble être prise en compte pour qualifier d'abusives la rupture des pourparlers. Sans doute, la faute commise dans la rupture ne doit pas pour autant être qualifiée. Mais le modèle de comparaison change, si bien que la diligence devra être plus grande, tant lorsque le professionnel est l'auteur de la rupture que lorsqu'il en est la victime¹¹⁷. Il en résulte notamment que, dans ce dernier cas, son impéritie sera plus facilement qualifiée de faute. Par exemple, la faute de la victime de la rupture a pu être retenue parce qu'elle avait engagé, « sur les exhortations du seul client [potentiel], des investissements ne pouvant que la conduire au dépôt de bilan en cas de défaillance de celui-ci »¹¹⁸.

La question s'est également posée de savoir si une rupture sans motif ou pour un motif illégitime est nécessairement abusive. Pour GHESTIN, à défaut de motif ou s'il est illégitime, la rupture sera abusive et donc susceptible d'engager la responsabilité de son auteur¹¹⁹. La jurisprudence semble pourtant hésiter. Nombre de décisions s'appuient sur cette circonstance pour qualifier ou non la rupture de fautive. En effet, la faute est souvent caractérisée par l'absence ou

¹¹³ Com. 20 mars 1972, n° 70-14.154 – Com. 7 janv. 1997, n° 94-21.561, D. 1998. 45, note Chauvel. – Com. 22 avr. 1997, n° 94-18.953, D. 1998. 45, note P. Chauvel; RJDA 1997, n° 996 ; RTD civ. 1997. 651, obs. Mestre

¹¹⁴ Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, Bull. civ. I, n° 7 ; JCP 1998. II. 10066, note Fages; Defrénois 1998. 741, obs. D. Mazeaud. – Paris, 10 mars 2000, JCP E 2001. 422, note Violet.

¹¹⁵ Com. 7 janv. 1997, n° 94-21.561, D. 1998. 45, note Chauvel. – Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275, CCC 2000, n° 174, note Leveneur. – Paris, 7 mai 2004, Sté Les Productions du Roi soleil, RJDA 2004, n° 1078 : rupture des négociations en « phase terminale ». – Paris, 5 nov. 1999, RTD civ. 2000. 104, obs. Mestre et Fages : « avancement significatif » des pourparlers. – Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275 : pourparlers très avancés. – Paris, 10 mars 2000, JCP E 2001, p. 422, note Violet : rupture « *in extremis* ».

¹¹⁶ Com. 31 mars 1992, n° 90-14.867, Bull. civ. IV, n° 145. – Com. 18 janv. 2011, n° 09-14.617.

¹¹⁷ V. Paris, 18 janv. 1996, D. Affaires 1996. 292, relevant la qualité de professionnels avertis des négociateurs.

¹¹⁸ Com. 15 oct. 2002, n° 00-13.738, RTD civ. 2003. 282, obs. Mestre et Fages.

¹¹⁹ J. GHESTIN, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP 2007. I. 155. – Comp. M. FABRE-MAGNAN, L'obligation de motivation en droit des contrats, *in* Le Contrat au début du xxi^e siècle, Mélanges J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 301, spéc. p. 324 : pour l'auteur, « le passage de l'abus de droit à l'obligation de motivation traduit [...] un renversement de principe », dont il résulte que « l'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement plus étroit de l'exercice du droit et donc, en définitive, un droit moins absolu ».

l'illégitimité des motifs¹²⁰. Un auteur comme DESHAYES considère qu'« il serait peu cohérent d'exclure l'indemnisation de la perte de chance de conclure le contrat négocié au motif que la décision de rompre ne constitue jamais une faute et d'apprécier dans le même temps la faute dans la rupture des pourparlers à l'aune des motifs invoqués par l'auteur de la rupture »¹²¹. Finalement, la formule retenue est celle d'un arrêt rendu le 20 décembre 2012¹²², selon lequel une cour d'appel peut, « sans avoir à en rechercher les motifs, décider que la rupture des pourparlers, pour subite ou déceptive qu'elle ait pu être, n'était pas abusive de la part du [négociateur] qui n'avait fait qu'user de la liberté [qu'il] avait, à ce stade des négociations, de ne pas contracter ». Cet arrêt rappelle ainsi que la rupture peut être subite et brutale sans nécessairement être fautive, mais encore que les juges du fond n'ont pas à rechercher ses motifs : la liberté de rompre ne saurait être conditionnée à un motif légitime.

La question de la mutation du COCC se pose aujourd'hui avec acuité, certains auteurs pensent même qu'il est inéluctable¹²³. La période précontractuelle pourrait être l'un des premiers chantiers de ce changement de nature. En attendant, il est indispensable que le juge s'empare de l'adaptation de cette institution.

II-L'ADAPTATION DE L'INSTITUTION

Le préjudice réparable est l'éminence grise de l'institution des pourparlers. Si l'intérêt négatif est réparable, l'intérêt positif ne l'est pas. Autrement dit, seul est réparé le préjudice résultant des frais exposés au cours de la négociation ; est exclue, en revanche, la perte des profits escomptés de la conclusion du contrat négocié¹²⁴. Cette solution est consacrée par l'Ordonnance du 16 février 2016, dans la mesure où il n'y a pas d'indemnisation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu. Il n'y a pas non plus d'indemnisation de la perte de chance d'obtenir ces avantages. Le juge sénégalais a la possibilité d'élargir la notion de préjudice indemnisable (A), tout en laissant le statu quo quant à la responsabilité des tiers (B).

¹²⁰ Com. 7 avr. 1998, n° 95-20.361, D. 1999. 514, note Chauvel ; JCP E 1999. 579, note Schmidt-Szalewski. – Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275.

¹²¹ (O. DESHAYES, note sous Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, JCP 2006. II. 10130, et « La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs ? », *RDC*, 2013. 545.

¹²² Civ. 1^{re}, 20 déc. 2012, n° 11-27.340.

¹²³ P. T. FALL, « Requiem pour le COCC », in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 355.

¹²⁴ N. MATHEY, Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers, *Revue des sociétés* 2004 p.325.

A- La liberté du juge dans la détermination des préjudices indemnissables

La liberté du juge sénégalais est grande, dans la mesure où le COCC n'a pas officiellement fait la distinction entre les intérêts positif et négatif. En reprenant la solution jurisprudentielle, le législateur français a laissé au juge une certaine liberté dans la détermination des préjudices indemnissables. Le juge devrait faire preuve d'imagination pour satisfaire les demandes en indemnités dans les cas de rupture abusive des pourparlers. Il ne pourrait cependant pas sortir des sentiers battus, puisque la loi consacre le principe de la réparation de l'intérêt négatif, il est hors de question que l'intérêt positif soit indemnisé. Le juge sénégalais a la possibilité de se limiter au préjudice réparable du droit français (1), ou d'aller au-delà en revoyant la question de la perte de chance dans les préjudices indemnissables (2).

Page | 489

1- Le préjudice réparable dans la rupture des pourparlers

L'article 42 COCC pose le principe de la liberté de ne pas contracter, la conséquence en est que la conclusion forcée du contrat ne peut être un mode de réparation de la rupture¹²⁵. Il s'agit, comme en droit français, d'une responsabilité extracontractuelle et la réparation correspond à la réparation du dommage par équivalence¹²⁶. Toutefois, le droit sénégalais n'a pas expressément consacré le principe de la rupture abusive des pourparlers¹²⁷. C'est au juge qu'il revient d'apprécier souverainement les circonstances dans lesquelles la rupture est survenue¹²⁸.

La réparation de l'intérêt négatif conduit à l'indemnisation de la perte subie. C'est le *damnum emergens* des manuels¹²⁹. Si les frais exposés par chaque partie restent, en principe, à leur charge¹³⁰, la faute dans la rupture entraîne, en revanche, leur remboursement. En effet, s'il est vrai que, pour un professionnel, la rupture de pourparlers est un risque inhérent à son activité, il n'accepte d'ordinaire que le risque de perdre les sommes liées à la négociation commerciale. Cependant, le professionnel n'accepte pas les pertes résultant de la mauvaise foi de son partenaire. Tous les frais exposés au cours des négociations ne sont systématiquement remboursés, « *sont protégés les seuls investissements ou dépenses qui, au moment où ils ont été effectués, étaient*

¹²⁵ G. B. SARR, *op. cit.*, p. 580.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ M. DIATTA, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Sur l'évaluation des dommages intérêts, v. Y.-M. Laithier, *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse dactylographiée, Paris I, 2002, n° 106.

¹³⁰ Cass. com. 22 mai 1978, D. 1978, IR. 408, obs. Chr. Larroumet.

justifiés par la valorisation potentielle de la relation future »¹³¹. Cette solution permet d'éviter les dépenses excessives que n'hésiterait pas à exposer la personne qui est assurée d'en obtenir le remboursement en cas d'échec des négociations. Elle permet également d'éviter un « investissement sous-optimal qu'entraînerait nécessairement l'absence de toute protection du contractant prospectif contre un partenaire peu scrupuleux »¹³².

Le dommage subi par la victime est d'abord une perte éprouvée (*damnum emergens*), au premier chef matériel, tels les frais engagés¹³³, liés aux déplacements¹³⁴, à l'aménagement de locaux, aux heures passées à négocier, aux études effectuées¹³⁵; éventuellement à la mise au point d'un procédé ou d'un prototype, etc. Certes, un professionnel connaît les risques de rupture de négociations, engendrant des pertes sèches : Il les intègre dans ses prévisions financières. Mais il n'entend pas accepter celles qui résultent de la mauvaise foi : Il veut en être indemnisé¹³⁶. La rupture peut également, assez rarement, générer un préjudice moral, telle une atteinte à la réputation commerciale lorsqu'elle a connu un certain retentissement, et qu'elle laisse planer un doute sur la compétence ou l'honnêteté de la victime¹³⁷.

Le droit français lui-même a repris les grands principes de la jurisprudence allemande de la *culpa in contrahendo*, en ce qui a trait au préjudice indemnisable : tout le monde doit supporter les frais exposés par lui pour la conclusion attendue du contrat. Selon le principe directeur de la cour fédérale de justice « Quiconque se comporte de manière expresse ou définitive avec certitude à l'égard du partenaire au cours des négociations contractuelles est passible de négligence dans les

¹³¹ H. MUIR-WATT, « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européens des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz 2003, n° 2.

¹³² Ibid. L'auteur reprend sur ce point la démonstration d'auteurs américains : L. A. Bechuk, O. ben-Shahar, *Precontractual Reliance*, Journal of Legal Studies 2001.423.

¹³³ Civ. 1^{re}, 13 oct. 2009, n° 08-16.634, préc. : Si les manquements à leur obligation de bonne foi caractérisés à l'encontre des consorts X... n'avaient pas été commis, une partie des très importants frais liés au travail qu'elle a accompli et aux études et prestations qui lui ont été facturées par ses conseils et qu'elle a, sans imprudence de sa part, exposées en vue de conduire à bonne fin ses négociations n'auraient pas été engagés, de sorte que la cour d'appel pouvait l'indemniser de ces frais inutiles – Com. 1^{er} mars 2011, n° 10-12.268, NP.

¹³⁴ Com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, P IV, n° 93; *RTD civ.* 1972. 779, obs. G. Durry – Liège, 19 nov. 1996, *DIT* 1996/4, p. 41.

¹³⁵ Com. 7 janv. 1997, n° 94-21.561, NP, *D.* 1998. 45, note P. Chauvel : accorde comme dommages et intérêts le remboursement des frais d'études – À propos d'une étude de marché : Versailles, 1^{er} avr. 1999, *RJDA* 1999, n° 1285 – Paris, 10 mars 2000, *JCP* 2001. II. 10470, note F. Violet : frais des négociations et des études – Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949, préc., *idem* – Paris, pôle 5, 2^e ch., 11 mai 2012, RG n° 11/01247, *CCÉ* 2012, n° 77, obs. G. Loiseau.

¹³⁶ *Contra* : B. Lassalle, « Les pourparlers », *RRJ* 1994/3, p. 825 s., spéc. p. 851-852 : il est vrai que quelques rares arrêts considèrent, à tort, que ces dommages sont inhérents à la gestion de toute entreprise, notamment : Pau, 14 janv. 1969, *D.* 1969. 716 – Com. 30 nov. 1971, n° 70-13.070, P IV, n° 288 – Paris, 16 déc. 1998, *RJDA* 1999, n° 372.

¹³⁷ Versailles, 1^{er} avr. 1999, *RJDA* 1999, n° 1285 : altération de son image auprès de ses partenaires commerciaux.

négociations contractuelles, même s'il n'a pas provoqué de manière coupable la confiance légitime de l'autre partie. »¹³⁸ Pour le juge allemand, le risque que le contrat ne se concrétise plus et que les dépenses s'avèrent inutiles incombe à chaque interlocuteur. Ainsi, même si les parties négocient sérieusement depuis un certain temps, chaque partie peut refuser de signer un contrat. La crainte que cela vous rende responsable de négligence lors de la conclusion du contrat serait sans fondement. La situation peut être différente si l'une des parties, par son comportement à l'égard de l'autre partie, fait naître l'attente légitime que le contrat sera certainement conclu. Dans ce cas, il peut être justifié de le tenir pour responsable d'une faute dans les négociations contractuelles s'il s'abstient de conclure le contrat sans motif valable¹³⁹

2- La perte de chance dans les préjudices indemnissables

Le juge sénégalais devrait prendre en compte les débats autour de la notion de perte de chance et choisir l'option qui sied aux réalités sociales du pays. Il est à préciser que la cour de cassation française refuse l'octroi de l'indemnisation de la perte d'une chance comme conséquence de la rupture, mais il n'est pas impossible de proposer quelques critères objectifs de celle-ci, lesquels peuvent aider le juge à définir les limites de l'indemnisation du dommage précontractuel¹⁴⁰. Il est en effet dit que la perte de chance est une « curiosité française »¹⁴¹. Quelques droits étrangers, se sont tout de même inspirés du droit français en utilisant le concept ou l'expression de perte de chance. C'est le cas du droit belge qui suit l'évolution de manière fidèle l'évolution du droit français¹⁴², et admet le caractère indemnissable de la perte d'une chance dans des hypothèses très similaires¹⁴³. Le droit québécois également affirme que des chances perdues peuvent être indemnisées à condition d'être réelles et sérieuses¹⁴⁴. Même en droit français, le débat n'est peut-être pas clos, car au moment où cet article est publié, il est prévu le 16 mai 2025 une

¹³⁸ Betriebs-Berater 1989, p. 729, 1989, p. 1022; The Company 1989, p. 1022.

¹³⁹ Cour fédérale de justice, arrêts du 25 novembre 1992 – VIII ZR 170/91 ; du 8 septembre 1998 – X ZR 48/97.

¹⁴⁰ Pour ces critères, v. B. M. MARTINEZ-CARDENAS, La responsabilité précontractuelle, Université Panthéon-Assas, Droit, 2013, p. 309 et s.

¹⁴¹ P. JOURDAIN, « La perte de chance, une curiosité française », in O. GUILLOD, Ch. MÜLLER (éd.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux. Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Collection Neuchâteloise, 2011, p. 167.

¹⁴² C. MÜLLER, *La perte d'une chance. Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Stämpfli, 2002, n° 192, p. 147.

¹⁴³ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu de la jurisprudence belge », in *Leçons du Droit Civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 313.

¹⁴⁴ V. les références citées par H. MERAL, *Essai critique sur le concept de perte de chance en droit privé*, Université Paris II, Droit, 2020.

Assemblée plénière de la Cour de cassation sur une question importante relative à l'office du juge en matière de réparation d'une perte de chance¹⁴⁵.

La réforme de 2016 a prévu ce que l'on n'indemnise pas, à savoir la perte des avantages attendus du contrat non conclu et la perte de chance d'obtenir ces avantages¹⁴⁶. Elle ne prévoit pas les préjudices indemnisables. C'est la grande différence avec la jurisprudence Manoukian qui prévoit l'indemnisation de la perte subie. La réforme laisse donc plus de marge de manœuvre au juge dans la détermination des frais remboursables. Cependant, le juge ne pourra pas prendre en compte la réparation du gain manqué (*lucrum cessans*), qui est pourtant un chef de réparation. Comme le relève MATHEY, trois hypothèses se retrouvent dans ce chef de réparation¹⁴⁷ : d'abord, l'atteinte à la réputation (perte d'image résultant de la rupture¹⁴⁸) qui peut nuire à la conclusion de contrats dans l'avenir. Ensuite, la perte de la possibilité de conclure avec un tiers avec qui les pourparlers ont été rompu. Enfin, la rupture des pourparlers actuels priverait la victime des bénéfices qu'elle pouvait escompter de la conclusion de ce contrat. Ces trois cas représentent la possibilité de compenser la perte d'une chance. Avec la réforme, on peut se demander si le juge changera son attitude envers de tels cas qui se soldaient généralement par l'allocation d'une indemnité forfaitaire qui prenait en compte l'importance de l'aléa et la consistance de l'espoir¹⁴⁹.

Page | 492

Il est possible pour le juge sénégalais d'intégrer les aspirations à plus de justice dans le raisonnement juridique en concevant celui-ci comme un processus à la fois interprétatif et argumentatif, conformément aux idées de Dworkin¹⁵⁰ et de Perelman¹⁵¹. Il pourrait tout à fait accepter l'indemnisation de certains préjudices que l'on pourrait qualifier de pertes de chance pour rupture de pourparlers. Ceci est d'autant plus plausible que dans la conception stricte de l'intérêt

¹⁴⁵ Cour de cassation, pourvoi no 22-21.812. Le juge qui constate l'existence d'une perte de chance peut-il refuser son indemnisation en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandé ? Le principe du dispositif s'y oppose-t-il ? Le préjudice de perte de chance est-il autonome par rapport au préjudice plein, intégral ? : Pourvoi n°22-21.812 | Cour de cassation [consulté le 29 avril 2025].

¹⁴⁶ Le nouvel article 1112, alinéa 2, du code civil, tel que modifié par l'article 3 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, précise qu'en cas de faute commise lors des pourparlers, la réparation, qui « ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu », ne peut non plus compenser « la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

¹⁴⁷ N. MATHEY, « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers », *Revue des sociétés*, 2004 p. 325.

¹⁴⁸ Com. 16 sept. 2014, n° 13-16.524, NP, *JCP E* 2014, n° 1503, note L. Fériel, catégorique, à propos de la rupture brutale d'un contrat de négociation.

¹⁴⁹ Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n° 83-15.622, P II, n° 52 – Riom, 10 juin 1992, *RJDA* 1992, n° 732 ; *RTD civ.* 1993. 343, obs. J. Mestre – Com. 2 nov. 1993, n° 91-14.673, P IV, n° 380 – Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, n° 92-11.265, P I, n° 334 – Versailles, 9 oct. 1995, *RTD civ.* 1996. 383, obs. J. Mestre.

¹⁵⁰ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (éd. orig. 1986).

¹⁵¹ PERELMAN, C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1979.

négatif, toute perte d'une chance de conclure une convention n'est pas exclue¹⁵². Il s'agit cependant de la perte d'une chance de conclure une convention autre que celle négociée entre les parties¹⁵³. Cette voie ne paraît pas fermée par l'arrêt du 26 novembre 2003¹⁵⁴. Rentrent dans cette catégorie, les opportunités perdues¹⁵⁵, y compris, semble-t-il, la conclusion d'un contrat avec un tiers¹⁵⁶. Toutefois, dans ce dernier cas, la base de calcul de l'avantage escompté sera délicate à cerner, car on ne peut présager l'avenir du contrat qui aurait pu être conclu avec le tiers. Enfin, la rupture peut également, parfois, générer un préjudice moral, telle une atteinte à la réputation commerciale lorsqu'elle a connu un certain retentissement¹⁵⁷.

Même au niveau des préjudices réparables, le juge pourrait augmenter substantiellement les dommages-intérêts accordés afin de générer un effet de dissuasion. Il s'agit des préjudices causés par des ruptures qui auraient pu être si les pourparlers n'avaient pas été entrepris ou n'avaient pas fautivement continué¹⁵⁸. Les indemnisations dissuasives peuvent ainsi concerner les frais de négociation liés à la perte de temps, d'argent, de crédit¹⁵⁹, les frais engagés liés aux déplacements¹⁶⁰, à l'aménagement de locaux¹⁶¹, aux heures passées à négocier, aux conseils extérieurs¹⁶², aux études effectuées¹⁶³, à la mise au point d'un procédé ou d'un prototype, ou encore à des investissements engagés à perte¹⁶⁴.

¹⁵² V. Cass. com. 7 avril 1998, préc. ; Cass. com. 25 février 2003, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre, B. Fages.

¹⁵³ V. P. CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Droit et patrimoine*, 1996, p. 36, n° 19.

¹⁵⁴ N. MATHEY, *op. cit.*

¹⁵⁵ Par exemple, la nécessité de différer des investissements : Versailles, 18 mars 2004, Bull. Joly 2004. 970, note Massart.

¹⁵⁶ Com. 1^{er} mars 2011, n° 10-12.268.

¹⁵⁷ Comp. Com. 16 sept. 2014, n° 13-16.524.

¹⁵⁸ Les frais de négociation liés à la perte de temps, d'argent, de crédit (Com. 18 janv. 2011, n° 09-14.617, RTD civ. 2011. 345, obs. B. Fages. Les frais engagés liés aux déplacements (Com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, Bull. civ. IV, n° 93). Les frais liés à l'aménagement de locaux (Civ. 3^e, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, Bull. civ. III, n° 491), aux heures passées à négocier, aux conseils extérieurs (Com. 13 oct. 2009, n° 08-16.634. – Versailles, 10 sept. 2009, RG n° 08/4982), aux études effectuées (des dommages et intérêts ont ainsi été accordés pour le remboursement des frais d'études, Com. 1^{er} mars 2011, n° 10-12.268 – Com. 10 nov. 2015, n° 14-18.844. – Versailles, 1^{er} avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285 : étude de marché), à la mise au point d'un procédé ou d'un prototype, ou encore à des investissements engagés à perte (Paris, pôle 5, ch. 5, 25 nov. 2010, RG n° 09/12159).

¹⁵⁹ Com. 18 janv. 2011, n° 09-14.617, RTD civ. 2011. 345, obs. B. Fages. – Com. 10 nov. 2015, n° 14-18.844.

¹⁶⁰ Com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, Bull. civ. IV, n° 93 – CA Liège, 19 nov. 1996, Dr. inf. et téléc. 1996/4. 41. – Versailles, 10 sept. 2009, RG n° 08/4982, LPA 22 juill. 2010, p. 5, note O. Roumélian.

¹⁶¹ Civ. 3^e, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, Bull. civ. III, n° 491.

¹⁶² Com. 13 oct. 2009, n° 08-16.634 – Versailles, 10 sept. 2009, RG n° 08/4982.

¹⁶³ Des dommages et intérêts ont ainsi été accordés pour le remboursement des frais d'études, Com. 1^{er} mars 2011, n° 10-12.268 – Com. 10 nov. 2015, n° 14-18.844.

¹⁶⁴ Paris, pôle 5, ch. 5, 25 nov. 2010, RG n° 09/12159.

B- Le statu quo pour la responsabilité du tiers

La question de la responsabilité du cessionnaire complice a été posée en droit français. La société Alain Manoukian a, en effet, tenté d'engager la responsabilité des complices des cédants¹⁶⁵. Elle en a été déboutée par la cour de cassation qui a affirmé, à cette occasion, que « le simple fait de contracter en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ». Cette solution consacrée par la réforme de 2016 ne pose aucun problème d'adaptation au droit sénégalais aussi bien sur le plan de la conclusion du contrat avec un tiers (1) que de celui de la connaissance de l'existence de pourparlers par le tiers (2).

Page | 494

1- La responsabilité du tiers à l'origine de la rupture

Si l'auteur de la faute dans la rupture des pourparlers est le plus souvent celui des négociateurs qui a mis fin abusivement aux pourparlers, un tiers peut en être à l'origine, notamment lorsqu'il entend contracter avec l'intéressé ou entraver les négociations. Normalement un tiers qui ne fait que contracter, même en connaissance de cause avec une personne ayant engagé des pourparlers avec une autre partie n'est pas fautif, s'il n'a manifesté aucune intention de nuire. Mais il sera fautif lorsqu'il a commis des manœuvres frauduleuses¹⁶⁶.

L'auteur de la faute n'est pas forcément celui qui a pris la décision de mettre un terme aux négociations, lorsque celle-ci n'a été que la conséquence des actes ou des défaillances de l'autre, faisant par exemple traîner les choses en longueur, au risque de perdre un marché important. La faute est parfois commune au négociateur et à un tiers, qui a été l'incitateur, soit par malveillance, soit plus probablement parce qu'il entend contracter avec l'intéressé. C'est une hypothèse typique de *tierce complicité*¹⁶⁷. Dans l'affaire Manoukian, un élément de fait donnait à l'affaire une certaine originalité. La convention conclue entre les cédants et la société Les Complices comprenait en effet une clause reportant sur les acquéreurs la charge de toute indemnité due en raison d'une

¹⁶⁵ Selon MATHEY, *op. cit.*, « Certains penseront à faire la comparaison avec l'affaire Texaco dans les années 1980 : CA Texas, Texaco v. Pennzoil, 729 S.W. 2d 768. Dans cette affaire, les juges texans avaient cependant dû considérer (malgré la présence d'une clause subject to contract, pourtant destinée à priver d'effet contraignant le contrat de négociation) que le contrat avait effectivement été conclu pour condamner à des dommages intérêts, par ailleurs colossaux, le tiers complice. »

¹⁶⁶ Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243.

¹⁶⁷ Com. 22 févr. 1994, n° 91-18.842, P IV, n° 79; *RTD civ.* 1994. 849, obs. J. Mestre – Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, 00-10.949.

rupture fautive des pourparlers. La cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir mis hors de cause le tiers acquéreur au motif que la clause insérée dans la convention ne suffisait pas à établir que la société Les Complices avait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions¹⁶⁸.

Dans ses observations, MATHEY indique que la cour de cassation admet implicitement, la validité de la clause¹⁶⁹. Certains auteurs reprochaient à la clause d'inciter à la rupture des pourparlers, mais on pourrait leur objecter le fait que la clause constitue une garantie, comme un cautionnement, et non une clause de non-responsabilité¹⁷⁰. En outre, la faute du tiers doit présenter des caractères précis, définis par la cour de cassation. Ainsi, la simple connaissance ne suffit pas à caractériser la faute, le tiers est lié également par la notion de loyauté. Selon MATHEY, il serait contradictoire d'affirmer la licéité des négociations parallèles tout en sanctionnant le tiers qui y participe¹⁷¹. L'intention de nuire s'établit à travers les manœuvres frauduleuses du tiers. La formule est précise et très restrictive. Il incombe au juge chargé de son application d'en délimiter les contours. Cependant, la cour de cassation donne quelques indications en relevant, dans sa décision, qu'il n'était pas établi que la société Les Complices ait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions à son profit. La formule est plus compréhensive que la référence à l'intention de nuire, et plus objective aussi, ce qui rend la preuve moins difficile à apporter¹⁷². La Cour de cassation relève également qu'il n'est pas établi que la société ait eu une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations et du manque de loyauté du cédant. A contrario, si la société avait tenté d'obtenir à tout prix la conclusion du contrat alors qu'elle savait que des négociations étaient sur le point de se conclure, sa responsabilité aurait pu être engagée¹⁷³. Toutefois une preuve de cette connaissance n'est pas aisée à apporter.

2- La connaissance par le tiers de l'existence de pourparlers

Le tiers qui a connaissance des pourparlers ne commet aucune faute lorsqu'il décide d'engager lui-même des pourparlers en vue de conclure un contrat. Il ne serait fautif que lorsqu'il se rend coupable d'une fraude ou d'une manœuvre ayant pour but de nuire¹⁷⁴. La bonne foi reste au cœur de la détermination de la faute du tiers. Un manquement à cette obligation de bonne foi

¹⁶⁸ N. MATHEY, « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers », *Revue des sociétés*, 2004.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibidem.*

¹⁷² N. MATHEY, « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers », *Revue des sociétés*, 2004.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243.

est « la création et la déception d'un espoir »¹⁷⁵ comme l'est la volonté délibérée des personnes qui ont la qualité de tiers ou *penitus extranei* de saboter les négociations en cours entre les parties qui ont l'espoir d'aboutir à un contrat. Il est difficile de donner des critères jurisprudentiels précis pour l'évaluation de cette faute car tout dépend de la confiance « effectivement instaurée dans chaque cas entre les parties »¹⁷⁶. Il s'agit donc essentiellement d'une question de fait.

L'article 63 COCC qualifie les manœuvres frauduleuses de dol. En réalité, cet article appréhende le dol uniquement à travers cette notion de manœuvres réalisées dans le but d'induire en erreur son cocontractant¹⁷⁷. Cependant, alors qu'il est admis en droit français qu'un simple mensonge, oral ou écrit, peut constituer un dol, même en l'absence d'éléments extérieurs dont le but est de lui donner force et crédit, le droit sénégalais semble ne pas suivre cette tendance¹⁷⁸. En effet, l'élargissement de la notion d'acte de tromperie, par l'assimilation du mensonge à une manœuvre, n'a pas été admis dans l'arrêt Moulins SENTENAC c./HAWAL-FAWAZ¹⁷⁹. La cour de cassation sénégalaise considère en effet que : « *les manœuvres dolosives, vices du consentement, doivent non seulement être caractérisées et prouvées, mais également déterminantes de la volonté de la partie qui s'engage* ».

Le juge sénégalais n'a pas statué sur la rupture abusive des pourparlers¹⁸⁰, et le devoir de loyauté qu'implique la bonne foi est difficile à saisir dans le cas du tiers qui s'est rendu coupable de manœuvres, sur la base de l'article 63 COCC. Dans ces conditions, il lui est loisible, dans le but d'améliorer certaines solutions du code civil français¹⁸¹, de s'inspirer d'autres modèles. Le droit allemand offre ainsi une alternative. Il estime qu'une rupture fautive des pourparlers résulte du fait qu'une des parties a fait naître dans l'esprit de l'autre la confiance dans la conclusion du contrat ou qu'elle a rompu sans raison valable¹⁸². Ce droit utilise ainsi la notion de confiance

¹⁷⁵J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », [1985] *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 265, p. 279.

¹⁷⁶J.-M. M OUSSEON, *Techniques contractuelles*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1988, p. 30.

¹⁷⁷B. NIANG, « L'intention dolosive », p. in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 488.

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 489.

¹⁷⁹Cour cass., 17 mars 1999, arrêt n° 78, Bulletin des arrêts de la cour de cassation n° 7, année 1998-1999, avril 2005, p. 31.

¹⁸⁰M. DIATTA, *op. cit.*, p. 190.

¹⁸¹D. Y. WANE, « Après cinquante ans de codification, quel avenir pour le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal? », in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 627.

¹⁸²*Ohne triftigen Grund*: BGH NJW, 1975.

légitime (*Vertrauensprinzip*) dans deux cas : premièrement, il estime qu'il faut qualifier cette relation de confiance lorsque la conclusion du contrat paraît proche, que l'une des parties a déjà livré sa prestation ou le contrat a commencé à être exécuté sans qu'il ne soit conclu ; deuxièmement, l'une partie accepte une meilleure offre d'un tiers et elle le fait savoir trop tard à la partie avec laquelle elle négociait¹⁸³. Dans ces deux cas, l'auteur de la rupture abusive devra verser des indemnités à l'autre pour les frais engagés (*Vertrauensschaden*)¹⁸⁴. Toutefois, le droit français arrive aux mêmes solutions en passant par le principe de la bonne foi. Le fait d'avoir étendu la notion de manœuvre y est certainement pour beaucoup.

Conclusion

Le droit sénégalais des contrats est certes influencé par le Code napoléonien, mais le juge sénégalais peut l'adapter autrement, à défaut d'une réforme législative. Le constat est à l'abandon du droit coutumier¹⁸⁵, alors que le droit sénégalais pourrait se baser sur les réalités contractuelles, en prenant en compte la coutume et les usages du pays pour se réformer¹⁸⁶. Il peut se charger d'interpréter la période précontractuelle avec un peu plus de solidarisme du droit coutumier en vue de réformer le droit des contrats sénégalais. Outre le fait qu'une autre voie peut être envisagée dans l'organisation contractuelle des négociations¹⁸⁷, le juge est invité à prêter davantage attention à cette condition de la responsabilité civile qu'est la causalité. En effet, les arrêts du juge français relèvent rarement l'existence d'un lien de causalité, en matière de responsabilité précontractuelle.

De manière encore plus audacieuse, le juge sénégalais peut considérer la théorie de l'alternative légitime¹⁸⁸. La théorie qui considère la limitation de la réparation, en cas de *culpa in contrahendo*, à l'intérêt négatif est généralement bien ancrée dans plusieurs droits, notamment ceux de la France, de la Belgique et de l'Allemagne. Il est toutefois permis de se demander si cette

¹⁸³ V. La culpa in contrahendo, commentaire du § 311 alinéa 2 BGB, par René Martin de Lagarde | Les blogs pédagogiques [consulté le 27 janvier 2025].

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Y. SAMBA, La genèse du COCC : entre legs colonial et réalités locales, in I. Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (sous dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Crédila l'Harmattan, Sénégal, Vol. 2, 2018, p. 522.

¹⁸⁶ M. DIATTA, *Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais*, Droit. Université de Perpignan, 2022, p. 193.

¹⁸⁷ Dans les cessions de contrôle, les parties peuvent prévoir, selon les cas, qu'en cas d'échec des négociations les frais exposés par le candidat à l'acquisition resteront à sa charge ou qu'ils sont remboursés par le cédant.

¹⁸⁸ La théorie de l'alternative légitime, en droit de la responsabilité, est un critère utilisé pour évaluer le lien de causalité entre une faute et un dommage. Elle énonce que si, dans la même situation, mais en remplaçant la faute par une alternative légitime (une conduite conforme à la loi ou aux règles), le dommage n'aurait pas été produit, alors la faute est la cause du dommage. En d'autres termes, si le dommage serait tout de même survenu même sans la faute, le lien de causalité est rompu.

conception ne devrait pas être partiellement revue à la lumière de la théorie de l'alternative légitime¹⁸⁹, dans la mesure où le comportement fautif n'est pas supprimé dans la reconstruction fictive des événements, mais plutôt remplacé par un comportement identique, mais non fautif¹⁹⁰. Le préjudice qui se produit dans la phase précontractuelle « est celui qui résulte de l'échec des pourparlers précontractuels et, en général, il est un préjudice matériel consistant dans une perte pécuniaire, auquel peut s'ajouter un préjudice moral, ainsi que le gain manqué par le partenaire victime de la rupture »¹⁹¹.



¹⁸⁹ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2014, p. 803 : « La théorie de l'alternative légitime constitue un développement relativement récent dans la jurisprudence de la cour de cassation où elle est envisagée comme un assouplissement ou, du moins, comme une précision apportée à rigueur à la théorie de l'équivalence des conditions. »

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 804 : « On voit donc que la théorie de l'alternative légitime ne modifie pas radicalement le fonctionnement de la théorie de l'équivalence des conditions. Toutefois, alors que celle-ci commandait classiquement d'apprécier le lien de causalité en faisant abstraction du comportement fautif pour rechercher si, sans celui-ci, le dommage se serait produit de la même manière, la théorie de l'alternative légitime nuance. »

¹⁹¹ J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 2/1990, p. 545-566.

Les incoterms et les contrats commerciaux internationaux

Incoterms and international trade contracts

Par:

ETABA ABANA REMI Page | 499

Docteur en Droit Privé

Résumé :

Les Incoterms, standards définissant les obligations des parties dans les échanges internationaux, font l'objet de contestations malgré leur utilité. Leur principal défi réside dans leur interprétation variable selon les droits nationaux, générant des litiges sur la répartition des risques et des coûts. Leur complexité, notamment dans les transports multimodaux, et leur adaptation limitée aux mutations digitales exacerbent ces tensions. Toutefois, des améliorations ont été apportées, comme la révision régulière des clauses par la Chambre de commerce internationale (CCI), clarifiant les responsabilités logistiques, douanières et sécuritaires. Les versions actualisées (ex. Incoterms 2020) intègrent désormais les documents électroniques et renforcent la transparence. Les enjeux des Incoterms sont majeurs : ils structurent la sécurité juridique des contrats, optimisent les coûts et les délais, et facilitent les négociations transfrontalières. Leur maîtrise reste cruciale pour éviter les contentieux et s'adapter aux défis logistiques et technologiques d'un commerce mondial en constante évolution.

Mots-clés : Incoterm, contrat, commerce, international.

Abstract:

Incoterms, the standards defining the obligations of parties in international trade, are contested despite their usefulness. Their main challenge lies in their variable interpretation depending on national laws, generating disputes over the allocation of risks and costs. Their complexity, particularly in multimodal transport, and their limited adaptation to digital changes exacerbate these tensions. However, improvements have been made, such as the regular revision of the clauses by the International Chamber of Commerce (ICC), clarifying logistical, customs, and security responsibilities. Updated versions (e.g., Incoterms 2020) now integrate electronic documents and enhance transparency. The challenges of Incoterms are major: they structure the legal security of contracts, optimize costs and deadlines, and facilitate cross-border negotiations. Their mastery remains crucial to avoid disputes and adapt to the logistical and technological challenges of constantly evolving global trade.

Keywords: Incoterm, contract, trade, international.

Introduction

Dans un contexte de mondialisation croissante des échanges, les contrats commerciaux internationaux constituent un pilier essentiel des relations économiques entre entreprises de différents pays. Cependant, ces transactions s'accompagnent de complexités logistiques, juridiques et financières, notamment en matière de répartition des responsabilités entre l'acheteur et le vendeur. C'est dans ce cadre que les Incoterms (International Commercial Terms), élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), jouent un rôle central en standardisant les obligations des parties impliquées. Ces termes contractuels, régulièrement mis à jour, définissent de manière précise les modalités de livraison, le transfert des risques, ainsi que la répartition des coûts liés au transport et aux formalités douanières. En clarifiant des aspects critiques tels que le lieu de transfert de la marchandise, les assurances ou les frais de douane, les Incoterms réduisent les risques de litiges et facilitent la négociation entre acteurs aux pratiques culturelles et juridiques hétérogènes¹. Leur utilisation, bien que non obligatoire, est largement répandue car elle offre un langage commun et sécurise les opérations à l'international. Néanmoins, leur interprétation exige une compréhension approfondie : chaque terme (comme FOB, CIF, EXW ou DDP) correspond à des engagements spécifiques, influençant directement la rentabilité et la responsabilité légale des parties. Par exemple, un vendeur optant pour l'EXW (« Ex Works ») transfère les risques à l'acheteur dès la sortie de l'entrepôt, tandis qu'un contrat en DDP (« Delivered Duty Paid ») implique qu'il assume l'intégralité des coûts jusqu'à la destination finale. Ainsi, le choix de l'Incoterm adapté dépend des rapports de force, des moyens logistiques et des enjeux fiscaux. Cette introduction explorera l'importance des Incoterms dans les contrats internationaux, leur évolution face aux mutations du commerce mondial, et les défis pratiques liés à leur application, notamment en matière de conformité juridique et de gestion des risques.

Les incoterms, codifiés par la Chambre de commerce internationale (CCI) depuis 1936, constituent un pilier des échanges commerciaux internationaux en définissant les obligations respectives des acheteurs et des vendeurs. Ces clauses standardisées, régulièrement actualisées (dernière version en 2020), visent à clarifier la répartition des coûts, des risques et des responsabilités logistiques entre parties. Toutefois, leur utilisation dans les contrats internationaux soulève des interrogations croissantes². En effet, la complexité des transactions modernes,

¹ K. MIKKOLA, Variants on Incoterms (part 1), in Incoterms in practice par Charles DEBATTISTA, pub. n. 505, 1995, p. 144.

² R. KOLB. « La sécurité juridique en droit international: aspects théoriques ». In: African yearbook of

marquée par la diversification des modes de transport, l'hétérogénéité des législations nationales et l'émergence de risques imprévus (sanitaires, géopolitiques, etc.), expose les limites des incoterms³. Certains acteurs dénoncent leur rigidité, leur interprétation ambiguë dans des contextes juridiques variés, ou encore leur inadéquation face à des schémas logistiques innovants. Ces critiques invitent à s'interroger : Les incoterms répondent-ils aux défis des contrats commerciaux internationaux ? Cette problématique structure notre réflexion en deux axes. Nous analyserons d'abord la contestation des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux (I), avant d'explorer l'amélioration des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux (II).

I- LA CONTESTATION DES INCOTERMS DANS LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

La contestation des Incoterms dans les contrats internationaux découle souvent de leur interprétation ambiguë ou de leur inadéquation aux spécificités transactionnelles. Bien que ces règles standardisées (publiées par la CCI) clarifient la répartition des coûts et des risques entre acheteurs et vendeurs, leur application peut générer des litiges, notamment en cas de choix inadapté au mode de transport (ex : FOB pour le maritime vs. CPT pour le multimodal) ou de méconnaissance des obligations annexes (assurance, formalités douanières). Les parties sous-estiment parfois les implications juridiques locales : un Incoterm comme DDP, qui impose au vendeur de payer les droits d'importation, peut entrer en conflit avec des réglementations nationales restrictives. De plus, les Incoterms ne couvrent pas tous les aspects contractuels (paiement, responsabilité en cas de force majeure), nécessitant des clauses complémentaires. Des litiges surviennent aussi lorsque la version utilisée n'est pas explicitement mentionnée, ou lorsque les aléas logistiques (blocus, retards) redistribuent les risques initialement prévus⁴. Enfin, leur caractère générique peut négliger des réalités sectorielles ou géopolitiques (sanctions, instabilité), exigeant une adaptation sur mesure⁵. Il convient alors de parler de l'instabilité des incoterms dans les contrats commerciaux (A) et de l'insuffisance des incoterms dans les contrats commerciaux (B)

international law, 2002, vol 10, p. 103-142.

³ P. COLOMBANI; le commerce mondial au 21ème siècle ; Institut Français des Relations Internationales, 2002, p. 91.

⁴ M. BRIGOT et HENZE ; « Traité de Droit des Assurances » ; tome 3 Le Contrat LGDJ, 2002. N°2032.

⁵ Une clarification contractuelle rigoureuse et une formation des acteurs restent essentielles pour limiter les contestations.

A- L'instabilité des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux

L'instabilité des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux découle de multiples facteurs qui complexifient leur application et leur interprétation, malgré leur rôle essentiel dans la répartition des risques, des coûts et des responsabilités entre acheteurs et vendeurs⁶. Élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), les incoterms (ex. FOB, CIF, EXW) sont régulièrement mis à jour (2020, 2010, etc.), mais la persistance de références à des versions antérieures dans les contrats génère des ambiguïtés, notamment lorsque les parties négligent de préciser l'édition applicable, conduisant à des conflits sur les obligations de livraison ou le transfert des risques. Par ailleurs, ces termes standardisés se heurtent à des divergences juridiques et culturelles : un incoterm interprété sous le prisme du droit civil français n'aura pas nécessairement la même portée dans un pays de common law, où les tribunaux privilégient la lettre du contrat sur les usages, amplifiant les risques de litiges.

La complexité croissante des chaînes logistiques mondiales, intégrant souvent des transports multimodaux (maritime, aérien, ferroviaire), expose aussi les limites des incoterms traditionnels, conçus pour des échanges plus linéaires. Par exemple, un terme comme CIF, adapté au transport maritime, devient inapproprié pour une livraison impliquant plusieurs modes de transport, laissant des zones d'incertitude sur la prise en charge des coûts intermédiaires ou la responsabilité en cas de dommage. Les fluctuations économiques et géopolitiques (guerres, sanctions, variations tarifaires) exacerbent cette instabilité : un contrat signé sous DAP (Delivered At Place) peut voir son équilibre financier bouleversé par l'imposition soudaine de droits de douane, remettant en cause la répartition initiale des coûts. De plus, les parties, en particulier les PME peu familiarisées avec les subtilités des incoterms, choisissent parfois des termes inadaptés à leur transaction par méconnaissance, comme opter pour EXW (Ex Works) en sous-estimant les contraintes logistiques à l'export, ce qui peut entraîner des retards ou des surcoûts imprévus⁷. Les crises imprévisibles (pandémies, catastrophes naturelles) ajoutent une couche d'imprévisibilité, car les incoterms ne prévoient pas explicitement les mécanismes de réallocation des risques en cas de force majeure, obligeant les parties à s'en remettre à des clauses contractuelles externes ou à des interprétations juridiques hasardeuses.

⁶ C. GOUËL, N. KOUSNETZOFF, H. SALMAN ; « commerce international et transports : tendances du passé et prospective 2020 » ; Centre d'études prospectives et d'information internationale, p.33.

⁷ B. MISSE, « le commerce électronique », Décisions Marketing, n°9, 1996, pp. 95-101.

L'essor du commerce numérique, avec ses processus dématérialisés (documents électroniques, blockchains), questionne également l'adéquation des incoterms, conçus pour des échanges physiques traditionnels, créant des flous sur la validité des preuves de livraison ou la cybersécurité des transactions. Pour atténuer ces instabilités, il est crucial que les parties précisent dans le contrat l'édition des incoterms utilisée, contextualisent leur application selon le contexte logistique et juridique, et intègrent des clauses complémentaires sur les risques économiques ou politiques. Une formation aux incoterms et un recours à des conseils juridiques spécialisés restent indispensables pour sécuriser les transactions, surtout dans un environnement international en perpétuelle mutation.

Les Incoterms (International Commercial Terms), publiés par la Chambre de commerce internationale (CCI), définissent les responsabilités des acheteurs et vendeurs dans les transactions internationales. Ils clarifient les obligations logistiques, financières et juridiques, comme le transfert des risques, les coûts de transport ou les formalités douanières. Cependant, leur utilisation n'est pas sans risques. Bien que standardisés, leur interprétation varie selon les contextes géopolitiques, les mises à jour régulières (2000, 2010, 2020) et les pratiques locales, créant une instabilité potentielle. Cette fragilité peut engendrer des litiges coûteux, notamment lorsque les parties négligent de préciser la version des Incoterms utilisée ou sous-estiment les facteurs externes.

Les révisions décennales des Incoterms introduisent des modifications subtiles mais cruciales. Par exemple, l'Incoterm DAT (Delivered at Terminal) a été remplacé par DPU (Delivered at Place Unloaded) en 2020, élargissant les lieux de livraison possibles. Si un contrat mentionne DAT sans spécifier l'édition, cela génère une ambiguïté juridique⁸. Malgré leur standardisation, les Incoterms sont soumis à l'interprétation des juridictions nationales. Un tribunal français pourrait interpréter différemment le terme FOB (Free on Board) qu'un tribunal chinois, en fonction des lois locales ou des usages commerciaux. Par exemple, dans certains pays, les frais de dédouanement à l'importation sous DDP (Delivered Duty Paid) incluent des taxes non prévues par le vendeur. Ces divergences rendent les contrats imprévisibles, surtout en l'absence de clause de droit applicable explicite⁹.

⁸ De même, les obligations d'assurance sous CIF (Cost, Insurance, and Freight) ont évolué, exigeant une couverture « tous risques » depuis 2020. Les entreprises ignorant ces mises à jour s'exposent à des conflits sur la répartition des risques.

⁹ Y. DERAIS, Chroniques des sentences arbitrales, observations. Sous sentence CCI, affaire n°3130,1980,

Les sanctions économiques, les guerres commerciales ou les blocages logistiques (comme la crise du canal de Suez en 2021) perturbent l'application des Incoterms. Sous un terme EXW (Ex Works), l'acheteur assume tous les risques dès le chargement, mais si un embargo survient, la responsabilité de réacheminement devient floue. De même, les contrats CIP (Carriage and Insurance Paid To) dans des zones instables peuvent voir leurs coûts d'assurance exploser, remettant en cause l'équilibre économique initial.

L'inflation, les variations de devises ou les hausses tarifaires imprévues (comme les droits de douane liés au Brexit) affectent les équilibres des Incoterms. Un contrat CFR (Cost and Freight) fixant un prix forfaitaire peut devenir désavantageux si les frais portuaires augmentent brusquement. De même, les termes FCA (Free Carrier) supposent une coordination parfaite entre parties, mais les retards de livraison dus à des pénuries de conteneurs peuvent entraîner des surcoûts non prévus.

Les Incoterms reposent sur des infrastructures stables, ce qui est rare dans certains pays. Un terme FAS (Free Alongside Ship) dans un port congestionné ou mal équipé peut retarder le transfert de responsabilités¹⁰. Les différences culturelles influencent la compréhension des Incoterms¹¹. En Asie, les négociations privilégient souvent le relationnel plutôt que le détail contractuel, conduisant à des malentendus sur des termes comme FOB vs FCA. En Occident, une approche plus juridique peut rigidifier les interprétations. Ces écarts génèrent des conflits lorsque les parties supposent que l'autre a la même vision des obligations, sans clarification écrite.

Les progrès technologiques (blockchain, IoT) pourraient stabiliser les Incoterms en automatisant le suivi des livraisons ou le déclenchement des paiements via des smart contracts. Cependant, l'adoption inégale de ces outils crée de nouvelles disparités. Par ailleurs, la digitalisation des douanes pourrait harmoniser les procédures, réduisant les aléas sous DES (Delivered Ex Ship)¹². L'instabilité des Incoterms découle de leur interaction avec des variables externes mouvantes : mises à jour juridiques, contextes géoéconomiques, avancées technologiques. Pour atténuer ces risques, les entreprises doivent spécifier la version des Incoterms, intégrer des clauses flexibles (indexation de coûts, force majeure étendue) et consulter

JDI, p. 936.

¹⁰ De même, les contrats DDP (Delivered Duty Paid) dans des États aux douanes corrompues ou inefficaces exposent le vendeur à des délais et coûts imprévisibles, remettant en cause la viabilité du terme choisi.

¹¹ J. RAMBERG, Guide pour les Incoterms 1980, pub. n. 354, 1980, p. 6.

¹² Pour autant, les Incoterms devront continuellement s'adapter aux innovations, risquant de rendre obsolètes certaines pratiques traditionnelles.

des experts en commerce international. Une approche proactive et éclairée reste la meilleure garantie contre l'imprévisibilité inhérente aux échanges globaux.

B- L'insuffisance des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux

Les Incoterms (International Commercial Terms), élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), constituent un cadre standardisé pour répartir les responsabilités, les coûts et les risques entre acheteurs et vendeurs dans les transactions internationales. Bien qu'indispensables, ces termes présentent des limites significatives, rendant leur application insuffisante pour couvrir l'ensemble des enjeux des contrats internationaux. Leur principal défaut réside dans leur portée restreinte : ils se concentrent sur les aspects logistiques et douaniers, mais ignorent des éléments juridiques, financiers ou contextuels cruciaux. Par exemple, les Incoterms précisent le lieu de transfert des risques (comme FOB, où le risque passe au chargeur une fois les marchandises embarquées), mais n'abordent pas le transfert de propriété, source fréquente de litiges si le contrat ne le clarifie pas séparément. De même, ils ne traitent pas des modalités de paiement, des retards de livraison, ou de la conformité des marchandises aux spécifications convenues, laissant ces aspects à la discrétion des parties¹³.

Une autre lacune majeure concerne la conformité juridique et réglementaire. Les Incoterms ne spécifient pas qui assume les obligations liées aux normes locales, aux licences d'importation, ou aux taxes autres que les droits de douane (comme la TVA). Dans un contexte où les réglementations varient considérablement d'un pays à l'autre, cette ambiguïté peut entraîner des conflits coûteux¹⁴.

Les Incoterms négligent également les aléas imprévus, tels que les événements de force majeure (catastrophes naturelles, conflits politiques). En cas de perturbation des chaînes logistiques, les termes Incoterms ne prévoient ni répartition des coûts supplémentaires ni mécanismes de renégociation, nécessitant des clauses contractuelles complémentaires. De plus, leur interprétation peut varier selon les cultures juridiques. Par exemple, le terme EXW (Ex Works) implique que l'acheteur prend en charge tous les frais à partir de l'entrepôt du vendeur, mais dans certains pays, les obligations de chargement ou de dédouanement à l'export peuvent être interprétées différemment, créant des malentendus.

¹³ J. RAMBERG, Guide pour les Incoterms 1980, pub. n. 354, 1980, p. 6

¹⁴ H. FARAJ Tawfiq, Le contrat de vente, ALTHAQFA ALGAMIA, 1985, p. 42.

La question des versions des Incoterms pose également problème. Les mises à jour régulières ne sont pas systématiquement intégrées dans les contrats, conduisant à l'utilisation de termes obsolètes. Un contrat référençant des Incoterms non actualisés pourrait, par exemple, omettre des précisions apportées par l'édition sur les obligations de sécurité lors du transport. En outre, les Incoterms ne couvrent pas les aspects liés à la propriété intellectuelle, à la résolution des litiges (arbitrage, juridiction compétente), ou à la responsabilité en cas de non-conformité des marchandises. Ils n'abordent pas non plus les spécificités des transactions complexes, comme les livraisons multi-modales ou les ventes triangulaires, où les responsabilités logistiques exigent des précisions au-delà des termes standard. Enfin, les Incoterms supposent une connaissance approfondie de leur contenu par les parties, ce qui n'est pas toujours le cas. Une méconnaissance peut conduire à des erreurs d'interprétation, comme confondre « livraison » (transfert de risques) et « propriété », ou mal évaluer les coûts logistiques réels.

Pour pallier ces insuffisances, les contrats internationaux doivent impérativement intégrer des clauses spécifiques sur le transfert de propriété, les garanties de qualité, les modalités de paiement, la force majeure, et le choix du droit applicable. Une collaboration avec des juristes spécialisés et une adaptation aux particularités sectorielles et géographiques sont essentielles pour sécuriser les échanges. Ainsi, les Incoterms, bien qu'utiles, ne constituent qu'une base à compléter par une contractualisation rigoureuse et sur mesure.

Bien que les Incoterms (International Commercial Terms) standardisent les responsabilités entre exportateurs et importateurs, leur interprétation peut varier selon les contextes juridiques et culturels. Par exemple, des termes comme FOB (Free On Board) ou CIF (Cost, Insurance, and Freight) définissent des points de transfert de risques, mais leur application pratique dépend souvent des usages locaux. Une divergence d'interprétation sur le moment exact du transfert de responsabilité peut engendrer des litiges, notamment en cas de dommages pendant le transport. De plus, certaines juridictions imposent des normes supplémentaires, rendant les Incoterms insuffisants pour couvrir toutes les spécificités légales.

Les Incoterms répartissent les risques, mais ne prévoient pas les aléas complexes des chaînes d'approvisionnement modernes. Par exemple, un retard dû à une grève portuaire ou à une pandémie n'est pas couvert, laissant les parties sans cadre pour gérer ces situations. Les clauses de force majeure, souvent absentes des contrats basés uniquement sur les Incoterms, exacerbent les

risques financiers. De plus, les Incoterms ne précisent pas les obligations en cas de non-conformité des marchandises après livraison, ce qui peut compliquer les recours.

Les Incoterms ignorent souvent les exigences réglementaires spécifiques aux pays, comme les licences d'importation, les normes sanitaires ou les droits de douane non tarifaires. Par exemple, sous EXW (Ex Works), l'acheteur assume toutes les formalités, mais si le vendeur ne fournit pas les documents nécessaires, le contrat peut échouer. Cette rigidité peut entraîner des blocages administratifs imprévus, surtout dans les pays aux procédures bureaucratiques complexes.

Page | 508

Si les Incoterms précisent qui paie le transport principal, ils omettent souvent les coûts annexes (manutention, stockage temporaire, taxes locales). Sous DDP (Delivered Duty Paid), le vendeur paie les droits de douane, mais des frais imprévus (comme des amendes pour retard) peuvent surgir, créant des conflits. Ces ambiguïtés financières rendent les budgets imprévisibles, surtout pour les PME peu familiarisées avec les marchés étrangers¹⁵.

Les Incoterms distinguent transport maritime et autres modes, mais peinent à s'adapter à la multimodalité croissante. Un terme comme CIP (Carriage and Insurance Paid To) suppose un transport unique, mais dans les expéditions combinant camion, train et bateau, les responsabilités peuvent devenir floues. Cette inadaptation augmente les risques de perte ou de retard, notamment dans les corridors internationaux complexes¹⁶.

Les Incoterms n'intègrent pas les critères RSE (Responsabilité Sociétale des Entreprises), pourtant cruciaux dans les contrats modernes. Les clauses sur le carbone, le recyclage des emballages ou le respect des droits des travailleurs restent à la charge des parties, sans cadre standardisé. Cette lacune peut nuire à la réputation des entreprises et exposer aux sanctions légales.

Les Incoterms fixent les coûts à un moment donné, sans anticiper les variations de devises ou l'inflation. Par exemple, sous FCA (Free Carrier), si les frais de transport augmentent brusquement après la signature, le vendeur ou l'acheteur doit absorber le surplus sans mécanisme d'ajustement prévu. Cette rigidité peut déséquilibrer l'équité contractuelle.

¹⁵ A. Von ZIEGLER, *Queries on Incoterms*, in *Incoterms in practice* par C. DEBATTISTA, n. 505, 1995, p. 181.

¹⁶ Seuls CIF et CIP incluent une assurance minimale, souvent insuffisante pour couvrir les risques réels. Les parties peuvent sous-estimer l'étendue des garanties nécessaires, comme la couverture des risques politiques ou climatiques. En cas de sinistre non couvert, les désaccords sur la responsabilité de souscription peuvent paralyser la résolution du litige.

Les Incoterms supposent une collaboration loyale, mais en pratique, des acteurs peu scrupuleux peuvent exploiter les flous.

En conclusion, les Incoterms constituent une base utile mais incomplète. Pour pallier leurs insuffisances, les contrats doivent intégrer des clauses spécifiques sur la force majeure, l'arbitrage, les audits logistiques ou les adaptations économiques. Une consultation d'experts juridiques et logistiques reste indispensable pour sécuriser les transactions internationales face à un environnement toujours plus complexe.

II- L'AMELIORATION DES INCOTERMS DANS LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

L'amélioration des Incoterms dans les contrats commerciaux internationaux repose sur une adaptation précise aux spécificités de chaque transaction, en clarifiant les responsabilités logistiques, financières et juridiques des parties¹⁷. Une révision périodique des clauses, intégrant les évolutions légales (douanes, sûreté) et les risques (retards, dommages), renforce la sécurité juridique. L'ajout de précisions sur les coûts annexes (assurances, stockage), la gestion des litiges et les mécanismes de force majeure optimise la résilience du contrat¹⁸. L'amélioration des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux vise à renforcer leur accessibilité et leur efficacité pour sécuriser les échanges mondiaux. Les incoterms, définis par la Chambre de commerce internationale (CCI), clarifient les obligations des parties concernant les coûts, les risques et la logistique. Cependant, leur complexité et leur interprétation variable limitent parfois leur utilité. Pour améliorer leur accessibilité, une simplification du langage et une diffusion multilingue sont essentielles, notamment auprès des PME et des pays émergents¹⁹. Le renforcement des incoterms passe par une actualisation régulière pour intégrer les défis modernes : digitalisation des transactions, e-commerce, normes environnementales. Cela implique de préciser leur portée juridique dans les contrats, en harmonisant les pratiques nationales et en renforçant les mécanismes de résolution des litiges. Une meilleure coordination entre la CCI, les États et les acteurs logistiques permettrait d'adapter les termes aux réalités douanières et

¹⁷ Il est essentiel de choisir des termes (comme FOB, CIF ou DAP) alignés sur le mode de transport, la nature des marchandises et les réglementations locales pour éviter les ambiguïtés.

¹⁸ L'usage de technologies (blockchain, traçabilité) et une approche collaborative entre acheteurs et vendeurs améliorent la transparence et réduisent les conflits, tout en intégrant des critères de durabilité (émissions carbone) pour répondre aux enjeux actuels.

¹⁹ Des formations ciblées et des outils numériques (guides interactifs, plateformes d'analyse de contrats) pourraient démocratiser leur utilisation.

sécuritaires, comme les perturbations des chaînes d'approvisionnement. Enfin, l'intégration de technologies (blockchain pour le suivi des livraisons) renforcerait la transparence. Ces évolutions combinées rendraient les incoterms plus inclusifs, réduisant les ambiguïtés et favorisant un commerce international équilibré et résilient. Il convient de parler l'accessibilité des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux (A) et du renforcement des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux (B).

A- L'accessibilité des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux

Les Incoterms (International Commercial Terms), élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), jouent un rôle clé dans les échanges internationaux en définissant les responsabilités des acheteurs et vendeurs. Leur accessibilité réside dans leur standardisation, offrant un cadre commun pour clarifier les coûts, les risques et les obligations logistiques. Utilisés dans plus de 100 pays, ils simplifient les négociations en évitant les malentendus liés aux différences juridiques. Leur formulation concise et leur mise à jour régulière (dernière version en 2020) les rendent adaptables aux évolutions du commerce mondial. Ainsi, ils constituent un outil incontournable pour sécuriser les transactions transfrontalières.

Les Incoterms sont facilement intégrés aux contrats grâce à leur reconnaissance juridique internationale²⁰. En précisant des termes comme FOB (Free On Board) ou CIF (Cost, Insurance and Freight), ils éliminent les ambiguïtés sur le transfert des risques et des coûts. Leur utilisation réduit les litiges potentiels, car chaque clause correspond à des règles prédéfinies et interprétées uniformément. Les entreprises, notamment les PME, y trouvent un gain de temps en évitant des négociations complexes. Cette praticité favorise leur adoption massive, même par les acteurs moins expérimentés.

Malgré leur universalité, les Incoterms requièrent une compréhension fine pour éviter les erreurs d'application. Certaines entreprises les utilisent sans maîtriser leurs implications concrètes, comme les obligations douanières ou les assurances. De plus, leur harmonisation peut être affectée par des réglementations nationales spécifiques ou des secteurs d'activité atypiques. La formation des équipes commerciales et juridiques reste donc essentielle. Sans accompagnement, leur simplicité apparente peut générer des risques opérationnels ou financiers. Les Incoterms rendent

²⁰ J-C. POMMIER, principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, préface LOUSSOUARN (y) Economica. Paris, 1992, n°139, p.141.

les contrats internationaux plus accessibles en standardisant les engagements. Leur force réside dans leur capacité à transcender les frontières culturelles et légales, facilitant ainsi la coopération entre partenaires. Pour maximiser leur efficacité, les entreprises doivent combiner leur utilisation avec une expertise métier et juridique. Ils demeurent un pilier de la confiance dans le commerce mondial, surtout dans un contexte de multiplication des échanges. L'un des défis principaux réside dans la méconnaissance des nuances entre les différents Incoterms. Par exemple, la distinction entre « EXW » (Ex Works) et « DAP » (Delivered at Place) implique des transferts de risques et des obligations logistiques radicalement différents²¹. Une mauvaise interprétation peut entraîner des surcoûts imprévus, des retards de livraison ou des litiges. Pour les petites entreprises, qui manquent souvent de ressources dédiées à la formation juridique ou logistique, cette complexité peut décourager l'utilisation optimale des Incoterms, limitant ainsi leur compétitivité à l'international.

La langue et les différences culturelles ajoutent une couche de difficulté. Bien que les Incoterms soient traduits dans plusieurs langues, leur interprétation peut varier selon les contextes juridiques nationaux. Par exemple, un terme comme « CIF » (Cost, Insurance, and Freight) peut soulever des ambiguïtés sur la portée de l'assurance ou les formalités douanières selon les pays²². Les entreprises opérant dans des régions où le droit commercial local est peu harmonisé avec les standards internationaux risquent de rencontrer des incompatibilités, nécessitant l'intervention d'experts juridiques – une ressource coûteuse pour les PME.

La mise à jour régulière des Incoterms (la dernière version date de 2020) vise à refléter l'évolution des pratiques logistiques, comme l'essor du e-commerce ou les exigences de traçabilité. Cependant, cette évolution constante exige une veille active de la part des entreprises. Beaucoup peinent à suivre, notamment dans les pays en développement où l'accès à l'information et à la formation est limité. Les institutions internationales et les gouvernements ont un rôle clé à jouer pour démocratiser l'accès à ces connaissances via des guides pratiques, des webinaires ou des partenariats avec des chambres de commerce locales.

Les outils numériques émergents, tels que les plateformes de gestion logistique ou les contrats intelligents (smart contracts), pourraient améliorer l'accessibilité des Incoterms. En

²¹ T. PIAZZON, la sécurité juridique, Defrénois, 2009, p. 169

²² J. Demogue, « Le crédit documentaire », revue de législation comparée et de droit international, Vol.17, 1935, p. 140-142.

automatisant l'application des clauses selon le terme choisi, ces technologies réduisent les erreurs humaines et facilitent la compliance. Toutefois, leur adoption reste inégale, en raison de coûts initiaux élevés ou d'un manque de compétences technologiques.

Enfin, l'accessibilité des Incoterms dépend aussi de leur adaptation aux réalités sectorielles. Certains secteurs, comme l'agroalimentaire ou les produits pharmaceutiques, ont des exigences spécifiques (chaîne du froid, réglementations sanitaires) qui ne sont pas toujours couvertes de manière satisfaisante par les termes existants. Une personnalisation accrue, sans remettre en cause l'universalité des Incoterms, pourrait renforcer leur utilité pratique. Page | 512

En conclusion, l'accessibilité des Incoterms repose sur un équilibre entre standardisation internationale et flexibilité locale²³. Pour qu'ils remplissent pleinement leur rôle de facilitateurs du commerce, il est crucial d'investir dans l'éducation, l'innovation technologique et la coopération institutionnelle, en particulier en faveur des acteurs les plus vulnérables. Une meilleure appropriation de ces termes par tous les maillons de la chaîne commerciale contribuerait à réduire les asymétries d'information et à renforcer la confiance dans les transactions transfrontalières.

B- Le renforcement des incoterms dans les contrats commerciaux internationaux

Le renforcement des Incoterms (International Commercial Terms) dans les contrats commerciaux internationaux est essentiel pour clarifier les responsabilités, réduire les risques juridiques et financiers, et fluidifier les échanges transfrontaliers²⁴. Élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), ces termes standardisés, révisés périodiquement, définissent précisément les obligations des acheteurs et vendeurs en matière de livraison, de transfert des risques, de répartition des coûts (transport, assurance, douane) et de formalités administratives. Leur intégration explicite dans les contrats permet d'éviter les ambiguïtés, notamment sur le lieu de transfert des risques, critique en cas de dommage ou de perte des marchandises. Par exemple, un contrat utilisant « FOB (Free On Board) » précise que le vendeur assume les risques jusqu'à l'embarquement de la cargaison, tandis que « CIF (Cost, Insurance, and Freight) » implique qu'il paie aussi l'assurance et le fret. Cependant, les Incoterms ne couvrent pas tous les aspects contractuels (comme le transfert de propriété ou les conséquences d'une rupture de contrat), d'où

²³ Leur accessibilité, c'est-à-dire la facilité avec laquelle les entreprises peuvent les comprendre, les intégrer et les appliquer correctement, reste un enjeu majeur pour la fluidité du commerce mondial.

²⁴ Les Incoterms (International Commercial Terms), élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), constituent un pilier essentiel des échanges internationaux en définissant les responsabilités respectives des acheteurs et des vendeurs dans les transactions transfrontalières.

la nécessité de les compléter par d'autres clauses. Leur renforcement passe par une sélection éclairée adaptée au mode de transport (maritime, aérien, multimodal), une mention claire de la version (p. ex., Incoterms® 2020), et une formation des parties prenantes pour éviter les erreurs courantes, comme confondre « EXW (Ex Works) » et « DDP (Delivered Duty Paid) », ce qui peut entraîner des surcoûts imprévus ou des retards douaniers²⁵. Les entreprises doivent également aligner ces termes avec les lois locales et les accords internationaux, notamment pour les formalités d'import/export, où une mauvaise interprétation de « DAP (Delivered At Place) » peut générer des conflits sur les frais de dédouanement. Enfin, le renforcement des Incoterms favorise une meilleure prévisibilité des coûts logistiques, une optimisation des assurances et une réduction des contentieux, tout en renforçant la confiance entre partenaires commerciaux. Les praticiens recommandent donc de consulter des experts juridiques et logistiques lors de la rédaction des contrats, et de privilégier des termes équilibrés reflétant le rapport de force et les spécificités sectorielles, assurant ainsi des transactions internationales plus sécurisées et efficaces.

Les Incoterms (International Commercial Terms), définis par la Chambre de commerce internationale (CCI), sont des clauses standardisées intégrées aux contrats commerciaux internationaux pour clarifier les responsabilités des acheteurs et des vendeurs. Ils déterminent les obligations liées au transport, aux coûts logistiques, aux transferts de risques et aux formalités douanières²⁶. Leur renforcement dans les contrats modernes répond à la complexité croissante des échanges transfrontaliers. En précisant des termes comme FOB (Free On Board) ou CIF (Cost, Insurance, and Freight), les parties évitent les malentendus, réduisent les litiges et optimisent la planification. Dans un contexte de mondialisation accélérée, leur utilisation rigoureuse devient un pilier de la sécurité juridique et opérationnelle.

L'expansion des chaînes d'approvisionnement multinationales exige une harmonisation des pratiques contractuelles. Les incoterms, révisés périodiquement (dernière version en 2020), s'adaptent aux évolutions technologiques et réglementaires. Leur renforcement permet de répondre aux défis tels que la digitalisation des documents ou les exigences environnementales. Par exemple, l'ajout de clauses relatives aux émissions carbone dans les contrats incluant des

²⁵ Dans un contexte marqué par la digitalisation des processus et les disruptions logistiques (COVID-19, tensions géopolitiques), une application rigoureuse des Incoterms limite les litiges liés aux retards ou aux responsabilités partagées.

²⁶ G. FLECHEUX, Les obligations de l'acheteur, la Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms- Actes du colloque du 1er, et 2 décembre 1989, L.G.D.J, 1990, p. 54.

incoterms reflète cette adaptation. Les entreprises opérant dans plusieurs juridictions y trouvent un cadre neutre, limitant les interprétations divergentes des lois nationales. Cette standardisation favorise également la confiance entre partenaires commerciaux, essentielle dans un marché concurrentiel.

L'ambiguïté dans la répartition des coûts et des risques est une source majeure de conflits. Les incoterms renforcés précisent, par exemple, à quel moment exact le risque passe du vendeur à l'acheteur (point de transfert). Une clause CIF bien rédigée évite les litiges sur la couverture d'assurance ou les frais portuaires. De plus, en cas de force majeure (pandémies, conflits géopolitiques), des incoterms clairs aident à déterminer les responsabilités pour les retards ou les pertes. Les entreprises peuvent ainsi mieux évaluer leurs expositions financières et souscrire des assurances adaptées. Ce cadre sécurise aussi les investisseurs et les institutions financières impliquées dans le commerce international.

Les incoterms influencent directement les stratégies logistiques. Un terme EXW (Ex Works) place la charge du transport sur l'acheteur, tandis que DAP (Delivered At Place) implique une gestion plus complexe pour le vendeur. Leur renforcement incite les parties à choisir des termes alignés sur leurs capacités opérationnelles. Par exemple, une PME optant pour FCA (Free Carrier) peut externaliser le transport sans assumer des coûts imprévus. Cela optimise également la traçabilité, cruciale dans les secteurs réglementés (pharmaceutique, agroalimentaire)²⁷.

La digitalisation transforme les pratiques commerciales, avec l'émergence de plateformes B2B et de contrats intelligents (smart contracts). Les incoterms mis à jour intègrent désormais les preuves électroniques (e-documents) et les processus automatisés. Par exemple, un incoterm DPU (Delivered at Place Unloaded) précise les obligations de déchargement dans un entrepôt connecté. Cette évolution est cruciale pour les acteurs du e-commerce, où la rapidité et la transparence sont primordiales. Le renforcement des incoterms dans les contrats en ligne limite aussi les fraudes et les erreurs de documentation, renforçant l'efficacité des douanes automatisées.

Malgré leur utilité, les incoterms sont parfois mal compris ou utilisés de manière inappropriée. Leur renforcement passe par une formation accrue des négociateurs, logisticiens et juristes. Les chambres de commerce et les organismes professionnels proposent des certifications pour maîtriser leur application concrète.

²⁷ Une définition claire des étapes logistiques réduit les ruptures de stock et améliore la satisfaction client.

Les incoterms modernes intègrent progressivement des considérations RSE (Responsabilité sociétale des entreprises. Les entreprises s'engagent ainsi à choisir des transporteurs respectueux de l'environnement ou à compenser les émissions. Ce renforcement éthique répond aux attentes des consommateurs et des investisseurs, tout en alignant les pratiques sur les accords internationaux.²⁸ Le renforcement des incoterms dans les contrats internationaux est une réponse aux défis complexes du commerce mondial. En combinant standardisation, adaptation technologique et responsabilité éthique, ils offrent un équilibre entre flexibilité et sécurité. Les entreprises qui les utilisent stratégiquement améliorent leur gestion des risques, leur efficacité logistique et leur image de marque. Cependant, leur succès dépend d'une collaboration continue entre législateurs, praticiens et organismes internationaux pour maintenir leur pertinence face aux mutations économiques et géopolitiques. À l'ère de l'incertitude, les incoterms restent un outil indispensable pour une mondialisation maîtrisée.

Conclusion

Les Incoterms, définis par la Chambre de commerce internationale (CCI), jouent un rôle clé dans les échanges internationaux en clarifiant les obligations des parties. Toutefois, leur utilisation dans les contrats commerciaux fait l'objet de contestations. Critiqués pour leur rigidité, certains termes comme l'EXW ou le DDP peuvent générer des ambiguïtés sur la répartition des risques et des coûts, surtout lorsque les pratiques locales divergent des standards. Des litiges surviennent également lorsque les parties méconnaissent leur portée juridique, les confondant avec des clauses contractuelles complètes, ou lorsque des législations nationales entrent en conflit avec leurs dispositions. Par ailleurs, l'évolution des modes de transport (multimodal) et des technologies expose leurs limites, nécessitant une interprétation adaptée. Pour pallier ces faiblesses, des améliorations sont proposées. La révision des Incoterms a renforcé leur clarté, notamment sur les obligations d'assurance ou les points de livraison. Une meilleure formation des acteurs et l'intégration de clauses contractuelles précises complétant les Incoterms réduisent les risques d'incompréhension. La digitalisation des processus, comme l'usage de contrats intelligents, pourrait automatiser le respect des termes. Enfin, une harmonisation accrue avec les conventions internationales (Convention de Vienne) et une flexibilité adaptative aux contextes locaux sont encouragées. Malgré ces progrès, les Incoterms restent un outil imparfait, devant être combiné à une rédaction rigoureuse des contrats et à une coopération entre parties pour équilibrer

²⁸ Il encourage aussi une répartition équitable des coûts écologiques entre acheteurs et vendeurs.

standardisation et spécificités des transactions. Leur efficacité dépend ainsi d'une application éclairée et contextualisée.





De la protection des personnes déplacées internes en Afrique par la convention de Kampala de 2009

On the protection of internally displaced persons in Africa by the 2009 Kampala convention

Par: Page | 517

Nicole NTUMBA BWATSHIA

Professeure d'Universités

Constantin KAZEMBE NGONGO

Magistrat du Parquet

Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa

Apprenant en DES/DEA à la Faculté de Droit dans la même Université

Emery-blondel KABONGO MUAMBA

Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete

Apprenant en DES/DEA à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa

Résumé :

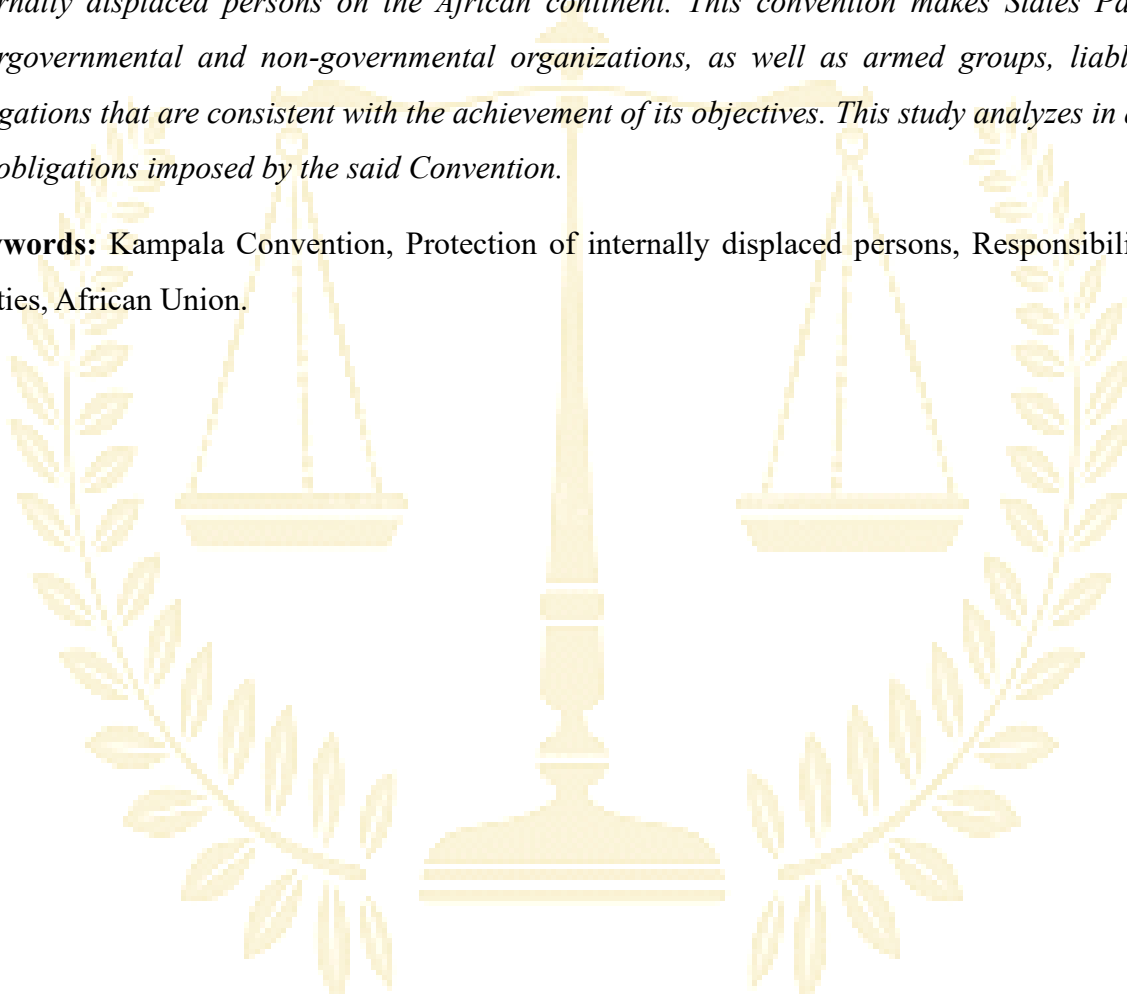
Avant 2009, aucun instrument juridique de droit international n'accordait la protection juridique contraignante aux personnes déplacées internes en Afrique. Cependant, l'adoption de la Convention de l'Union Africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique de 2009, dite (Convention de Kampala) est un signal fort et un grand espoir pour la protection et assistance des déplacés internes sur l'espace du continent africain. Cette convention rend les Etats parties, les Organisations intergouvernementales et non gouvernementales ainsi que les groupes armés débiteurs des obligations qui s'inscrivent dans la logique de la réalisation de ses objectifs. Cette étude analyse de manière approfondie le contenu de ces obligations qu'imprime ladite Convention.

Mots clés : Convention de Kampala, Protection des déplacés internes, Responsabilité des entités, Union Africaine.

Abstract:

Before 2009, no international legal instrument provided binding legal protection to internally displaced persons in Africa. However, the adoption of the 2009 African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa, known as the Kampala Convention, is a strong signal and a great hope for the protection and assistance of internally displaced persons on the African continent. This convention makes States Parties, intergovernmental and non-governmental organizations, as well as armed groups, liable for obligations that are consistent with the achievement of its objectives. This study analyzes in depth the obligations imposed by the said Convention.

Keywords: Kampala Convention, Protection of internally displaced persons, Responsibility of entities, African Union.



Introduction

L'histoire sur les déplacés internes nous révèle que, depuis la nuit du temps, des hommes, des femmes et enfants ont été contraints de fuir, de quitter leur région habituelle en quête de la sécurité suite à certains événements. Il va sans dire que, l'un des principaux problèmes des déplacés internes est la multiplicité des causes du déplacement forcé : les conflits armés et les troubles internes, les réinstallations forcées, les violences entre communautés, les catastrophes naturelles, les catastrophes écologiques et les violations systématiques des droits de l'homme.¹

Page | 519

En effet, la question des déplacés internes qui s'analyse par de force² est devenue sujette à des préoccupations internationales contemporaines.³ Il est sans doute que la recrudescence de ce phénomène constitue aujourd'hui une menace à la sécurité des Etats. A croire, pendant des décennies, ce phénomène a été souvent ignoré, voire oublié par le raisonnement de droit international. Pourtant, il représente sans doute un intérêt décisif dans la mesure où plusieurs personnes sont contraintes, par d'innombrables situations calamiteuses, à abandonner leur milieu de vie habituelle pour un autre.

Le concept « *déplacés internes* » fit sa première apparition officielle dans les documents des travaux de l'Organisation des Nations-Unies en 1972.⁴ Et, en 1992, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unies avait défini, dans son rapport, les personnes déplacées internes comme : « *des personnes qui ont été forcées de fuir leurs foyers soudainement, de manière imprévue et en grand nombre, par suite d'un conflit, de troubles internes, de violations systématiques des droits de l'homme ou des catastrophes naturelles ou causées par l'homme et qui se trouvent sur le territoire de leur pays* ». ⁵ Cette définition n'eut connu que peu d'adhésion des Etats au regard des critiques qu'elle fit l'objet non seulement parce qu'elle fut jugée restrictive par

¹ BOGUMIL (T.), *Déplacement provoqué par l'environnement. Cadre théorique et enjeux actuels*, Université de Liège, 2012. Disponible sur <https://scholar.google.com/scholar?q=bogumil+terminski>. Consulté le 20/09/2024.

² Cela revient à dire que la notion des déplacés internes ne s'envisage que par des situations complexes de nature à pousser un groupe d'individus à quitter un lieu à un autre indépendamment de leur volonté. Cfr. CIJ, Avis Consultatif, 9 juill. 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, § 128, pp. 133-134.

³ DEMBELE (Idrissa), « Deux organismes importants dans la protection des déplacés internes au Mali : Le CICR et le HCR », *RASP*, Vol. 2, n°1, p. 96.

⁴ MBUNGO (R.), *L'organisation des Nations unies et l'effectivité des droits fondamentaux des déplacés internes*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 21.

⁵ Voy. « Rapport analytique du Secrétaire général de l'ONU sur les personnes déplacées dans leur propre pays », Doc. Nations unies E/CN.4/1992/23 du 14 février 1992, §17.

ses critères quantitatifs et temporels mais aussi par l'emploi du concept « *soudainement* » qui exclut certaines personnes ou groupes de personnes.

En 1998, lors de l'adoption des Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, et ce à l'initiative de Monsieur Francis DENG qui avaient arrêté la définition suivante des personnes déplacées internes : «... *des personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcés ou contraints à fuir ou à quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un État...* ».⁶

Page | 520

A son tour, cette définition, malgré qu'elle s'inscrive dans une approche descriptive des caractéristiques de la vulnérabilité des déplacés internes,⁷ elle ne reprend pas en charge toutes les causes du déplacement interne, mais elle contient quand-même les deux principaux éléments du déplacement interne, à savoir : le mouvement forcé ou involontaire et le fait de rester à l'intérieur des frontières nationales.⁸ Malgré cela, cette définition a acquis une autorité nonobstant qu'elle soit contenue dans un instrument non contraignant.

Cependant, l'Afrique demeure l'un des continents le plus touché par cette situation de déplacement interne dans la mesure où l'on enregistre un nombre considérable des déplacés internes à ce jour. Les statistiques sur le nombre des personnes déplacées à l'intérieur de leurs propres pays sont très alarmantes. Ainsi, dans son rapport, l'*Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC)*, publié en 2024, note qu'à la fin de l'année 2023, le continent (africain) abritait 35 millions de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.⁹ Ces milliers d'individus ont été enclins à se déplacer de leur lieu de résidence habituelle pour fuir les conflits armés, les violences causées par les affrontements entre l'armée régulière et les groupes de rebelles ou carrément des

⁶ ONU, Rapport du Représentant du Secrétaire général, Francis M. Deng, présenté conformément à la résolution 1997/39 de la Commission des droits de l'homme, Additif, Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, E/CN.4/1998/53/Add.2 (16 octobre 1998), p. 6, paragraphe 2.

⁷ MBUNGO (R.), *L'organisation des Nations unies et l'effectivité des droits fondamentaux des déplacés internes* Op. Cit, p. 22.

⁸ COHEN (R.), « Recent trends in protection and assistance for eternally displaced people » in Hampton J. (Ed), 1998, p. 4.

⁹ IDMC, *Déplacement interne en Afrique : évolution des tendances (2009-2023)*. Ce rapport est publié en 2024 et il est disponible sur <https://doi.org/10.55363/IDMC.VYIL2669>.

catastrophes naturelles et vivent dans des situations les plus inhumaines, parfois sans abris ni nourriture.

Dans ces conditions, ces personnes deviennent vulnérables, c'est-à-dire des personnes qui sont dans une situation de faiblesse d'esprit ou des conditions physiques, morales, psychologiques ou intellectuelles et ne pouvant pas nécessairement concourir à leur épanouissement.¹⁰ Cette vulnérabilité s'explique par leur nouvelle vie ayant comme conséquence : la pauvreté ; la discrimination fondée sur de multiples motifs surtout à cause de leur statut migratoire ; l'emploi informel ; ou encore l'exposition aux groupes criminels et aux passeurs.¹¹

Page | 521

Convaincus que les déplacés internes sont restés pendant longtemps ignorés par le droit international, contrairement aux réfugiés, parce qu'ils n'ont pas franchi la frontière de l'Etat du territoire sur lequel le phénomène du déplacement est survenu. Or, les causes de leur déplacement sont quasiment les mêmes avec celles qu'ont connu les réfugiés. Donc, dans les mêmes conditions, les déplacés internes devaient bénéficier d'une protection de même nature que les réfugiés.

Le constat est que, les États qui ont la responsabilité première d'assurer la protection à leurs nationaux n'ont pas forcément les moyens ou la volonté politique pour apporter à ces personnes la protection, assistance et aide humanitaire. Aussi, bon nombre d'Etats étaient bien réticents à offrir assistance et protection aux déplacés internes.

Le droit international des droits de l'homme offre une protection générale à tous les individus et ce, sans discrimination.¹² Mais rappelons que, la question de la protection spéciale des personnes déplacées internes a été déjà abordée et prise en charge sur le plan universel par les Principes directeurs de l'Organisation des Nations unies de 1998.¹³ Cependant, ces « *Principes directeurs* » ne sont que des normes du « *Soft law* »¹⁴ et de ce fait, car cet instrument n'est qu'un

¹⁰ KALINDYE BYANJIRA (D.), *Droit international humanitaire*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 93.

¹¹ TOMOYA (O.), *Les déplacés internes sont plus vulnérables aux formes contemporaines d'esclavage. Déclaration devant le Conseil des droits de l'homme de l'ONU*. Disponible sur <https://news.un.org/fr/story/2021/09/1103982#:~:text=Plusieurs%20facteurs%20rendent%20les%20personnes,groupes%20criminels%20et%20aux%20passeurs>. Consulté le 25/10/2024.

¹² AHOUANSON (F.), « Protection des droits de l'homme en Afrique : passage d'une Cour à l'autre et la question des requêtes individuelles », *Document de travail du Forum africain des défenseurs des droits de l'homme* (FORADH), Ouagadougou, 10-13 août 2010.

¹³ Nations-Unies Droits de l'Homme, Haut- Commissariat, Principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, 2014.

¹⁴ C'est à dire à des instruments formellement non obligatoires, tels que les déclarations de principes.

acte « *programmatoire* ou *incitatoire* » des droits des déplacés internes. Juridiquement, cet instrument n'avait pas résolu la question de la protection des déplacés internes.

Notons que l'Afrique a connu une avancée significative et tend vers une solution idoine concernant la situation des déplacés internes par l'adoption de la Convention de l'Union Africaine de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique. Cette Convention vient à point nommé pour des solutions concrètes et efficaces à la problématique de la protection et assistance des déplacés internes en Afrique.

Page | 522

Aussi faut-il signaler qu'entre 2000 et 2004, la Conférence Internationale pour la Région des Grands Lacs avait déjà, dans le cadre sous régional, posé des jalons de la protection spéciale des déplacés internes où deux Protocoles ont été adoptés à l'occasion : *le Protocole sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées* et *le Protocole sur les droits à la propriété des rapatriés*. Ces Protocoles avaient comme objectif de rassembler les pays de la région pour dialoguer et convenir d'une stratégie afin d'apporter la paix et la prospérité dans la région, tout en reconnaissant le caractère transfrontalier et régional du phénomène de déplacement interne.

Mais, par-dessus tout, comme l'Afrique est bien plus affectée par le problème du déplacement que le reste du monde, les États africains avaient tout intérêt à instaurer un cadre durable au sein duquel ils pourraient coopérer pour affronter ce défi.¹⁵ Vu l'ampleur du phénomène du déplacement avec toutes ses conséquences, l'Union Africaine consciente de la situation avait mis en œuvre un processus en 2006, par les représentants des États membres, pour le développement d'un cadre juridique à l'échelle africaine sur les droits des déplacés internes. Ce processus aboutira à l'adoption en date du 23 octobre 2009, de la Convention de Kampala, lors de sa session extraordinaire du 22 et 23 octobre 2009 tenue à Kampala en Ouganda.

Cette Convention entrée en vigueur le 6 décembre 2012 après l'adhésion du Swaziland qui devient le 15^e Etat ratifiant, elle est le tout premier instrument régional juridiquement contraignant relatif au déplacement interne.¹⁶ Au-delà de la définition élargie et jugée satisfaisante et inclusive qu'elle donne au concept « *déplacés internes* »,¹⁷ dans le sens où elle prend en compte les

¹⁵ DIENG (A.), « Protection des déplacés internes : le modèle régional de la Convention de Kampala », *RCICR*, Vol. 99, 2017, pp. 157-177.

¹⁶ Observatoire des situations de déplacement interne (IDMC), Rapport sur le déplacement interne en Afrique, 2019, disponible sur <http://www.internal-displacement.org/africa-report>. Consulté le 4 mars 2024.

¹⁷ Son article 1 (k) donne la définition suivante aux personnes déplacées internes : « (d)es personnes ou groupes de personnes ayant été forcées ou obligées de fuir ou de quitter leurs habitations ou lieux habituels de résidence, en particulier après, ou afin d'éviter les effets des conflits armés, des situations de violence généralisée, des violations

déplacements internes causés tant par des conflits, violences généralisées, violations des droits de l'homme, catastrophes naturelles qu'aux projets de développement, ainsi visant également toutes les personnes touchées par ce phénomène sans distinction de nationalité se trouvant encore sur le territoire de l'un des Etats partie à la Convention, elle assigne aux Etats parties à la Convention et d'autres entités non étatiques des obligations juridiquement contraignantes. De plus, la Convention de Kampala de 2009 cherche à mettre fin au phénomène de déplacement interne « ...*par l'éradication de ses causes premières, particulièrement les conflits persistants et récurrents...* », ¹⁸ tout en réaffirmant l'engagement de la vision commune consistant à apporter des solutions durables aux situations des personnes déplacées internes en mettant en place un cadre juridique approprié pour leur apporter protection et assistance.

Cette convention s'inscrit dans les objectifs de prévenir le déplacement forcé en Afrique ; de protéger les déplacés internes afin de les permettre d'avoir des bonnes conditions de vie dignes et humaines, y compris le respect de leurs droits ; de bénéficier sans entrave l'assistance humanitaire tant par l'Etat que par des Organisations internationales ou les acteurs humanitaires ; de favoriser les solutions durables pour les déplacés internes, et en fin ; de déterminer le niveau de responsabilité des acteurs étatiques que non étatiques dans la protection et assistance des déplacés internes.

Au regard de ce tour qui précède, il convient d'analyser de manière approfondie les obligations que la Convention assigne aux Etats parties et aux entités non étatiques, en l'occurrence les Organisations intergouvernementales et non-gouvernementales, ainsi que les groupes armés jugés être à l'origine du phénomène de déplacement de la population lors des conflits armés. Cependant, pour étoffer notre recherche, l'interrogation suivante s'impose, à savoir, quel est le contenu des obligations que la Convention de Kampala de 2009 assigne aux débiteurs de ladite.

Pour la réalisation d'une telle recherche, nous avons fait recours à la technique « dogmatique juridique ». Celle-ci vise à déterminer le contenu d'une règle juridique à partir de la prise en compte des sources formelles du droit international positif¹⁹. La présente étude est subdivisée en deux grands points. En premier lieu, il sera question d'examiner la responsabilité des Etats parties comme obligation découlant de la Convention de Kampala de 2009 (I), et en

des droits de l'homme et/ou des catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme, et qui n'ont pas traversé une frontière d'Etat internationalement reconnue ».

¹⁸ Lire la convention de Kampala, préambule, §5.

¹⁹ CORTEN (O.), *Méthodologie en droit international public*, Bruxelles, ed.de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 23.

second lieu, l'étude portera sur les rôles des entités non étatiques dans la protection et assistance des déplacés internes selon ledit instrument (II).

I- LA RESPONSABILITÉ DES ETATS PARTIES A PROTÉGER ET ASSISTER LES PERSONNES DÉPLACÉES SELON LA CONVENTION DE KAMPALA DE 2009

Page | 524

Rappelant que cette Convention est tout premièrement, le premier instrument juridique contraignant sur la protection des déplacés internes tant sur le plan régional et par ailleurs, au monde ; deuxièmement elle est un instrument juridique qui oblige les Etats parties à s'attaquer aux causes du déplacement interne et à protéger leurs droits et leurs bien-être de la violence, des catastrophes naturelles et de violations des droits de l'homme auxquels ils font face. Elle oblige également les Etats à prendre des mesures en faveur des solutions durables contre ce fléau.

La responsabilité de protéger est une notion bien connue des internationalistes²⁰, elle est l'un des attributs de la souveraineté des Etats. Il est indéniable que, le droit international est fondé sur la souveraineté nationale et il le demeurera.²¹ Ceci insinue que la responsabilité de l'Etat est fondamentale pour assurer une approche efficace du déplacement interne et le simple fait que les déplacés internes demeurent à l'intérieur des frontières de leur Etat signifie que la responsabilité principale de les protéger et de les aider incombe au gouvernement dudit Etat.²² *A fortiori*, les personnes déplacées internes sont des citoyens *bona fide* et des résidents habituels dans leurs pays qui, à ce titre, peuvent donc légitimement prétendre à toutes les protections et à tous les droits prévus par le droit international des droits de l'homme et, dans les situations de conflit armé, par les traités de droit international humanitaire auxquels leurs pays sont partis.²³

La convention de Kampala réaffirme la responsabilité primordiale de l'Etat à protéger et assister humanitairement les personnes déplacées internes se trouvant sur le territoire de l'Etat sans discrimination²⁴. Il résulte de l'analyse de cette responsabilité qu'elle se joue à trois niveaux : avant, durant et après les déplacements.

²⁰ VAN STEENBERGHE (R.), « Responsabilité de protéger et protection des civils dans les conflits armés : un rapprochement au détriment du droit international humanitaire ? », *RQDI*, 26.2, 2013, p. 130.

²¹ AGOKLA (K-M.), *Cours de sécurité collective*, Cours de droit public, Université de Lomé (Togo), 2012, p.33-37.

²² FERRIS (E.), MOONEY (E.) et STARK (Ch.), *From Responsibility to Response: Assessing National Approaches to Internal Displacement*. The Brookings Institution. London School of Economics project on Internal Displacement, November 2011, p. IX. Disponible sur <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/From-Responsibility-to-Response-Nov-2011>. Consulté le 04 juillet 2020.

²³ DIENG (A.), « Protection des déplacés internes : le modèle régional de la Convention de Kampala *Op. Cit.*, p. 160.

²⁴ Lire l'article 5, Alinéa 1 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

A- La responsabilité de l'Etat avant la survenance du déplacement interne

Avant la survenance du déplacement, l'Etat se voit obligé d'anticiper les événements susceptibles de provoquer le déplacement des populations. De ce fait, dit-on il incombe à l'Etat la responsabilité de prévenir le déplacement interne. Ainsi, il ressort de la combinaison des articles 3 (1), point (a) et 4 (2) de Convention de Kampala, que les Etats s'engagent à : « *s'abstenir de pratiquer, interdire, prévenir le déplacement arbitraire des populations* »²⁵ et mettre « (...) *au point des systèmes d'alerte précoce dans le cadre du système continental d'alerte précoce dans les zones de déplacement potentiel, élaborent et mettent en œuvre des stratégies de réduction du risque de catastrophes, des mesures d'urgence, de réduction et de gestion des catastrophes, et fournissent si nécessaire, la protection et l'assistance d'urgence aux personnes déplacées* ». ²⁶

Il va sans dire que pour que cette obligation soit dite « remplie », l'Etat doit prendre des mesures tendant à réduire de façon très significative la survenance du déplacement interne, peu importe la cause de son origine, en adoptant des stratégies pouvant éviter le déplacement arbitraire des populations. Il doit prendre de précaution pour éviter les abus du droit qui puisse provoquer le déplacement. Pour ce faire, les Etats doivent : « (...) *respecte(r) et veille(r) au respect de leurs obligations en vertu du droit international, notamment les droits de l'homme et le droit humanitaire, afin de prévenir et d'éviter les situations pouvant conduire au déplacement arbitraire de personnes* ». ²⁷

Les abus à éviter s'appréhendent par la discrimination dans la jouissance de tout droit et toute liberté du fait de condition de personnes déplacées, les meurtres arbitraires, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et autres violations de droit international humanitaire ; les exécutions sommaires, la détention arbitraire, l'enlèvement, la disparition forcée, la torture ou tout autre forme de traitements cruels, inhumains et dégradants auxquelles elles font face ; la violence sexuelle et fondée sur le genre, les pratiques néfastes, l'esclavage, le recrutement

²⁵ Lire l'article 3, Alinéa 1, point (a) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

²⁶ Lire l'article 4, Alinéa 2 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

²⁷ Lire l'article 4 (1) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

d'enfants et leur utilisation dans les hostilités, le travail forcé, le trafic et détournement d'êtres humains ; ainsi que la famine.²⁸

B- La responsabilité de l'Etat durant le déplacement interne

Ainsi, pendant le déplacement, la Convention impose à l'Etat concerné les obligations d'action ou d'abstention en vue du respect et de la réalisation des droits fondamentaux (*supra* cités) reconnus aux personnes déplacées internes et ce, quelle que soit la cause du déplacement. La Convention impose également aux Etats à veiller au respect de l'alinéa 2 de l'article 9.

La Convention souligne dans ce contexte que l'Etat doit prendre des mesures nécessaires pour assurer aux personnes déplacées un accueil sans discrimination aucune, et qu'ils vivent dans des conditions satisfaisantes de sûreté, de dignité et de sécurité.²⁹ Ces mesures s'imposent quoi que les déplacés internes soient dans des familles d'accueil ou qu'ils soient dans des camps. L'Etat doit leur fournir dans les plus brefs délais l'assistance humanitaire adéquate. Cette assistance humanitaire comprend notamment l'alimentation, l'eau, l'abri, les soins médicaux et autres services de santé, l'assainissement, l'éducation, et tous autres services sociaux nécessaires. Elle peut être étendue, en cas de besoin, aux communautés locales et d'accueil.³⁰

L'Etat doit leur garantir la liberté de mouvement et de choix de résidence, excepté dans les cas où les restrictions sur ces mouvements et ce choix de résidence sont nécessaires, justifiées, et proportionnées pour des raisons de sécurité, ou pour des raisons d'ordre et de santé publique.³¹ Il doit également protéger ces lieux contre l'infiltration par des groupes ou éléments armés, désarmer et séparer ces groupes ou éléments de la population des personnes déplacées.³²

La Convention astreint l'Etat concerné à prendre les mesures nécessaires, de sauvegarde contre la dégradation de l'environnement dans les zones où sont localisées les personnes déplacées,

²⁸ Lire l'article 9, Alinéa 1 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

²⁹ Lire l'article 9, (1), (a) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³⁰ Lire l'article 9, (1), (b) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³¹ Lire l'article 9, (1), (f) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³² Lire l'article 9, (1), (g) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

dans la juridiction des États parties ou dans les secteurs sous leur contrôle effectif.³³ Dans la même logique, prendre les mesures nécessaires leur permettant de jouir et exercer leurs droits civiques et politiques, particulièrement le droit à la participation publique, notamment le droit de voter et d'être éligible aux fonctions publiques en tant que citoyens dans son pays.³⁴

Page | 527

Dans le cas où il y a des enfants séparés et non accompagnés ou les femmes chef de ménages ou les femmes enceintes, les mères accompagnées de jeunes enfants, les personnes âgées ou handicapées ou souffrant des maladies transmissibles, une protection spéciale et assistance correspondants à leurs besoins doivent leur être accordées.³⁵ Très particulièrement pour les droits de la femme, l'Etat doit prendre des mesures spéciales visant à protéger et prévoir la santé reproductive et sexuelle des femmes déplacées, ainsi que l'appui psycho-social approprié aux victimes d'abus sexuels et autres.³⁶

La Convention demande également aux Etats touchés de créer et maintenir un registre à jour dans lequel est enregistré toutes les personnes déplacées dans leur juridiction. Cette tâche peut être exécutée soit par les Etats eux-mêmes, à défaut, en collaboration avec les organisations internationales, agences humanitaires ou les organisations de la société civile.³⁷

De plus, qu'il soit délivré aux personnes déplacées internes les documents d'état civil et autres documents d'identité nécessaires pour la jouissance et l'exercice de leur droits susdits.³⁸ S'il faut citer ces documents, nous avons par exemple les passeports, cartes d'identités personnelles, actes de mariage, actes de naissance, les certificats de propriété parcellaire, etc. il faut signaler que ces documents lui seront établis sans leur exiger des frais.

³³ Lire l'article 9, (1), (j) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³⁴ Lire l'article 9, (1), (l) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³⁵ Lire l'article 9, (1), (c) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³⁶ Lire l'article 9, (1), (d) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³⁷ Lire l'article 13, Alinéa 1 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

³⁸ Lire l'article 13, Alinéa 2 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

Enfin, l'Etat doit assurer aux personnes déplacées le droit de rechercher la sécurité dans une autre région de leur État, et d'être protégées contre le retour forcé ou la réinstallation dans un lieu où leur vie, leur sécurité, leur liberté et/ou leur santé serait à risque.³⁹

C- La responsabilité de l'Etat lors de la disparition de la cause du déplacement

Page | 528

Les déplacements involontaires engendrent plusieurs conséquences incommensurables au regard de leurs victimes. Il reste vrai que les déplacements internes constituent, comme il a été signalé, l'un des défis le plus redoutable à relever. Notons que les déplacements forcés peu importe les conditions dans lesquelles ils ont eu lieu, constituent aussi une violation de droits de l'homme. En termes des conséquences, on enregistre : la perte de leurs maisons ou de leur propriété foncière, la perte de leurs moyens de subsistance, la perturbation de l'éducation des enfants, la séparation des familles, la perte ou la destruction des documents personnels à l'instar des pièces d'identité et l'exposition à la violence,⁴⁰ dans certaines circonstances les personnes déplacées internes se trouvent évincés de leurs droits civil et politique.

Alors que la Convention vise à « *promouvoir et renforcer les mesures régionales et nationales destinées à prévenir ou atténuer, interdire et éliminer les causes premières du déplacement interne, et prévoir des solutions durables* », ⁴¹ pour atteindre ses objectifs, elle demande aux Etats de rechercher des solutions durables au problème de déplacement, par la promotion et la création des conditions satisfaisantes pour le retour volontaire, l'intégration locale ou la réinstallation de manière durable, et dans des conditions de sécurité et de dignité.⁴² Cela traduit l'idée selon laquelle lorsque la cause du déplacement disparaît, l'Etat est dans l'obligation de consulter les déplacés internes à faire un choix libre pour leur retour, intégration locale ou leur réinstallation.

Le retour dans leur foyer ou résidence d'origine. Le retour constitue une meilleure solution pour les déplacés. S'ils trouvent leurs biens, ils sont en droit absolu de rentrer en possession de leurs biens. C'est le retour au *statu quo*. C'est ainsi que nous pensons que l'Etat doit protéger la propriété privée et les biens laissés par les personnes déplacées internes au moment de leur départ.

³⁹ L'article 9, (1), (e) de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

⁴⁰ IDM et NRC, Instruments nationaux relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, 2013, p. 20. Disponible sur www.brookings.edu/idp

⁴¹ Convention de Kampala de 2009, article 2, a.

⁴² L'article 11, Alinéa 1 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

Cette protection doit s'inscrire contre tout acte de destruction, de l'appropriation, l'occupation ou l'utilisation arbitraires et illégales de leurs biens. Dans le cas où ils se trouvent dépossédés de leurs biens, une réparation s'impose en leur faveur.

Dans les conditions où leur retour n'est plus possible, les déplacés internes sont intégrés dans la communauté locale de leur déplacement. Dans ce cas, il faut conclure qu'ils ont perdu ce qu'ils avaient en termes des droits et statut. Ainsi, ils doivent recevoir, dans la mesure du possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux qu'ils disposaient avant l'événement pour leur permettre de subvenir à leurs besoins et assurer leur développement futur. Page | 529

Dans le cas où, leur retour ou l'intégration ne sont pas possibles, les déplacés internes sont réinstallés dans une autre partie du pays. Cette réinstallation est volontaire. Ce qui veut dire qu'ils doivent consentir à la réinstallation. A l'effet, l'Etat concerné leur fournit les moyens nécessaires leur permettant de reconstruire leur vie dans ces lieux.

En tout cas, l'Etat doit s'assurer de leur participation à la recherche des solutions durables. Ces solutions doivent être adéquates. Il convient de noter que les solutions durables dans ce cadre, comprennent le retour au lieu d'habitation ou de résidence d'origine, l'intégration dans la communauté locale d'accueil des déplacés internes et la réinstallation dans une autre partie du pays. Ici aussi, l'Etat doit mettre en place un cadre juridique adéquat pour apporter une compensation juste et équitable, et de fournir d'autres formes de réparation pour les dommages résultant déplacement.⁴³

La question suivante mérite d'être posée : quand est-ce que les déplacés internes ne sont plus considérés comme tels ? La réponse à cette question nous paraît complexe. Mais pour y répondre, Walter KÄLIN, alors, a établi un ensemble de critères qui déterminent la fin du déplacement interne. Sont pris en compte non seulement le mouvement physique, mais aussi la nécessaire mise en place des conditions pouvant assurer la durabilité des solutions adoptées. Ces critères permettent de savoir si les déplacés ont atteint, trouvé une solution viable et durable à leur situation.⁴⁴

La Convention ne se limite pas seulement à imprimer des obligations à l'égard des Etats parties, mais elle reconnaît aussi le rôle que jouent les organisations internationales et agences

⁴³ Article 12 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

⁴⁴ MBUNGO (R.), *L'organisation des Nations unies et l'effectivité des droits fondamentaux des déplacés internes*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 214.

humanitaires ainsi les organisations de la société civile pour lui permettre d'atteindre les objectifs qu'elle s'est assignée.

II-LE ROLE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET DES AGENCES HUMANITAIRES EN TANT QUE DEBITRICES SUBSIDIAIRES DANS LA PROTECTION DES DEPLACES INTERNES

Page | 530

Face à certaines défaillances dans le chef des Etats à gérer seuls les flux des personnes déplacées internes, la Convention de Kampala reconnaît aux organisations internationales et agences humanitaires ainsi que les organisations de la société civile le rôle à jouer dans la protection et assistance des déplacés internes.

A- Le rôle de l'Union Africaine dans la protection des déplacés internes

L'union Africaine est une organisation régionale créée le 9 juillet 2002 à Durban. Aux vues, non seulement de l'ampleur du phénomène de déplacement interne sur le continent, mais aussi de ses conséquences, avait reconnu d'énorme défi à relever pour des solutions idoines face à ce phénomène qui est devenu un sujet très préoccupant de la communauté africaine et du monde. Sous ses auspices, la Convention de Kampala a été adoptée en réponse à ce phénomène. Il faut signaler que l'Union africaine joue un rôle important dans la protection des déplacés internes.

La convention de Kampala donne un mandat spécial à l'Union africaine en matière de protection et d'assistance aux personnes déplacées internes. Elle lui reconnaît le droit d'intervenir dans des circonstances graves, en cas de perpétration du génocide, de crimes de guerre et des crimes contre l'humanité contre les personnes déplacées internes, à la demande de l'un ou des plusieurs Etats parties à la Convention.⁴⁵ Il va sans dire que la Convention a reconnu à l'Union africaine le droit d'intervention consacré dans son acte constitutif.⁴⁶

Selon la Convention, l'Union Africaine joue un rôle majeur en supportant les Etats membres, elle coordonne la mobilisation des ressources pour la protection et assistance des personnes déplacées. Contrairement aux Etats parties à la Convention, l'Union Africaine n'est pas soumise à l'obligation de prévenir le déplacement de la population.

⁴⁵ Article 8 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

⁴⁶ Article 4 (h) de l'Acte constitutif de l'Union Africaine.

B- Le rôle de la Cour Pénale Internationale dans la protection des déplacés internes

La question de la responsabilité pénale de l'individu et de sa subjectivité internationale est relativement récente et profondément liée au développement du droit international pénal, durant le XX^e siècle de la protection internationale des droits de l'homme. Son émergence a rendu l'individu responsable de ses actes au niveau international par la mise en place des mécanismes de protection internationale des personnes. C'est dans cet ordre d'idées que la Cour Pénale internationale joue un grand rôle dans la protection des déplacés internes. Page | 531

La Cour Pénale Internationale, créée en 1998 par le Statut de Rome, participe également à la protection des déplacés internes. Le Statut de Rome, tel que révisé en 2010 à Kampala, incrimine aussi le déplacement forcé de la population civile pour des raisons ayant trait aux conflits armés. Déjà, l'article 8, §2, alinéa « e », point « viii » du Statut de Rome se lit comme suit : « *Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent* ».

Pour sa part, la Convention reconnaît et affirme la possibilité de tenir des acteurs non étatiques responsables de violations des droits de l'homme. Elle exige des États parties qu'ils engagent des poursuites pénales contre ceux qui sont à l'origine du déplacement. Il s'agit là d'une avancée significative dans le cadre de l'évolution générale de la responsabilité en droit international.⁴⁷ Elle affirme qu'elle n'exonère pas de la responsabilité pénale individuelle des membres de tels groupes en vertu du droit pénal national ou international.⁴⁸ Il ressort de la lecture de l'article 7 (4) et (5) que, lorsque des États n'ont pas la capacité ou la volonté d'engager des poursuites pénales conformément à leur droit national, ils peuvent faire appel à la Cour Pénale Internationale, car sa compétence répond au principe de complémentarité.

Cependant, l'article 7 (4) de la Convention est clair, il dispose que : « *Les membres des groupes armés sont tenus pénalement responsables de leurs actes qui violent les droits des personnes déplacées aux termes du droit international et de la législation nationale* ». Le point 5 de cet article interdit aux membres des groupes armés de : a) procéder à des déplacements arbitraires ; b) entraver, en quelque circonstance que ce soit, la fourniture de la protection et de

⁴⁷ DIENG (A.), « Protection des déplacés internes : le modèle régional de la Convention de Kampala », *Op. cit.*, pp. 157-177.

⁴⁸ Article 7 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

l'assistance aux personnes déplacées ; c) nier aux personnes déplacées, le droit de vivre dans des conditions satisfaisantes de dignité, de sécurité, d'assainissement, d'alimentation, d'eau, de santé et d'abri, et de séparer les membres d'une même famille ; d) restreindre la liberté de mouvement des personnes déplacées à l'intérieur et à l'extérieur de leurs zones de résidence ; e) recruter, en quelque circonstance que ce soit, des enfants, de leur demander ou de leur permettre de participer aux hostilités ; f) recruter par la force des individus, de se livrer à des actes d'enlèvement, de rapt ou de prise d'otages, d'esclavage sexuel et de trafic d'êtres humains, notamment des femmes et des enfants ; g) empêcher l'assistance humanitaire et l'acheminement des secours, des équipements et du personnel au profit des personnes déplacées ; h) attaquer ou nuire au personnel et au matériel déployés pour l'assistance au profit des personnes déplacées, et de détruire, de confisquer ou de détourner ces matériels ; i) violer le caractère civil et humanitaire des lieux où les personnes déplacées sont accueillies et de s'infiltrer dans ces lieux.

A ces propos, L'affaire du *Procureur c. Bosco NTAGANDA* dont le jugement en première instance, rendu le 9 juillet 2019, et au second degré en est une illustration inévitable.

C- Le rôle des Organisations internationales et des agences à caractère humanitaire

Même si le cadre juridique sur la protection des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays soit mis en place dans le cadre régional, nombre de problématiques préoccupantes se chronicisent. La principale est relative à la conciliation de la souveraineté de l'État avec l'impératif pour les institutions chargées de secourir les populations vulnérables sur le territoire de leur propre pays lorsque ce dernier ne peut ou ne veut le faire.

La règle générale en droit international, demeure celle de non-ingérence dans les affaires internes de l'Etat, mais, selon la « philosophie » de Bernard KOUCHNER⁴⁹, une aide doit être portée aux populations victimes de massacres, de maladie, de famine etc. même si l'Etat territorial concerné n'y consent pas.

Dans la même logique, en 1972, l'Assemblée générale de l'ONU adopta la résolution 2958 du 12 décembre 1972 qui élargira la notion des personnes que doit protéger le Haut-Commissariat des Réfugiés. D'autres résolutions ont été adoptées, notamment la résolution 48/116 le 20

⁴⁹ Fondateur de l'ONG international « Médecins Sans Frontières » et ancien ministre français des affaires étrangères.

décembre 1993, la résolution 49/169 du 1994 qui ont réaffirmé le rôle du Haut-Commissariat des Réfugiés face aux personnes déplacées à l'intérieur d'un Etat.

Ainsi, face à l'incapacité des Etats de gérer les flux des déplacés internes, nous avons vu les institutions internationales (Haut-Commissariat des Réfugiés) et les ONG (Comité International de la Croix-Rouge etc.) qui facilite et apporte de l'aide d'urgence aux déplacés internes. La Convention de Kampala a reconnu aux organisations internationales, aux organisations de la société civile et agences humanitaires, le libre accès aux personnes déplacées, et les oblige à respecter le droit international et la législation nationale de l'Etat sur le territoire duquel elles interviennent pour l'aide humanitaire, les droits de l'homme des personnes déplacées et les principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance des acteurs humanitaires.⁵⁰

Il va sans dire que l'aide humanitaire vise le matériel et les services essentiels pour la survie des personnes déplacées internes, tels que la nourriture, l'eau, les fournitures médicales, les abris et les vêtements. Ainsi, l'assistance humanitaire, contrairement à l'intervention d'humanité, met en jeu des secouristes, privés ou publics, chargés de soulager les souffrances, sauver les vies, nourrir les corps, organiser l'installation, le transit ou le retour de populations déplacées à l'intérieur de leur propre pays ou à l'extérieur de celui-ci. Elle ne devrait pas se heurter aussi vivement au principe de non-ingérence.⁵¹ Cette position est salvatrice à la protection de la souveraineté de l'Etat concerné et se constitue en garde-fou pour éviter la tricherie qui se cacherait derrière l'action humanitaire de secours en vue de réaliser d'autres fins.

D- Les mécanismes de suivi de la mise en œuvre de la Convention de Kampala

La Convention de Kampala prévoit la création des mécanismes de suivi pour sa mise en œuvre. Sur ce, son article 14 institue la Conférence des Etats parties à cette Convention. Cette institution a comme tâches : « *le suivi et l'examen de la mise en œuvre des objectifs assignés à la Convention par les Etats parties* ». Les objectifs visés par la convention consistent donc⁵² :

⁵⁰ Articles 5 et 6 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

⁵¹ *Op. Cit.*, p. 9.

⁵² Article 2 de la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

- À promouvoir et renforcer les mesures régionales et nationales destinées à prévenir ou atténuer, interdire et éliminer les causes premières du déplacement interne, et prévoir des solutions durables ;
- Mettre en place un cadre juridique de prévention du déplacement interne, de protection et assistance aux personnes déplacées en Afrique ;
- Mettre en place un cadre juridique de solidarité, de coopération, de promotion de solutions durables, d'appui mutuel entre les Etats parties, en vue de combattre le déplacement, et prendre en charge ses conséquences ;
- Définir les obligations et responsabilités des Etats parties concernant la prévention du déplacement interne ainsi que la protection et l'assistance aux personnes déplacées ;
- Définir les obligations, responsabilités et rôles respectifs des groupes armés, acteurs non étatiques, et autres acteurs concernés, y compris les organisations de la société civile, concernant la prévention du déplacement interne, la protection et l'assistance aux personnes déplacées.

La Conférence d'Etats a, en outre, la tâche veiller sous son égide le renforcement de capacité des Etats parties en matière de coopération et d'assistance mutuelle. A titre d'information, la première Conférence des Etats parties s'est tenue à Harare en avril 2017.⁵³ Le mécanisme institué ainsi offre aux Etats parties une plate-forme pour présenter des rapports à cet organe sur les progrès réalisés en termes d'assistance aux personnes déplacées internes et de mise en œuvre de solutions durables à leur déplacement.

Conclusion

Face à la question de savoir quel est le sens de la protection des personnes déplacées internes en Afrique par la Convention de Kampala de 2009, la réponse à cette question est sans relâche que cette protection est spéciale. Elle l'est parce qu'elle vise non seulement une catégorie des personnes bien identifiées, « *personnes déplacées internes* » rendues vulnérables par les

⁵³ Voy. *Plan of Action for the Implementation of the Kampala Convention Adopted by Conference of States Parties*, communiqué de presse du 3 avril 2017. Ce communiqué est disponible sur : <https://au.int/fr/node/32304>.

conséquences produites par les déplacements mais aussi à améliorer la qualité de vie quotidienne des déplacés internes en Afrique et répond efficacement à leurs besoins.

La Convention de Kampala garantit les droits des déplacés internes, elle impose aux Etats parties à protéger leurs droits et leur bien-être, à prendre des mesures nécessaires en faveur des solutions durables, et à s'attaquer aux causes du déplacement interne par l'éradication de ses causes. En plus, elle institue la Conférence d'Etats parties comme le mécanisme de suivi et de sa mise en œuvre.

Page | 535

La Convention dont analyse, est le tout premier instrument juridique contraignant qui puisse exister dans le monde entier concernant la protection et l'assistance des déplacés internes. Par sa légistique systémique, elle imprime des obligations à double effet à l'égard des Etats parties. L'effet horizontal, c'est-à-dire elle oblige les Etats parties à respecter les obligations qu'elle énonce. L'effet vertical, c'est-à-dire elle oblige les Etats aussi à assurer la protection et l'assistance des déplacés internes contre tous les actes qui pourrait porter atteinte aux déplacés internes venant des particuliers. Et ses dispositions, nous semblent, dépourvues du caractère *self-executing*, car elles obligent les Etats parties à prendre des mesures nécessaires.

Enfin, la Convention de Kampala renforce la protection des déplacés internes. De ce fait, elle tient pénalement responsables les membres des groupes armés de leurs actes qui violent les droits des personnes déplacées aux termes du droit international et de la législation nationale.

L'interprétation de l'acte administratif unilatéral dans le contentieux de l'excès de pouvoir

The interpretation of the unilateral administrative act in the litigation of excess of power

Par: Page | 536

Ansoumane SACKO

Maître Assistant en Droit Public

Université G. L. C. Sonfonia Conakry

Résumé :

Cette analyse démontre que l'interprétation de l'acte administratif unilatéral mise en œuvre par le juge dans le contentieux de l'excès de pouvoir ont des incidences sur le développement de ce type de recours. La prépondérance du critère organique permet de classer les actes administratifs en diverses catégories hiérarchisées, en fonction de leurs auteurs respectifs ; cette classification est indifférente à la nature réglementaire ou non réglementaire des actes. Il faut noter aussi l'aspect matériel de l'acte. Ce second aspect qui complète le premier, connaît une identification jurisprudentielle, en Afrique francophone, comme étant des actes destinés à modifier l'ordonnancement juridique. Par ailleurs, le principe de l'exception de recours parallèle et la technique de la détachabilité s'ils ont pu trouver une certaine légitimité dans le contexte français, sont sources de difficultés, voire d'atrophie du contentieux de l'excès de pouvoir dans le contexte actuel en Afrique noire francophone. Le raisonnement du juge, à travers l'analyse des différentes décisions, constitue parfois un frein à l'épanouissement de contentieux. Les réformes entamées depuis les années 90 doivent connaître un affermissement allant dans le sens d'une protection efficace des droits des justiciables au XXI^e siècle. En tout état de cause, l'analyse permet de saisir que, malgré tout, le recours pour excès de pouvoir, depuis son institution, montre quelques signes de vitalité en Afrique noire francophone.

MOTS CLES : Recours, Excès de pouvoir, Interprétation, Juge, Acte unilatéral.

Abstract :

This analysis shows that the interpretation of the unilateral administrative act implemented by the judge in disputes of excess of power have an impact on the development of this type of remedy. The preponderance of the organic criterion makes it possible to classify administrative acts into various hierarchical categories, according to their respective authors; This classification is irrelevant to the regulatory or non-regulatory nature of the acts. It is also important to note the material aspect of the act. This second aspect, which complements the first, is identified in case law, in French-speaking Africa, as acts intended to modify the legal order. Moreover, the principle of the exception of parallel recourse and the technique of detachability, although they have found a certain legitimacy in the French context, are sources of difficulties, even atrophy, of litigation on the abuse of power in the current context in French-speaking sub-Saharan Africa. The judge's reasoning, through the analysis of the various decisions, sometimes constitutes a brake on the development of litigation. The reforms initiated since the 1990s must be strengthened in order to ensure effective protection of the rights of litigants in the twenty-first century. In any case, the analysis allows us to understand that, despite everything, the appeal for abuse of power, since its institution, has shown some signs of vitality in French-speaking black Africa.

Page | 537

Keywords: Appeal, Excess of power, Interpretation, Judge, Unilateral act.

Introduction

L'interprétation est consubstantielle à la fonction de juger¹. C'est pourquoi le professeur Nicaise MEDE rappelle que : « *Juger les faits n'est cependant pas tout l'office du juge. Le juge peut tout autant être un juge de la loi ou un juge des actes réglementaires. Dans cette hypothèse, le juge est commis à la tâche de donner sens à un principe élémentaire dans un Etat de droit*² ». La soumission de l'acte administratif à la loi est tout entière garantie par le recours contentieux³. Cette soumission ne peut être assurée que s'il existe un juge compétent pour asseoir comme le dit Alain BOCKEL, « *une véritable interprétation autonome*⁴ » de l'acte administratif unilatéral dans le cadre d'un recours en annulation ; ce qui a inspiré la présente réflexion consacrée à l'interprétation de l'acte administratif unilatéral dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Parmi les recours contentieux, le plein contentieux⁵ et le contentieux de l'excès de pouvoir sont de loin les plus importants⁶. Le recours pour excès de pouvoir « ... *constitue le recours en annulation par excellence* » précise Ibrahim SALAMI⁷. Il est considéré aussi par la doctrine comme le recours le plus emblématique du contentieux administratif, parfois surnommé « *recours guillotine* »⁸. Décrit par G. JEZE comme « *l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés*⁹ ». C'est un recours juridictionnel formé auprès du juge administratif en vue de l'annulation d'un acte administratif unilatéral, pour cause d'illégalité¹⁰. Pour E. LAFERRIERE, « *Par contentieux de l'excès de pouvoir, il s'agit du contentieux de l'annulation, c'est-à-dire, l'annulation des décisions attaquées, (...) ces recours ne*

¹ Ibid.

² Nicaise MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Dakar, l'Harmattan, 2018, p. 569.

³ Demba SY, *Droit administratif*, Dakar, l'Harmattan, 2014, p. 24 ; Martin BLEOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, Abidjan, CNDJ., 2012, p. 8 ; Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : droit administratif*, décembre 2013, pp. 33 et s. ; Placide MOUDOU DOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Presse Universitaire de Brazzaville, 2018, pp. 219 et s ; Hilaire AKEREKORO, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative béninoise*, Cotonou, Les Editions de la Miséricorde, 2018, p. 18.

⁴ Alain BOCKEL, *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 1978, p. 38.

⁵ Recours sur lequel la juridiction administrative prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires. Ainsi le juge peut-il, suivant la définition classique de Laferrière, reformer les décisions de l'administration non seulement quand elles sont illégales mais encore lorsqu'elles sont erronées, leur substituer des décisions nouvelles, constater des obligations et prononcer des condamnations pécuniaires. V. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2022, p. 868.

⁶ Ibid., p. 434.

⁷ Ibrahim D. SALAMI, *Droit administratif*, Cotonou, CeDAT, 2021, p. 394.

⁸ Laurie AUGAGNEUR, « *Contentieux administratif* », DDJ, <https://www.doc-du-jursite.com> (consulté le 06 janvier 2024).

⁹ Gaston JEZE, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 180.

¹⁰ Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN et Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 2021, p. 482

peuvent être fondés que sur l'illégalité des décisions »¹¹. Avec Demba SY, « On peut définir le recours pour excès de pouvoir comme étant l'action par laquelle toute personne y ayant intérêt peut provoquer l'annulation d'une décision exécutoire par le juge compétent en raison de l'illégalité de cette décision¹² ». Il faut alors préciser que le recours pour excès de pouvoir est un contrôle de nature objective, qui relève du contentieux de la légalité¹³. Ce contentieux est celui dans lequel il est demandé au juge de se prononcer sur la régularité d'un acte¹⁴. Au contentieux de la légalité appartient aussi le recours en appréciation de légalité : c'est un recours incident. Ce dernier provient d'une question de légalité découverte en cours d'instance par le juge judiciaire et posée au juge administratif parce que la solution de la question commande la solution du litige et parce que le judiciaire est incompétent pour la donner lui-même (question préjudicielle)¹⁵. Ce recours n'aboutit pas à une annulation, comme en matière de REP, mais à la déclaration par le juge compétent de la légalité ou de l'illégalité de l'acte en cause. Peut également être rattaché au contentieux de la légalité, le rarissime recours en déclaration d'inexistence, qui vise à faire déclarer par le juge administratif qu'une décision est juridiquement inexistante, le plus souvent en raison de la gravité des atteintes à la légalité qu'elle contient¹⁶. Au regard de cette diversité, la présente étude s'intéresse au recours pour excès de pouvoir. Ce choix nous est pratiquement imposé par la pratique jurisprudentielle en Afrique noire francophone, qui est relativement dominée par ce type de recours en matière de contentieux administratif.

L'acte administratif est un moyen juridique d'action de l'administration, qui recouvre deux procédés principaux : l'acte administratif unilatéral destiné à régir des personnes étrangères à son édicition, leur impose des droits et obligations ; le contrat, destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs, entraîne des droits et obligations sur la base d'un accord de volonté¹⁷. L'approche de l'acte administratif unilatéral est celle qui est retenue ici. C'est la manifestation unilatérale de volonté émanant d'une autorité administrative, qui affecte l'ordonnancement juridique et s'applique à d'autres sujets de droit que l'auteur de l'acte¹⁸.

¹¹ Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Paris, Berger-Levrault, 1887-1888, 2^e éd., 1896, réédition LGDJ, 1989, p. 15.

¹² Demba SY, *Droit administratif*, Dakar, l'Harmattan, 2014, p. 113.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1990, p. 122.

¹⁵ CE, 19 juin 1981, *Lesage*, Dr. Adm., 181 n°237.

¹⁶ Gilles J. GUGLIELMI, *Cours de droit administratif*, Paris, Université Paris-Panthéon-Assas, 2004, p. 13.

¹⁷ Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN et Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 10.

¹⁸ *Ibid.*

L'interprétation est une opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur¹⁹. Elle désigne aussi bien les éclaircissements donnés par l'auteur même de l'acte (loi interprétative, jugement interprétatif), que le travail d'un interprète étranger à l'acte (interprétation doctrinale, interprétation judiciaire d'une convention, interprétation ministérielle d'une loi)²⁰. En principe, l'interprétation intervient pour expliquer un texte ; elle est explicative²¹. Parfois, il apparaît comme un enrichissement ou une modification de la règle préexistante, parfois aussi le produit d'une création prétorienne, surtout en droit administratif et en droit constitutionnel²². Il arrive que l'interprétation soit utilisée pour combler les lacunes d'un texte ; elle devient créatrice²³. En matière juridique, l'interprétation présente des traits originaux²⁴. Dotée d'une force contraignante, inhérente à une démarche du raisonnement impliquant souvent l'appréciation d'un tiers, l'interprétation présente un double aspect, car elle peut porter sur le droit ou sur le fait²⁵. Il convient de noter que l'interprétation, portant sur le droit en l'occurrence l'acte administratif unilatéral, effectuée par le juge compétent est celle retenue dans le cadre de notre analyse, conformément à la formulation de notre sujet.

Il faut donc préciser de manière générale que l'application de la règle de droit, et particulièrement de l'acte administratif unilatéral, rend souvent nécessaire le recours à l'interprétation du juge compétent. Dans le système juridique d'Afrique noire francophone ce sont donc principalement les Cours suprêmes, à travers leurs chambres administratives²⁶ à l'exception notoire de certains Etats²⁷, qui usent du pouvoir d'interpréter les actes unilatéraux à l'occasion des recours pour excès de pouvoir²⁸. La réflexion est donc axée sur l'appréhension de l'interprétation

¹⁹ François TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2003, p. 430.

²⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 571.

²¹ Elle désigne par extension la méthode qui inspire la recherche (l'interprétation littérale s'attache à la lettre du texte ; exégétique, elle s'efforce de dégager l'intention de son auteur, téléologique, elle se règle sur la finalité de la norme). Astrid MARAIS, *Introduction au droit*, Paris, Vuibert, 2023-2024, pp. 214 et s.

²² Martin BLEOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, op. cit., p. 8.

²³ Astrid MARAIS, *Introduction au droit*, op. cit., p. 220.

²⁴ Jean-Jacques BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse ronéot. Paris II, 2 vol., 1979, p. 259 ; Yans PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse Ronéot, Paris II, 1988, p. 99.

²⁵ Pour une étude exhaustive sur les méthodes et techniques du juge en droit administratif, voir Ndéye M. F. NDIAYE, *Méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse de doctorat de d'Etat en Droit, UCAD, 1995, 517 p.

²⁶ Pour une étude exhaustive sur l'unité de juridiction, V. Babacar KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif l'exemple du Sénégal*, Thèse de doctorat de droit public, Université d'Orléans, 1983, 426 p.

²⁷ C'est par exemple le cas du Mali. V., Loi n°94-006/AN-RM portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs ; Loi n°2011-38/AN-RM du 15 juillet 2011 portant création de juridictions (Cours Administratives d'Appel). Cette loi a été abrogée par la loi n°02-054/AN-RM du 16 décembre portant statut de la magistrature au Mali.

²⁸ A titre d'exemple, voir la loi n° 2015/019/AN du 13 août 2015, portant organisation judiciaire en République de Guinée modifiée par la loi ordinaire n°0033/2017/AN du 14 juillet 2017, portant création, organisation et

de l'acte unilatéral mise en œuvre par le juge compétent en matière du contentieux de l'annulation en Afrique noire francophone.

En Afrique noire francophone²⁹, le recours en annulation est consacré par les lois³⁰ et la jurisprudence. Dans ce dernier cas, le juge africain reprend à son compte la décision *Dame Lamotte* de son homologue français, qui l'a expressément consacré³¹. En effet, le juge énonce que les dispositions d'une loi « ne sauraient avoir pour conséquence de priver le requérant des possibilités ouvertes par le recours pour excès de pouvoir, alors que l'intéressé ne conteste la décision prise par l'autorité administrative que par des moyens de légalité »³². On peut dès lors affirmer qu'en Afrique noire francophone, le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux dans lequel tout intéressé peut demander au juge compétent d'annuler un acte administratif pour violation de la légalité.

Dans la doctrine philosophique relative au contentieux administratif, la critique tirée du manque d'efficacité du recours en annulation a été illustrée avec brio dans une chronique publiée en 1962 dans la Revue *Dalloz* par J. RIVERO : *Le Huron au palais-Royal*³³. Décrivant à la manière du MONTESQUIEU des *Lettres persanes*³⁴ la procédure juridictionnelle en matière de recours pour excès de pouvoir, il dénonçait l'effet souvent platonique de décisions constatant, plusieurs années après les faits d'une décision administrative sans en tirer d'autres conséquences³⁵. Ainsi, la mort programmée du recours pour excès de pouvoir, voie de droit commun du contrôle juridictionnel de légalité³⁶, n'a cessé d'être annoncée ou prédite par quelques cassandres³⁷. A cette

fonctionnement du Tribunal de commerce de Conakry ; Loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême du Sénégal.

²⁹ La présente étude consacrée à l'Afrique noire francophone est illustrée à travers certains Etats : le Sénégal, le Congo, le Burkina Faso, la Guinée, la Côte d'Ivoire et le Mali.

³⁰ Au Sénégal par exemple, le recours pour excès de pouvoir est consacré par la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême ; en Guinée, il est consacré par la loi organique L/2017/003/AN du 23 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

³¹ CSCA 1^{er} avril 1964, *Diby Yao Georges*.

³² *Ibid.*

³³ Jean RIVERO, « Le Huron du Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », in Page de doctrine, Paris, LGDJ, 1980, T. 2, pp. 329-334.

³⁴ Roman publié au Printemps 1721 à Amsterdam par MONTESQUIEU.

³⁵ Manuel DELMARRE et Timothée PARIS, *Droit administratif*, Paris, Ellipse, 2009, pp. 467 et s.

³⁶ CE, 22 juillet 1994, *Jabl*.

³⁷ Maurice HAURIOU, « Recevabilité de la tierce opposition contre une décision sur recours pour excès de pouvoir », *RGD*, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/>, p. 14239, (consulté le 29 décembre 2024) ; René CHAPUS, « L'administration et son juge, ce qui change », *EDCE* 1992p. 268 ; M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995 p. 190 ; J.-M. WOEHLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 777 ; F. ROLIN, « Le recours pour excès de pouvoir, une espèce en voie de disparition ? », *Dalloz actu*, 3 juin 2015, p. 24.

critique traditionnelle s'en ajoutait une autre, qui était liée aux effets d'une annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir³⁸. En vérité, les critiques émises à l'encontre du recours en annulation n'ont pas été les seules à favoriser le développement du recours de pleine juridiction³⁹. Toutefois, la reconnaissance législative du pouvoir d'injonction⁴⁰ vient écorner le principe traditionnel d'interdiction, au juge administratif, d'adresser une injonction à l'administration. Aussi les évolutions jurisprudentielles récentes ont permis de redorer le blason terni du recours en annulation⁴¹. De manière générale, on peut souligner que ces conditions sont inspirées par un souci de réalisme.

Le recours pour excès de pouvoir a été créé par la jurisprudence française à partir des années 1830⁴², mais en fait c'est la loi du 24 mai 1872 qui lui donne sa base textuelle. Pour le professeur P. LAMPUE, « *si l'apparition du recours pour excès de pouvoir, en tant qu'institution peut se placer au Cours du premier quart du XIXe siècle, il apparaît pourtant certain que la jurisprudence, dans ses efforts tendant à soumettre au contrôle les actes de l'autorité publique a bénéficié de traditions et de précédents* »⁴³. L'institution française du REP a été reconduite puis consacrée dans l'ordonnancement juridique des Etats d'Afrique noire francophone⁴⁴. Dans ces Etats, la première période située entre 1960 et 1990 est une période plutôt tatillonne⁴⁵. Elle est caractérisée par l'insuffisance des recours en annulation auprès des chambres administratives des Cours suprêmes⁴⁶. L'année 1990 apparaît comme celle de tous les bouleversements et constitue la deuxième période de l'évolution quantitative des recours en annulation. De ce fait, les administrés

³⁸ Une telle annulation entraîne la disparition rétroactive de l'acte. (CE, 29 septembre 1925, *Rodière*).

³⁹ La Cour de Strasbourg fait de l'exécution de la décision juridictionnelle un élément à part entière du droit à un procès équitable (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*).

⁴⁰ Loi française du 8 février 1995.

⁴¹ On peut d'abord évoquer la jurisprudence relative à la substitution de motifs, qui permet à l'administration, devant le juge, de proposer de substituer un motif qu'elle sait être erroné par un autre motif, légal celui-ci, et de nature à justifier sa décision (CE, Sect., 6 février 2004, *Meme Hallal*). Les autres avancées que l'on peut évoquer sont liées à la volonté d'atténuer les conséquences de l'effet rétroactif des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir. (CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis* ; CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*). Par ailleurs, par deux décisions rendues par son assemblée du contentieux, le Conseil d'Etat étend son champ d'application à certaines formes nouvelles de normativité de « droit souple » (CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international et autres* ; CE Ass., 21 mars 2016, *Société Numéricable*).

⁴² CE, 15 juillet 1832, *Garde nationale de Paris* ; CE, 28 décembre 1832, *Préfet de la Seine*.

⁴³ Pierre LAMPUE, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA*, 1954, p. 359

⁴⁴ A titre illustratif, V. en Guinée, l'ord. N° 01/PRG/SGG du 03 octobre 1958 relative à l'application des textes français qui sont conformes à l'ordre public guinéen ; au Sénégal, l'ord. n° 60-17 de 1960 relative à la Cour suprême ; en Côte d'Ivoire, Loi n°61-201 du 2 juin 1961 ; au Mali, Loi n°61-55/AN-RM du 21 juin 1961.

⁴⁵ Ambeu Akoua VIVIANE-PATRICIA, *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire*, thèse de doctorat de droit public, Université de Lyon, 2011, p. 171

⁴⁶ René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif Général*, Abidjan, 1996, p. 25.

tirent des conséquences⁴⁷. Ainsi, plus d'un demi-siècle après l'institution du recours en annulation, mathématiquement, on constate une réelle progression de cette voie de droit.

La présente étude ouvre de nombreux axes de réflexion. Il s'agit, à travers une grille d'analyse de la jurisprudence d'Afrique francophone, d'approfondir la réflexion sur certains éléments : la définition de la notion d'acte administratif unilatéral fondée sur des critères organique matériel, l'appréciation du caractère légal ou non d'un acte administratif ; les limites de l'emploi de la technique de la détachabilité et de l'exception de recours parallèle et l'appréciation, par le juge de l'excès de pouvoir, des conditions de recevabilité de l'acte administratif unilatéral.

Page | 543

Au regard des arrêts rendus en Afrique noire francophone, il convient de se poser la question suivante : le raisonnement du juge de l'excès de pouvoir, à travers son pouvoir d'interprétation, est-il suffisant à la fois dans la détermination du champ d'application de l'acte administratif unilatéral et dans l'appréciation de ses propres limites ?

On peut relever que si la jurisprudence africaine francophone peut paraître à première vue satisfaisante et riche, à cause de très nombreux arrêts rendus en matière de contentieux de l'excès de pouvoir, l'étude desdits arrêts peut bouleverser sensiblement cette présomption pour des raisons liées à la conception restrictive de l'acte administratif unilatéral, entraînant, le cas échéant, l'étiollement du contentieux de l'excès de pouvoir.

L'intérêt lié à une telle réflexion est double. Sur le plan théorique, l'analyse permet de saisir par le biais de nombreuses décisions en matière de contentieux de l'excès de pouvoir en Afrique noire francophone, la diversité des éléments d'appréciation employés par le juge dans l'interprétation de l'acte administratif unilatéral. Sur le plan pratique, la réflexion permet d'appréhender, à travers l'organisation de cette voie de droit, que l'appréciation littérale et stricte des règles de recevabilité relatives à l'acte administratif unilatéral par le juge, sont d'autant d'obstacles pour le justiciable.

La question de l'interprétation de l'acte administratif unilatéral marque de nos jours l'évolution contemporaine du droit administratif. A juste titre, cela fait bien longtemps, le juge de l'excès de pouvoir n'est plus sourd aux sirènes du temps qui passe : la jurisprudence *Association*

⁴⁷ Les cours suprêmes sont de plus en plus sollicitées. En Côte d'Ivoire, on dénombre à cette époque, en une seule année plus de décisions d'annulation que durant deux décennies. En effet, pour la seule année de 1992 on dénombre quarante arrêts.

AC ! est là pour le rappeler. Le recours pour excès de pouvoir confronté au « *droit souple* » : il plie mais ne rompt pas ⁴⁸ ! En Afrique la métamorphose est aussi plus récente. A titre illustratif les arrêts rendus en 2022 et 2023 par la Cour suprême du Sénégal, relativement aux recours contre les décisions du Conseil National de la Régulation de l'Audiovisuel⁴⁹ et du Conseil Supérieur de la Magistrature⁵⁰, relancent le débat sur l'actualité de l'interprétation de l'acte administratif unilatéral dans le contentieux de l'annulation. Cette évolution, en Afrique noire francophone, est précisément justifiée par le fait que la légalité débattue dans un tel contentieux est, précisément, comme le souligne bien S. ROUSSEL, une « *légalité pour l'avenir* ⁵¹ ».

L'objectif poursuivi par l'étude consiste à démontrer que le raisonnement utilisé par le juge, en Afrique noire francophone, dans l'interprétation de l'acte unilatéral, a parfois des incidences négatives sur le développement du recours pour excès de pouvoir pour des raisons liées à la conception restrictive de cet acte.

On peut donc noter que la qualité d'acte administratif y est encore principalement liée à la présence d'un organe administratif au sens strict du terme. Une telle conception n'est pas de nature à entraîner un développement du contentieux de l'excès de pouvoir. Ainsi, cette recherche en quête d'une analyse sur l'interprétation de l'acte administratif unilatéral en Afrique noire francophone pourrait être organisée autour de deux axes : l'interprétation restrictive dans la détermination des actes administratifs unilatéraux (I) et l'interprétation autolimitative du juge de l'excès de pouvoir (II).

⁴⁸ Didier GIRARD, « Le recours pour excès de pouvoir confronté au « *droit souple* » : il plie mais ne rompt pas ! », Note sous CE Ass., 21 mars 20216, *Société Numéricable et Fairvesta international et autres*. Une telle posture a prospéré dans le contentieux des décisions de refus : on se souviendra par exemple de la retentissante jurisprudence (CE, *Commune de Grande-Synthe*, 2020).

⁴⁹ CS, arrêt n°17 du 23 février 2023, *Le groupe D-Média c/ le Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel*.

⁵⁰ CS, arrêt n°32 du 28 juillet 2022, *H c/ Etat du Sénégal*.

⁵¹ Sophie ROUSSEL, Rapporteuse publique, conclusion, séance du 12 novembre 2021, Décision du 19 novembre 2021, p. 21. Disponible en ligne sur <http://conseil-etat.fr>, consulté le 31 décembre 2024.

I- L'INTERPRETATION RESTRICTIVE DANS LA DETERMINATION DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATERAUX

La notion d'acte susceptible de recours pour excès de pouvoir coïncide juridiquement avec celle d'acte administratif unilatéral défini à l'aide de trois critères : un critère organique relatif à l'auteur de l'acte, un critère matériel mettant l'accent sur le contenu de l'acte et un critère fonctionnel relatif aux effets de l'acte. La réunion des critères matériel et organique entraîne, par le biais de l'interprétation restrictive, l'exclusion de nombreux actes émanant de l'administration du contentieux de l'excès de pouvoir en Afrique francophone. C'est donc en procédant par élimination que l'on pourra avoir une idée de ce qu'est l'acte susceptible de recours pour excès de pouvoir. On partira dans ce cas, de la détermination des actes exclus du contentieux en fonction de la prépondérance du critère organique (A) à celle des actes exclus du contentieux en fonction du critère matériel (B).

Page | 545

A- Les actes exclus du contentieux en fonction de la prépondérance du critère organique

Le critère organique est prédominant dans l'interprétation du juge malgré quelques importantes exceptions. C'est la qualification de l'acte résultant de la nature de son auteur. Dès lors qu'un acte juridique, présentant par ailleurs les caractères nécessaires, émane d'une autorité administrative, c'est-à-dire d'un agent ou organe administratif investi de la compétence, il a la nature d'acte administratif. D'où l'appréciation jurisprudentielle des actes exclus en fonction du critère organique (1). Il peut s'agir également des actes accomplis dans les limites de délégation de pouvoir (2).

1- L'appréciation jurisprudentielle des actes exclus en fonction du critère organique

L'utilisation du critère organique permet de distinguer les actes administratifs parmi les actes émanant des diverses personnes publiques : il suffit pour cela de caractériser la nature juridique de l'auteur de l'acte. La définition organique de l'acte administratif permet de distinguer deux catégories juridiques. Ainsi, le premier élément d'analyse s'intéresse aux actes administratifs et actes émanant des personnes privées. Le second élément d'analyse est lié aux actes administratifs et actes émanant d'autorités publiques non administratives.

Concernant le premier niveau d'analyse relatif aux actes administratifs et actes émanant de personnes privées, il convient de noter que normalement, les personnes privées ne peuvent prendre d'acte administratif, n'étant pas investies de la qualité d'autorité administrative. Sauf exception,

les actes pris par une personne privée échappent à toute attaquabilité précisément par voie de recours pour excès de pouvoir devant le juge. Dans l'arrêt *Baba Dramé*, le juge administratif malien a fait savoir que « *la régulation de l'acte de vente établi par un notaire (...) ⁵²* » est un acte émanant d'une autorité privée, et échappe de ce fait à son contrôle. Il faut alors souligner que le juge africain francophone s'attache principalement à la qualification doctrinale de la notion d'autorité administrative, c'est-à-dire « *les organes placés dans la hiérarchie ou la tutelle administrative* »⁵³. Un raisonnement de même type apparaît dans l'affaire *Madame Massalé Touré*⁵⁴ rendu en 2023 par le juge guinéen. Ce dernier, dans son enfermement législatif, n'est pas encore allé au-delà des articles 88 et 89 de la loi organique l/2017/003/AN/2017 du 23 février 2017 qui prévoient les conditions de recours pour excès de pouvoir. Cela se comprend facilement puisqu'il n'est généralement saisi que par les actes des autorités administratives. Le Juge congolais est allé dans le même sens dans l'affaire *Eugène Moussolo*⁵⁵, que « *l'Agence Transcongolaise ATC-CFCO des Communications placée sous le régime du droit privé parce qu'étant un établissement public à caractère industriel et commercial fonctionnant dans les mêmes conditions analogues à celles des entreprises privées similaires n'a pas la qualité d'autorité administrative (...), la Chambre administrative de la Cour suprême est incompétente pour statuer sur l'annulation d'une décision prise par le directeur du CFCO à l'encontre de Eugène Moussolo* ». La Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin tient aussi à la notion d'acte administratif unilatéral attaquant au moyen du recours en annulation⁵⁶.

A propos du second niveau d'analyse qui est relatif aux actes administratifs et actes émanant d'autorité publique non administrative, seules les personnes publiques peuvent en principe éditer des actes administratifs. Il faut, bien entendu, que ces personnes habilitées à élaborer des actes administratifs soient des autorités nationales. A juste titre, la décision émanant d'une autorité étrangère n'est pas susceptible d'être attaquée devant le juge ivoirien⁵⁷. En Côte d'Ivoire, on a, en effet, plein à comprendre que le certificat de propriété soit tantôt un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir⁵⁸, tantôt un acte insusceptible de recours

⁵² CS-SA, arrêt n°02 du 7 janvier 2010, inédit.

⁵³ Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 420.

⁵⁴ CS-CA, arrêt n°04, 19 janvier 2023, *Madame Massalé Touré c/Le ministère de la Ville de l'Aménagement du territoire*.

⁵⁵ CS-CA, 21 mars 2002, *Eugène Moussolo*.

⁵⁶ CS-CA, 16 novembre 2020, *Mama Yarou Adam c/Gouda Bagnan et un autre*.

⁵⁷ CS, 26 avril 1961, *Alioune Ndiaye*.

⁵⁸ CS-CA, 21 mai 2008, *Deflorin Marcel Werner c/ ministère de la Construction et de l'Urbanisme*.

pour excès de pouvoir⁵⁹, qu'une promesse de vente d'un immeuble⁶⁰, que la décision de rejet implicite⁶¹ ou que l'arrêté portant licenciement d'un agent véreux, pris par le Directeur général de la Société Ivoirienne des Postes et de l'Epargne (SIPE), société d'économie mixte⁶², soient des actes administratifs à l'égard desquels des recours pour excès de pouvoir ont été déclarés recevables. Par ailleurs, comme au Sénégal, les chefs de juridiction peuvent prendre des ordonnances susceptibles d'être attaquées en recours pour excès de pouvoir⁶³. En outre, le certificat de propriété semble admis depuis 2010 en Côte d'Ivoire comme un acte administratif susceptible de REP : plus d'une dizaine d'arrêts ont été rendus dans ce sens de façon constante⁶⁴. C'est justement à ce niveau qu'il faut relever les incertitudes qui affectent la jurisprudence administrative de l'Afrique noire francophone et qui font naître le sentiment que le juge lui-même statue sans trop faire attention, au gré des conclusions des rapporteurs⁶⁵. La recevabilité des requêtes contre les actes des autorités administratives indépendantes, comme l'autorité de régulation des marchés publics⁶⁶, démontre, à quelques exceptions près, qu'il n'est pas en marge de l'extension jurisprudentielle de la notion comme en France⁶⁷. Ainsi, en Afrique francophone, si la qualité d'acte administratif y est encore liée à la présence d'un organe administratif au sens strict du terme, il faut savoir que cette condition est insuffisante dans certains cas notamment les actes accomplis dans le cadre de la délégation de pouvoir.

2- Le cas des actes accomplis dans les limites de délégation de pouvoir

Il convient, à ce titre, de porter l'analyse sur les actes administratifs susceptibles de REP émanant d'autorités non administratives. Il s'agit ici d'une situation inverse à celle exposée dans

⁵⁹ CS-CA, 26 novembre 2003, *Andoh Phillipe Brou et autres c/ ministère de la Construction et de l'Urbanisme*,

⁶⁰ CS-CA, 29 juillet 2009, *Ahmed Ould Labeld c/ Ministère de la construction, de l'urbanisme et de l'habitat*.

⁶¹ CS-CA, 27 juin 2001, *Nouama Pierre Appiah c/ ministère de la sécurité*.

⁶² CS-CA, 27 juillet 1998, *Gonssangbeu c/ SIPE*.

⁶³ CS, arrêt n°64 du 26 décembre 2013, *Ahmadou Moustapha Mboup c./ Etat du Sénégal*.

⁶⁴ CS-CA, 31 mars 2010, *Maroufou Tchitou c/ Directeur de la conservation foncière et de l'enregistrement* ; 23 juin 2010, *Nanan Téry Nyameke c/ Conservateur de la propriété foncière et des hypothèques* ; 21 juillet 2010, *La SICOGI c/ ministère de l'économie et des finances*.

⁶⁵ Kalilou DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, op. cit., p. 363.

⁶⁶ CE, arrêt n° 47 du 10/12/2009 *Société Sen Technology SARL c. Comité de Règlement des Différends de l'ARMP* (Sénégal) ; CS-CA, *La société Niaré froid et la décision n°14-063/ARMDS-CRDS du 16 décembre 2014* (Côte d'Ivoire)

⁶⁷ Dans la jurisprudence française, la notion d'autorité administrative a été reconnue aux « *autorités administratives indépendantes* », à des assemblées territoriales⁶⁷, et même à « *des personnes privées chargées d'une mission de service public et investies à cette fin de prérogatives de puissance publique* ». C'est pourquoi, « *il est nécessaire de s'attacher, moins à la qualité générale de l'auteur de l'acte qu'à la qualité en laquelle il a pris l'acte* ». V. CE, 12 mars 1982, *Confédération générale du travail* ; CE, 19 mars 1954, *Chambre de commerce de Brazzaville* ; CE français, 13 janvier 1961, *Magnier*.

le développement précédent. Deux éléments d'analyse se dégagent. Pour le premier, il convient d'expliquer que cette qualification d'acte administratif a été donnée aux actes pris dans le cadre de l'exécution du service public et présentant des caractères exorbitants du droit privé. Dans le même sens, sont considérés comme acte administratif les règlements touchant à l'organisation du service. Pour le second élément, il s'agit de se pencher sur la dissociation opérée, par le juge, entre les deux éléments de la définition de l'acte administratif (acte administratif-autorité administrative), tout en tenant compte de la nature et du contenu de l'acte.

Concernant le premier élément de l'analyse, il est relatif aux actes pris dans le cadre de l'exécution du service public et présentant des caractères exorbitants du droit privé, il s'agit des cas où ces organismes, de droit privé gérant un service public administratif, prennent des décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux propriétaires, usagers ou intéressés⁶⁸. A titre exceptionnel, l'explication selon laquelle un acte administratif peut émaner d'une personne non administrative découle du fait que ces personnes, à qui l'on a confié l'exécution de missions d'intérêt général, ont été investies de ce pouvoir de prendre des décisions administratives par la personne publique pour le compte de qui elles agissent. Ce même type de raisonnement apparaît dans l'arrêt du 27 avril 1994 relatif à l'affaire *Dial Diop Municipalité contre Etat du Sénégal*⁶⁹ où le juge déclare que : « *l'autorité administrative n'a pu déléguer que la compétence dont elle est investie et qu'il en résulte que les actes accomplis par les organismes délégataires dans les limites de la délégation sont formellement des actes administratifs et par suite, susceptibles de recours pour excès de pouvoir* ». Au Congo, on a une situation similaire, le juge a décidé dans l'arrêt *Banque Nationale de Développement du Congo (BNDC)* que cette institution bancaire, soumise à la réglementation des sociétés anonymes, « *...est investie de la volonté du législateur d'une mission d'intérêt national (...) pour le compte de l'Etat (...); que dès lors, la BNDC participe à l'exécution d'un service public et que dans la poursuite de ses buts d'intérêt général, elle prend des décisions comportant l'usage des prérogatives de puissance publique que lui a confié le législateur* »⁷⁰. De même, les règlements touchant l'organisation des services industriels et

⁶⁸Il s'agit là d'une autre manifestation de la crise du service publics : à partir des années 30, le juge administratif français admet que le service public ne soit pas nécessairement pris en charge par des personnes publiques. Didier TRUCHET, « Nouvelle récente d'un illustre vieillard – Label de service public et statut du service public », *AJDA*, n°7/8, 1982, pp. 427-436.

⁶⁹CE, 27 avril 1994, A. S. C. *Dial Diop Municipalité Club c./ Etat du Sénégal*.

⁷⁰CS-CA, 18 mai 1973, *Banque Nationale de Développement du Congo c/ Tsana*.

commerciaux gérés par une personne de droit privé sont considérés comme des actes administratifs unilatéraux⁷¹.

En abordant le second élément l'analyse, la définition organique de l'acte administratif comporte quelques exceptions importantes, posées par la jurisprudence⁷². Elle consiste en la dissociation des deux éléments de la définition (acte administratif – autorité administrative), la nature de l'acte est analysée en fonction de ses caractéristiques propres et de son contenu, sans prendre en considération la qualité de son auteur⁷³. Elles ne remettent cependant pas en cause fondamentalement la prépondérance du critère organique⁷⁴. Le cas le plus illustratif est celui relatif aux ordres professionnels. Les raisonnements des juges congolais⁷⁵, burkinabé⁷⁶, ivoirien⁷⁷, sénégalais⁷⁸ sont clairs : il ne faut surtout pas se contenter du seul critère organique pour déterminer la nature administrative ou non d'un acte. De ce point de vue, les Ordres professionnels, chargés d'un service public, disposent dans certains cas du pouvoir réglementaire. Ces ordres professionnels ont la possibilité d'édicter les règles relatives aux professions concernées. Ces règles sont susceptibles de recours en annulation. Ainsi, « *les décisions du bâtonnier de l'Ordre national des avocats* » bien que revêtant le caractère d'acte émanant d'un organisme privé, sont en réalité, eu égard à la volonté exprimée par le législateur, des actes administratifs individuels susceptibles de recours en annulation. Il peut s'agir des décisions prises par ces ordres, à l'égard de leurs membres, dans le cadre de l'exécution du service public dont ils ont la charge. Il en est ainsi des décisions du Conseil National de l'Ordre des Chirurgiens-dentistes⁷⁹, des Experts et Evaluateurs agréés⁸⁰, des Experts Comptables et Comptables agréés⁸¹, ou de celles de l'Ordre des Géomètres Experts⁸².

⁷¹ Alain BOCKEL, *Droit administratif*, op. cit., p. 167.

⁷² CS-CA, 28 mai 1997, *Docteur Lonan Kouadio c/CNOCD*, CS-CA, 28 novembre 2001, *Bongo NGuessan Joseph, société GTS c/L'Ordre des géomètres Experts de Côte d'Ivoire* ; CE, arrêt n°70 du 12 décembre, *Mamadou Aminata Diop c/L'Ordre National des Experts Comptables et Comptables du Sénégal (ONECCA)*.

⁷³ Alain BOCKEL, *Droit administratif*, op. cit., p. 165.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Placide MOUDOU DOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, op. cit., 326 p.

⁷⁶ Salif YONABA, *Les grands arrêts de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif*, op. cit., 471 p.

⁷⁷ Martin BLEOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, op. cit., 383 p.

⁷⁸ Biram SENE, *Le contentieux administratif, Essai de liste des actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir*, Dakar, l'Harmattan, 2023, 324 p.

⁷⁹ CS-CA, 28 mai 1997 : docteur Konan Kouadio c/CNOCD (Côte d'Ivoire).

⁸⁰ CE, arrêt n° 00444 du 30/12/1999, *Amadou Dieng c./ Ordre National des Experts et Evaluateurs Agréés du Sénégal*.

⁸¹ CE, arrêt n°71 du 12 décembre 2007, *Mamadou Dieye c./ Ordre national des Experts Comptables et Comptables agréés du Sénégal*.

⁸² CS-CA, 28 novembre 2001, *Bongo N'Guessan Joseph, Société GTS c/ L'Ordre des Géomètres de Côte d'Ivoire*.

Ces solutions jurisprudentielles amènent à conclure que le critère organique reste prépondérant, pour caractériser un acte administratif, même si exceptionnellement celui-ci peut se définir par son rapport avec le service public, la nature de l'acte, voire son contenu, abstraction faite de la qualité de son auteur⁸³. L'importance accordée au critère organique ne doit pas faire l'impasse sur la pertinence du critère matériel dans l'interprétation de l'acte administratif unilatéral. Le juge refuse en effet de contrôler certaines décisions à cause du critère matériel.

B- Les actes exclus du contentieux en fonction du critère matériel

Toutes les décisions prises par l'administration ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Le juge procède à l'identification de l'acte tout en essayant de respecter scrupuleusement l'ordre administratif interne. Le critère matériel permet de compléter la définition de l'acte susceptible de recours pour excès de pouvoir. Celui-ci est considéré comme « *portant sur l'ordonnancement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement* »⁸⁴. De nombreuses décisions émanant des autorités administratives échappent au contrôle du juge de l'excès de pouvoir parce qu'elles sont qualifiées d'actes de gouvernement ou de mesures non décisives. Ces exceptions peuvent être classées dans deux catégories correspondant à des situations inverses. La première regroupe les actes non administratifs émanant d'autorités administratives (1). La seconde regroupe la catégorie des actes non décisives (2).

1- La catégorie des actes non administratifs émanant d'autorités administratives

Les autorités administratives prennent certains actes juridiques unilatéraux qui ne sont pas des actes administratifs selon la jurisprudence. Ils se rencontrent essentiellement lorsque ces autorités sont amenées à exécuter d'autres fonctions que la fonction administrative proprement dite : fonction juridictionnelle, législative⁸⁵, patrimoniale, commerciale ou industrielle⁸⁶. Ces exceptions, d'une ampleur fort limitée, font l'objet d'une jurisprudence restrictive semble-t-il, dans la mesure où leur portée tend à réduire au profit de la qualification d'acte administratif. Il s'agit d'une part, des actes de gouvernement et, d'autre part, des actes de droit privé. On se bornera à quelques développements sur les deux exceptions.

⁸³ TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*.

⁸⁴ Pierre DELVOLLE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, p. 97 ; Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, 19^e éd., LGDJ., p. 258.

⁸⁵ CE, 2 mars 1962, *Rubin de Serven*.

⁸⁶ CE, 200 novembre 1975, *Office national des forêts*.

En l'absence de définition précise, on peut considérer les actes de gouvernement comme des actes pris par les plus hautes autorités administratives et caractérisés par l'immunité juridictionnelle dont ils bénéficient⁸⁷. En prenant en considération le régime juridique de l'acte, on expliquera l'exclusion des actes de gouvernement du champ de contrôle du juge de l'administration par leur soumission à un droit différent du droit administratif (droit constitutionnel ou droit international)⁸⁸. Depuis l'abandon par le juge administratif français du critère du mobile politique⁸⁹, on ne peut identifier les actes entrant dans cette catégorie qu'en établissant leur liste à partir de la jurisprudence. On y trouve, d'un côté, les actes relatifs aux rapports entre le gouvernement et les autres pouvoirs constitutionnels, de l'autre ceux concernant les relations internationales. Plusieurs propositions doctrinales ont été avancées pour expliquer l'immunité dont jouissent les actes de gouvernement⁹⁰. Le juge africain de l'administration fait souvent référence à la notion d'actes de gouvernement. Dans la mesure où ils ne peuvent pas faire l'objet d'un recours juridictionnel, ils bénéficient d'une « immunité juridictionnelle »⁹¹. C'est ce que rappelle la Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin : « *Considérant que les deux actes querellés principalement par le requérant (...); Que les deux actes sus indiqués relèvent de la catégorie des actes de gouvernement insusceptibles de recours devant la juridiction administrative* »⁹². Au Burkina Faso, dans l'affaire des militaires mis à la retraite d'office, le juge affirme un peu péremptoirement sa compétence, en constatant tout simplement que : « ... la théorie classique de gouvernement est unanimement rejetée de nos jours où seules deux séries de mesures, à savoir les actes concernant les rapports entre gouvernement et parlement et ceux se rattachant aux relations diplomatiques du gouvernement avec les puissances étrangères ou les organismes internationaux sont retenus »⁹³. Il conclut que ces hypothèses sont exclues dans le cas d'espèce. Le juge sénégalais a déclaré dans deux espèces que, la décision du Président de la République de recourir à un

⁸⁷ Elise CARPENTIER, « L'acte du gouvernement n'est pas saisissable », *RFDA.*, pp. 661-677.

⁸⁸ Michel VIRALLY, *l'introuvable acte de gouvernement*, Etudes Léon Julliot de la Morandière, 1964, p. 99.

⁸⁹ CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumal* ; CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*.

⁹⁰ Elise CARPENTIER, « L'acte du gouvernement n'est pas saisissable », *op. cit.*, pp. 661-677 ; Michel VIRALLY, *l'introuvable acte de gouvernement*, *op. cit.*, p. 99.

⁹¹ Demba SY, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 77.

⁹² Il s'agit en l'espèce : La lettre n°2316/MAEC/SG/DAA1/CSAFM/RAM du 14 décembre 2000 d'une part et la note verbale n°153/MAEC/DC/SPC du 30 janvier 2001 d'autre part portant respectivement rappel d'ambassadeurs et la notification de décision de rappel d'ambassadeurs (CS, 06 octobre 2005, *Léopold David-Gnahoui c/Ministre des affaires étrangères et de l'intégration africaine (MAEIA), Ministre des finances et de l'économie (MFE) et Etat béninois.*)

⁹³ Décision du 8 juillet 1983, *Garango Tiémoko Marc, Dakouré Antoine et Ouédraogo Mohamoudou Adolphe*.

référendum⁹⁴, les décrets de convocation du Parlement en congrès⁹⁵ ou de déclaration de Politique générale du Gouvernement par le Premier ministre⁹⁶ sont considérés comme des actes de l'exécutif pris dans ses rapports avec le parlement.

En ce qui concerne l'acte de droit privé, il peut émaner d'une autorité administrative. Deux hypothèses différentes sont ici concernées. D'une part, les actes unilatéraux pris par des services industriels et commerciaux gérés par des personnes publiques sont des actes relativement rares, car, exerçant une fonction industrielle ou commerciale, ces services agissent selon les procédés du droit commercial ou du droit du travail qui connaissent peu l'acte unilatéral. Néanmoins, de tels actes qui peuvent être pris souvent en rapport avec des relations contractuelles, sont soumis au droit privé. La jurisprudence récente en limite l'ampleur, qui tend à qualifier d'actes administratifs ceux d'entre eux qui touchent à l'organisation du service, y compris de règlement du personnel⁹⁷. D'autre part, dans une autre jurisprudence, des actes émanant d'autorités administratives ont été qualifiés d'actes de droit privé ; il s'agit de la théorie dite « *des rapports de droit privé* ». Cette jurisprudence, dont l'application, en Afrique francophone, n'est pas évidente a d'ailleurs perdu une bonne part de sa portée depuis l'arrêt *Allegrette*⁹⁸ en France. Par contre, la jurisprudence relative aux actes que le juge qualifie de « *non décisaires* » est plus développée.

2- Les catégories des actes non décisaires

Les actes non décisaires sont considérés comme des actes qui ne modifient pas l'ordonnancement juridique, n'apportent aucun changement à la situation juridique des administrés. « *Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une décision explicite ou implicite d'une autorité administrative* »⁹⁹. Le juge dira qu'ils ne font pas grief parce qu'ils ne modifient aucune situation de droit ou de fait antérieure¹⁰⁰. Ces actes qui sont considérés comme non susceptibles de recours sont variés. Il s'agit, d'une part, des actes dits comminatoires c'est-à-

⁹⁴ CE, 4 janvier 2001, *Parti Socialiste et URD.c/Etat du Sénégal*.

⁹⁵ CS, arrêt n°16 du 28 octobre 2008, *Ndèye Fatou Touré c/Etat du Sénégal*.

⁹⁶ CS, arrêt n°04 du 10 janvier 2013, *Modou Diagne c/ Etat du Sénégal*.

⁹⁷ Salif YONABA, *Les grands arrêts de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif*, op. cit., 471 p. ; Martin BLEOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, op. cit., 383 p. ; Biram SENE, *Le contentieux administratif, Essai de liste des actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir*, op. cit., 324 p. ; Hilaire AKEREKORO, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative béninoise*, op. cit., 1118 p.

⁹⁸ CE. 13 juil. 1967, *Allegrette*.

⁹⁹ CE, arrêt n°0005 du 28 mai 1997, *El hadj Guissé c/ Etat du Sénégal*.

¹⁰⁰ *Ibid.* Considérant 4.

dire ces mesures d'ordre interne prises par l'administration qui résistent au contrôle du juge administratif et, d'autre part, des autres mesures non décisives.

A propos des actes comminatoires ou les mesures d'ordre intérieur, le juge sénégalais a consacré leur existence dans différentes espèces jurisprudentielles. Il l'a fait tantôt de son propre chef, tantôt en raison d'une interprétation littérale d'un texte de loi. Ainsi, au Sénégal, le juge de l'excès de pouvoir, en se fondant sur la loi¹⁰¹, a conclu au rejet d'un recours introduit contre la décision d'un inspecteur du travail refusant ou accordant, à un employeur, l'autorisation de licencier un ou plusieurs de ses employés¹⁰². A côté des cas d'irrecevabilité fondée sur des textes législatifs ou réglementaires, le juge refuse de se prononcer sur des recours contre des actes qu'il qualifie lui-même de mesures non décisives : il en est ainsi des mesures d'ordre intérieur. Ils n'ont aucun effet sur les droits et obligations des administrés. Ainsi, a été considérée comme une mesure d'ordre intérieur au Sénégal, « *l'instruction ministérielle qui ne fait que rappeler les dispositions de la loi sous une forme différente mais sans en altérer le sens* »¹⁰³. Le juge administratif malien, il n'a pas eu de nombreuses occasions de s'exprimer sur ces actes dits comminatoires insusceptibles de recours en annulation, mais il a affiché sa position dans quelques affaires sur lesquelles il s'est prononcé. Dans la célèbre affaire *sieur Cheickna Coulibaly*, il dit que « (...) *la lettre du ministre de la Fonction publique (...); qu'il y a lieu de conclure à l'irrecevabilité du recours, la lettre n'étant pas décisive* »¹⁰⁴. Le même juge malien s'est prononcé sur une importante mesure d'action interne de l'administration. Dans le cas d'espèce, il s'agissait, pour le juge, de dire si un message fax était une mesure interne de l'administration ou s'il ne l'était pas. Le juge précise alors : « *qu'il est constant que ledit message est tout simplement une lettre d'information et non un acte décisive, (...)* »¹⁰⁵. En Côte d'Ivoire, l'arrêt *Kouadio* ¹⁰⁶, pose aussi le principe de l'injusticiabilité, devant le juge de l'excès de pouvoir, des actes pris par les autorités administratives dans leurs rapports avec les agents temporaires. Cette jurisprudence connaît des

¹⁰¹ Mais le juge n'a fait que respecter le texte de l'article 47 paragraphe 4 du Code du travail qui exclut toute possibilité de recours contre la décision de l'inspecteur du travail.

¹⁰² CS, 20 mars 1985, *Galaye Kane* ; CS, 2 avril 1986, *Mamadou Lô*.

¹⁰³ CS, 21 fév. 1978, *Parti Démocratique Sénégalais*.

¹⁰⁴ CS, Arrêt n° 10 du 2 février 1995, *Sieur Cheickna et le Ministre des Affaires étrangères*.

¹⁰⁵ CS-SA, Arrêt n°266 du 9 octobre 2014, *Habibou et le Ministre des Affaires étrangères et de la coopération internationale*.

¹⁰⁶ CS-CA, 11 décembre 1970, *Kouamé kouadio c/ ministère de la fonction publique*.

fluctuations : tantôt le juge se souvient de la jurisprudence *Kouadio* et l'applique rigoureusement¹⁰⁷ ; tantôt le juge donne le sentiment d'avoir oublié sa propre jurisprudence¹⁰⁸.

Concernant les autres mesures non décisives, elles sont nombreuses et variables comme : les actes préparatoires, certains types de circulaires, certaines directives, certains types de lettres, certains avis et certaines mises en demeure¹⁰⁹. Ces mesures résistent encore à la censure du juge. La raison de cette résistance est *a priori* simple, un acte de l'administration qui ne regarde pas un administré n'a aucune raison d'être attaqué¹¹⁰. Dès lors, l'acte par lequel une autorité administrative renvoie un fonctionnaire devant un conseil de discipline est considéré comme un acte préparatoire. Il s'agit là que du « *point de départ d'une procédure susceptible d'aboutir à une sanction disciplinaire* »¹¹¹. Le juge considère ce genre de décision comme « *une mesure préparatoire de la procédure disciplinaire qui ne cause aucun grief à ceux qui en sont l'objet* »¹¹². La Chambre administrative de la Cour suprême du Burkina Faso n'a pas hésité, un seul instant, pour conclure au « *caractère purement interprétatif d'une circulaire ; ne crée pas, en tant que tel, des droits ou des obligations nouvelles à l'égard des magistrats ou des agents d'affaire* »¹¹³. La nature politique de l'organe est également invoquée comme cause d'irrecevabilité. En effet, selon le juge congolais, « *la Commission nationale d'organisation des élections est un organe politique sui generis (...)* ; que dès lors, la décision de disqualifier la candidature de Mathias Dzon aux élections législatives est une mesure qui, par sa nature et en raison du statut de l'organe dont elle émane, échappe au contrôle de la légalité de la Cour suprême, (...) »¹¹⁴.

A travers l'analyse portant sur les critères matériel et organique, on comprend que l'étendue du domaine de contrôle du juge de l'excès de pouvoir dépend, en grande partie, de la vigilance de celui-ci dans l'étude des caractères de l'acte administratif. Un changement de méthode dans la définition de l'acte susceptible de recours en annulation par le juge africain est d'autant plus souhaitable qu'il aurait pu permettre d'élargir cette catégorie d'actes et, par conséquent, le

¹⁰⁷ CS-CA, 18 décembre 1991, *Bakayoko Massona c/ ministre de l'emploi et de la fonction publique*.

¹⁰⁸ Dans l'espèce *Mondé Mondé* du 18 janvier 1978, le juge déclare la requête irrecevable en raison de l'absence du recours administratif préalable alors même que le REP est diligenté par un agent temporaire.

¹⁰⁹ Kalilou DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, op. cit. p. 367.

¹¹⁰ Sont donc exclus, les délibérations des assemblées de faculté, des directions des écoles et institut ainsi que des Départements. Ces délibérations n'ont pas un caractère de décisions car n'étant pas définitives. Voir la loi sénégalaise de 2015-26 et du décret 2020-979 relatif aux universités publiques.

¹¹¹ CS, 18 juil., 1962, *Mamadou Alpha Kane c/ Ministre des Postes et des télécommunications (Sénégal)*.

¹¹² CS, 6 juin 1973, *Sieur Amsata Sarr et autres (Sénégal)*.

¹¹³ CS-CA, 31 décembre 1993, *Sawadogo Claude*.

¹¹⁴ CS-CA, 1^{er} août 2002, *Mathias Dzon*.

domaine du contentieux administratif. Par ailleurs, il découle de l'évolution jurisprudentielle en Afrique francophone une interprétation autolimitative du juge de l'excès de pouvoir.

II- L'INTERPRETATION AUTOLIMITATIVE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR

Page | 555

Le recours à deux moyens, la technique de la détachabilité et celle de l'exception du recours parallèle, a créé parfois des effets contraires dans la politique jurisprudentielle des Etats d'Afrique francophones. Après avoir largement ouvert le recours pour excès de pouvoir par le contrôle de la légalité d'actes qui auraient dû relever du contentieux de pleine juridiction, le juge africain en est arrivé à l'emploi plus orthodoxe de l'exception de recours parallèle (B) qui réduit, par voie de conséquence, le domaine de son intervention. Parallèlement à cela, la technique de la détachabilité n'entraîne aucune conséquence notable sur l'évolution du domaine de contrôle de la légalité à cause de son utilisation très rare : d'où l'emploi exceptionnel de la technique de la détachabilité dans le contentieux (A).

A- L'emploi exceptionnel de la technique de la détachabilité dans le contentieux

La « *théorie* » des actes détachables, comme beaucoup de constructions juridictionnelles, est essentiellement empirique. Ne sont considérés comme détachables que les actes ainsi qualifiés par le juge. L'équilibre doit être trouvé entre la nécessité de lui permettre d'évoluer sans entraves et celles du respect des droits des administrés. Cependant, en Afrique francophone, le juge utilise rarement la technique de la détachabilité (1) qu'on peut qualifier de technique à géométrie variable (2).

1- Une technique rarement utilisée dans les domaines réservés

Dans un ouvrage consacré aux recours en matière administrative, les professeurs AUBY et DRAGO parlent des « *actes détachables d'une opération donnant lieu à un recours de pleine juridiction* ¹¹⁵ ». A propos des conditions de recevabilité relatives à l'acte attaqué, ce passage résume, en réalité, deux idées plus ou moins liées qui découlent de l'interprétation de la jurisprudence ¹¹⁶. C'est pourquoi en Afrique francophone, deux observations peuvent être faites relativement à l'acte détachable : d'une part, la jurisprudence le situe plus souvent dans le cadre

¹¹⁵ Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p. 166.

¹¹⁶ Il s'agit de l'idée selon laquelle le REP est irrecevable à cause de l'incompétence du juge saisi : le litige relevant, soit d'une autre juridiction, soit d'un contentieux autre que celui de l'excès de pouvoir *Ibid.* p. 171.

de l'exécution et de la fin des contrats administratifs¹¹⁷ et, d'autre part, sa portée réduite dans la jurisprudence africaine francophone.

En premier lieu, la jurisprudence française a admis le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat¹¹⁸. Cette solution a été reprise par le Code des obligations de l'administration (COA) du Sénégal en son article 140. Ce code donne une définition plus restrictive de la notion d'actes détachable en procédant à une énumération¹¹⁹. Le juge sénégalais en a fait application dans deux espèces¹²⁰. Ce juge a déclaré les actes en cause non détachables, en ces termes : « *Considérant que l'acte ne saurait être considéré comme détachable puisqu'il a été pris dans le cadre de l'exécution d'un contrat, et en outre, pour fondement exclusif, l'inexécution de la convention signée entre les parties ; Qu'il s'ensuit de là que le recours pour excès de pouvoir doit être déclaré irrecevable* ». Dans un arrêt rendu en 2006, le même juge a dégagé sa définition d'acte détachable : « *L'acte détachable est un acte qui bien que pris dans le cadre des opérations contractuelles, est suffisamment individualisable pour que sa validité puisse être appréciée indépendamment des clauses contractuelles* »¹²¹. Dans le domaine contractuel, en principe un contrat ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Seul le juge du contrat, qui ne peut être saisi que par l'une des parties, peut en prononcer l'annulation. Ce principe aboutit à des résultats choquants lorsque les intérêts des tiers sont concernés, des concurrents évincés à la suite d'une procédure d'adjudication irrégulière. Ceux-ci sont, en effet, sans recours. Pour remédier à cela, la jurisprudence a imaginé un expédient, la théorie des actes détachables. Ces actes peuvent être « *détachés* » du contrat, et faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge spécialement compétent. De même, le contrôle de la légalité par la voie du déféré qui est un recours pour excès de pouvoir peut être exercé contre les contrats. Le recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs paraît, dès lors, assez singulier au regard du droit administratif classique¹²². A ce propos, le Conseil d'Etat sénégalais a admis, dans l'arrêt du 29 juillet 1998

¹¹⁷ Le REP contre les actes détachables est plus souvent ouvert au profit des tiers qui ne disposent pas de moyens devant le juge du contrat, contrairement aux parties au contrat le REP contre les actes détachables est plus souvent ouvert au profit des tiers qui ne disposent pas de moyens devant le juge du contrat, contrairement aux parties au contrat CE, 24 avril 1964, *Société anonyme de livraison industrielle et commerciale SALIC*.

¹¹⁸ CE, 4 août 1905, *Martin*.

¹¹⁹ Il s'agit de l'autorisation de contracter ; la décision de contracter ou de ne pas contracter ; l'opération d'adjudication ; l'approbation du contrat ; l'acte de conclusion du contrat ou le refus de conclure.

¹²⁰ CE, 29 octobre 1997, *Société Sud Communication* ; CE, 27 avril 2000, *El Hadj Diop et Jack Henderson*.

¹²¹ CE, arrêt n°24 du 22 août 2006, *Ets Amadou Diouma Diouf c/Etat du Sénégal, Ministre des Forces Armées*.

¹²² Ce dernier se caractérise par l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs, sous réserve de quelques exceptions telles que de la théorie des actes détachables. Ibrahim D. SALAMI, *Droit administratif*, op. cit., p. 394 ; Demba SY, *Droit administratif*, op. cit., p. 118.

Gouverneur de Tambacounda c/ Conseil régional de Tambacounda, la recevabilité du déféré contre un contrat et a estimé que le contrat conclu par le Président du Conseil régional sans l'autorisation dudit Conseil était entaché d'illégalité¹²³.

En second lieu, il faut mettre en exergue que la rareté du recours à la technique de la détachabilité lui confère une portée réduite dans le contentieux de l'excès de pouvoir en Afrique noire francophone. Pourtant, la « théorie » des actes détachables, comme beaucoup de constructions juridictionnelles, est essentiellement empirique, parce que le juge se prononce sur son opportunité, cas par cas¹²⁴. Ainsi, ne sont considérés comme détachables que les actes ainsi qualifiés par le juge. Le Code des obligations de l'administration du Sénégal codifiant la jurisprudence en l'état au moment de son élaboration, n'expose qu'une liste non limitative¹²⁵. Au Sénégal, les litiges relatifs aux mesures prises à l'égard des agents contractuels : mise à la retraite, refus d'avancement, etc., ont été portés à la Cour suprême et s'ils ont été jugés irrecevables, c'est en vertu de l'existence d'un recours parallèle devant le juge du contrat¹²⁶. On remarque que le juge sénégalais, en allant dans un sens différent du juge français¹²⁷, est soucieux d'éviter que le contentieux de l'excès de pouvoir n'absorbe l'essentiel du contentieux contractuel. Il faut relever que la technique de détachabilité relève du pragmatisme, parce que son utilisation traduit la recherche de l'aspect pratique et utilitaire des éléments propres à chaque litige qui doit inspirer le juge francophone africain¹²⁸. Le mécanisme de la détachabilité n'a de sens que dans le cadre d'une opération administrative qui est le contraire d'un agissement ou d'un acte isolé. L'opération suppose un « *ensemble de moyens utilisés pour remplir une tâche administrative* »¹²⁹. On peut donc retenir que la place de la technique de la détachabilité est négligeable dans la jurisprudence

¹²³ CE, 29 juillet 1998, *Gouverneur de Tambacounda c/ Conseil Régional de Tambacounda*.

¹²⁴ Stéphane DOUMBE-BILLE, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière », *AJDA.*, 1993, pp. 45 et s.

¹²⁵ Deux types d'actes sont qualifiés de détachables en matière de contrat administratif : les actes pris préalablement à la passation, ainsi l'autorisation et la décision de contracter, l'opération d'adjudication (CE., 4 août 1905, *Martin*) ; Les actes de passation et d'approbation du contrat (CE., 30 mars 1973, *Ministre de l'aménagement du territoire*) ; certains actes pris lors de l'exécution du contrat comme la résiliation ou le refus de résiliation d'un contrat, lorsqu'un acte viole, non pas le contrat lui-même mais des règles générales (CE., 24 avril 1964, *S.A.L.I.C.*).

¹²⁶ CS, 12 juillet 1972, *Souleymane Cissé* ; CS, 29 janvier 1975, *Cheikh Tidaine Kane*.

¹²⁷ CE., 5 déc. 1958, *Secrétariat d'Etat à l'agriculture c/Union des pêcheurs en ligne*. Dans cette jurisprudence, le juge français refuse en l'occurrence d'appliquer la théorie du rec.

¹²⁸ Stéphane DOUMBE-BILLE, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière », *op. cit.*, pp. 45 et s.

¹²⁹ *Ibid.*

africaine. Le juge y fait rarement recours ou ne l'utilise pas de la meilleure manière qui soit. Ce qui explique aussi la variabilité dans sa mise en œuvre.

2- Une technique à géométrie variable

En isolant un acte, c'est-à-dire en l'envisageant indépendamment du contexte dans lequel il se place, le juge aménage « *une soupape de sûreté qu'il anime à sa discrétion et lui permet d'attribuer compétence à la juridiction de l'excès de pouvoir lorsqu'il paraît convenable de le faire* »¹³⁰. Cependant, la technique de la détachabilité en Afrique noire francophone montre, d'une part, l'inconstance du juge dans son application en matière électorale, contractuelle ou sociale et, d'autre part, des solutions difficiles à systématiser.

Parlant de l'inconstance du juge, il convient d'évoquer qu'au Sénégal, dans une première affaire¹³¹ où la théorie a été appliquée, les requérants avaient demandé l'annulation de la décision administrative les rayant de la liste des agents admis à un stage. Un problème de compétence juridictionnelle se posait à propos du premier requérant qui n'était pas un fonctionnaire et relevait, à ce titre, des tribunaux du travail. La Cour suprême s'était pourtant déclarée compétente après avoir considéré que les décisions administratives autorisant un agent contractuel à effectuer un stage de perfectionnement en même temps que des fonctionnaires, et qui ont par la suite prononcé sa radiation, sont « *détachables des relations contractuelles existant entre l'intéressé et son employeur* ». Dans une seconde affaire¹³², en revanche, la technique n'a pas été utilisée. Ce litige mettait également en cause un agent de l'administration qui n'avait pas la qualité de fonctionnaire. Le juge a considéré que le différend était né à l'occasion du contrat de travail « *en dehors duquel les décisions administratives attaquées n'avaient aucune raison d'être* ». En d'autres termes, ces décisions n'étaient pas détachables des relations contractuelles. Cette solution a été critiquée par A. BOCKEL qui a estimé que : « *la légalité des actes attaqués aurait pu être appréciée en elle-même sans qu'il fût nécessaire d'aborder les autres éléments de l'opération et leur cadre juridique* »¹³³. Le recours à la technique de la détachabilité en matière électorale a, de son côté, connu une évolution après quelques décisions de non-lieu au Sénégal, comme l'affaire LD/MPT¹³⁴.

¹³⁰ Hubert. CHARLES, « Acte rattachable » et « actes détachables » en droit administratif français (Contribution à une théorie de l'opération administrative), Coll. « Bibliothèque de droit public », t. IXXX, Paris, LGDJ., 1968, p. 2.

¹³¹ CS, 23 mars 1966, Babacar LÔ et Abdousalam Diallo.

¹³² CS, 12 juillet 1972, Souleymane Cissé.

¹³³ Alain BOCKEL, note sous CS. 12 juillet 1972, Souleymane Cissé, *Annales africaines* 1971-1972, p. 167.

¹³⁴ CS, 26 avril 1984, LD/MPT.

Dans l'affaire *Babacar Niang*¹³⁵, il était demandé au juge l'annulation du décret portant convocation du collège électoral pour le renouvellement des conseillers municipaux et ruraux. Le requérant avait dans le même temps saisi la Cour d'appel pour obtenir l'annulation des élections municipales et rurales en s'appuyant sur les mêmes moyens que devant la Cour suprême. Cette saisine de la Cour d'appel, conformément aux dispositions de l'article 202 du Code électoral, avait conduit la Cour suprême à ne pas statuer, le juge d'appel ayant déclaré le recours non fondé. Par conséquent, la Haute juridiction ne s'était pas prononcée sur la détachabilité¹³⁶.

Les solutions rendues en matière de détachabilité ne sont pas faciles à systématiser à cause des silences du juge. Tout est question de politique jurisprudentielle ainsi que l'écrivait le professeur BOCKEL, qu'« *un est acte détachable ou non selon que le juge estime opportun de l'apprécier lui-même ou d'en confier l'examen à la juridiction normalement compétente pour connaître de l'ensemble des relations dans lequel il s'insère*¹³⁷ ». Il soutient pratiquement la même thèse que le professeur RIALS¹³⁸. On s'aperçoit, en effet, que l'attitude du juge change selon qu'il adopte une approche objective ou une approche subjective. Sous l'angle objectif, le juge fonde la détermination de l'acte détachable sur sa nature et son caractère. Sous l'angle subjectif, il ne considère pas seulement l'acte à contrôler mais aussi la situation du requérant par rapport au contentieux dont il est question¹³⁹, il se demande si le requérant dispose ou non d'une voie de droit différente de celle du recours pour excès de pouvoir. C'est cette appréciation subjective de la détachabilité qui se confond en fait avec la théorie du recours parallèle¹⁴⁰. Cette théorie limite la compétence du juge de l'excès de pouvoir aux actes qui ne peuvent pas être contrôlés par une voie différente. Elle réduit encore le champ du recours pour excès de pouvoir et le domaine du contentieux administratif, surtout, depuis que le juge africain lui a donné un nouveau sens.

Il convient de noter que la rareté de l'utilisation de la technique de la détachabilité par le juge, d'une part, et les solutions à géométrie variable qui en découlent, d'autre part, entraînent l'étiollement du contentieux de l'excès de pouvoir en Afrique francophone. Par ailleurs, une dernière cause d'irrecevabilité du recours en annulation qui résulte de l'existence d'un recours de

¹³⁵ CS, 29 janvier 1986, *Babacar Niang*.

¹³⁶ Le juge français considéré que le Décret convoquant les électeurs n'est pas détachable et n'est pas susceptible de REP. V. CE, 22 octobre 1979, *Mmes Peter Davis et Dumec Newrath*.

¹³⁷ Alain BOCKEL, note sous l'arrêt *Souleymane Cissé*, déjà cité

¹³⁸ Stéphane RIALS, note sous CE, 3 juin 1981 *Delmas, RA*, 1981, p. 272.

¹³⁹ Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 145.

¹⁴⁰ *Ibid.*

pleine juridiction, permettant à l'intéressé de faire valoir ses droits, est l'exception de recours parallèle.

B- L'emploi plus orthodoxe de l'exception de recours parallèle dans le contentieux de l'excès de pouvoir

Page | 560

La théorie du recours parallèle peut être invoquée lorsqu'un acte déterminé est en cause. En principe, l'application de la théorie du recours parallèle entraîne la suppression de certains actes du champ de compétence du juge de l'excès de pouvoir tandis que celle de la technique de la détachabilité devrait produire l'effet contraire. L'examen de la jurisprudence permet de découvrir une réduction sensible des actes susceptibles de recours en annulation (1) et la tendance à la marginalisation du même recours (2).

1- La réduction sensible de la catégorie des actes susceptibles de recours en annulation

La signification donnée par la doctrine à l'exception de recours parallèle a été déjà précisée¹⁴¹. On trouve la même idée chez tous les auteurs d'ouvrage de contentieux administratif¹⁴². La théorie du recours parallèle exclut le recours pour excès de pouvoir lorsque le requérant peut obtenir une satisfaction aussi grande devant une autre juridiction. Il faut donc partir de l'application de plus en plus fréquente de l'exception de recours parallèle dans la jurisprudence en Afrique noire francophone, dans un premier mouvement, avant de démontrer que l'examen de la jurisprudence atteste certaines contradictions, voire une tendance qui trahit l'objectif de la théorie de l'exception de recours parallèle, dans un second mouvement.

Le juge africain fait de plus en plus recours à la théorie de l'exception de recours parallèle. Cette condition relative à l'absence de recours parallèle s'applique lorsque le recours parallèle en question a un caractère juridictionnel¹⁴³, qu'il soit une action directe et qu'il permette au requérant de faire valoir ses droits¹⁴⁴. En matière contractuelle, il ressort de la jurisprudence comme dans l'affaire *Joachim Bimangou* devant le juge congolais, qu'un contrat administratif dont l'annulation

¹⁴¹ Josiane TERCINET, « le Retour à l'exception du recours parallèle », *RFDA.*, n°4, 1993, pp. 705-153.

¹⁴² Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 780 et s. ; René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2008, p. 491.

¹⁴³ Demba SY, *Droit administratif* l'Harmattan, *op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁴ Irrecevabilité d'un recours d'un fonctionnaire pour non-intervention d'un arrêté prévu par le décret portant statut particulier des fonctionnaires des postes et télécommunications devant fixer les nouvelles échelles indiciaires applicables au corps en extinction des facteurs : CS, 27 juillet 1983, *El Hadj Moussé Diagne Sow* (Sénégal) ; irrecevabilité d'un recours dirigé contre un arrêté de nomination d'un fonctionnaire qui limite les effets financiers d'un reclassement : CS, 4 février 1987, *Amadou Sow Diallo* (Sénégal).

ne peut être obtenue qu'à l'occasion d'une procédure de pleine juridiction devant le juge du contrat est irrecevable¹⁴⁵. Initialement orienté vers une conception étroite de l'exception de recours parallèle et une large ouverture du recours pour excès de pouvoir, le juge sénégalais, adopte depuis quelques années, une position qui n'est pas le plus souvent conforme à l'objectif de la théorie. Il en fut ainsi dans plusieurs affaires à l'occasion desquelles les requérants réclamaient des avantages d'ordre financier¹⁴⁶. Ces affaires relevaient normalement de la compétence du Tribunal Régional d'après la loi portant organisation judiciaire du Sénégal¹⁴⁷. On peut toutefois noter que le juge sénégalais a fait une application correcte de l'exception du recours parallèle dans les affaires relativement récentes. Concernant les actes non détachables pris dans le cadre de l'exécution de la convention passée par les parties, dans l'affaire *Société Sud communication*¹⁴⁸, le juge a considéré que « *L'acte attaqué ne saurait être considéré comme détachable puisqu'il a été pris dans le cadre de l'exécution du contrat et en outre pour fondement exclusif l'inexécution de la convention signée entre les parties ; qu'il suit de là que le recours pour excès de pouvoir doit être déclaré irrecevable ;* ». Implicitement, le juge déclare l'irrecevabilité du recours à cause de l'exception du recours parallèle. Le même argument a été développé par le juge, cette fois-ci de manière explicite dans l'affaire *El hadj Dior et Jack Henderson*¹⁴⁹ que : « *le recours pour excès de pouvoir doit être déclaré irrecevable pour exception de recours parallèle* ». De même en 2006, le même juge sénégalais a déclaré un recours irrecevable au motif que « *(...) les moyens soulevés n'étant pas des moyens de légalité objective* »¹⁵⁰.

Par ailleurs, il faut faire constater qu'il existe certaines contradictions relatives aux décisions du juge et que l'objectif visé par la théorie de l'exception de recours parallèle laisse à désirer. A cet égard, en Côte d'Ivoire par exemple, deux arrêts doivent être cités : le premier est relatif à l'affaire *Valery Vasylyev*¹⁵¹ et le second est rendu dans l'affaire *Louga Dago*¹⁵². Dans les

¹⁴⁵ CS-CA, 8 décembre 2005, *Jochim Bimangou c/ Ville de Brazzaville*.

¹⁴⁶ CS, 23 mars 1966, *Mamadou Lamine Diop* ; CS, 23 mars 1966, *Amadou Ndiaye Seck* ; CS, 16 mai 1973, *Ménoumbé Sarr* ; CS, 16 mai 1973, *Joseph Mbaye* ; CS, 18 juillet 1973, *Ibrahima Sy* ; CS, 11 juillet 1984, *Amadou Lamine Gueye* ; CS, 28 juillet 1984, *Mamadou lamine Diop*.

¹⁴⁷ V. La loi sénégalaise du 30 mai 1992 (JO du 1^{er} juin 1992, p. 238). Cette loi a été modifiée à travers une série de réformes relatives à l'organisation judiciaire au Sénégal. Les Tribunaux de Grande Instance remplacent les Tribunaux Régionaux. V. Loi n°2017-23 du 28 juin 2017 modifiant les articles 5,6,7, et 13 de la loi n°2014-26 du 03 nov. 2014 fixant l'organisation judiciaire au Sénégal.

¹⁴⁸ CE, 29 octobre 1997, *Société sud Communication*.

¹⁴⁹ CE, 27 avril 2000, *El hadj Dior et Jack Henderson*.

¹⁵⁰ CE, arrêt n°24 du 22 août 2006, *Etablissements Amadou Diouma Diouf c/Etat du Sénégal, Ministre des Forces Armées*.

¹⁵¹ CS-CA, 27 octobre 2010, *Valery Vasylyev c/ CIAPOL*.

¹⁵² CS-CA, 23 février 2011, *Louga Dago c/Ministre de la fonction publique*.

deux espèces, les requêtes ont été déclarées recevables. Doit-on considérer que, désormais, l'objet pécuniaire des décisions administratives attaquées n'est plus invoqué pour déclarer le recours pour excès de pouvoir irrecevable au motif qu'il existerait une autre voie, le recours ordinaire de pleine juridiction ? L'état de la jurisprudence autorise, en vérité, à constater que la chambre administrative ivoirienne n'a pas, sur la question, une position unique. La jurisprudence *Essis Essoh* coexiste avec la jurisprudence *Dame Mailland* : tantôt, l'objet pécuniaire de l'acte ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, tantôt, il donne lieu à des décisions d'irrecevabilité tirée de l'existence d'un recours parallèle¹⁵³. Il y a là une contradiction de jurisprudence. En particulier, au Sénégal, le juge donne actuellement l'impression de vouloir protéger les compétences du Tribunal régional¹⁵⁴.

En cherchant à désencombrer le rôle de la juridiction de l'excès de pouvoir, le juge africain risque de réduire sensiblement la catégorie des actes susceptibles de recours. Par ailleurs, l'application de l'exception du recours parallèle n'est pas sans impact négatif sur le recours en annulation à cause de la tendance à la marginalisation de ce type de contentieux.

2- La tendance à la marginalisation du recours en annulation

La règle de l'exigence d'une absence d'un recours ordinaire de pleine juridiction n'a pas une influence toujours positive sur le contentieux de l'excès de pouvoir. En effet, elle pourrait, dans une première analyse, constituer une limite, un blocage de ce type de contentieux en ce sens qu'elle pourrait rendre subsidiaire le contentieux de l'annulation. Dans un système unitaire elle pourrait, dans une seconde analyse, complexifier paradoxalement la détermination de la juridiction compétente en cas de recours à double détente¹⁵⁵ et constituer à cet effet une entrave à l'intention du requérant.

L'exception de recours parallèle entendue comme une conditionnalité du recours pour excès de pouvoir constitue un obstacle sérieux au domaine d'intervention de ce qui est perçu par

¹⁵³ CS-CA, 22 novembre 2006, *Beugré Coimélan Anatole c/ministère de la Fonction publique* ; 28 avril 2010, *La maison islamique Ahmadiyya de Côte d'Ivoire c/ ministre de la construction et de l'urbanisme*.

¹⁵⁴ Dans deux espèces jugées en matière social, (la Cour d'Appel jugeait donc que seul le recours pour excès de pouvoir était ouvert) ; la Cour suprême estima en effet que le tribunal du travail pouvait valablement donner satisfaction aux requérants. V. CS, 29 janvier 1975, *Cheikh Tidiane Kane c/ Commune de Dakar et Yatma Sarr c/ Etat*.

¹⁵⁵ Ambeu Akoua VIVIANE-PATRICIA, *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire, op. cit.* p. 250.

la jurisprudence¹⁵⁶ et reçu par la doctrine¹⁵⁷ comme un recours de droit commun. Il y a donc un risque de rendre subsidiaire le recours pour excès de pouvoir. L'argument selon lequel elle permettrait la garantie du respect de la répartition des compétences juridictionnelles connaît des limites. Par conséquent, un recours qui ne respecterait pas la délimitation serait rejeté pour incompétence et non jugé irrecevable du fait de l'existence du recours de pleine juridiction¹⁵⁸. De plus, la règle de l'exception de recours parallèle ne peut évidemment pas être basée sur l'encombrement de la chambre administrative dans le contexte africain actuel. De ce point de vue, elle n'a fait qu'apporter une rigidité supplémentaire au contentieux de l'annulation. L'exception de recours parallèle vient interdire que l'unité du contentieux de pleine juridiction soit rompue au profit du contentieux de l'excès de pouvoir pour que le requérant obtienne, au fond, le même résultat : l'annulation de la décision attaquée par un motif de droit¹⁵⁹. Le recours étant considéré comme un recours parallèle au recours de plein contentieux, c'est par exception que le justiciable peut suivre cette voie du recours pour excès de pouvoir lorsque, sauf irrecevabilité de ce recours, il n'est pas susceptible d'obtenir satisfaction par la voie, au moins aussi efficace pour lui, du plein contentieux¹⁶⁰.

En plus du risque de rendre subsidiaire le recours pour excès de pouvoir, l'exception de recours parallèle pourrait être une entrave à l'intention du requérant en cas de recours à double détente¹⁶¹. Dans ce cas, l'exception de recours parallèle constitue un obstacle à une telle ouverture. C'est l'hypothèse dans laquelle, le requérant, en saisissant le juge de l'excès de pouvoir, ne le fait pas par mégarde, mais désire l'annulation d'un acte administratif non dépourvu de lien avec une question de plein contentieux. Il se pourrait même que le requérant veuille viser deux objectifs : l'un relatif à l'annulation d'un acte, l'autre relatif à des droits pécuniaires ou contractuels. Il n'est pas exclu que l'administré, en visant l'annulation portant sur une question de plein contentieux, veuille une condamnation même symbolique de l'administration qui ainsi sera moins empressée

¹⁵⁶ CS-CA, 1^{er} avril 1964, *Diby Yao*. (Côte d'Ivoire).

¹⁵⁷ Alain Serge MESCHERIAKOFF, « Jurisprudence source de droit administratif ivoirien », *RID.*, 1979/1980, 1-2, p. 4.

¹⁵⁸ Yao DIASSIE, *Pour une justice au service des partenaires administratifs : contribution à l'étude de l'organisation juridictionnelle administrative de la Côte d'Ivoire*, Thèse Université de Clermont I, 1986, p. 167.

¹⁵⁹ CE, 5 décembre 1958, *Secr. d'Etat à l'agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne*.

¹⁶⁰ C'est dans les contentieux contractuel, électoral ou fiscal que cette exception de recours parallèle trouve à s'appliquer, le requérant pouvant obtenir l'annulation de la décision litigieuse pour un motif de droit, mais aussi de fait, comme il peut obtenir aussi sa réformation.

CE, 16 juill. 2007, *SA Le courrier de l'Ouest* ; CE, 13 avr. 2006, *Réseau ferré de France*.

¹⁶¹ Ambeu Akoua VIVIANE-PATRICIA, *La fonction administrative contentieuse en Côte d'Ivoire*, op. cit. pp. 250-251.

dans la violation de la légalité¹⁶². C'est donc à juste titre que l'analyse de la jurisprudence administrative, en Côte d'Ivoire, donne l'occasion de constater la consécration d'un revirement jurisprudentiel ; c'est que, désormais, les décisions administratives à objet pécuniaire peuvent faire l'objet du REP. L'arrêt *Essis Essoh*¹⁶³ donne l'explication : il en va ainsi, car « *la requête (...) vise essentiellement à demander l'annulation de l'arrêté attaqué aux motifs qu'il a été pris en méconnaissance de la loi et des règles de forme et de procédure appropriée...* ». La Chambre administrative de la Cour suprême s'est déclarée compétente au motif que l'objet du recours : la demande d'annulation d'un acte administratif, fonde la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, le recours parallèle permet au requérant de « faire valoir » ses droits. Le requérant doit pouvoir obtenir le même résultat quelle que soit la voie suivie. Peu importe que la décision ait un objet pécuniaire.

Il faut noter que le principe de l'exception de recours parallèle, s'il a pu trouver une certaine légitimité dans le contexte français¹⁶⁴, est source de difficultés voire d'atrophie du contentieux administratif dans le contexte africain. Il constitue à certains égards un frein à l'épanouissement de ce contentieux. La souplesse de la jurisprudence française en la matière dans une espèce « *Société ATOM*¹⁶⁵ » qui prend le contre-pied de la jurisprudence *Lafage*¹⁶⁶ devrait pouvoir inspirer les juges francophones africains, surtout quand on sait que de nombreuses requêtes sont rejetées du fait de la règle de l'exception de recours parallèle.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ CS-CA, 25 juillet 2001, *Essis Essoh c. ministère du travail, de la fonction publique et de la prévoyance sociale*

¹⁶⁴ Daniel BAPTIS, *Pratique du contentieux*, Paris, 2015LexisNexis, 2015, p. 15.

¹⁶⁵ En 2009, le Conseil est même allé plus loin dans une espèce « *Société ATOM* » en requalifiant le REP intenté par la Société ATOM en plein contentieux (CE, 16 février 2009, *Société ATOM*).

¹⁶⁶ CE, 8 mars 1912, *Lafage*.

Le secret médical à l'épreuve du numérique dans les pratiques médicales en Afrique de l'Ouest francophone

Medical confidentiality put to the digital test in medical practices in French-speaking West Africa

Par: Page | 565

ADJINI Koffi Mawoutodji

Docteur en Droit Public, Université de Kara, Togo

Résumé :

Le secret constitue la pierre angulaire de la médecine. Et pourtant, sa violation est fréquente dans les pratiques médicales. L'intrusion du numérique dans le domaine médical amène à réfléchir sur la notion de secret, désormais exposée à des violations d'une nouvelle nature. Au regard de son importance, le secret a toujours fait l'objet d'une protection particulière de la part du législateur dans les États d'Afrique francophone. À cet égard, la protection du secret médical s'est réalisée aux niveaux déontologique et légal. Cet interventionnisme salubre du législateur doit être nuancé, car dans la pratique, il existe des obstacles systémiques à son respect. À ces difficultés, s'ajoute l'avènement du numérique qui vient accentuer la violation de ce droit si important pour les patients.

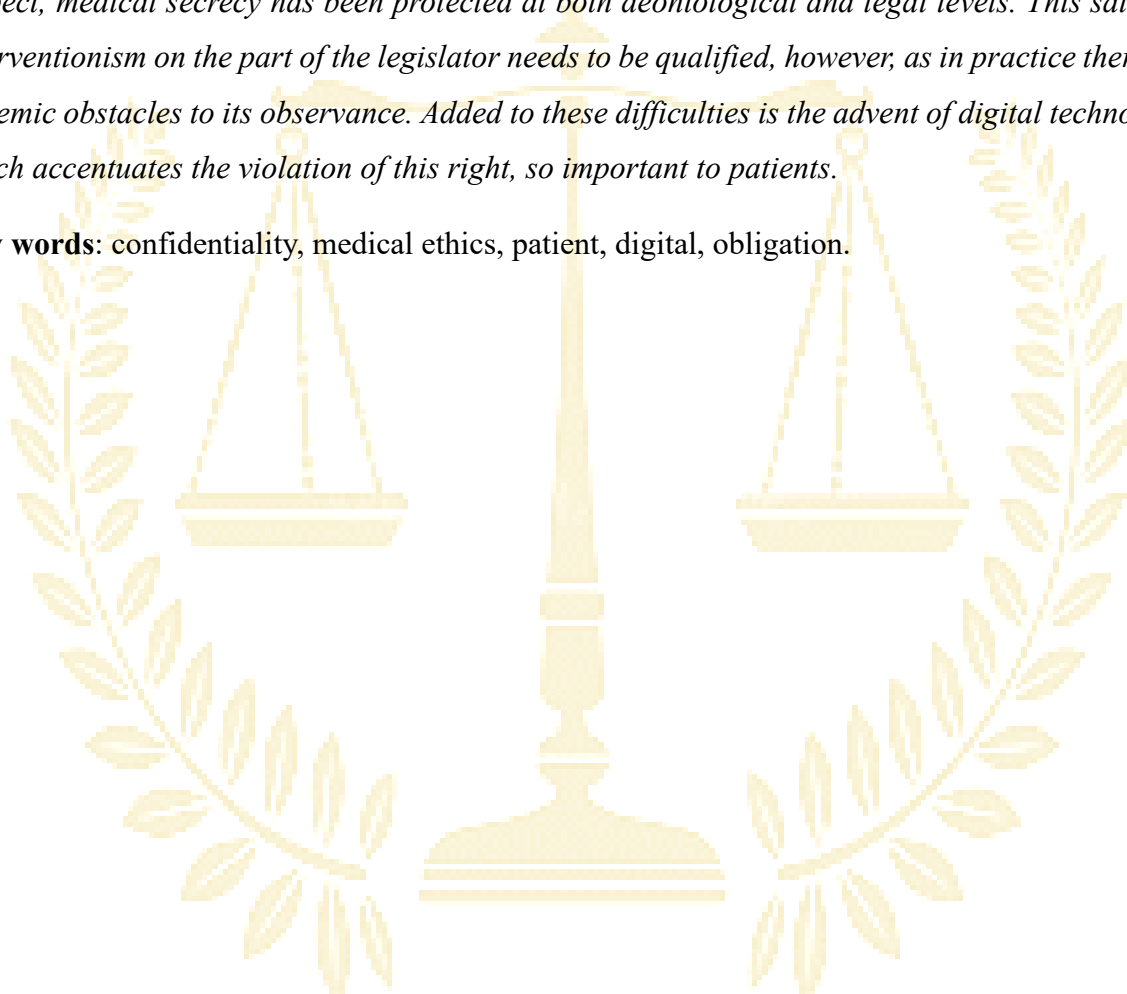
Mots clés : secret, déontologie médicale, patient, numérique, obligation.

Abstract:

Secrecy is the cornerstone of medicine. However, its violation is frequent in medical practice. The intrusion of digital technology into the medical sphere prompts us to reflect on the notion of secrecy, now exposed to violations of a new kind. Given its importance, secrecy has always been the subject of special protection by legislators in French-speaking African countries. In this respect, medical secrecy has been protected at both deontological and legal levels. This salutary interventionism on the part of the legislator needs to be qualified, however, as in practice there are systemic obstacles to its observance. Added to these difficulties is the advent of digital technology, which accentuates the violation of this right, so important to patients.

Page | 566

Key words: confidentiality, medical ethics, patient, digital, obligation.



Introduction

L'obligation de garder secrètes les informations recueillies grâce aux confidences ou à l'examen d'un malade est depuis longtemps au cœur de l'éthique et de la déontologie médicales¹. Dans le cadre du colloque singulier médecin-patient, le secret médical considéré comme l'un des principes cardinaux de l'exercice de la médecine², se trouve aujourd'hui remise en cause par des dérogations légales, des pratiques médicales et quelquefois, par la volonté des patients eux-mêmes³. L'intrusion du numérique dans le domaine médical amène à réfléchir sur la notion de secret, désormais exposée à des violations d'une nouvelle nature⁴. La question du respect du secret médical dans un domaine médical de plus en plus dominé par les technologies numériques⁵ et les enjeux qu'elles impliquent pour les patients justifient tout l'intérêt de la présente réflexion portant sur « *Le droit au secret médical à l'épreuve du numérique dans les pratiques médicales en Afrique de l'Ouest francophone* ».

Page | 567

Si le droit au respect du secret du malade est reconnu dans les États francophones d'Afrique, il semble que cette obligation qui pèse sur les professionnels de santé ne soit pas suffisamment respectée. En effet, beaucoup de pratiques médicales découlant de l'utilisation des numériques concourent à la violation du secret médical. Rappelons avant toute chose que le terme « secret » est issu du latin *secretum* et signifie par « *pensée ou fait qui ne doit pas être révélé* »⁶. D'après le Code de Santé publique français (CSPF), le secret « *couvre l'ensemble des informations concernant la personne venue à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé* »⁷. Le secret professionnel est l'interdiction faite à toute personne de révéler ce qu'elle a appris dans le cadre professionnel sous peine de sanctions⁸.

¹ CENTRE SEVRES, « Le secret médical. Nouvelles règles », *Laennec*, vol. 55, no. 1, 2007, p. 4 et s.

² MOQUET-ANGER (M.-L.), *Droit hospitalier*, 5^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2018, p.419.

³ PAUTIER (S.), « Le secret professionnel soignant : un enjeu de démocratie sanitaire entre immanence et aliénation », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 130, no. 3, 2017, p. 54.

⁴ MOUNEYRAT (M.-H.), « Éthique du secret et secret médical », *Pouvoirs*, vol. 97, no. 2, 2001, p. 47.

⁵ MBAYE (Ph. T.), « Chapitre 1. L'enfant malade et le secret médical en Afrique : de l'influence de la tradition au respect des normes juridiques », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, vol. 28, no. 1, 2017, pp. 17-33.

⁶ REY (A.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert ; 2000, p. 3434.

⁷ TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, op. cit. p. 258. 1319

⁸ VERDIER (P.), « Secret professionnel et partage des informations », *Journal du droit des jeunes*, vol. 269, no. 9, 2007, p. 8.

Par ailleurs, il est important de faire la distinction entre le secret et la confidentialité. La confidentialité se distingue de la notion du secret mais, les approches montrent bien souvent une interchangeabilité des termes⁹. Le premier consiste à différencier la confidentialité « droit du patient » du secret médical « devoir du médecin »¹⁰. Le second axe serait de les distinguer en fonction des personnes qui y sont tenues. Le professionnel de santé serait dépositaire du secret, le personnel administratif et les autres professionnels intervenant dans le système de santé de la confidentialité¹¹. Cette distinction n'emporte pas la conviction de Caroline LANTERO pour qui, « *la confidentialité renvoie au droit au respect de la vie privée. Elle est à la fois bien large que le secret professionnel et, dans le cadre du système de santé, constitue une modalité du respect du secret médical* »¹². Ce point de vue est partagé par Marie-Laure MOQUET-ANGER qui estime que « *le champ d'application de l'obligation de confidentialité est plus large que le secret médical* »¹³.

S'agissant de l'acronyme NTIC, il désigne l'ensemble des technologies permettant de traiter des informations numériques et de les transmettre. L'expression « nouvelles technologies de l'information et de la communication », désigne l'ensemble « *des techniques et des équipements informatiques permettant de communiquer à distance par voie électronique* »¹⁴. Or, ces nouvelles technologies ont révolutionné l'accès au droit. L'informatique « *devrait nous obliger à repenser notre civilisation juridique fondée sur l'écriture* »¹⁵. En effet, les NTIC permettent à leurs utilisateurs d'accéder aux sources d'information, de les stocker, voire de les transmettre à d'autres utilisateurs dans un délai très court. Ils jouent un rôle important et prépondérant dans le secteur de la santé¹⁶. Une multitude de solutions informatiques est mise à la disposition des établissements de santé, des prestataires de soins, des patients et de la population dans son ensemble¹⁷. La révolution de l'information médicale n'est évidemment pas sans risque. Les menaces pour le secret

⁹ LEVRAY (S.), « 10 questions sur la confidentialité et le secret professionnel dans la fonction publique », *La Gazette Santé social*, 10 avril 2011. Voir aussi, HOUSSIN (D.), « Le secret médical dans les nouvelles pratiques et les nouveaux champs de la médecine », *Recueil Dalloz*, 2009, p.2619.

¹⁰ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, LGDJ, Lextenso, 2018, p.57.

¹¹ *Ibid.*

¹² LANTERO (C.), *Les droits des patients*, *op.cit.*, p.57.

¹³ MOQUET-ANGER (M.-L.), *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p.419.

¹⁴ DEVEZE-SANSON (N.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) », Nicolas Kada éd., *Dictionnaire d'administration publique*. Presses universitaires de Grenoble, 2014, p. 349 et s.

¹⁵ BOURCIER (D.), THOMASSET (C.), cité par DEVEZE-SANSON (N.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) », *op.cit.*, p.349.

¹⁶ OLOGEANU-TADDEI, (R.), PARE (G.), « Technologies de l'information en santé : un regard innovant et pragmatique », *Systèmes d'information & management*, vol. 22, no. 1, 2017, p. 3 et s.

¹⁷ V. dans ce sens, BONNET (X.), PONCHON (F.), « Fiche 42. L'hôpital et les nouvelles technologies de l'information et de la communication », *L'usager et le monde hospitalier. 50 fiches pour comprendre le fonctionnement hospitalier*, sous la direction de Bonnet Xavier, Ponchon François. Presses de l'EHESP, 2018, pp. 229-234.

médical n'auront jamais été aussi grandes qu'avec la généralisation des transmissions informatisées de données, la constitution de dossiers médicaux dématérialisés et surtout la multiplication des professionnels habilités à y accéder¹⁸.

Le secret médical est une exigence particulièrement forte avec une longue tradition ancrée dans l'histoire puisqu'il était déjà présent au IV^e siècle avant J.-C. dans le serment d'Hippocrate¹⁹. Au Togo, le Code de déontologie médicale (CDM) prévoit en son article 39 que : « *Le praticien est tenu au secret professionnel. Il ne peut divulguer les informations relatives à l'état de santé de la personne qu'il traite, sous réserve des dérogations prévues par la législation en vigueur* ». Sur le plan déontologique, le secret constitue « *la pierre angulaire de la morale médicale* »²⁰. Il s'impose à tout professionnel de santé qui doit garantir à son patient la confidentialité des informations dont il peut avoir connaissance même si ces informations sont dématérialisées. Cette garantie est la clé de voûte de la relation de confiance essentielle au praticien pour exercer son art. Le secret couvre ainsi un ensemble d'éléments protégés comme les confidences, les révélations faites par le patient, ou toute autre information dont le médecin a pu avoir connaissance dans l'exercice de sa profession.

Sur le plan juridique, les manquements à l'obligation du secret médical sont sanctionnés. Au terme de l'article 357 NCPT, « *Constitue une violation du secret professionnel, le fait pour une personne dépositaire d'information à caractère secret, soit par état ou par profession, soit en raison d'une mission ou d'une fonction temporaire, de les divulguer hors les cas où la loi en impose ou en autorise la révélation* »²¹. L'article 358 du même Code sanctionne la violation du secret en ces termes : « *Toute personne qui viole le secret professionnel est punie d'une peine d'emprisonnement d'un (01) à trois (03) an(s) et d'une amende d'un million (1.000.000) à trois millions (3.000.000) de francs CFA ou de l'une de ces deux peines* ». Au plan civil, la violation du secret médical est considérée comme une atteinte à l'intimité de la vie privée et de ce fait ouvre droit à réparation notamment sous forme de dommages et intérêts.

¹⁸ TABUTEAU (D.), « Éditorial », *Les Tribunes de la santé*, vol. 29, no. 4, 2010, p. 3 et s.

¹⁹ V. CROUZIL (B.), « Secret professionnel », Monique Formarier éd., *Les concepts en sciences infirmières. 2ème édition*. Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2012, p. 273 et s. Voir aussi PAUTIER (S.), « Le secret professionnel soignant : un enjeu de démocratie sanitaire entre immanence et aliénation », *op.cit.*, p. 55.

²⁰ MOUNEYRAT (M.-H.), « Éthique du secret et secret médical », *op.cit.*, p. 55.

²¹ Art. 357 du NCPT.

Toutes ces dispositions ne sont pas spécifiquement destinées à régir la médecine numérique mais elles sont lui applicables. Le colloque singulier²² entre le praticien et son patient est désormais régi par la démocratie sanitaire²³ dans les États francophones d'Afrique. Il s'agit déjà d'un bouleversement important dans les pratiques médicales. Avec l'irruption des NTIC dans le domaine médical, le patient s'inquiète sur le devenir et la sécurisation de toutes les informations que les structures de santé et les praticiens collectent sur eux à travers les numériques. La récurrence des piratages des données médicales, la possibilité de vendre ou de donner des informations secrètes au tiers, l'envoi des données ou des images de certains malades sur les réseaux sociaux, l'utilisation de la messagerie électronique avec tous les risques possibles, ont encore accentué la défiance du patient. Il veut protéger son intimité et faire valoir son droit à la vie privée. L'avènement des NTIC constitue un nouveau genre de risque de divulgation de secret médical à une grande échelle. Tandis que la technologie améliore l'efficacité et la commodité des soins des patients, elle présente aussi le risque de réduire l'interaction humaine dans le parcours de santé et facilite la violation de la vie privée et de la sécurité des données des patients. Par ailleurs, la collecte et le traitement de données sensibles sont susceptibles de risque de fuites et de vol. Or, les violations de données peuvent avoir des conséquences néfastes sur la vie de certains patients, dès lors que des informations supposées confidentielles peuvent être exposées. Toutes ces craintes sont légitimes. Mais, elles peuvent être ramenées à une interrogation centrale. Quelle est l'effectivité de la protection du secret des patients à l'ère du numériques dans les États francophones d'Afrique ?

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que le secret des patients est protégé dans nos différents États. À cet égard, la protection du secret se réalise à deux niveaux. D'abord, au niveau déontologique afin de permettre au patient de se sentir en sécurité en confiant au praticien toutes les informations nécessaires à la pose du diagnostic et du traitement de sa maladie. Ensuite, au niveau légal assortie des sanctions toujours dans le but de contraindre les praticiens au respect du secret qui est le fondement par excellence de la médecine. Mais, cette double protection ne doit

²² HARDY, (A.-C.), « 1. Du colloque singulier à l'éthique médicale », *Travailler à guérir. Sociologie de l'objet du travail médical*, sous la direction de Hardy Anne-Chantal. Presses de l'EHESP, 2013, pp. 23-45. Selon l'auteur l'expression désigne en médecine la principale modalité de la relation médecin-patient, qui sous-tend une large part de la pratique médicale et protège en particulier le secret médical. Le colloque singulier est, dans son acception première, la relation bilatérale et protégée, en confiance, du médecin et de son patient. Selon une expression fréquemment prêtée à Hippocrate, c'est « la rencontre d'une confiance et d'une conscience ». Cette notion est essentielle dans la pratique hippocratique qui voit le médecin et le patient comme des alliés dans l'observation, le pronostic et éventuellement le traitement de la maladie perçue comme une crise dans la vie du patient ». Cette définition a été récemment modifiée et la paternité de l'expression « colloque singulier » est désormais attribuée à Louis Portes.

²³ Voir dans ce sens, ARVEILLER (J.-P.), TIZON (Ph.), « Démocratie sanitaire, qu'est-ce à dire ? », *Pratiques en santé mentale*, vol. 62, no. 2, 2016, pp. 2-2.

pousser ni à l'optimisme exagéré, ni à ignorer l'existence de difficultés systémiques au respect du secret dans les structures de santé. À ces difficultés, s'ajoute l'avènement du numérique qui vient accentuer la violation de ce droit si important pour les patients.

À la lumière de toutes ces considérations, nous entendons axer la présente réflexion sur le caractère opportun du droit au secret médical (I) tout en mettant en exergue les menaces qui pèsent sur ce droit dans sa mise en œuvre (II). Page | 571

I- UN DROIT AU SECRET MEDICAL BIENVENU

Le droit au respect du secret médical tout en étant une obligation à la charge des praticiens (B) assure la protection de la vie privée du patient (A).

A- La protection de la vie privée du patient

La relation médicale se démocratise grâce aux NTIC. Cette évolution se traduit par un patient de plus en plus avide de la protection de son secret (1), tout en demeurant un partenaire clé du secret puisque sa révélation est tributaire de son accord (2).

1- Un patient avide de protection médicale

Le secret médical incarne un des piliers de l'exercice de la profession médicale, puisqu'« *il n'y a pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret* »²⁴. Il s'impose à tout professionnel de santé. Véritable obligation de discrétion professionnelle, il représente un droit fondamental pour le patient²⁵.

L'obligation de confidentialité est protégée partout dans le monde²⁶. Elle ne se limite pas uniquement aux personnels apportant leur concours à la délivrance des soins, mais elle s'impose à tout membre du personnel des établissements de santé et à toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements²⁷. Il s'agit ici d'une extension importante et nécessaire qui s'impose donc en priorité aux nombreux collaborateurs occasionnels du service public que sont les bénévoles d'associations appelés à rendre visite aux malades hospitalisés, mais aussi aux

²⁴ HOERNI (B.), *Éthique et déontologie médicale*, Paris, 2^e édition Masson, 2000, 115p.

²⁵ MOQUET-ANGER (M.-L.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.418.

²⁶ V. dans ce sens les articles 357 et s. de la Loi n°2015-10 du 24 novembre 2015 portant nouveau Code pénal, art. 57 de la Loi n° 2005 -012 portant protection des personnes en matière du vih/sida, art. 39 du Code de déontologie médicale et l'art.192 du Code de santé publique.

²⁷ V. dans ce sens, EVIN (C.), « Le secret médical dans le cadre hospitalier », *Recueil Dalloz*, 2009, p.2639. Voir aussi LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.62.

membres des associations représentant les usagers dans les structures de soins. Cette obligation s'impose aussi au tiers tel que les visiteurs, les proches ou les membres de la famille du patient, la personne de confiance qui, à l'occasion d'une visite à l'hôpital, peuvent accéder à des informations concernant non seulement leur proche, mais d'autres malades. Les fournisseurs des structures de santé, ainsi que les représentants des cultes ou encore des officiers ministériels appelés auprès des personnes hospitalisées sont aussi assujettis à cette obligation²⁸. Par renvoi au Nouveau code pénal togolais, le respect du secret s'impose à « *toute personne qui est dépositaire d'une information à caractère secret soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire dans un établissement de santé* »²⁹. Par conséquent tout intervenant dans un établissement de santé s'expose à une sanction pénale³⁰ et/ou une sanction ordinaire s'il est membre d'une profession organisée en ordre et cela sans préjuger d'une éventuelle action en réparation engagée par la personne qui s'estime lésée.

Le secret existe dans l'intérêt du malade³¹ et il ne peut lui être donc opposable. Le secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venue à la connaissance des personnels de santé. Il s'agit d'abord des informations à caractère médical, mais aussi des informations à caractère administratif ou des informations qui, sans être médicales concernent néanmoins la vie privée du patient comme les habitudes alimentaires, les orientations sexuelles, les usages familiaux, les manies ou autres comportements qui restent habituellement de la sphère privée et qui se trouvent du fait de l'hospitalisation exposés à la vue du tiers³². De façon générale, le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du professionnel ou du membre de l'équipe de soins dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris³³. Par conséquent toute personne hospitalisée a droit à la

²⁸ CSPF, art. L1110-4, I, al.2 : « excepté dans les cas de la dérogation expressément prévue par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venue à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ses établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ».

²⁹ Art. 357 du NCPT.

³⁰ La révélation d'une information à caractère secret est punie d'une peine d'emprisonnement d'un (01) à trois (03) an(s) et d'une amende d'un million (1.000.000) à trois millions (3.000.000) de francs CFA ou de l'une de ces deux peines et/ou une sanction ordinaire s'il est membre d'une profession organisée en ordre et cela sans préjuger d'une éventuelle action en réparation engagée par la personne qui s'estime lésée.

³¹ Voir LAUDE (A.), TABUTEAU (D.), *Les droits des malades*, op.cit., p.40. Selon les auteurs, « *l'intérêt du patient au centre de la conception et de l'affirmation selon laquelle chacun a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant* ».

³² MOQUET-ANGER (M.-L.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.420.

³³ CE, 15 déc.2010, n°330314, M.A., *Rec. T.*, p.957, faute disciplinaire d'un médecin qui remet au SDIS un certificat médical non anonymisé.

confidentialité de son courrier, de ses communications téléphoniques, de ses entretiens avec des visiteurs et/ou avec des professionnels de santé³⁴.

Le secret existe dans l'intérêt du malade. Si le secret ne peut lui être opposé, le secret est-il opposable à ses proches y compris ses parents ? Cette question d'apparence simpliste pose de véritables soucis aux praticiens dans la pratique. En principe, le secret du patient est opposable à ses proches et amis. Mais dans certaines situations particulières, les praticiens peuvent informer les proches sur l'état de santé du malade. C'est le cas lorsque le professionnel de santé est en présence d'un mineur. Dans ce cas, les titulaires de l'autorité parentale ont, sauf exception légale, le droit d'être informés sur l'état de santé d'un mineur. C'est aussi le cas lorsque les praticiens font face à des diagnostics ou pronostics graves. Par conséquent, en cas de diagnostic ou de pronostic grave, *« le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celui-ci, sauf opposition de sa part »*³⁵. Le secret est-il opposable aux ayants droits d'un malade décédé ? Sur la question, si le législateur en Afrique francophone est resté silencieux, tel n'est le cas de son homologue français. En effet, la réponse à cette question concernant l'accès des ayants droits d'un malade décédé aux informations à caractère secret, se trouve dans le septième alinéa du CSPF : *« le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès »*³⁶.

Par ailleurs, toujours dans la quête de sa protection, une personne hospitalisée peut refuser toute visite et demander que sa présence ne soit pas divulguée³⁷. Un patient peut demander à être admis de façon confidentielle pour des raisons qui lui sont personnelles. En France, selon l'article R.1112-45, à l'exception des mineurs, les hospitalisés peuvent demander qu'aucune indication ne soit donnée sur leur présence dans l'établissement ou sur leur état de santé. Au regard du caractère varié du contenu matériel du secret, la protection du patient s'avère capitale. Malgré cette

³⁴ MOQUET-ANGER (M.- L.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.421.

³⁵ Art. L.1110-4, al.6 du CSPF.

³⁶ Art. L.1110-4, al. 7 du CSPF

³⁷ CSPF, art. R.1112-45 et R.1112-47.

protection, le patient demeure un acteur incontournable dans la délivrance des informations à caractères confidentielles.

2- Un patient partenaire du secret médical

Le caractère sensible des informations recueillies dans le cadre de sa maladie, justifie que le patient soit partenaire clé de ces informations afin qu'il puisse librement décider des personnes avec lesquelles, il souhaite les partager ou qu'il donne son accord à leur hébergement auprès des services informatiques agréés³⁸. La garantie de l'humanité du patient c'est aussi lui offrir la faculté de disposer d'une vie privée³⁹ au sein des structures de santé. L'article 9 du Code civil pose d'ailleurs le principe du droit à la vie privée de la personne sans distinction de lieu ou de l'état dans lequel elle se trouve. L'un des aspects du droit à la vie privée concerne évidemment l'intimité du patient. Elle se définit comme « *le caractère de ce qui est intime* »⁴⁰. Est intime, « *ce qui est intérieur et profond à l'être humain* »⁴¹. Pour garantir cette intimité, les agents de santé ne peuvent pas divulguer les informations sans l'autorisation expresse du patient⁴².

Il convient de rappeler que le bénéficiaire de l'information médicale est, et demeure avant tout le patient dont l'état de santé nécessite des soins médicaux⁴³. Le patient est le seul destinataire naturel de l'information. Tout patient bénéficie d'un droit général en matière d'information lorsqu'il est hospitalisé. Les États africains ont cristallisé cette exigence en consacrant le droit à l'information au profit du patient de manière non équivoque. Le praticien africain doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, des informations loyales, claires et appropriées sur son état, de même que les investigations et les soins qu'il lui propose⁴⁴.

Si l'information médicale s'applique au patient lui-même avec toutes les réalités que cela implique, elle peut dans certaines hypothèses être étendue à ses proches⁴⁵. Les proches du patient

³⁸ LAUDE (A.), TABUTEAU (D.), *Les droits des malades*, op.cit., p.40.

³⁹ SAISON (J.), MONTERO (A.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.247 et s.

⁴⁰ *Ibid.* p.248

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Voir REGENSBURG - DE ANDREIS (N.), « Le patient, ses secrets et le médecin », *Mémoires*, vol. 69, no. 1, 2017, p. 10 et s.

⁴³ LAUDE (A.) « Le droit à l'information du malade », op.cit. p.46.

⁴⁴ Voir Art. 570 du CSPT. V. aussi la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 énonce dans son article 5 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* ».

⁴⁵ DEVERS (G.), *Guide pratique de droit infirmier*, op. cit., p.125.

sont des destinataires particuliers de l'information⁴⁶. Le rôle des proches du patient dans la communication de l'information médicale est ambigu, car ces derniers se situent en périphérie de la relation médicale entretenue par le patient et son praticien. En effet, les proches n'ont qu'un droit exceptionnel à l'information dans la mesure où ce droit est tributaire de la volonté du patient. Pour recourir au droit comparé, l'on peut citer l'exemple de la France où l'article 35 alinéa 3 du Code de déontologie médicale indique clairement « *qu'un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus* ». De même, l'article 36 poursuit en indiquant que « *si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence et impossibilité* ». Ainsi, le médecin n'est tenu d'informer les proches du malade et de recueillir leur consentement que lorsque celui-ci est dans l'impossibilité de donner son accord ou se trouve dans une situation d'urgence. En revanche, si le patient est en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés, le médecin est déchargé de l'obligation d'informer l'entourage familial du patient qui peut être ses proches⁴⁷ ou ses ayants droits⁴⁸. Cette possibilité offerte par le Code de déontologie médicale a été réaffirmée par la loi KOUCHNER du 4 mars 2002 qui a étendu la notion de « *proches du patient* » en instituant la notion de personne de confiance⁴⁹. Il reste que l'information n'est pas limitée aux seuls membres de la famille du patient hors d'état d'exprimer sa volonté. Les vocables « *proches* » dans le droit togolais et « *personne de confiance* » dans le cas français, permettent d'inclure la délivrance de l'information à toute autre personne de son entourage, liée par des liens affectifs. Ces formulations volontairement larges donnent des coudées franches aux praticiens.

Cette large conception de la notion de l'entourage admet des exceptions. En effet, le Code de déontologie français, en son article 35 alinéa 3, ajoute que les proches du patient doivent être informés d'un pronostic vital à moins que « *le malade ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite* ». Le médecin, lié à son patient par une confiance qui doit être réciproque, doit alors se conformer aux souhaits de celui-ci et ne diffusera l'information qu'avec la réserve nécessaire. Le même article 35 dans son alinéa 3 émet une autre réserve à la diffusion de l'information aux proches. Lorsque le patient n'est pas apte à formuler de

⁴⁶ LAUDE (A.) « Le droit à l'information du malade », *op.cit.* p.47.

⁴⁷ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, *op.cit.*, p.68.

⁴⁸ MOQUET-ANGER (M.-L.), *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p.432.

⁴⁹ SAISON (J.), MONTERO (A.), *Droit hospitalier*, *op.cit.*, p.259 et s.

recommandation à ce sujet, le médecin doit rester prudent. Il va devoir tenir compte de la pathologie en cause et évaluer lui-même les conséquences de la révélation du diagnostic à l'entourage du patient. Cet article indique en effet que « *les proches doivent en être prévenus, sauf exception* ». Dans ce cas, le médecin est tenu d'apprécier en toute conscience en tenant compte surtout de l'absence d'un risque de nuisance aux intérêts du patient et à la pérennité de ses liens avec son entourage avant de délivrer les informations. Les proches ne pourront être prévenus que dans certaines hypothèses : lorsque le pronostic vital est engagé, si le patient demande expressément son accord en désignant une personne de confiance, s'il procède lui-même à cette révélation, ou en cas d'urgence et d'impossibilité du patient. L'information peut être portée à la connaissance des proches à la double condition que le patient ne s'était pas préalablement opposé et que le praticien ait apprécié en toute conscience jusqu'où il pouvait aller dans la délivrance et auprès de quel proche.

Quoi qu'il en soit, l'encadrement de l'information médicale à donner au tiers vise à protéger le patient. La loi impose au praticien une obligation de garder le secret professionnel afin de ne pas porter atteinte à l'intérêt du malade⁵⁰. Ainsi, la violation de cette obligation est assortie de sanctions. Le secret médical est opposable à toutes les personnes intervenant dans le système de santé ou qui auraient eu connaissance d'une information en vertu de leur interaction avec ledit système. En réalité, la philosophie derrière le secret médical « *est qu'aucun malade ne puisse penser pouvoir être trahi par celui qui le soigne* »⁵¹. Le respect du secret médical mise à la charge des praticiens vise *in fine* à protéger le droit au respect de la vie privée du malade.

B- La protection du secret à la charge des praticiens

Le praticien est soumis à une double obligations en matière de respect du secret médical. La première est déontologique (1) et la deuxième est légale (2).

1- Une exigence déontologique des praticiens

En Afrique francophone, les normes déontologiques définissent un cadre strict qui réglemente l'exercice des professions de santé. Il s'agit entre autres des règles relatives aux conditions d'accès à la profession, au respect des principes d'indépendance, de responsabilité, et

⁵⁰ Décret n° 83-166 du 12 avril 1983 portant Code de déontologie des médecins, art. 4. Voir aussi la loi n°9036 du 10 août 1990 relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin, art. 4.

⁵¹ ASSOUMOU (R. S. M.), *La responsabilité pénale du médecin traitant dans le système pénal camerounais*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2006, disponible sur www.memoireonline.com. Consulté le 19 octobre 2017.

de secret professionnel. Toutes ces règles servent une éthique transcrite dans le Code de déontologie médicale. À ce propos, la déontologie n'est pas « *la conscience du bien et du mal au sens général, mais celle du « bon » comportement professionnel, celui que la société est en droit d'attendre. C'est-à-dire un usage probe du savoir* »⁵². Elle s'entend comme un ensemble de règles qui déterminent les devoirs et d'obligations des praticiens dans l'exercice de leur profession⁵³. La violation de l'une de ces règles peut entraîner une sanction disciplinaire.

Le Code de déontologie médicale distingue généralement deux catégories de devoirs et obligations imposés aux médecins. Le premier devoir du médecin est d'être au service de l'individu et de la santé publique⁵⁴. Il doit aussi exercer son métier dans le respect de la vie humaine et de la personne. Le concept de dignité humaine est également garanti par le Code de déontologie et signifie que le respect dû à la personne ne doit jamais cesser, même après sa mort. Le Code de déontologie poursuit en imposant au médecin de respecter en toutes circonstances les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la profession⁵⁵. Il y figure aussi les principes garantissant l'indépendance professionnelle, le libre choix des patients, et surtout le secret professionnel⁵⁶.

Le secret médical est une obligation déontologique inscrite dans le Code de déontologie médicale. Au terme de l'article 39 du CDMT, le « *praticien est tenu au secret professionnel. Il ne peut divulguer les informations relatives à l'état de santé de la personne qu'il traite, sous réserve des dérogations prévues par la législation en vigueur* ». Le secret s'impose à tout praticien pour tout « *ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* »⁵⁷. Le praticien doit non seulement garder le secret, mais aussi le protéger en veillant à ce que les personnes qui l'assistent le respectent⁵⁸. Il a aussi l'obligation de veiller à ce que les proches du patient n'aient pas accès à des informations protégées, comme sa correspondance⁵⁹. Le praticien est prié de

⁵² ADENOT (I.), « Pourquoi une institution ordinaire ? », Disponible sur www.ordre.pharmacien.fr .Consulté le 17 décembre 2021, p. 7.

⁵³ Art. 164 du CSPT. Selon cet article, les devoirs moraux et professionnels des membres des professions médicales sont déterminés par des codes de déontologie établis par leurs ordres respectifs et approuvés par décret en conseil des ministres.

⁵⁴ V. l'article 3 du Code de déontologie médicale du Togo.

⁵⁵ Art.4 du Code de déontologie médicale du Togo.

⁵⁶ *Ibid.* Art.5

⁵⁷ LANTERO (C.), *Les droits des patients, op.cit.*, p.60.

⁵⁸ SAISON (J.), MONTERO (A.), *Droit hospitalier, op.cit.*, p.249.

⁵⁹ V. art. R. 4127-72 CSPF.

protéger l'identité du patient lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou de l'enseignement⁶⁰.

En recourant au droit comparé, il convient de noter qu'en France, le juge administratif protège rigoureusement le secret des patients. Ainsi, la responsabilité d'un centre hospitalier a pu être engagée du fait de la projection sur écran de photographie des malformations d'un jeune patient lors d'une présentation générale de la pathologie aux soignants⁶¹. Dans cette affaire, le juge administratif a estimé « *quand bien même ces images n'ont pas été diffusées qu'au sein de l'établissement hospitalier à des fins pédagogiques pour le personnel médical, le Centre hospitalier de Mulhouse n'établit pas qu'il avait reçu l'autorisation des parents* », et a ainsi commis une faute⁶². De même, constitue une violation du secret pour un psychiatre qui, désigné pour réaliser l'expertise médicale d'un criminel, évoque dans la presse la « *vacuité psychique de ce dernier* »⁶³. Par ailleurs, constitue une violation du secret médical pour un chirurgien qui, participant à une mission de télé-réalité a permis l'identification d'une patiente, alors même que la patiente aurait « *par sa participation à ce type d'émissions [...], sciemment recherché la médiatisation et consenti à la révélation de son identité* »⁶⁴. Toujours dans le cadre des violations du secret, il faut noter que la révélation du secret médical même sans intention de nuire constitue un délit. La Haute juridiction civile française dans l'affaire *Wattelet* a clairement précisé dans ce sens que le secret professionnel « *dont la portée est générale et absolue, est établie pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions et s'impose aux médecins comme un devoir de leur état ; le délit est constitué dès lors que la révélation d'un secret a été faite avec connaissance, même sans intention de nuire* »⁶⁵.

Le respect du secret médical s'impose à tout praticien et, par extension à toute autre personne en relation, de par ses activités avec les établissements de santé⁶⁶. Le médecin est tenu de garder secret les informations par respect de la confiance témoignée par le patient en état de fragilité⁶⁷. Cette exigence au départ déontologique a fini par devenir une obligation légale.

⁶⁰ Art. R. 4127-73 CSPF. V. aussi LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.60.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CAA Nancy, 7 avril 2016, n°14NC012294.

⁶³ CE, 27 janvier 2016, D., n°392033.

⁶⁴ CE, 26 sept. 2018, Azoulay, n°407856.

⁶⁵ Voir aussi BERGOIGNAN-ESPER (C.), SARGOS (P.), *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit. p. 601. Voir aussi Crim., 19 décembre 1885 (Bull. crim. N° 363 ; S. 1886. I, rapp. Talon).

⁶⁶ SAISON (J.), MONTERO (A.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.249.

⁶⁷ VERSPIEREN (P.), « Le secret médical et ses fondements », *Laennec*, vol. 55, no. 1, 2007, p. 8 et s.

2- Une obligation légale des praticiens

La protection du secret médical est aussi légale. L'article 192, al.1 du CSPT dispose : « *Le praticien est tenu au secret professionnel. Il ne peut divulguer les informations relatives à l'état de santé de la personne qu'il traite, sous réserve des dérogations prévues par la législation en vigueur*⁶⁸ ». La violation de cette obligation est punie par la loi. Au Togo, l'art. 176 du nouveau Code pénal réprime la violation du secret médical. C'est aussi le cas à travers l'article 363 al. 1^{er} du Code pénal sénégalais : « *Les médecins, chirurgiens, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 50.000 à 300.000 francs* »⁶⁹.

Page | 579

Les propos suivants de Socrate traduisent toute la difficulté de garder un secret : « *il y a plus de peine à garder un secret qu'à tenir un charbon ardent dans sa bouche* ». Cependant, le secret médical est un vieux principe que les médecins suivent depuis le serment d'Hippocrate⁷⁰. Le droit canonique voyait dans la violation du secret médical, un péché grave qui entraînait l'application de peines sévères⁷¹. Le secret médical qui est destiné à protéger la confiance d'un client, tend à assurer la confiance dans l'exercice de la profession médicale⁷². Le patient doit donner à son médecin une confiance entière et sans réserve. Il doit pouvoir sans crainte et sans hésitation lui confier ses secrets. Dans ce sens, l'objectif de garder les informations secrètes est donc de garantir dans l'intérêt général, l'exercice satisfaisant de la profession médicale⁷³. À ce propos, Louis PORTES écrivait qu'il n'y a pas « *de médecine sans confidences ni de confidences sans secret* »⁷⁴. L'obligation de garantir et de protéger le secret médical, s'étend à l'ensemble des

⁶⁸ Art. 192, al.1 du CSPT.

⁶⁹ Art. 363 al. 1 du Code pénal sénégalais

⁷⁰ LAUDE (A.), TABUTEAU (D.), *Les droits des malades*, op. cit., p.40.

⁷¹ Voir dans le même sens, l'Avocat Général ALBUCHER, concl. sous Paris, 6 février 1954, J.C.P 1954, II, 8107.

⁷² DEVERS (G.), *Guide pratique de droit infirmier*, op.cit., p.134.

⁷³ Voir dans le même sens, PRADEL (J), « L'incidence du secret médical sur les cours de la justice pénale », J.C.P. 1900 - Doctrine 2234.

⁷⁴ PORTES (L.), *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, éd. Masson - PUF, 1954 p.131 et s.

professions de la santé⁷⁵ et, à toute personne ayant accès aux informations médicales couvertes par le secret médical⁷⁶.

L'obligation de secret médical ne disparaît pas après la mort du patient⁷⁷, pas davantage après la radiation du médecin⁷⁸. Après le décès d'un patient, le praticien est toujours tenu au secret et ne doit révéler sous aucun prétexte une information couverte par le secret professionnel, même si le praticien prétend apporter une contribution à l'histoire. Le cas du médecin personnel de l'ex-président François MITTERRAND objet d'une triple condamnations (disciplinaire, pénal, et civil) pour avoir révélé après la mort de son patient les informations relatives à l'évolution de son état de santé est une parfaite illustration⁷⁹. Aussi, les documents administratifs dont la communication porterait atteinte au secret du patient ne sont communicables qu'à l'intéressé⁸⁰.

Le secret médical étant un principe absolu, le patient ne peut de lui-même délier son praticien de cette obligation⁸¹. Cependant, le caractère absolu du secret médical s'effrite au jour le jour.

II-UN DROIT MENACE DANS SA MISE EN ŒUVRE

Les dérogations légales constituent des menaces classiques du droit au secret (A). À ces menaces, s'ajoutent celles liées à l'utilisation du numérique (B).

A- Un droit toujours sous l'emprise des menaces classiques

Le principe du secret médical partagé (1), et les dérogations légales (2) constituent des menaces classiques au droit au secret médical du patient.

⁷⁵ Les étudiants en médecine en stage, les externes, les internes (en milieu hospitalier), les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, toutes les professions qui contribuent aux soins :auxiliaires médicaux (infirmiers, masseurs, kinésithérapeutes), les psychologues, les diététiciens et les assistantes sociales, les laboratoires d'analyses et leurs laborantins, les préparateurs en pharmacie sont tenus au secret médical dans la mesure où un résultat d'examen et une ordonnance peuvent renseigner sur un diagnostic, d'autres médecins peuvent connaître l'état de santé d'un patient, en dehors de tout contexte de soins : c'est le cas des médecins du travail, et des médecins conseils etc.

⁷⁶ TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, op. cit., pp. 219 et s.

⁷⁷ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.61.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Voir note Civ., 16 juillet 1997, SA Éditions Plon c/cts Mitterrand, JCP 1997.II.22964, note E. Derieux.

⁸⁰ TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, op. cit., p.129 et s.

⁸¹ MOQUET-ANGER (M.- L.), *Droit hospitalier*, op. cit., p.421.

1- Le secret médical partagé

L'article 6 du CSPT dispose que « *le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son travail soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment* ». Certes, cette disposition ne consacre pas explicitement le principe du secret médical partagé mais met à la charge du médecin le devoir de veiller à la sauvegarde du secret du patient à l'égard de tous ceux qui l'assistent dans son travail. Cette obligation découle du fait que le médecin ne peut travailler seul et par conséquent des personnes doivent l'assister⁸². Dans l'intérêt du patient, la loi autorise l'échange d'informations entre professionnels ou la divulgation de données au tiers. On parle dans ce cas de secret partagé⁸³. Il est permis l'échange d'informations relatives à une même personne prise en charge entre plusieurs professionnels de santé en distinguant si ces derniers appartiennent ou non à la même équipe de soins⁸⁴. L'équipe de soins est « *ensemble de professionnels qui participent directement au profit d'un même patient à la réalisation d'un acte diagnostique, thérapeutique, de compensation du handicap, de soulagement de la douleur ou de prévention d'autonomie, ou aux actions nécessaires à la coordination de plusieurs de ces actes* »⁸⁵. Ces professionnels doivent exercer soit dans le même établissement, ou soit parce qu'ils se sont vu reconnaître la qualité de membre de l'équipe de soins par le patient qui s'adresse à eux pour la réalisation des actes de soins⁸⁶. Les professionnels de santé doivent tous faire partie de la même équipe ou à tout le moins tous participer à la prise en charge de la personne malade et ne doivent échanger que sur ce qui est strictement nécessaire à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social⁸⁷. Dans ce cas, les informations sont réputées confiées par le patient à l'ensemble de l'équipe, conformément à la jurisprudence du CE selon laquelle « *c'est à l'ensemble du personnel médical que, sauf prescription particulière de la part du malade, le secret médical est confié* »⁸⁸. Dans ces conditions, il pèse sur le patient « *une présomption de consentement au partage de l'information* »⁸⁹.

⁸² EGLIN (M.), « Secret partagé en protection de l'enfance. Le point sur leur régime juridique depuis les deux lois du 5 mars 2007 », *Enfances & Psy*, vol. 39, no. 2, 2008, pp. 65-75.

⁸³ ECREMENT (D.) « Secret médical partagé, secret social partagé : une possibilité ou une obligation ? », *Vie sociale*, vol. 3, no. 3, 2007, p. 127. Voir aussi LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.66 et s.

⁸⁴ BERGOIGNAN ESPER (C.), DUPONT (M.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.756.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 757.

⁸⁶ SAISON (J.), MONTERO (A.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.250.

⁸⁷ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.66.

⁸⁸ CE, sect., 11 février 1972, *Sieur Crochette*, Rec.p.138.

⁸⁹ *Ibid.* p.66 et s.

Si les professionnels de santé n'appartiennent pas à la même équipe, l'échange d'informations est possible mais sous trois conditions. D'abord, il faudrait que ces professionnels participent tous à la prise en charge du malade, ensuite, que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et enfin, il faut que le consentement préalable du patient ait été recueilli, par tout moyen, y compris de matière dématérialisée⁹⁰. Pareillement, le patient doit être dûment informé de son droit d'exercer une opposition à l'échange d'information entre les membres de l'équipe de soins⁹¹. Notons de passage qu'en France, jusqu'à en 2016, les dispositions du Code de santé publique permettaient l'échange d'information sauf opposition de la personne dûment avertie, ce qui entraînait en pratique médicale un consentement tacite⁹². Désormais, la loi exige le recueil d'un consentement libre et éclairé préalable⁹³. En dehors de la notion du secret médical partagé, il existe de véritables dérogations au secret dont le fondement repose sur la protection de la personne elle-même, et celle de la société⁹⁴.

2- Les dérogations légales du secret médical

Les dérogations au secret médical sont de deux catégories : les dérogations impératives et celles qui sont seulement permises. Les dérogations impératives sont des révélations imposées par les pouvoirs publics. Les raisons invoquées pour justifier ces dérogations sont nombreuses et variées. Il peut s'agir entre autres des raisons de santé publique⁹⁵, de maintien de l'ordre⁹⁶, de permettre à une personne de faire valoir ses intérêts⁹⁷, ou d'assurer la protection du patient hospitalisé dans un établissement de santé⁹⁸.

Les raisons du maintien de l'ordre public peuvent conduire à la rupture de l'obligation du secret médical. L'obligation de secret est levée pour toute personne qui informe les autorités

⁹⁰ Cf. MOQUET-ANGER (M.- L.), *Droit hospitalier*, op. cit., p.422.

⁹¹ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.67.

⁹² SICARD (D.), « Quelles limites au secret médical partagé ? », *Recueil Dalloz*, 2009, p.2634.

⁹³ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.67.

⁹⁴ MOQUET-ANGER (M.- L.), *Droit hospitalier*, op cit. p.423.

⁹⁵ Déclarations des maladies contagieuses visant des affections qui nécessitent une intervention rapide ou dont la surveillance est nécessaire à la santé publique. C'est les cas notamment des affections comme le corona virus, le choléra, la fièvre Lassa, le virus d'Ébola etc.

⁹⁶ L'admission sans le consentement du malade, sur demande d'un tiers ou décision préfectorale en soins psychiatrique, se fait à partir de certificats médicaux nominatifs et circonstanciés décrivant les troubles ; Voir l'art. L.3212-1 et L.3213-1 du CSPT.

⁹⁷ Indemnisation d'un préjudice devant les juridictions qui peuvent obtenir communication de tout document y compris médical afin d'émettre un avis.

⁹⁸ BERGOIGNAN ESPER (C.), DUPONT (M.), *Droit hospitalier*, op.cit., p. 748 et s.

judiciaires, médicales ou administratives de privations, de sévices y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles dont elle a connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique⁹⁹. Est aussi dégagé du secret, le médecin qui, « avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises »¹⁰⁰. Les agents de santé peuvent informer le préfet du caractère dangereux pour eux-mêmes ou pour autrui des personnes malades qui les consultent et dont ils savent qu'ils détiennent une arme ou qu'ils ont manifesté leur intention d'en acquérir une arme¹⁰¹.

Sur un autre plan, deux domaines particuliers ont pu sembler justifier quelques aménagements à la notion de secret médical, il s'agit des compagnies d'assurance et de la médecine du travail, mais la tradition du secret médical y reste toutefois très forte. Dans le cadre d'un contrat d'assurance, on conçoit aisément les tensions qui peuvent surgir entre les intérêts de l'assureur qui, pour apprécier au mieux les risques qu'il s'apprête à couvrir, souhaite disposer d'un maximum de données médicales concernant l'assuré, et ceux tout à fait opposés de l'assuré qui entend préserver son intimité et la confidentialité des informations relatives à sa santé. La position du médecin-conseil de l'assurance est délicate, et peut se révéler ambiguë¹⁰². Une jurisprudence très abondante sur ces questions montre que le médecin-conseil est tenu à la plus stricte obligation de secret médical, comme vient de le rappeler la Cour de cassation dans un arrêt du 12 janvier 1999. Le médecin du travail reste lui aussi absolument lié par le secret professionnel vis-à-vis à la fois de la hiérarchie, et des représentants du personnel, même dans le but louable de permettre la défense du salarié.

La plus délicate des situations est celle où la demande de transgression de la règle du secret émane du patient lui-même, qui peut d'ailleurs obéir à des motivations d'ordres assez variés. Le malade est libre de révéler tout ce qui concerne son état de santé¹⁰³. Il peut cependant opposer le secret au juge judiciaire ou administratif¹⁰⁴. L'obligation de respecter les confidences est réelle et

⁹⁹ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, op.cit., p.71 et s.

¹⁰⁰ TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, 7^e éd., Dalloz, 2009, p.219.

¹⁰¹ BERGOIGNAN ESPER (C.), DUPONT (M.), *Droit hospitalier*, op.cit., p.751 et s.

¹⁰² TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, op.cit., p.220.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ CE, 12 avril 1957, *Deve, Lebon*, p.266.

ses implications dans la vie du patient sont multiples et variées. Cependant, le droit au secret médical confronté à la réalité des technologies numériques se trouve menacé¹⁰⁵.

B- Un droit désormais sous la menace des Ntic

Le domaine médical est sous l'emprise croissante du numérique (1), ce qui implique une protection supplémentaire du patient de plus en plus exposé dans sa vie privée (2).

Page | 584

1- Le domaine médical de plus en plus dominé par les numériques

Les technologies numériques ont bouleversé les habitudes un peu partout dans le monde. Elles sont désormais présentes dans tous les domaines de la vie : l'accès à l'information, les divertissements, les services bancaires¹⁰⁶, les achats à distance pour ne citer que ces cas. L'Afrique n'est pas restée en marge de cette révolution digitale. Si au début, la santé semblait être peu impactée par la révolution digitale, en dehors des domaines de l'imagerie médicale et de la chirurgie, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Un peu partout sur le continent, l'on observe une métamorphose rapide du numérique dans la façon dont les soins peuvent être prodigués. À ce propos, l'Afrique est désormais considérée comme le « *nouveau territoire du numérique*¹⁰⁷ ».

L'utilisation des messageries à travers les téléphones portables par les praticiens est devenue une pratique courante dans les structures de soins. Les praticiens utilisent au quotidien leur smartphone personnel, qu'il s'agisse d'échanges de mails avec des confrères ou avec leurs patients, ou de prise de photographies pour demander l'avis d'un autre confrère à distance. Tout professionnel est tenu de respecter le cadre juridique de l'échange des données personnelles de santé. Le transfert des mails qui contiennent des données de santé à caractère personnel doit être protégé et leur conservation ne doit pas être négligée. L'introduction de la télémédecine a aussi chamboulé les pratiques médicales. Elle permet d'établir un diagnostic, d'assurer un suivi, de requérir l'avis d'un spécialiste ou d'effectuer une surveillance. Elle se réalise à travers cinq actes : la téléconsultation, la téléexpertise, la télésurveillance, la téléassistance et la régulation. La télémédecine permet le partage des données d'un patient permettant une prise en charge

¹⁰⁵ V. MBAYE (P. T.), « Chapitre 1. L'enfant malade et le secret médical en Afrique : de l'influence de la tradition au respect des normes juridiques », *op.cit.*, p. 17 et s.

¹⁰⁶ V. AL DAHDAH (M.), « Les géants du numérique au chevet de l'Afrique. Le téléphone portable comme nouvel outil de santé globale », *Politique africaine*, vol. 156, no. 4, 2019, p.104. Selon l'auteur, en 2015, En 2015, 18 pays dans le monde, presque tous en Afrique subsaharienne, comptaient plus de comptes d'argent mobile que de comptes bancaires.

¹⁰⁷ V. CHENEAU-LOQUAY (A.), « La téléphonie mobile dans les pays en développement : un constat à nuancer ? », *Secteur privé et développement. La revue de Proparco*, n°4, 2009, p. 17 et s.

pluridisciplinaire coordonnée. Elle est synonyme de parcours de santé optimisé avec pour unique finalité, une plus grande efficacité de nos systèmes de santé¹⁰⁸.

La participation croissante du numérique dans la prise en charge médicale alimente parfois des inquiétudes relatives à la dissémination d'informations revêtues du caractère secret ou à la déshumanisation de la relation entre un soignant et un soigné. Mais il faut noter que les NTIC peuvent tout à la fois favoriser la circulation bénéfique de l'information pertinente pour la continuité des soins, et renforcer la protection des données personnelles des citoyens, par la sécurité informatique, le contrôle des accès aux bases dans lesquelles se trouvent les dossiers informatisés, et le chiffrement des données échangées par messageries sécurisées en santé. De plus, l'information du patient est le préalable à son consentement ou à son opposition aux soins et cette information est un impératif déontologique et légal. Seul le patient est maître du secret sur les informations qui le concernent. Au regard de cette nouvelle menace, le patient africain a besoin de protections supplémentaires.

Page | 585

2- La nécessaire protection du patient constamment exposé au numérique

Les divers recours au numérique dans le domaine de la santé suscitent des questions sur la circulation et le partage des données à caractère personnel des patients. Les dispositifs issus des technologies innovantes sont la plupart connectés et leur usage conduit à s'interroger sur la multiplication exponentielle des données personnelles des patients, avec les problématiques associées d'exploitation, de fiabilité, de sécurité et de confidentialité. À ces inquiétudes s'ajoutent les risques de vol ou de piratage de ces données personnelles. Or le secret est une règle fondamentale et structurante de la relation de soins et la protection des données en est consubstantielle. Si le patient exige une information complète, il veut aussi être rassuré sur la sécurité de la conservation, l'accès et la circulation de ses données personnelles. La confidentialité des données médicales personnelles et les protections qui lui étaient jusqu'à présent apportées sont désormais menacées par le traitement des données personnelles de santé soumises à une informatisation croissante¹⁰⁹. Pour ces raisons, il faut d'autres mécanismes pour contrer les risques d'atteinte au secret médical à l'ère du digital.

¹⁰⁸ LUCAS (J.), « Enjeux éthiques, réflexions déontologiques et recommandations du Conseil national de l'Ordre des médecins », *Les Tribunes de la santé*, 2019/1(N° 59), p.85.

¹⁰⁹ VERSPIEREN (P.), « Le secret médical et ses fondements », *Laennec*, vol. 55, no. 1, 2007, p. 6 et s.

Au Togo, le patient est protégé et son secret garanti à travers deux dispositifs majeurs. D'abord, il est protégé par la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel. Par son objet, elle vise « *à ce que les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) ne portent pas atteinte aux libertés individuelles ou publiques, notamment à la vie privée* »¹¹⁰. Pour ce faire, elle enjoint aux responsables des fichiers d'assurer la garantie des secrets protégés par la loi¹¹¹. Cette loi prévoit deux moyens essentiels pour préserver la notion de secret. Il s'agit de l'obligation de sécurité qu'elle fait peser sur les responsables de fichiers¹¹², et des précisions qu'elle apporte dans la définition des destinataires de l'information contenue dans les fichiers. Plus nombreux seront les destinataires plus grands seront les risques de rupture de la confidentialité¹¹³. L'autre élément garant de la protection du secret est l'Instance de protection des données à caractère personnel (IPDCP) qui, de par ses attributions contribue de manière particulièrement vigilante à la préservation du secret médical. C'est une autorité administrative indépendante dont la principale mission est de veiller à ce que les données à caractère personnel soient protégées conformément aux dispositions de la loi. Plusieurs missions sont assignées à l'instance mais, elles peuvent être regroupées en trois. En premier lieu, les données de santé doivent être traitées avec le consentement des personnes auxquelles elles se rapportent. Dans ce cas, le rôle de l'IPDCP est de protéger les droits du patient¹¹⁴ en s'assurant que le consentement du patient est bien le fruit d'une manifestation de volonté, libre, éclairée et univoque à la suite d'une information appropriée. À défaut, le traitement des données de santé sera considéré comme illégitime. En second lieu, les données de santé peuvent être traitées à des fins de sauvegarde de la vie humaine, ou à des fins de médecine préventive, de diagnostic ou de gestion des services de santé, ou encore à des fins d'intérêt public¹¹⁵. Dans ces cas, les traitements envisagés doivent requérir l'accord préalable de l'instance. Enfin, l'instance joue le rôle d'une juridiction. À cet effet, elle dispose d'énormes pouvoirs de contrôle¹¹⁶, d'injonction¹¹⁷, et de sanction¹¹⁸.

¹¹⁰ Art 1, al.3 de loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel.

¹¹¹ Art. 59 de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel.

¹¹² Art. 52 de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel.

¹¹³ MOUNEYRAT (M.-H.), « Éthique du secret et secret médical », *op.cit.*, p.59.

¹¹⁴ Art. 35 et s. de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel

¹¹⁵ Voir les art. 8 et 24 de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel

¹¹⁶ Art. 68 de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel.

¹¹⁷ Art. 70 de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel.

¹¹⁸ Art.71 de la loi n° 2019-014 du 29 Octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel.

Dans le cadre de son rôle de régulateur des données, l'IPDCP étudie des dossiers qui lui sont soumis avec une attention particulière par le respect des grands principes qui sont le fondement de la protection des données à caractère personnel. Il s'agit entre autres du principe de loyauté de la collecte qui suppose les personnes soient informées¹¹⁹, le principe de limitation des finalités¹²⁰ qui impose que les données soient collectées pour une ou plusieurs finalités déterminées, le principe de minimisation des données qui ne permet que la collecte des données strictement nécessaires, le principe de limitation de la conservation des données et, enfin, le principe d'intégrité et de confidentialité des données¹²¹. Il convient de noter que des dispositifs similaires de protection des données à caractère personnel existent dans les États francophones d'Afrique. Avec ces dispositifs, ils entendent protéger les données personnelles des citoyens en général et des usagers hospitaliers en particulier.

Malgré ces dispositions, il faut noter que l'utilisation croissante des messageries électroniques par les soignants pose de sérieuses inquiétudes en Afrique francophone. Pour le moment, les organes en charge de la protection des données à caractère personnel dans nos États ne se sont pas prononcés spécialement sur le sujet. Il faut recourir au droit français pour avoir une idée de cette problématique et les solutions qui lui sont apportées. À ce propos, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), attire régulièrement l'attention des hébergeurs de données de santé et des établissements de santé sur le respect de la confidentialité des données médicales surtout s'agissant de l'utilisation de la messagerie électronique. Elle a plusieurs fois rappelé que la messagerie électronique, voire le fax, ne « *constituent pas a priori un moyen de communication sûr pour transmettre des données médicales nominatives. Une simple erreur de manipulation (adresse de messagerie erronée, erreur de numérotation du fax destinataire...) peut conduire à divulguer à des destinataires non habilités des informations couvertes par le secret médical et à porter ainsi gravement atteinte à l'intimité de la vie privée des personnes* »¹²². Pour garantir la confidentialité des échanges et l'interopérabilité des messageries, ont été mis en place des services de messageries sécurisées de santé, que doivent utiliser les praticiens¹²³. La responsabilité du praticien reste entière au titre de la violation du secret, dès lors qu'il a permis à

¹¹⁹ Art. 15 de la même loi

¹²⁰ Art. 16 de la même loi

¹²¹ Art. 19 de la même loi

¹²² CNIL, « Données de santé, messagerie électronique et fax », décembre 2015. Disponible sur <https://www.cnil.fr/fr/donnees-de-sante-messagerie-electronique-et-fax>. Consulté le 6 mai 2023.

¹²³ En France, il existe des messageries sécurisées comme MS Santé, Medimail, gratuites ou Apicrypt payante. Les messageries sécurisées ne sont toutefois pas faites pour héberger des données de santé.

ses patients de lui adresser des mails (ou des SMS) sans que ces données soient protégées pendant leur transfert, ou qu'il néglige d'utiliser les messageries sécurisées. Or, selon la Cour des comptes française, « *ces dispositifs de messagerie de santé sécurisée constituent l'environnement indispensable au développement des parcours de soins coordonnés et, au-delà, à l'essor de la télémédecine* »¹²⁴. En somme, des efforts restent à faire pour assurer la protection du secret dans les hôpitaux africains.

Conclusion

L'obligation qui pèse sur le professionnel de santé de respecter le secret du patient reste avant tout une norme déontologique, qui a acquis progressivement une assise légale. Elle vise à assurer un climat de confiance au sein de la relation de soin¹²⁵ pour des soins de qualité. Le législateur dans les États d'Afrique francophone a codifié les règles déontologiques, légales, réglementaires et jurisprudentielles de façon à renforcer la protection des usagers du système de santé surtout dans le domaine des données numériques de santé.

Le devoir de respecter les confidences doit être analysé par les praticiens comme un moyen de repenser la relation thérapeutique dans les structures de soins qu'elles soient publiques ou privées. Dans ce cas, les informations recueillies sur le patient doivent être envisagées comme un élément d'une pratique médicale normale, un critère d'appréciation de la qualité des soins. Malgré la dépendance et la précarité dans lesquelles le place la maladie, le patient demeure un sujet autonome dont la protection de ses données médicales qu'elles soient dématérialisées ou non vis-à-vis des autres professionnels de santé et du tiers est crucial pour la confiance qu'il place dans les établissements de santé.

L'information médicale est indispensable pour poser le diagnostic et orienter la thérapeutique. Elle permet aussi au patient de codécider des soins qui lui sont proposés¹²⁶. Pour cette raison, le patient est obligé de s'ouvrir au praticien pour une issue heureuse de ce dont il souffre. Le désir de protéger les données à caractère personnel du patient est un objectif louable des pouvoirs publics africains. Cette volonté doit se traduire dans la pratique en vue de protéger les données de santé des patients. Le respect du secret du patient qui recourt aux services de santé

¹²⁴ COUR DES COMPTES, « Les services publics numériques en santé : des avancées à amplifier, une cohérence à organiser », *Rapport 2018*, p. 218.

¹²⁵ PAUTIER (S.), « Le secret professionnel soignant : un enjeu de démocratie sanitaire entre immanence et aliénation », *op.cit.*, p. 54.

¹²⁶ LANTERO (C.), *Les droits des patients*, *op.cit.*, p.87.

est capital pour sauvegarder la confiance entre les professionnels de santé et les usagers et surtout pour préserver la vie privée de celui-ci.



Les Changements Anticonstitutionnels de Gouvernement au regard du Droit Communautaire Africain

Unconstitutional Changes of Government under African Community Law

Par : Page | 590

ABDOUL-KARIM HALIROU

Docteur / PhD en droit public

Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et politiques de l'Université de Garoua

Résumé:

Nombre des États africains ont connu ces dernières années, des coups d'État ayant placé des militaires au pouvoir. Dans leurs ensembles, les changements apportés par les militaires sont anticonstitutionnels. Par conséquent, ils sont condamnés par le droit communautaire africain. Cependant, les sanctions appliquées par l'Union Africaine (UA) et les Organisations sous régionales africaines semblent non seulement être ambiguë, mais ont également une portée limitée. Aussi, les Changements anticonstitutionnels de Gouvernement (CAG) constituent un obstacle à la réalisation des objectifs du droit communautaire africain. Toutefois, lorsque les putschistes mettent fin à un régime autoritaire et s'engagent vers une transition démocratique rapide, on peut qualifier ce changement de «CAG à but démocratique».

Mots clés: Changements anticonstitutionnels de Gouvernement; Droit Communautaire Africain.

Abstract:

In recent year, Many African states have experienced coups that have brought military leaders to power. Whatever the reasons, military-led changes of Government are unconstitutional. Consequently, they are condemned under African Community Law and considered an illegal means of accessing power. However, the sanctions imposed by the African Union (AU) and regional African Organizations against these unconstitutional powers appear unclear and have limited impact. Moreover, such coup undermine the objectives of African Community Law. However, when coup leaders dismiss dictatorial regimes and establishing an immediate democratic transition, this change can be described as a "Change with a democratic goals".

Page | 591

Keywords: Unconstitutional Changes of Government; African Community Law



Introduction

À l'heure où les États africains sont préoccupés à promouvoir l'unité, la solidarité, la cohésion et la coopération entre eux, l'on constate la survenance de plusieurs phénomènes internes qui mettent à mal les objectifs susvisés. Le plus souvent, ces États font face aux crises d'ordres politiques, économiques et sociaux institutionnels. De par leurs diversités, ces crises varient d'un lieu à un autre. Toujours est-il, certaines d'entre elles (crises) dégagent les traits de similitudes par rapport à leur point de départ. En effet, la frustration du peuple due à la mauvaise gouvernance de la chose publique, au manque d'une justice distributive constituent les principales causes d'instabilité des États africains¹. Il en est de même de l'insécurité grandissant et de la volonté de certains dirigeants de demeurer au pouvoir, qui ensemble, peuvent être considérées comme des catalyseurs aux changements anticonstitutionnels de gouvernement (CAG).

Page | 592

En effet, le changement anticonstitutionnel de gouvernement renvoi à toute action contraire à la Constitution, qui viole les principes démocratiques d'un État, ayant pour but de renverser ou de maintenir les détenteurs du pouvoir. Force est de constater qu'il y a un terme générique qui revient dans tous les CAG; Il s'agit du « *Coup d'État* ».

Tout d'abord, il convient de rappeler que sa conception dépend de deux périodes de l'histoire des régimes politiques. La première période renvoie au XVII^{ème} siècle (l'ancien régime) et la seconde, est celle qui se situe à partir du XVIII^{ème} siècle (le nouveau régime)². Initialement, le Coup d'État était considéré comme un acte légitime. En effet, il était organisé par les gouvernants dans le but de sauvegarder l'intérêt public « *la raison d'État*³ ». Mais à partir de la révolution française, cette notion a perdu graduellement sa signification d'acte légitime, pour être enfin qualifiée, de violation à l'ordre constitutionnel établi⁴. Par conséquent, c'est un acte qui est non seulement illégitime, mais aussi illégal.

¹ Tribune du professeur MUNENGE MUDAGE (F.), «Phénomène coups d'État en Afrique : des causes internes et externes qui dissimulent d'énormes conséquences», 2022 disponible en ligne sur <http://www.matininfos.net/Home/A-La-Une/Phénomène-coups-d'État-en-Afrique-des-causes-internes-et-externes-qui-dissimulent-d'énormes-conséquences>.

² Lire KANDJOURA (B.) «Le coup d'État : essai de définition». 2021 disponible en ligne sur <https://hal.science/ffhal-03207178f>.

³ Idem.. L'auteur affirme que, le recours au Coup d'État pendant cette période était considéré comme un acte nécessaire et normal.

⁴ Lire à cet effet PALOUKI (M.), «Le coup d'État, entre déshonneur et bienveillance» disponible en ligne sur <http://www.afrilex.u-bordeaux.fr>.

À partir de cet instant, le Coup d'État est considéré comme un phénomène politique consistant au renversement d'un pouvoir en place par des personnes qui agissent souvent par la force et de façon illégale⁵. En d'autres termes, c'est une rapide prise de contrôle physique et politique, de l'appareil de l'État, par un groupe de conspirateurs s'appuyant sur la menace ou le recours à la violence. Jonathan POWELL et Clayton THYNE, définissent le Coup d'État comme une « *Tentative illégale et manifeste de l'armée ou de l'élite au sein de l'appareil d'État de renverser l'exécutif en place*⁶ ». Au-delà de ces définitions, notons que chaque Coup d'État a sa particularité. Ce qui nous amène à ressortir plusieurs types de Coups d'État.

Si on définit certains Coups d'État en fonctions de leurs acteurs et de leurs motivations, d'autres se distinguent en fonction de leurs issues, mais aussi en fonction des méthodes ayant conduit à leur réalisation. En fonction des acteurs, il y a trois types de Coups d'État : les Coups d'État militaires ou putsch, qui sont menés par des officiers ou des soldats ; les Coups d'État civils et / ou constitutionnels, orchestrés par des politiciens, des fonctionnaires ou des hommes d'affaires et les Coups d'État électoraux, qui sont menés généralement par des politiques déjà au pouvoir ou qui ont la main mise sur le système électoral⁷.

En fonction des motivations, l'on peut recenser les Coups d'État conservateurs et les Coups d'État réformateurs. Si les premiers visent à maintenir ou à restaurer un ordre ancien, les seconds cherchent à instaurer un changement politique ou social. En fonction des méthodes, les Coups d'État peuvent être classés par ordre. Les Coups d'État violents, qui impliquent des affrontements armés ou des assassinats. Les Coups d'État pacifiques, qui se basent sur la négociation ou la persuasion et enfin les coups d'État d'abus de pouvoir. Dans ce dernier, un groupe détenant le pouvoir politique, administratif et/ou militaire impose sa volonté sur l'ensemble de la population en exerçant ainsi une grande violence sans forcément un usage des armes. En fonction d'issues, une partie de la doctrine oppose les Coups d'État réussis, aux Coups d'État déjoués⁸, alors que

⁵Cabinet stratégies; Comprendre les coups d'États en Afrique données et tendances,2023 disponible en ligne sur <http://www.strategiesconsultingfirm.com>

⁶ DURIZOT (J.), «Les coups d'état en Afrique»,2023,disponible en ligne sur <http://www.newsantilles.com>

⁷ Cabinet strategies; comprendre les coups d'etat en afrique données et tendances,2023 disponible en ligne sur <http://www.strategiesconsultingfirm.com>.

⁸ Ibid.

certain auteurs font la différence entre « les Coups d'État salvateurs » et les « les Coups d'État classiques⁹ ».

En effet, les Coups d'État salvateurs sont ceux qui sont guidés par le respect des principes démocratiques, d'où leur qualification de « *Coup d'État démocratique* ». Selon Ozan VAROL, le Coup d'État démocratique, est un acte qui permet de mettre fin à un régime autoritaire ou dictatorial, favorisant le retour aux bases démocratiques¹⁰. Il se distingue des Coups d'État perpétrés par des militaires, qui n'ont d'autres buts que de concentrer le pouvoir entre leurs mains à des fins personnelles¹¹.

En l'espèce, nombre des États dans la région africaine ont subi, les Coups d'État entre 2019 et 2023. Il convient de signaler que ces Coups d'État sont dans leurs ensembles des « Coups d'État militaires ». Nous avons répertorié une dizaine¹², soient six coups d'État en Afrique de l'ouest¹³, deux en Afrique centrale¹⁴ et deux au Soudan.

En Afrique de l'ouest, les six Coups d'État ont eu lieu dans quatre pays francophones à savoir le Burkina Faso, la Guinée, le Mali et le Niger. Le Burkina Faso a connu deux Coups d'États au cours de l'année 2022. Roch Marc Christian KABORE, Président démocratiquement élu est arrêté en janvier 2022 par des militaires du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR) dirigé par le Lieutenant-colonel Paul-Henri SANDAOGO DAMIBA. Ce dernier prend le pouvoir et accuse le gouvernement de KABORE de ne pas pouvoir faire face à la menace terroriste. Le Gouvernement de transition dirigé par DAMIBA échoue à son tour du fait de la progression des groupes armés djihadistes dans le pays. Suite au mécontentement de la population et de l'armée, le Capitaine Ibrahim TRAORE leader d'un groupe de militaires, renverse Paul-Henri SANDAOGO DAMIBA et se proclame Président de transition.

En Guinée, le Président Alpha CONDÉ au pouvoir depuis 2010 a modifié la Constitution en 2020 afin de briguer un troisième mandat. Chose faite, sa réélection en octobre 2020 a suscité

⁹ Lire à cet effet PALOUKI (M.), «Le coup d'état, entre deshonneur et bienveillance» disponible en ligne sur <http://www.afrilex.u-bordeaux.fr>.p24.

¹⁰ AHOUNSOU (W.), Alerte au «coup d'Etat démocratique» en Afrique de l'ouest,2022, disponible en ligne sur <http://www.wathi.org>

¹¹ Ibid.

¹² Hors mis les coups d'État constitutionnels au Gabon et en Guinée ayant occasionné par la suite les putschs.

¹³ Au-delà de la Guinée et du Niger, il faut relever que le Burkina Faso et le Mali ont connu chacun deux coups d'État pendant cette période.

¹⁴ Il s'agit du Gabon et du Tchad.

des vives protestations. Suite à la colère populaire, Alpha CONDÉ va ordonner les militaires de recourir à la force contre les manifestants. Mécontents de la situation, les militaires sous la conduite du Lieutenant-Colonel Mamady DOUMBOUYA vont se retourner contre lui et prendre le pouvoir le 5 septembre 2021¹⁵.

Au Mali, le président Ibrahim Boubacar KEÏTA, démocratiquement élu depuis 2013, a été renversé en août 2020 après sa réélection. En fait, le Lieutenant-Colonel Assimi GOÏTA, Chef des forces spéciales en charge de la répression des immenses manifestations¹⁶ qui se déroulaient après la réélection d'Ibrahim Boubacar KEÏTA fait volte-face et reprend le pouvoir. Un pouvoir de transition est mis en place pour 18 mois sous le contrôle du Comité National pour le Salut du Peuple (CNSP) avec BAH N'DAW un civil nommé Président de transition et Assimi GOÏTA vice-Président. Après une tentative de remaniement ministériel¹⁷ en mai 2021, BAH N'DAW a été destitué par Assimi GOÏTA qui se proclame Président de la transition.

Pour ce qui est du Niger, Mohamed BAZOUM Président démocratiquement élu en 2021 a été renversé en juillet 2023 par les éléments de la garde présidentielle dirigés par le Général Abdourahamane TIANI. Ce dernier prend le pouvoir et se déclare chef du Conseil National pour la Sauvegarde de la Patrie (CNSP). Il met BAZOUM en résidence surveillée et suspend la Constitution. Comme dans les cas précédents (Mali et Burkina Faso), ces militaires justifient leurs agissements pour deux raisons : l'incapacité du pouvoir civil à contenir l'insécurité et la progression des groupes rebelles. Aussi, les nouveaux dirigeants, font porter l'échec sécuritaire aux forces internationales, notamment la présence militaire française dans le sahel.

En Afrique centrale, le Gabon et le Tchad sont les deux pays ayant connu des Coups d'État pendant ces cinq dernières années. Au lendemain du décès du Président Idriss DÉBY ITNO, le 21 avril 2021, les militaires s'emparent du pouvoir, outrepassant la procédure constitutionnelle¹⁸. Ils

¹⁵ NIAGALÉ (B.) et BOISVERT (M-A.) , «Le retour des coups d'état en afrique », revue esprit – numéro de mai 2022. P2.

¹⁶ En effet, les manifestations menées par le mouvement du 05 juin- Rassemblement des Forces patriotiques (M5RFP) dénonçaient la corruption, la mauvaise gestion de la crise sécuritaire et les résultats contestés des élections législatives d'avril 2020.

¹⁷ En fait le président Bah N'Daw et son premier ministre Moctar Ouane ont organisé un remaniement ministériel excluant certains militaires influents.

¹⁸ D'après les dispositions de la constitution tchadienne, il appartient au président de l'Assemblée nationale de reprendre les rênes du pays dans une telle situation. Toutes fois, les membres du CMT ont affirmé que, le président de l'Assemblée nationale (Haroun Kabadi) aurait refusé d'accepter la succession pour des raisons liées à son état de santé précaire. Il fut reconduit par la suite, à la tête du parlement provisoire. Pour plus de détails lire LE-YOTHA

instituent un Conseil Militaire de Transition (CMT) composé de quatorze membres. Le commandement du CMT est confié au général Mahamat IDRIS DÉBY ITNO, fils du défunt Président. Pour légitimer leurs actions, le CMT avance la crise sécuritaire que connaît le pays pendant cette période¹⁹. Aussitôt, la junte promulgue une Charte de transition qui donne tous les pouvoirs au Président du CMT. Ainsi la charte va suspendre non seulement la Constitution, mais aussi toutes les Institutions de la République²⁰.

Concernant le Gabon, le Coup d'État a eu lieu le 30 août 2023, peu après l'annonce des résultats de l'élection présidentielle déclarant Ali BONGO ONDIMBA vainqueur pour un troisième mandat. En effet, ce résultat a déclenché une vive opposition et occasionné le renversement du Président élu par un groupe de militaires agissant au nom du Comité pour la Transition et la Restauration des Institutions (CTRI). Ainsi, ils ont pris le contrôle de la télévision nationale Gabonaise et ont annoncé l'annulation des élections, la dissolution des institutions de l'État, c'est-à-dire le Gouvernement, l'Assemblée Nationale et le Sénat. Le Général BRICE OLINGUI NGUEMA, Chef de la garde Républicaine a été désigné comme leader de la transition et officiellement investi en tant que Président de la transition²¹.

En Afrique de l'Est, le Soudan a connu deux Coups d'État dans un intervalle de trois ans. Le premier coup d'État effectué le 11 avril 2019 par l'armée, suite à plusieurs mois de manifestations populaires, a permis de renverser le Président Oumar EL-BÉCHIR après 30 ans de règne. Un conseil militaire de transition est alors formé, suivi d'un accord de partage du pouvoir avec des représentants civils. Pendant que la transition démocratique est en cours de réalisation, le

NGARTEBAYE (E.), «La disparition du maréchal Idriss Déby Itno : entre coup d'État et continuité du système» .in bulletinfrancopaix Vol. 7, n° 1-2 Janvier - février 2022.p13.

¹⁹ La peur de l'invasion imminente de N'Djamena par les rebelles du FACT, l'engagement du Tchad dans la lutte contre le terrorisme au Sahel et dans le bassin du lac Tchad, constituent les raisons qui ont poussées les militaires à prendre le pouvoir. Selon eux, le décès du chef d'État est « *présenté comme une porte ouverte à l'instabilité dans la bande du Sahel similaire à la débandade libyenne en 2012* ». Lire à cet effet LE-YOTHA NGARTEBAYE (E.), «La disparition du maréchal Idriss Déby Itno : entre Coup d'État et continuité du système» .in bulletinfrancopaix Vol. 7, n° 1-2 Janvier - février 2022.p14.

²⁰ La Charte ouvre une période de transition de dix-huit mois avec une possibilité de proroger une fois cette période. Lire à cet effet LE-YOTHA NGARTEBAYE (E.),«La disparition du maréchal Idriss Déby Itno : entre coup d'État et continuité du système» .in bulletinfrancopaix Vol. 7, n° 1-2 Janvier - février 2022.

²¹ Lors d'une interview, le Général Oligui Nguéma, président de transition du Gabon a donné les raisons qui ont poussées les militaires au renversement du régime en place. Il affirme « *On nous a demandé d'assurer la répression, mais nous risquons dans ce cas des poursuites de la Cour Pénale Internationale. Ce ne sont pas les gens qui nous donnent les ordres qui seront inquiétés. Quand le pouvoir dépend de vous à ce point, vous pouvez renverser la situation et même devenir un héros [...].* ». Lire à cet effet ZINSOU (L.), *Pourquoi autant de coups d'État en Afrique ?* in think tank Publication du 30 octobre 2023.

Général Abdel Fattah AL-BURHAN, leader de l'armée soudanaise effectue un nouveau Coup d'État le 25 octobre 2021²². Ainsi, il dissout le gouvernement civil, arrête le Premier Ministre Abdallah HAMDOCK et déclare l'état d'urgence dans le pays.

Du point de vue des causes ayant permis leurs réalisations, l'on peut qualifier la quasi-totalité de ces Coups d'État, comme étant des «Coups d'État réformateurs²³ », malgré que certains pays sont toujours dans une impasse politique et social. Quelle que soit leur qualification, ils sont des Changements Anticonstitutionnels de Gouvernement. Ce mode d'accession au pouvoir devenu récurrent, l'Organisation panafricaine (l'UA) ainsi que les Organisations sous régionales africaines s'attèlent à mettre un terme aux CAG en vue d'atteindre les différents objectifs d'intégration qu'elles se sont fixées. À titre de rappel, les Organisations internationales africaines sont dotées chacune en ce qui les concernent d'un instrument juridique propre. Ainsi, l'ensemble composé de leurs instruments juridiques renvoient à ce qu'on pourrait appeler « *le droit communautaire africain* ». En fait, il est composé du droit primaire²⁴ et du droit dérivé²⁵. Ce droit fait donc référence à l'ensemble des règles et normes juridiques qui régissent les relations entre les États membres des Organisations africaines (régionale et sous régionales).

Dès lors, l'on se pose la question suivante ; les changements anticonstitutionnels de gouvernement ne compromettent-ils pas à la fois l'accession régulière au pouvoir et la mise en œuvre effective des objectifs du droit communautaire africain ? Les éléments de réponse à cette préoccupation sont à rechercher autant dans les textes régissant les organisations africaines²⁶, que sur les réalités observées sur le terrain. De manière unanime, les CAG sont considérés comme un mode illégal d'accession au pouvoir par le droit communautaire africain (I). Bien plus, ils constituent un obstacle à la réalisation des objectifs du droit communautaire africain (II).

²² Il convient de signaler qu'il était à la tête du premier coup d'Etat ayant renversé le président Omar El Béchir.

²³ Pour les États du Burkina Faso, du Mali et du Niger, l'insécurité qui s'est traduite par l'expansion des groupes armés djihadistes dans leurs territoires respectifs est la principale cause des Coups d'État. S'agissant du Soudan, Gabon, Tchad et Guinée, c'est la longévité des présidents au pouvoir et le manque d'alternance qui a provoqué les coups d'État.

²⁴ Le droit primaire renvoi aux traités constitutifs des organisations internationales et actes assimilés tels que les protocoles additionnels aux traités, conventions relatives à la mise en place de certains organes ou institutions.

²⁵ Encore appelé «*droit légiféré*», il comprend les actes internes aux institutions communautaires à savoir, les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et avis, mais aussi les actes conventionnels extérieurs tels que les accords, traités internationaux conclus par ces organisations avec des États tiers ou d'autres organisations.

²⁶ Il s'agit des textes régissant l'UA mais aussi ceux qui régissent les différentes organisations sous régionales africaines.

I- LES CHANGEMENTS ANTICONSTITUTIONNELS DE GOUVERNEMENT, UN MODE ILLÉGAL D'ACCESSION AU POUVOIR EN DROIT COMMUNAUTAIRE AFRICAIN

D'entrée de jeu, il est illogique de penser qu'un changement de gouvernement jugé non conforme à la constitution d'un État puisse être accepté au niveau communautaire. Ainsi, le droit communautaire africain condamne fermement les modes d'accession au pouvoir illégaux (A) et sanctionne ces agissements malgré son régime répressif limité et ambiguë (B).

A- La condamnation des CAG en droit communautaire africain

Il importe de souligner que la condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement est autant visible dans les instruments juridiques de l'Union Africaine(1) que dans les instruments juridiques des Organisations sous régionales africaines (2).

1- Condamnatn des CAG dans les instruments juridiques de l'Union Africaine

L'Organisation panafricaine s'est dotée d'un arsenal normatif (*soft law* et *hard law*) considérable en matière de rejet et de condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement²⁷. Cet arsenal s'est développé dans le temps par des réactions claires de l'Organisation de l'unité Africaine (OUA) puis de l'UA contre les Coups d'État. Il convient de relever que la première pierre à l'édifice du rejet des changements anticonstitutionnels en Afrique est la *Déclaration de Harare* de 1997 prononcée par la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA. En effet, cette déclaration marque la position unanime des dirigeants africains condamnant le Coup d'État perpétré en Sierra Leone contre le Président démocratiquement élu (Ahmad TEJAN KABBAH)²⁸. Pour ceux-ci, l'accession au pouvoir se fait

²⁷ KAZADI MPIANA, (J.), «L'union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement». Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional, 2012.25(2), 101–141. <https://doi.org/10.7202/1068626ar.p4>.

²⁸ Il faut noter que la *Déclaration de Harare* ne figure pas parmi les décisions et déclarations adoptées lors de la 33e session de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'OUA tenue à Harare du 2 au 4 juin 1997. Pour plus de détails lire KAZADI MPIANA, (J.), «L'union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement». Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional, 2012.25(2), 101–141. <https://doi.org/10.7202/1068626arp5>.

exclusivement par des moyens démocratiques en rapport avec la légalité constitutionnelle des États²⁹.

Dans le même ordre d'idée, l'OUA a adopté le *Mécanisme pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits*³⁰. Ce Mécanisme est en fait chargé d'y faire face et de gérer les conflits notamment ceux qui sont liés aux Coups d'État³¹. La première initiative prise par cet organe a été la condamnation du Coup d'État réalisé au Burundi et le soutien à l'embargo régional décrété par les États de la sous-région³². Notons que l'organe central du Mécanisme comportait en son sein un sous-comité sur les changements anticonstitutionnels qui malheureusement est resté non opérationnel. Progressivement, l'OUA va de nouveau adopter une autre décision lors de sa 35^{ème} session (Sommet d'Alger) tenue en 1999³³. Il ressort du premier paragraphe de cette décision l'ultimatum suivant : « *Les États membres dont les gouvernements ont accédé au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels après le Sommet de Harare devraient restaurer la légalité constitutionnelle avant le prochain Sommet, faute de quoi l'OUA prendra des sanctions à l'encontre de ces gouvernements jusqu'à ce que la démocratie soit rétablie* ».

Dans la même perspective, les Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA réunis à Lomé au Togo lors d'une Conférence, tenue du 10 au 12 juillet 2000, vont pour la première fois donner un essai de définition au CAG³⁴. Selon eux, peuvent être considérés comme tels « *Un Coup d'état militaire contre un gouvernement issu d'élections démocratiques ; une intervention de mercenaires pour renverser un gouvernement issu d'élections démocratiques ; une intervention de groupes dissidents armés et de mouvements rebelles pour renverser un gouvernement issu*

²⁹ Cf. article 13.1 de *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin 1981, (entrée en vigueur : 21 octobre 1986). Cet article dispose « [t]ous les citoyens ont le droit de participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ».

³⁰ Cf. l'Organisation de l'Unité africaine, *Mécanisme pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits*, Doc off OUA (juin 1997) [*Mécanisme pour la prévention*].

³¹ Cf. Paragraphe 15 de la Déclaration instituant le mécanisme : « Le Mécanisme aura comme objectif premier de prévoir et de prévenir les conflits. En cas de conflit, il aura la responsabilité de rétablir et de consolider la paix en vue de faciliter le règlement du conflit » *Mécanisme pour la prévention*, *supra* note 16.

³² TSHIBANGU (K.), « L'embargo régional contre le Burundi et le droit international » (1999) 9 *Revue de droit africain : doctrine et jurisprudence* 5; Suyash Paliwal, « The Primacy of Regional Organizations in International Peacekeeping: The African Example » (2010) 51 *V J Int'l L* 185, spécialement à la p 210 citer par KAZADI MPIANA, (J.) « L'union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement. » (2012) *Op.cit.* p6.

³³ L'Organisation de l'Unité africaine, *Décision*, AHG/Dec.142 (XXXV), 35e sess (1999).

³⁴ Il convient de souligner que la notion même des changements anticonstitutionnels de gouvernement est polysémique.

d'élections démocratiques ; le refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières³⁵».

Jusque-là développée en dehors du droit primaire de l'OUA, la condamnation des changements anticonstitutionnels va solennellement être consacrée dans l'Acte constitutif de l'Union Africaine.³⁶ Ainsi, l'article 4(p) dudit *Acte*, affirme clairement la « *Condamnation et rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement* ». Cette condamnation s'est consolidée dans le *Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité(CPS)* qui considère le CPS comme étant le mécanisme de la mise en œuvre de la réaction de l'UA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement³⁷.

Page | 600

Le Règlement intérieur de la conférence de l'UA va à son tour consacré les CAG dans ses dispositions. Il reprend la définition du CAG selon la déclaration de Lomé, tout en ajoutant un élément à celle-ci « *Le renversement ou le remplacement d'un gouvernement démocratiquement élu par des éléments, avec l'aide de mercenaires³⁸* ». Il en est de même de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (CADEG) adoptée le 30 janvier 2007. Elle confirme les situations considérées comme CAG proposées par la Déclaration de Lomé, mais complète la nomenclature par une cinquième situation, à savoir « *Tout amendement ou toute révision des constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique³⁹* ». A travers ces différents instruments juridiques, l'on est amené à constater que l'organisation panafricaine a fait du rejet des CAG, son cheval de bataille. Quid des Organisations sous régionales africaines?

2- Condamnation des CAG dans les instruments juridiques des Organisations sous régionales africaines

S'il est aisé de recenser le rejet et la condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement dans les dispositions des instruments juridiques de l'Organisation panafricaine,

³⁵ Cf. Déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement, adopté lors de la 36ème session ordinaire des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine, à Lomé (Togo), 12 juillet 2000.p4.

³⁶ Acte constitutif de l'Union africaine, signé le 11 juillet 2000 à Lomé au Togo, entrée en vigueur en 2002.

³⁷ Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité, signé le 09 juillet 2002 à Durban en Afrique du Sud. En effet, Les attributions de l'organe principal du Mécanisme de l'OUA chargé de la prévention, de la gestion et du règlement des conflits ont été incorporées et développées dans ledit *Protocole*.

³⁸ Cf. Art 37(2) et 37(3) *Règlement intérieur de la conférence de l'Union*, Doc off UA, Assembly/AU/2 (I) a (2002).

³⁹ Cf. Article 23 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, 30 janvier 2007, Doc off CADHP, 8e sess (entrée en vigueur : 15 février 2012) [CADEG].

le travail s'avère complexe dans les instruments juridiques des Organisations sous régionales africaines. Il importe de signaler que la quasi-totalité du droit primaire de ces organisations ne mentionnent pas de manière explicite le rejet et la condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement⁴⁰. Néanmoins, la CEDEAO a pris le soin d'évoquer les CAG dans le Protocole additionnel sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté en décembre 2001⁴¹. Aux termes de l'article premier (d) dudit protocole, il est affirmé que « *Tout changement anti-constitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession ou de maintien au pouvoir* ». En effet, cette disposition démontre l'engagement de la CEDEAO à promouvoir la démocratie et à condamner les changements anticonstitutionnels de gouvernement⁴².

La Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) n'est pas en reste. Elle dispose de manière explicite la condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement dans un instrument juridique intitulé « *Principes et lignes directrices de la SADC régissant les élections démocratiques* ». Conformément aux dispositions de ce document, les Etats membres de la SADC s'engagent à se plier à certains principes notamment celui de « *condamner et rejeter tout changements anticonstitutionnels de gouvernement [...]*⁴³ ». Bien que principalement axée sur la sécurité et la coopération économique, l'Autorité Intergouvernementale sur le Développement (IGAD) a également abordé les questions de gouvernance et a condamné les coups d'État dans ses déclarations et résolutions⁴⁴.

Par ailleurs, en l'absence des dispositions claires sur la question, certaines Organisations condamnent les changements anticonstitutionnels de gouvernement dès lors qu'ils surviennent. C'est le cas de la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), qui au travers d'un communiqué de la Commission, condamne fermement le coup d'État qui a eu lieu le 30 août 2023 au Gabon⁴⁵. De manière générale ces organisations jouent un rôle crucial dans le

⁴⁰ Si l'on s'en tient aux traités de la CEEAC et la CEMAC, l'évocation des CAG ne figure nulle part.

⁴¹ D'après l'article premier du traité révisé de la CEDEAO, le protocole est « *un instrument d'application du traité ayant la même force juridique que le traité* ».

⁴² De plus, il faut signaler que la CEDEAO a condamné par des sorties officielles, tous les coups d'Etat qui ont lieu dans les pays membres de ladite organisation.

⁴³ Cf. Principes et lignes directrices de la SADC régissant les élections démocratiques adopté le 20 juillet 2015 à Pretoria (Afrique du sud). IV.1.1.3. p12.

⁴⁴ Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) a également intégré des principes de bonne gouvernance dans ses politiques, bien qu'il soit moins actif dans ce domaine par rapport à d'autres organisations.

⁴⁵ Lire le Communiqué de la commission de la CEEAC relatif à la situation politique en république Gabonaise consécutive à la prise du pouvoir par les forces de défense et de sécurité, publié le 30 août 2023.

maintien de la paix et de la stabilité dans leurs sous régions respectives. Au delà de leurs objectifs spécifiques elles prônent le processus démocratique au sein des États membres, adoptent souvent des résolutions, et imposent des sanctions une fois que l'ordre constitutionnel d'un État est remis en cause. La nuance est que les sanctions sont non seulement limitées, mais varient d'un État à un autre.

B- Un régime répressif des CAG limité et ambiguë

Le droit communautaire africain dispose d'un régime répressif régissant les changements anticonstitutionnels de gouvernement (1). Toutefois, les sanctions imposées dans ce cadre, ont une portée non seulement limitée mais le plus souvent ambiguë (2).

1- Le régime répressif des CAG en Droit Communautaire africain

La répression des CAG est instaurée par l'UA ainsi que par d'autres Organisations sous régionales. S'agissant de l'Union Africaine, il ressort des dispositions de l'article 23(2) de son acte constitutif que « *Tout État membre qui ne se conformerait pas aux décisions et politiques de l'Union peut être frappé de sanctions notamment en matière de liens avec les autres États membres dans le domaine des transports et communications, et de toute autre mesure déterminée par la Conférence dans les domaines politique et économique*⁴⁶ ». L'article 30 du même instrument normatif, dispose de manière claire que « *Les Gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union* ». En outre, l'article 7(g) du protocole relatif à la création du Conseil de Paix et de Sécurité de l'Union Africaine consacre au CPS le pouvoir « *d'imposer conformément à la Déclaration de Lomé*⁴⁷ *des sanctions chaque fois qu'un changement anticonstitutionnel de gouvernement se produit dans un État membre*⁴⁸ ».

Pour ce qui est de la répression des CAG au niveau des Organisations sous régionales africaines, les sanctions prévues dans les instruments juridiques sont formulées de manière générale. C'est le cas de la CEDEAO, qui dans les dispositions du traité révisé, consacre les sanctions aux États qui n'honorent pas leurs obligations⁴⁹. Mieux encore, le Protocole additionnel

⁴⁶ Cf. Article 23 (2) de l'acte constitutif de l'UA. Op.cit.

⁴⁷ Aux termes de l'article premier (c) dudit protocole, la « *Déclaration de Lomé signifie la Déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA aux changements anticonstitutionnels de gouvernement* ». Op.cit..

⁴⁸ Cf. Article 7(g) du protocole relatif à la création du conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine, signé le 9 juillet à Durban en Afrique du Sud.

⁴⁹ Cf. Article 77 du traité révisé de la CEDEAO, Op.Cit.

sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté en décembre 2001 dispose à son article 45 qu'« *En cas de rupture de la Démocratie par quelque procédé que ce soit et en cas de violation massive des Droits de la Personne dans un État membre, la CEDEAO peut prononcer à l'encontre de l'État concerné des sanctions*⁵⁰».

Tant pour l'Union africaine que pour les Communautés économiques régionales (CER), les changements anticonstitutionnels de gouvernement suscitent, dans un premier temps, une condamnation unanime de la communauté internationale, qui exhorte fermement leurs instigateurs à rétablir l'ordre constitutionnel. Le refus par ces derniers de rétablir l'ordre constitutionnel, ouvre la voie aux « *sanctions* » proprement dites⁵¹. Ainsi, ces sanctions sont d'ordres politiques, économiques et diplomatiques. Relativement aux sanctions politiques, elles consistent à suspendre les États concernés par les CAG des organes de décision des organisations internationales dont ils sont membres⁵². Cette suspension se manifeste par l'exclusion de ces États des activités de l'UA et des CER, pouvant entraîner des conséquences sur leur légitimité internationale .

Toutefois ces derniers continuent d'être membres desdites organisations. Un délai leur est accordé pour rétablir la légalité constitutionnelle. L'expiration de ce délai, sans que la démocratie ait été restaurée, expose les États concernés aux sanctions économiques et diplomatiques⁵³. Celles-ci incluent des mesures telles que le gel des avoirs des dirigeants concernés et la restriction de leurs déplacements, le refus de visa, les poursuites pénales devant les juridictions internationales etc . Ces actions dans leurs ensembles visent à exercer une pression sur les autorités en place pour qu'elles rétablissent l'ordre constitutionnel⁵⁴. Christian TRIMUA pense que la sanction est un

⁵⁰ D'après l'alinéa 2 de l'article 45 «*Lesdites sanctions à prendre par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement peuvent aller par graduation : Refus de soutenir les candidatures présentées par l'Etat membre concerné à des postes électifs dans les organisations internationales ; Refus de tenir toute réunion de la CEDEAO dans l'Etat membre concerné ; Suspension de l'Etat membre concerné dans toutes les Instances de la CEDEAO ; pendant la suspension, l'Etat sanctionné continue d'être tenu au paiement des cotisations de la période de suspension. ([...])*».

⁵¹ Il faut noter que certaines sanctions sont générales en ce sens qu'elles frappent l'Etat et la population dans son ensemble. Les autres sont particulières, parce qu'elles ciblent spécialement les putschistes et leurs soutiens.

⁵² Il s'agit des sanctions telles que : la rupture de la coopération au titre des clauses de garantie de la démocratie, fermeture des frontières, boycottage, refus de reconnaissance internationale, l'embargo sur les armes, embargo sur le commerce de certaines marchandises, restrictions diverses. Lire à cet effet, TRIMUA (C.), « L'intervention démocratique en Afrique », *Revue togolaise des sciences juridiques* (RTSJ), n° 5, janv. - déc. 2013, p. 88.

⁵³ Lire à cet effet PALOUKI (M.) , *Le Coup d'Etat, entre déshonneur et bienveillance* disponible en ligne sur <http://www.afrilex.u-bordeaux.fr> p16.

⁵⁴ L'objectif poursuivi par ces dernières mesures est de priver les putschistes de toute capacité d'action politique, économique et sociale.

instrument destiné à provoquer des soulèvements populaires⁵⁵. Des exemples récents montrent que bien qu'il y ait des sanctions, certaines junte continuent à exercer le pouvoir sans réelle opposition, illustrant ainsi les limites du régime répressif.

2- Sanctions ambiguës et portées limitées

Page | 604

Les sanctions imposées par l'UA et les CER sont souvent critiquées pour leur application ambiguë et leur portée limitée. En effet, il existe une perception que les sanctions sont appliquées de manière sélective, influencées par des considérations politiques et géopolitiques. En fait, certains États échappent aux sanctions en raison de leurs alliances stratégiques, alors que d'autres, moins influents sur la scène internationale, subissent des mesures plus sévères. Par exemple, un État peut être sanctionné après un putsch, tandis qu'un autre étant dans des circonstances similaires peut ne pas faire l'objet de sanctions⁵⁶. Une telle discrimination instaure la confusion quant aux critères d'applications des sanctions et se présente comme une sorte d'injustice⁵⁷ pouvant remettre en cause la crédibilité des organisations africaines.

Par ailleurs, l'inefficacité desdites sanctions est à l'origine de certains facteurs politiques, économiques et structurels. Au préalable le manque de cohésion et de coordination entre les États membres dans l'application des sanctions constituent une limite. En effet, les organisations régionales dépendent de la volonté politique de leurs membres pour appliquer les sanctions⁵⁸. Cependant, les États membres ont souvent des intérêts divergents. Ils peuvent donc ignorer ou contourner ces sanctions sans conséquences significatives. Ainsi les sanctions économiques et politiques infligées par la CEDEAO au Mali, Burkina Faso et au Niger n'ont jamais été appliquées entre ces trois États. Au contraire, elles ont permis de consolider le lien qui existe entre ces États

⁵⁵Cf. TRIMUA (C.), « L'intervention démocratique en Afrique », *Revue togolaise des sciences juridiques (RTSJ)*, n° 5, janv. - déc. 2013, p. 88. Il affirme qu' « *en précarisant les populations, il est attendu... que l'exaspération populaire, face à un pouvoir incapable de surmonter la crise, pousse au rejet des autorités inconstitutionnelles ou illégitimes et rétablisse la démocratie* ». Par contre ces sanctions peuvent échouer et tourner en faveur des junte militaires lorsque ceux-ci bénéficient d'un soutien populaire local.

⁵⁶ À titre d'exemple le Coup d'État effectué par les militaires au Tchad en avril 2021 après le décès du Maréchal Idriss deby Itno, n'a pas été sanctionné par l'UA contrairement aux États du sahel (Burkina Faso, Mali, Niger) qui ont été sanctionnés.

⁵⁷ Lire FAU-NOUGARET (M.), Les organisations régionales africaines et les changements de pouvoir anticonstitutionnels, publié dans, *La concurrence des organisations régionales en Afrique* in acte de colloque de Bordeaux, 28-29 septembre 2009, Paris, L'Harmattan, 2012 .pp409-434.

⁵⁸ Dans certains cas, les changements de gouvernement peuvent être liés aux conflits internes complexes, rendant difficile la résolution par des sanctions seules.

du Sahel. Bien plus, d'autres États membres de la CEDEAO continuent d'échanger avec ces trois États⁵⁹.

Aussi, la dépendance économique et stratégique des États voisins de l'État ayant subi le Coup d'État, constitue une limite aux sanctions⁶⁰. De même l'influence des puissances étrangères (comme la France, la Russie, la Chine et les États-Unis) peuvent impacter sur les sanctions imposées par les organisations africaines et constituer une alternative dans plusieurs domaines⁶¹. Le soutien apporté à la junte malienne par la Russie après les Coups d'État successifs (2020 et 2021), notamment sur le volet sécuritaire via le groupe Wagner, a réduit l'efficacité des sanctions régionales⁶².

Dans la même perspective, le soutien populaire aux junte militaires limite la portée des sanctions. En effet, ces sanctions sont moins légitimes aux yeux des populations locales surtout lorsque les gouvernements renversés sont corrompus ou inefficaces. C'est le cas des Coups d'État de Mamady DOUMBOUYA en Guinée, du capitaine Ibrahim TRAORÉ au Burkina Faso et du Général OLINGUI NGUEMA au Gabon, qui ont été accueilli favorablement par une partie de leurs populations respectives. Cette conjoncture a affaibli la position de l'UA et de la CEDEAO, d'où la levée de certaines sanctions imposées par ces organisations⁶³. Ces différents facteurs donnent la perception que les sanctions de l'UA et des CER ont une portée limitée dans la

⁵⁹ Pour plus de détails, lire la page BBC News Afrique du 1er mars 2024, Comment la levée des sanctions de la CEDEAO est-elle accueillie, et quel impact pourrait-elle avoir?

⁶⁰ C'est l'exemple de la Guinée un producteur majeur de bauxite, minerai essentiel pour l'industrie mondiale. Sa suspension par l'UA et la CEDEAO après le Coup d'État du colonel Mamady Doumbouya (2021), n'a pas empêché les pays voisins et les partenaires internationaux de commercer avec elle.

⁶¹ Les pays concernés peuvent trouver d'autres partenaires commerciaux ou sources de financement, réduisant ainsi leur impact économique, sécuritaire etc.

⁶² Pour plus de détails consultez. www.lefigaro.fr, La Russie réaffirme son soutien au Mali après les lourdes pertes de wagner, publication du 4 septembre 2024; www.information.tv5monde.com, Mali-Russie: Assimi GOÏTA demande à Vladimir POUTINE céréales et carburant, publication du 14 juin 2023 etc.

⁶³ Depuis février 2024, la CEDEAO a décidé de la levée avec effet immédiat de certaines sanctions prises contre la Guinée, le Mali et le Niger après la prise du pouvoir par des militaires dans ces pays. Pour la Guinée, ce sont les sanctions financières et économiques qui ont été levées: «le gel des avoirs financiers» des dirigeants, leur interdiction de voyager ainsi que la suspension de toute assistance et transaction financière en faveur de la Guinée par les institutions financières de la CEDEAO. Cependant, la suspension de la Guinée de toute les instances décisionnelles de la CEDEAO reste en vigueur. S'agissant du Mali, l'organisation sous régionale a décidé de lever les restrictions imposées au recrutement de ses citoyens aux postes professionnels dans les institutions de la CEDEAO. Toutefois, c'est la levée des sanctions prises contre le Niger qui a le plus retenu l'attention. Elle porte sur la réouverture des frontières et de l'espace aérien nigériens; l'autorisation des transactions financières entre les pays de la CEDEAO et le Niger et le dégel des avoirs de l'État du Niger. La CEDEAO affirme que ces mesures ont été levée «pour des raisons humanitaires». Pour plus de détails, lire le Communiqué final du Sommet extraordinaire de la conférence des chefs Etat et de gouvernement de la CEDEAO sur la situation Politique, la paix et la sécurité dans la région, Abuja le 24 février 2024. points 27;28 et 29, p8 et 9.

promotion de la démocratie et de la gouvernance constitutionnelle en Afrique. Pour être plus efficaces, ces institutions doivent renforcer leur coordination, impliquer davantage les populations locales et travailler avec des partenaires internationaux pour aligner les intérêts stratégiques. Cependant, les CAG demeurent un obstacle à la réalisation des objectifs du droit communautaire.

II-LES CHANGEMENTS ANTICONSTITUTIONNELS DE GOUVERNEMENT, UN OBSTACLE À LA RÉALISATION DES OBJECTIFS DU DROIT COMMUNAUTAIRE AFRICAIN

Dans la quasi-totalité des Organisations sous régionales africaines, l'on constate le retard criard de la mise en œuvre des objectifs respectifs desdites organisations. Aussi, le constat est presque le même pour ce qui est de leur promotion de l'intégration régionale africaine⁶⁴. En guise de rappel, les Organisations sous régionales africaine se sont engagées, de promouvoir l'intégration dans tous les domaines d'activités afin de créer une zone de libre-échange et une union douanière matérialisées par la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services⁶⁵. Alors que certaines organisations d'entre elles enregistrent une avancée considérable en matière de la libre circulation des personnes⁶⁶, les CAG viennent perturber le fonctionnement des institutions régionales et compromettre les objectifs d'unification politique et économique du continent. C'est le lieu pour nous d'évoquer les effets négatifs des CAG sur l'intégration et la coopération régionale (A). Paradoxalement, l'on constate que malgré leur illégalité, les CAG sont susceptibles dans une certaine mesure de restaurer les principes du droit communautaire africain (B).

A- Les effets négatifs des CAG sur l'intégration et la coopération régionale

L'accélération de l'intégration politique, socio-économique et la promotion des principes et institutions démocratiques font parties des objectifs du droit communautaire africain. Cependant, la multiplication des CAG dans plusieurs États africains nuit gravement à la mise en œuvre de ces objectifs. En perturbant la stabilité institutionnelle et en affaiblissant les organisations

⁶⁴ Cf. Article 3 alinéa (1) de l'acte constitutif de l'UA, les Chefs d'État et de gouvernement africains affirment leurs objectifs en ces termes : « *Coordonner et harmoniser les politiques entre les Communautés économiques régionales existantes et futures en vue de la réalisation graduelle des objectifs de l'Union* ».

⁶⁵ Cf. Article 4 du Traité instituant la CEEAC Signé le 18 octobre 1983 à Libreville; Article 2, paragraphe premier du traité révisé de la CEDEAO, signé le 28 mai 1975 à Lagos; Article 4 et 6 du Traité d'Abuja instituant la CEA, le 3 juin 1991; Pour plus de détails, lire le protocole de 1998 portant sur les relations entre la Communauté économique africaine et les Communautés économiques régionales, révisé en 2004.

⁶⁶ L'exemple de la CEDEAO.

d'intégration régionale, ces changements créés de l'inertie au sein des communautés africaines (1), pouvant aboutir à l'éclatement de certaines d'entre elles, notamment la CEDEAO (2).

1- L'inertie au sein des communautés africaines

L'inertie au sein des organisations s'observe dès lors qu'un État est suspendu des activités de la communauté. Le plus souvent, la suspension d'un État engendre diverses conséquences parmi lesquelles la rupture des relations avec les autres États membres. Cette rupture peut créer un impact négatif sur les autres États de la communauté, mais également sur les institutions de celle-ci. Ainsi, la suspension des locomotives économiques de la sous-régions (en termes d'opportunité⁶⁷, d'activité ou de contribution au budget de fonctionnement de la communauté) contribue au ralentissement du processus d'intégration⁶⁸.

Aussi, il faut souligner que certains États suspendus ont leurs ressortissants compétents et expérimentés à la tête des institutions communautaires. L'on peut citer entre autre le Niger, suspendu de la CEDEAO et comptant des hauts cadres au sein du parlement et de la Commission de cette organisation⁶⁹. En effet, les fonctionnaires de la CÉDÉAO issus des trois pays de l'Alliance des États du Sahel ont reçu leur lettre de fin de contrat et ne sont plus officiellement membres de l'organisation sous-régionale depuis le 29 janvier 2025. Il s'agit en réalité de 135 Maliens, Nigériens et Burkinabè⁷⁰. À dire vrai, la perte de cet effectif va contribuer à ralentir les activités de ladite Organisation.

Dans le même sillage, certains États suspendus abritent les institutions, organes ou institutions spécialisées des organisations sous régionales. C'est l'exemple du Gabon, qui abrite le siège de la Commission de la CEEAC. Après sa suspension de toutes les instances de la CEEAC au lendemain du Coup d'État du 30 août 2023, l'organisation a ordonné la délocalisation de la

⁶⁷ Le positionnement stratégique sur la mer d'un État permettant de desservir d'autres États voisins.

⁶⁸ Cela suppose la fermeture des frontières et l'arrêt de tous les échanges commerciaux notamment l'interdiction de la libre circulation des personnes et des biens. Toute chose qui peut occasionner des pertes pour les ressortissants des États.

⁶⁹ Au parlement, il s'agit de Sani Malam CHOUAÏB BOUBAKARY, deuxième vice-président de cette instance. Au sein de la Commission, il y a le Commissaire Sediko DOUKA, chargé du département des infrastructures, énergie et numérisation. Pour plus de détails lire la composition des membres du parlement et de la Commission sur les sites respectifs de ces institutions.

⁷⁰ Source: Selon le chiffre fourni à RFI par la Cédéao. Leur nombre était de 130 au mois de juillet, mais des embauches bien éphémères avaient ensuite été réalisées. Pour plus de détails lire «Les fonctionnaires de la (CÉDÉAO) issus de l'Alliance des États du Sahel (AES) ont reçu leur lettre de fin de contrat.» disponible en ligne sur <http://www.rfi.fr>.

Commission de Libreville à Malabo⁷¹. Il importe toutefois de signaler que six mois après, la suspension du Gabon de la CEEAC a été levée et le projet de la délocalisation de la Commission pour Malabo a été abandonné. Par ailleurs, le Burkina Faso suspendu de la CEDEAO après le double Coup d'État en 2022, abritait le siège de l'Organisation Ouest Africain de la Santé (OOAS)⁷². En fait, l'OOAS est une institution spécialisée de la CEDEAO en charge des questions de santé. Son siège se trouve précisément à Bobo-Dioulasso. Ces exemples montrent à quel point les CAG cristallisent le fonctionnement des organisations régionales et peuvent conduire à l'écèlement de celles-ci.

2- L'écèlement de la CEDEAO

Depuis quelques années, la CEDEAO traverse une crise majeure marquée par des tensions entre certains États membres ayant connu des Coups d'État militaires et les instances dirigeantes. En effet, les sanctions économiques et diplomatiques imposées aux régimes militaires, notamment ceux du Mali, du Burkina Faso et du Niger provoquent un rejet croissant de l'organisation par ces pays. Ces nouveaux dirigeants reprochent à la CEDEAO de manquer de solidarité dans la lutte contre le terrorisme et d'être influencée par les puissances occidentales⁷³. Ceci a conduit au retrait⁷⁴ officiel du Mali, du Burkina Faso et du Niger de la CEDEAO et la création par ces derniers de la confédération de l'Alliance des États du Sahel (AES).

C'est exactement le 28 janvier 2024 par un communiqué conjoint que les régimes militaires annoncent « *Leurs Excellences, le capitaine Ibrahim Traoré, le colonel Assimi Goïta et le général de brigade Abdourahamane Tiani, prenant toutes leurs responsabilités devant l'histoire et répondant aux attentes, préoccupations et aspirations de leurs populations, décident en toute souveraineté du retrait sans délai du Burkina Faso, du Mali et du Niger de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest*⁷⁵ ». Il convient de souligner que cette décision soudaine est prise sans aucun référendum, pourtant elle va produire un impact considérable sur le quotidien

⁷¹Pour plus de détails, lire le Communiqué des chefs d'Etats et de gouvernement de la CEEAC du 04/09/23 à Malabo en Guinée Equatoriale.

⁷² Elle est créée par protocole A/P2/7/87 du 9 juillet 1987 signé à Abuja par les Chefs d'Etat et de Gouvernement.

⁷³ Cf Communiqué conjoint du Burkina Faso, de la République du Mali et de la République du Niger du 28 janvier 2024.

⁷⁴ Selon l'article 91 du traité révisé de la CEDEAO, « *Tout Etat membre désireux de se retirer de la Communauté notifie par écrit, dans un délai, d'un (1) an, sa décision au Secrétaire Exécutif qui en informe les Etats membres. A l'expiration de ce délai, si sa notification n'est pas retirée, cet Etat cesse d'être membre de la Communauté (...)* »

⁷⁵ Lire le Communiqué conjoint du Burkina Faso, de la République du Mali et de la République du Niger du 28 janvier 2024.

des populations respectives de ces États. En se retirant de la CEDEAO, leurs populations ne pourront pas jouir de la libre circulation des personnes et des biens au sein de la communauté. C'est dire que ces populations seront dorénavant contraintes au paiement de frais des visas et cartes de séjour; leurs économies seront soumises aux restrictions douanières.

Six mois après leur retrait, le Burkina Faso, le Mali, et le Niger crée la confédération de l'Alliance des États du Sahel (AES). En fait, c'est à l'issue du premier sommet organisé par les chefs d'État de l'Alliance des États du Sahel, le 6 juillet 2024, à Niamey, au Niger que le Traité instituant la confédération entre ces États a été adopté. Le colonel Assimi GOITA, chef de l'État du Mali est désigné président en exercice de cette nouvelle institution pour une durée d'un an⁷⁶. Il apparaît que l'AES a pour objectif d'assurer une sécurité collective face aux menaces djihadistes et de réduire la dépendance aux partenaires extérieurs. Aussi, elle a pour ambition de créer une intégration économique alternative, afin de s'éloigner des institutions monétaires notamment l'UEMOA. Elle se présente donc comme une alliance militaire et économique visant à renforcer la coopération entre les trois États sahéliens. Dès lors, cette scission avec la CEDEAO peut produire plusieurs conséquences négatives⁷⁷.

Tout d'abord, la CEDEAO perd trois membres stratégiques, représentant environ 20% de son territoire et une partie de ses ressources naturelles⁷⁸. Les échanges commerciaux entre les États du Sahel et le reste de la CEDEAO risquent d'être perturbés. La fin de la libre circulation des personnes et des biens avec l'AES pourrait freiner les activités économiques transfrontalières. La lutte contre le terrorisme au Sahel devient plus difficile pour la CEDEAO sans ces trois États. Le modèle d'intégration régionale pourrait être fragilisé, rendant plus difficile l'adoption de politiques communes en Afrique de l'Ouest. Tous ces arguments démontrent à quel point les CAG impactent

⁷⁶ En effet, le communiqué final de cette assise ressort 25 points, parmi lesquels ces chefs d'État font état de la satisfaction des de leur retrait de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO). Ils ont d'ailleurs décidé de créer la Banque d'investissement de l'AES, ainsi que de la mise en place d'un Fonds de stabilisation. Ils ont aussi réaffirmé leur engagement à lutter contre le terrorisme et à accorder une attention particulière à la cohésion sociale ; au relèvement et la stabilisation ; à la jeunesse, au sport et à la culture ; à l'éducation et à la formation professionnelle ; à l'emploi ; à la santé. Pour plus de détails, lire le communiqué final du sommet des chefs d'État de l'AES tenu le 06 juillet 2024 à Niamey au Niger.

⁷⁷ La création de l'AES marque un tournant historique pour l'Afrique de l'Ouest et pose un défi majeur pour l'avenir de la CEDEAO. Cette rupture fragilise l'organisation sur le plan politique, économique et sécuritaire, menaçant son rôle en tant qu'institution clé d'intégration régionale.

⁷⁸ Il faut noter la CEDEAO pourrait connaître d'autres divisions internes, car la Guinée peut rejoindre l'AES...

négativement sur l'intégration et la coopération régionale. Au delà de ce chapelet d'effets négatifs, certains pensent que les CAG sont susceptibles dans une certaine mesure d'apporter un bien.

B- La subjectivité des CAG : un mode illégal susceptible de restaurer les principes du droit communautaire africain

Page | 610

Bien que les CAG soient en principe une violation des normes juridiques internationales et communautaires, certains contextes particuliers interrogent leur illégalité absolue. Lorsqu'un Coup d'État vise à rétablir les principes démocratiques bafoués par des régimes autoritaires, il peut paradoxalement contribuer à restaurer l'ordre constitutionnel et à renforcer le droit communautaire africain⁷⁹. Il est donc nécessaire de connaître les conditions qui permettent de qualifier un CAG à but démocratique (1) avant d'analyser parmi les CAG recensés ces dernières années dans la région africaine, s'il en existe des CAG salutaires⁸⁰ (2).

1- Les conditions de qualification d'un CAG à but démocratique

Les CAG à but démocratique sont ceux, qui au lieu de disgrâce, reçoivent des « *applaudissements discrets* », sinon pour avoir été ouvertement souhaités, du moins secrètement attendus⁸¹. En effet, on parle d'un CAG à but démocratique lorsque celui-ci survient après une situation de crise démocratique et qu'il bénéficie d'un soutien populaire manifeste. Son objectif étant de mettre fin à un régime autoritaire ou dictatorial, ses auteurs doivent s'engager vers une transition démocratique rapide avec des élections crédibles tout en respectant les libertés et droits fondamentaux du peuple y compris des dirigeants déchus⁸².

La situation de crise démocratique se matérialise par des fraudes électorales massives, des révisions constitutionnelles abusives ou des répressions politiques. En plus, lorsque les dirigeants en place tournent le dos aux principes démocratiques, restreignent l'espace des libertés politiques, automatiquement la population va réclamer le retour au respect desdits principes, d'abord

⁷⁹ A titre de rappel, la participation des peuples africains aux activités politiques ; le respect des principes démocratiques, des droits de l'homme, de l'état de droit et de la bonne gouvernance sont entre autres les principes du droit communautaire africain. Cf. Article 4 (c et m) de l'acte constitutif de l'UA.Op.cit

⁸⁰ Les CAG à but démocratiques sont considérés comme salutaires selon N'DIAYE (I.), « *Mali : silence, on démocratise* », recherches internationales, n° 97, oct.-déc. 2013, p. 10. Cité Lire PALOUKI (M.) , «Le Coup d'État, entre déshonneur et bienveillance».Op.cit. Lire aussi: JEFFRIES (R.), « Ghana : Jerry Rawlings ou un populisme à deux coups... », *Politique africaine* ; n° 8, 1982 pp. 1-13 ; ég.<http://www.politique-africaine.com>>pdf.

⁸¹ PALOUKI (M.) «Le Coup d'État, entre déshonneur et bienveillance».Op.cit,disponible en ligne sur <http://www.afrilex.u-bordeaux.fr/Op.citp18>.

⁸² Ibid. p24.

pacifiquement et éventuellement par la voie de violence⁸³. Ainsi, la mobilisation citoyenne en faveur du changement interpelle les militaires à agir, plus précisément ceux qui sont proches du pouvoir. Parmi les déstabilisations récentes enregistrées en Afrique, la majorité «*est le fait des gardes présidentielles et des forces spéciales*⁸⁴». Cela est due au fait qu'elles sont «*les seules qui sont armées et bien entraînées mais aussi parce que le pouvoir a placé son destin dans leurs mains*⁸⁵».

Page | 611

En effet, quand le pouvoir décide d'étouffer la protestation de la population, il demande à ces forces d'assurer la répression. OLIGUI NGUÉMA, précédemment Général et chef de la garde républicaine du Président déchu Ali BONGO et actuel Président du Gabon affirmait: «*on nous a demandé d'assurer la répression, mais nous risquons dans ce cas des poursuites de la Cour Pénale Internationale. Ce ne sont pas les gens qui nous donnent les ordres qui seront inquiétés. Quand le pouvoir dépend de vous à ce point, vous pouvez renverser la situation et même devenir un héros*⁸⁶ ».

En outre, pour être qualifié du CAG démocratique, les auteurs doivent s'engager vers une transition démocratique rapide. En fait, la tenue d'élection transparente et compétitive dans un délai relativement court, permet au peuple d'élire librement un nouveau dirigeant. Faudrait-il le signaler, le transfert du pouvoir aux civils après un Coup d'État militaire est une étape cruciale pour restaurer la démocratie et la stabilité institutionnelle. Toute chose qui va rendre crédible les putschistes vis-à-vis de la communauté internationale. Aussi, le plan sur lequel les auteurs du Coup d'État sont le plus attendus, est celui des libertés publiques et des droits fondamentaux. La fin de l'ancien régime laisse augurer un changement positif, c'est à dire un retour de la liberté perdue. Il est donc attendu de ces autorités de la transition, qu'elles soient libérales et exemplaires.

⁸³ Destruction des biens publics et privés ...

⁸⁴ Propos de ZINSOU (L.), président du Think Tank Terra Nova, recueilli lors d'un interview portant sur *Pourquoi autant de coups d'état en Afrique*, disponible sur le site www.lagrandeconversation.com publication du 30 octobre 2023.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid. Général PINOCHET, quelques jours avant son Coup d'État au Chili en 1973 : « *l'armée ne fera pas de coup d'État au Chili* ». Il venait d'être nommé comme Chef d'État-Major Général par Salvador ALLENDE, qui lui faisait toute confiance. Ce que PINOCHET voulait dire, c'est qu'il ne souhaitait pas que l'armée soit appelée à lutter contre les grévistes et manifestants. En effet, *l'armée n'est pas faite pour réprimer la population civile, elle n'aime pas qu'on lui impose ce rôle. Quand un régime décide de réprimer des manifestations de masse, il doit être sûr de sa garde prétorienne. S'il faut disperser 5 000 ou 10 000 personnes, c'est peut-être gérable avec des tirs d'intimidation et des arrestations mais s'il faut faire face à 100 000 manifestants, vous pouvez vous demander, quand vous commandez les forces spéciales, s'il ne vaut pas mieux se retourner contre le Président qui vous ordonne de tirer à balle réelle sur votre propre population*».

Une analyse nous permettra de savoir s'il existe parmi les récents Coups d'État, des CAG salutaires.

2- L'analyse des CAG salutaires ces dernières années en Afrique

Page | 612

Depuis 2019, plusieurs CAG ont été justifiés par la volonté de corriger des violations graves des principes démocratiques. Toujours est-il, une crise démocratique à elle seule ne suffit pas, pour qu'on puisse qualifier un CAG de salutaire. Bien plus, il faut analyser le comportement des nouveaux régimes après leurs prises de pouvoir. Le plus important, c'est de voir si les CAG ont conduit à des transitions démocratiques.

Si l'on s'en tient au cas du Soudan, les auteurs du Coup d'État en avril 2019 contre Omar EL-BÉCHIR alors au pouvoir depuis plus de 30 ans, se fondent non seulement sur une crise démocratique, mais ont par ailleurs bénéficié d'un soutien populaire. Ils ont mis en la place un Gouvernement de transition civilo-militaire, avec comme Premier ministre Abdallah HAMDOCK; le Général Abdel Fattah Abdelrahman AL-BOURHANE occupant le poste de Président de transition, pour guider le pays vers des élections démocratiques. Aussitôt, le gouvernement de Abdallah HAMDOCK est remis en cause et un autre Coup d'État⁸⁷ militaire est survenu, interrompant le processus de transition et provoquant des manifestations massives en faveur de la démocratie. Dans le but de conserver le pouvoir entre leur main, les militaires se sont divisés en deux factions d'une part les «Forces Armées Soudanaises» dirigées par Abdel Fattah Abdelrahman AL-BOURHANE et d'autre part les Forces de Soutien Rapide (FSR), une force paramilitaire commandée par le Général Mohammed Hamdan DOGOLO, connu sous le nom de "HEMETTI". Toute chose qui a remis en cause la transition démocratique enclenchée, entraînant ainsi un conflit armé interne et une crise humanitaire.

En ce qui concerne les CAG enregistré en Afrique de l'ouest notamment au Burkina Faso, au Mali, au Niger et en Guinée, l'on observe de nos jours une tendance commune manifestée par des transitions militaires prolongées. L'incertitude sur le respect du calendrier électoral initialement prévu après la prise de pouvoir commence à prendre le dessus, car les reports d'élections se multiplient au jour le jour. Bien plus, les États de l'AES⁸⁸ étant sortis de la CEDEAO, ont moins de pression relativement au transfert du pouvoir aux civils. Au Tchad, après

⁸⁷ Le second Coup d'État a eu lieu en octobre 2021.

⁸⁸ Burkina Faso, Mali, Niger

avoir prolonger la période de transition, le Conseil de Transition a adopté une nouvelle constitution à l'issue d'un référendum en décembre 2023, et a permis à Mahamat IDRIS DEBY de se présenter sa candidature et de remporter l'élection présidentielle⁸⁹. Pour certains, cette transition est entachée d'irrégularité et ne peut par conséquent être considérée comme une transition démocratique, car elle a permis de maintenir le clan DEBY au pouvoir.

Le cas du Gabon est quasi identique que celui du Tchad. Le régime de transition a mis en place une nouvelle constitution permettant au Président de transition de se présenter à l'élection présidentielle. OLIGUI NGUÉMA est ainsi élu Président de la République à l'issue de l'élection présidentielle organisée le 12 avril 2025. Dans ces cas de figures, l'on constate que le transfert de pouvoir aux civils n'a pas été effectif. L'on peut conclure que les récents CAG n'ont pas conduit aux transitions démocratiques; de ce fait ils ne pourront pas être qualifiés de CAG à but démocratique⁹⁰.

Conclusion

Au terme de cette analyse, il apparaît que les CAG sont unanimement condamnés par le droit de l'Organisation panafricaine ainsi que les droits respectifs des Organisations sous régionales africaines. Mais l'on constate que les sanctions imposées par l'UA et les CER sont souvent critiquées pour leur application ambiguë et leur portée limitée. Les CAG constituent aussi un obstacle majeur à la réalisation des objectifs du Droit Communautaire Africain, car ils nuisent gravement à l'accélération de l'intégration politique et socio-économique au sein des CER. Mais dans certains contextes, l'on a constaté que les CAG peuvent mettre fin à un régime autoritaire et restaurer la démocratie. Toute chose qui soulève des questions complexes sur la légitimité des changements anticonstitutionnels de gouvernement dans de telles situations.

⁸⁹ Human right watch, Tchad : la transition politique s'achève avec l'élection de Mahamat Idriss Deby, 2024 disponible en ligne sur <http://www.hrw.org/fr/news/2024/05/13/tchad-la-transition-politique-de-mahamat-idriss-deby>

⁹⁰ Un exemple de Coup d'État démocratique présenté par Ozan VAROL pour soutenir sa théorie est celui réalisé en Égypte le 11 février 2011 contre Hosni MOUBARAK. Sans pour autant considérer cet acte comme un moyen légitime de dévolution du pouvoir, l'auteur le présente tout de même comme un pan de l'histoire d'un pays qui permet un retour à un régime favorisant le respect des normes démocratiques et les aspirations du peuple. Lire à cet effet AHOUNSOU (W.), «Alerte au coup d' État démocratique» en Afrique de l'ouest, 2022, disponible en ligne sur <http://www.wathi.org.Op.cit>.

La responsabilité de l'État congolais pour les erreurs du Conservateur des Titres Immobiliers (CTI) : quelle compréhension face au rapport du 24 décembre 2024 de l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu sur la spoliation des parcelles et immeubles de l'Etat ?

Page | 614

Congolese state responsibility for the errors of the titles curator Immobiliers : what understanding in the face of the December 24, 2024 report of the Assembly Provincial of South Kivu on the spoliation of state plots and buildings ?

*Par :***Divin MUSHAGALUSA FAKAGE MWENE KAVANGA**

Magistrat en République démocratique du Congo, Chercheur Indépendant et Membre Fondateur de l'asbl HAKI KWETU-DRC
divinfakage@gmail.com

Résumé :

Malgré que la loi prône le principe de la responsabilité de l'État pour les erreurs commises par le CTI dans ses pouvoirs d'attribuer aux particuliers des titres de propriété sur le sol, il s'observe parfois une hémorragie. À Bukavu, des particuliers ont acquis des immeubles qui appartenaient jadis à la domanialité publique, du coup ; l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu a produit quant à elle un rapport en date du 24 décembre 2024 appelant ostensiblement le gouvernement à annuler les titres de propriété de ces immeubles et y déguerpier les acquéreurs, ce qui frise l'opinion et paraît s'écarter dudit principe. Le présent papier analyse la problématique posée par ce rapport face au rôle de l'État, censé indubitablement protéger les droits des acquéreurs ayant suivi la procédure régulière de désaffectation, il conclut à l'orée laissée à l'État ; d'endosser sa responsabilité en initiant des actions judiciaires en rescision pour disproportion des prix de certains immeubles.

Mots clés : Responsabilité de l'État, Spoliation, Erreurs du Conservateur des titres immobiliers, Assemblée Provinciale.

Abstract :

Although the law advocates the principle of state responsibility for the errors made by the CTI in its powers to assign personal titles to the soil to individuals, there is sometimes hemorrhage. In Bukavu, individuals acquired buildings that once belonged to public domain, suddenly; The Provincial Assembly of South Kivu has produced a report on December 24, 2024, which ostensibly calling on the government to cancel the property titles of these buildings and to evade buyers, which borders on opinion and seems to deviate from said principle. This paper analyzes the problem posed by this report in the face of the role of the State, undoubtedly supposed to protect the rights of buyers who followed the regular disaffection procedure, it concluded at the state left to the State; to endorse its responsibility by initiating legal actions in rescision for disproportion of prices of certain buildings.

Keywords: State responsibility, Spoliation, Errors of the Curator of real estate securities, Provincial assembly.

Introduction

La « Responsabilité » en République démocratique du Congo (RDC) est à ce jour non seulement un concept beaucoup usité même par les *vulgus* mais il est aussi compris chacun selon son sens. D'aucuns considèrent qu'en qualité de tributaire de droit, l'État tient aux attributs qui l'accrochent tout de même à la responsabilité. Néanmoins, cette responsabilité de l'État en matière foncière n'est rien d'autre que l'obligation faite à l'administration de réparer les préjudices causés par le Conservateur des titres immobiliers (CTI) dans l'exercice de ses tâches ou celles de ses agents devant les instances judiciaires compétentes en faveur de tout titulaire de droit foncier et le cas échéant ; obtenir la condamnation de l'État¹.

La loi foncière consacre à cet effet la responsabilité de l'État pour les erreurs causées par le Conservateur dans les actes d'organisation et gestion des terres qui relèvent du domaine privé de l'État². Cette norme vise à étendre la responsabilité de l'État à celle du Conservateur des titres immobiliers pour les erreurs que ce dernier commet dans le cadre de sa fonction. Il s'agit ainsi d'une responsabilité subsidiaire pouvant permettre à la victime d'obtenir la condamnation d'un sujet solvable.

En vertu de la règle de la « causalité à effet », qui oblige concisément chaque auteur d'un dommage causé à autrui de le réparer³. Dans un Pays qui se veut « État de droit », l'État lui-même ne doit aucunement échapper à cette règle générale⁴.

De ce fait, l'hypothèse où le Conservateur causerait un dommage à un particulier, ouvre absolument à ce dernier, le bon droit de tourner vers l'État afin d'obtenir réparation. Par-dessus, les textes de lois en vigueur en RDC prévoient la possibilité d'une acquisition par des particuliers des biens immeubles appartenant à l'État, mais sous certaines conditions.

¹ W. RUHANA MIRINDI BUSANE, *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 277 et 278.

² Article 223 alinéa 2 de la Loi n° 73-021 du 20 Juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés telle que modifiée et complétée par la loi n° 80-008 du 18 juillet 1980 en RDC, *In Journal Officiel de la RDC*, 45ème Année, Numéro spécial, Kinshasa, 1^{er} décembre 2004.

³ Article 258 du Décret du 30 juillet 1888 sur les contrats ou des obligations conventionnelles au Zaïre, *In Bulletin Officiel du Zaïre.*, Numéro spécial, Kinshasa, 30 juillet 1888.

⁴ Lire à ces propos le préambule de l'exposé des motifs de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 Février 2006, *In Journal Officiel de la RDC*, 52e année, n° spécial, Kinshasa, 5 février 2011.

En effet, les immeubles de l'État sont en principe inconcessibles tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés⁵. À cet effet, des immeubles construits et répertoriés dans le domaine public de l'État, aussitôt soumis à une procédure régulière de désaffectation, peuvent en conséquence faire, selon les conditions prévues par la loi ; l'objet d'une concession perpétuelle, d'une concession ordinaire ou d'une servitude foncière devant être constatée juridiquement par le Conservateur des titres immobiliers dans la circonscription foncière de son ressort. Bref, dès que ces immeubles sont désaffectés, ils entrent directement dans le domaine privé de l'État afin de servir de la jouissance aux particuliers⁶.

Suivant cet élan législatif, depuis les années 2012 dans la ville de Bukavu en Province du Sud-Kivu tout comme dans d'autres Provinces de la RDC, il s'est manifesté un phénomène qualifié immodérément de la « boucherie foncière » accrue sur les terrains et immeubles de l'État.

En fait, des maisons et parcelles pourtant recensées dans la domanialité publique ont été vendues à grande échelle. Il relève des différents avis présentés par le Bureau de Coordination de la Société Civile et Forces Vives du Sud-Kivu que plus d'une cinquantaine des maisons de l'État ont été vendues au cours de dix dernières années à Bukavu et d'autres seraient encore dans le viseur des spoliateurs afin de priver l'État congolais de ses biens⁷.

Malgré l'existence des conditions *sine quanone* renvoyant l'acquisition des parcelles et immeubles de l'État au respect strict d'une procédure régulière de désaffectation.

À ce jour, des sources concordantes font état d'un lot de quarante-cinq immeubles qui appartenaient auparavant à l'État mais ayant été cédés sporadiquement aux particuliers via des procédures toutes différentes⁸.

Au moment où certains immeubles de l'État ont été cédés régulièrement en faveur des particuliers, d'autres ont été cédés à des particuliers en dehors de toute désaffectation régulière et ce, par des mécanismes comme la fraude, des influences politiques, le faux en écriture traduit dans divers soubassements notamment des Arrêtés ministériels de désaffectation non authentiques, des

⁵ Article 210 et 212 de la Loi foncière.

⁶ I. UTSHUDI ONA, *Droit civil des biens*, Notes de cours destinées aux étudiants de deuxième année de graduat en droit, Université officielle de Bukavu, 2017-2018, p. 145.

⁷ BUREAU DE COORDINATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE ET FORCES VIVES DU SUD-KIVU, *La spoliation des maisons et d'autres biens de l'Etat dans la province du Sud-Kivu en général et la Ville de Bukavu en particulier*, Rapport, Bukavu, 07 Septembre 2023, p. 2.

⁸ ASSEMBLEE PROVINCIALE DU SUD KIVU, COMMISSION PARLEMENTAIRE, *La spoliation des parcelles et maisons de l'Etat au Sud-Kivu*, Rapport d'enquête, Bukavu, 24 Décembre 2024, pp. 5 et Ss.

décisions judiciaires farfelues, des contrats des partenariats publics-privés mal négociés au détriment de l'État ainsi que des occupations irrégulières et réfections abusives des architectures existantes.

Cependant, dans un rapport produit en date du 24 décembre 2024 par la commission d'enquête parlementaire organisée par l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu, relativement à une enquête menée sur l'identification des immeubles de l'État désaffectés en violation des textes légaux en matière foncière sur l'étendue de la Ville de Bukavu. Ce rapport appelle le gouvernement et par extension ; les services publics provinciaux à l'annulation des titres de propriété, à l'arrestation des politiques y impliqués ainsi qu'au déguerpissement des acquéreurs dans tous les immeubles désaffectés durant ces procédures⁹. Cet appel élargi aux instances judiciaires a ainsi glissé une approche laconique de la loi foncière et piétine le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire.

En effet, invoquant l'esprit de la loi foncière, les mécanismes usités dans ces différentes procédures de désaffectation ont fort malheureusement débouché à de multiples mutations devant les Conservateurs des titres immobiliers des Circonscriptions foncières de Bukavu I et II, constatées par des certificats d'enregistrements dont la plupart sont à présent vieux de deux ans, donc inattaquables¹⁰. Ensuite, le pouvoir judiciaire étant construit sur le filet des principes sacro-saints, notamment celui de l'indépendance, les cours et tribunaux ne doivent recevoir aucune orientation dans l'instruction des dossiers judiciaires, encore moins en provenance de l'Assemblée Provinciale.

Il convient alors de préciser que cette responsabilité de l'État est une composante majeure de l'ensemble normatif fixé par la loi foncière dans la jouissance rétributive des terres par les particuliers¹¹. D'où l'intérêt d'examiner à la lumière ; la légalité ou la conformité de l'orientation faite par l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu aux autorités judiciaires face à la vente des immeubles de l'État désaffectés et en donner une compréhension normative dans laquelle elle s'insère. Par conséquent, la présente étude se propose l'importance de contribuer à l'élaboration d'une « littérature empirique » dédiée à la responsabilité de l'État dans la gestion foncière exercée

⁹ ASSEMBLEE PROVINCIALE DU SUD KIVU, COMMISSION PARLEMENTAIRE, *Op. Cit.*, pp. 5 et Ss

¹⁰ S. MUGANGU MATABARO, « La crise foncière à l'Est de la RDC », in *Afrique des Grands Lacs*, Annuaire 2007/2008, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 388. Lire l'article 227 de la Loi foncière. Conférence de presse tenue par la Société civile, 2024 disponible en ligne sur <http://www.laprunelle.cd/spoliation-des-maisons-et-parcelles-de-letat>.

¹¹ Article 61 de la Loi foncière.

par le Conservateur étant un secteur où règne la forfaiture. Ce qui revient à se demander ; qu'en est-il du rôle de l'État dans la jouissance des immeubles et terrains de l'État désaffectés suivant les procédures contestées par l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu ?

Dans le postulat de cette contribution, le rôle de l'État à travers l'administration foncière serait en prélude ; d'endosser sa responsabilité pour toutes les fraudes qui ont émaillé la procédure dans la prise des Arrêtés de désaffectation avérés authentiques, lesquels ont fondé la conviction du Conservateur à établir les certificats d'enregistrement et une action en rescision, et en postlude ; d'initier des actions judiciaires en nullité pour des faux certificats et ceux établis sur base de faux.

Afin de mieux vérifier les énigmes de cette étude, il est impérieux d'inviter la dogmatique juridique pour mieux interpréter les textes légaux en vigueur et la version sociologique pouvant expliquer les attitudes des autorités de l'administration foncière ainsi que des usagers de cette dernière. La démarche reste à son tour documentaire qui invoquera le procédé analytique devant interpréter les textes tout en faisant un passage dans l'administration foncière.

L'appréhension de ces méthodes mènera sans doute à assoir une évidence caricaturale sur deux mots. D'une part, la cohérence des erreurs du Conservateur des titres immobiliers d'avec la responsabilité de l'État en droit foncier (I), et de l'autre, la validation ou non des droits acquis par les particuliers sur les immeubles de l'État recensés dans le rapport du 24 décembre 2024 produit par l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu (II).

I- OBSERVATIONS GENERALES SUR LES ERREURS DU CONSERVATEUR DES TITRES IMMOBILIERS ET LA RESPONSABILITE DE L'ETAT EN DROIT FONCIER

Le Conservateur des titres immobiliers est un fonctionnaire public qui exerce dans ses attributions ; la gestion et l'administration d'une circonscription foncière relevant techniquement du domaine privé de l'État¹². Il s'agit de la gestion de tous les biens appartenant à l'État mais qui ne sont pas affectés à un usage ou à un service public¹³. Cependant, dans l'exercice de ses attributions, le Conservateur se heurte à la commission de certaines erreurs¹⁴ (A) ; ce qui renvoie

¹² V. KANGULUMBA MBAMBI, « Deux questions récurrentes de droit foncier : « vertus » fausses ou supposées du certificat d'enregistrement et portée réelle et opportunité de l'article 16 de la loi du 24 décembre 2011 relative aux principes fondamentaux de l'agriculture », in *Revue du Barreau de Kinshasa/Gombe*, n°05/2012, pp. 55-60.

¹³ G. KALAMBAY LUMPUNGU, *Conservations des titres immobiliers*, in BRTS, n° GOMA, ULPGL, pp. 59 et Ss.

¹⁴ S. MUGANGU MATABARO, *Op. Cit.*, p. 388.

à l'examen de la responsabilité de l'État pour les erreurs relatives aux actes matériels imputables à l'administration foncière (B).

A- Esquisse sur les erreurs du Conservateur des Titres Immobiliers

Page | 620

En raison du principe de la légalité, toute décision et tout acte d'un fonctionnaire public doivent trouver leur source dans une règle de droit, normalement une loi¹⁵. Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent à ce titre contrôler concurremment les excès de compétence¹⁶. Les contestations peuvent porter sur des contrats de droit privé passés par l'administration ou ses agissements matériels qui entraînent sa responsabilité civile.

À ce sujet, le problème se pose particulièrement avec le service de la conservation des titres immobiliers, qui est investi par le Ministère ayant les affaires foncières dans ses attributions et exerce des pouvoirs considérables, lesquels peuvent facilement se trouver derrière les erreurs dans l'accomplissement de l'étendue de ceux-ci.

Désignée sous le vocable « *Lapsus* » en latin, l'erreur n'est rien d'autre qu'un glissement ; « *Lapsus linguæ* », glissement de la langue et « *Lapsus calami* », glissement du roseau creux, le calame qui servait autrefois de plume. Dans le crissement de la plume sur le papier, naît une erreur, souvent pour le juriste une faute¹⁷.

Juridiquement parlant, l'erreur est une méprise sur la réalité par inadvertance, légèreté ou précipitation. Soit encore une croyance erronée portant sur l'un des éléments déterminants du contrat. Ainsi l'on parlerait d'une appréciation inexacte portant sur l'existence ou les qualités d'un fait, ou sur l'existence ou l'interprétation d'une règle de droit. Si elle est grave, l'erreur de fait peut entraîner la nullité de l'acte, alors que l'erreur de droit n'est généralement pas prise en considération.

Cette contribution s'attelle sur l'erreur de fait qui est perçue en tant qu'une représentation inexacte d'un fait matériel ou du moins une ignorance de son existence. Il s'agit autrement dit des erreurs matérielles commises par l'administration, lesquelles grèvent par la suite des droits aux administrés. Au contraire, par erreur de droit, l'on invoque, une appréciation erronée d'une règle de droit conduisant l'agent à croire à tort, qu'il pouvait légitimement accomplir un acte. S'il est

¹⁵ L. YUMA BIABA, *Manuel de droit administratif général*, Editions CEDI, Kinshasa, 2012, p. 229.

¹⁶ W. RUHANA MIRINDI BUSANE. *Op. Cit.*, p.43.

¹⁷ J. GILLES GUGLIELMI, « L'article 4 de la loi, une "erreur de plume", fondement du droit administratif ? », in *CER : FDP, CURAPP*, La loi du 28 pluviôse an V111, Paris, PUF, 2000, p. 199.

prouvé, l'erreur de droit constitue pénalement une cause de non imputabilité pénale en faveur de l'agent¹⁸.

Toutefois, qu'elle soit de droit ou de fait, l'erreur qui porte sur l'acte posé par l'agent public vicie naturellement l'acte administratif qui en découle, puisqu'alors ce n'est même plus une décision¹⁹. La doctrine est ici partagée, l'on estime que la nullité est en principe absolue. Page | 621

L'administration foncière étant physiquement incarnée à travers les hommes et les femmes, elle accomplit techniquement des actes et peut également omettre d'agir, de façon volontaire ou involontaire. Ces actes et omissions de l'administration sont pourtant rigoureusement appelés à respecter les obligations qui incombent à celle-ci, lesquelles sont de deux ordres. Il s'agit, d'une part, de respecter les règles et principes qui s'imposent à l'administration publique en raison de leur valeur hiérarchiquement supérieure²⁰. Il s'agit, d'autre part, de s'acquitter d'un « devoir général de prudence ».

En conséquence, si l'action ou l'omission de l'administration porte atteinte à l'une de ces obligations, une illégalité est directement commise qui, selon la jurisprudence, constitue une faute au sens civil du terme²¹.

Interrogeant le cas sous étude, le Conservateur des titres immobiliers n'est point dédouané des règles et principes régissant l'administration publique en RDC, notamment ceux relatifs à la légalité. Partant du mode de son recrutement qui reste politiquement nominatif, et des fonctions qu'il est appelé à assumer qui trouvent une place lícite dans l'architecture des agents publics, le Conservateur garde le statut de fonctionnaire de l'État. Dès lors qu'il a fait l'objet d'une décision de nomination, l'agent public migre désormais dans une situation légale et réglementaire. Telle est la situation de tous les fonctionnaires dont l'attache de leur carrière ne fait référence à aucun contrat

¹⁸ P. FOUCHER, *Droit Administratif*, Bruxelles Bruylant, Editions YVON BLAIS INC, Collection la Common Law en poche, Volume 8, p. 31.

¹⁹ D. MUTHETHE, *Droit administratif*, Notes des cours à l'intention des étudiants de la troisième année de graduat en Droit, Université officielle de Bukavu, 2018-2019, p. 123.

²⁰ L. YUMA BIABA, *Op. Cit.*, pp. 185 et 186.

²¹ Voir à ce sujet Cass., 19 décembre 1980, Pas., 1981, I, p. 453 et Cass., 13 mai 1982, J. T., 1982, p. 772. J.-L. FAGNART, « La responsabilité de l'Administration du chef d'excès de pouvoir », obs. sous Bruxelles, 14 septembre 1979, A.P. T., 1980, pp. 59 et Ss.; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, R.C.J.B., 2001, p. 47; D. RENDERS et F. PIRET, « La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux », in L. LE HARDY DE BEAULIEU (dir.), *Droit de la démocratie provinciale et communale: La désignation et la responsabilité des mandataires*, Namur, Presses universitaires des F.U.Ca.M., 2006, pp. 106-108.

de travail. C'est ce caractère réglementaire qui fait tout de même que le Conservateur des titres immobiliers puisse relever hiérarchiquement de l'administration publique de l'État²².

Au rang d'autres activités humaines, la gestion et l'organisation de terres de l'État peuvent connaître d'illusions en lieu et place de la vraie religion. En effet, est induite en erreur, la personne qui s'est faite une fausse représentation de la réalité²³. En ce sens, le Conservateur des titres immobiliers reçoit par moments dans l'exercice de ses fonctions ; des demandes des terres faites sur base des soubassements contenant des informations erronées et qu'après un suivi strict et limité de la procédure y relative, il délivre des titres de propriété authentiques, notamment des contrats de location et les certificats d'enregistrement, sans pour autant remarquer la fausseté ou l'altération de la vérité glissée dans les différents actes qui grèvent les droits de propriété à constater. Il en est de même de la superposition des titres occasionnés par ignorance, imprudence ou inattention par les services techniques lors du mesurage des fonds dans plusieurs cités conduisant par la suite à la délivrance des certificats d'enregistrement.

Les erreurs survenant pendant l'accomplissement des pouvoirs par le Conservateur des titres immobiliers, peuvent ou non lui être personnellement imputées, mais elles conditionnent au départ l'existence de la qualité et la compétence du Conservateur. C'est-à-dire autrement, qu'avant d'analyser la nature de l'erreur, l'examen doit au préalable porté sur la forme ; s'assurer si l'agent ayant commis l'erreur a réellement la qualité de Conservateur des titres immobiliers et s'il a agi dans la circonscription foncière de son ressort²⁴.

Néanmoins, le postulat sur la notion d'erreur dans le chef du Conservateur mérite d'être nuancé. En effet, à la lumière de cette contribution, il sied important d'opérer un distinguo selon que l'acte fautif imputable au Conservateur des titres immobiliers relève d'une erreur de service ou d'une erreur personnelle.

Il faut souligner à ce point que par « erreur ou faute » de service, l'on sous-entend une faute commise par le Conservateur des titres immobiliers dans le cadre de ses fonctions, c'est-à-dire au moment de l'accomplissement de son service, avec différents moyens prévus formellement pour

²² Article 6 de la Loi n°81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat, *In Journal Officiel de la RDC*, 57ème Année, Numéro spécial, Kinshasa, 03 Août 2016. Lire dans le même sens T. MUHINDO MALONGA, *Droit administratif et institutions administratives*, PUG-CRIG, Butembo, 2010, pp. 348-350 et C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratif*, éd. PUF, Paris, 1978, p. 252.

²³ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 315.

²⁴ P. FOUCHER, *Op. Cit.*, pp. 32 et Ss.

le besoin du service et en dehors de tout intérêt personnel. Tandis qu'une « erreur ou faute » peut être qualifiée de personnelle lorsqu'elle est commise par le Conservateur en dehors de tout service nécessairement engageable²⁵. Cette faute personnelle est souvent qualifiée de « détachable » en ce sens qu'elle doit se détacher suffisamment du service pour que le juge judiciaire puisse le constater et en tirer toutes les conséquences sans porter une appréciation sur le fonctionnement même de l'administration. C'est-à-dire dans ce cas, une faute dépourvue d'une corrélation logique ou lien avec le service.

Pour que l'erreur commise par le Conservateur soit retenue à charge de l'administration, elle doit provenir d'un acte fautif de service. Au contraire, elle peut être collée personnellement à son auteur et engager ainsi sa responsabilité pénale et/ou une sanction disciplinaire. Logiquement dans le contexte d'une erreur de service, le Conservateur doit avoir agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances²⁶.

Signalons que la bonne foi, c'est-à-dire la conviction personnelle de l'agent de s'être conformé aux règles en vigueur, est une condition nécessaire mais insuffisante pour établir le caractère de service que revêt l'erreur imputable à l'administration. Il est de principe que l'erreur de l'administration ne peut aucunement être imputée à l'administré.

Toutefois, il n'est pas exclu l'hypothèse du cumul des fautes ou erreurs sus-évoquées, car dans certaines situations, le Conservateur des titres immobiliers puisse se trouver avoir énervé en un coup ; la faute de service et celle personnelle, ce qui causerait en toute évidence un préjudice à un administré.

Le décor étant dorénavant planté sur les différentes fautes susceptibles d'être commises par le Conservateur des titres immobiliers et situer en toute évidence les genres de faute imputables à l'administration foncière, il est judicieux d'ouvrir les charnières devant apporter d'éclairage sur la responsabilité de l'État en cas de faute en droit foncier.

²⁵ W. RUHANA MIRINDI BUSANE, *Op. Cit.*, pp. 411-415.

²⁶ J-M. BARHAMBONA, *Droit des obligations*, Notes des cours à l'intention des étudiants de la troisième année de graduat en Droit, Université officielle de Bukavu, 2018-2019, p. 256. Lire aussi P. VAN OMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1392.

B- De la responsabilité de l'État en droit foncier

Ce point donne un aperçu sur la compréhension juridique lorsqu'on est en état d'envisager la responsabilité de l'État pour les erreurs commises par le Conservateur des titres immobiliers en droit congolais.

Page | 624

En fait, l'activité administrative peut tout de même causer des dommages aux particuliers et il est naturel que ces derniers soient réparés²⁷. Malheureusement, il n'a pas toujours été ainsi puisque pendant longtemps, sur le fondement de l'adage selon lequel « le Roi ne peut mal faire », c'est l'irresponsabilité de l'État qui a prévalu dans la conception de l'État gendarme. Mais par le passage sous l'État providence qui pour donner satisfaction au besoin d'intérêt général, progressivement plusieurs législations, ont pu adopter des textes légaux et réglementaires qui admettent la responsabilité de l'État dans certains domaines²⁸. C'est à titre d'étalon qu'en RDC, la loi dite « loi foncière » qui régit le secteur foncier, proclame expressément le principe de la responsabilité de l'État pour les erreurs commises par le Conservateur des titres immobiliers²⁹.

Pour s'en tenir au droit administratif classique, la responsabilité de l'État tire sa référence dans l'Arrêt Blanco (TC 8 février 1873), qui écarte en même temps l'application des règles de droit privé et soumet la responsabilité administrative à des principes propres³⁰.

Précisément, l'on est en droit de se demander s'il existe une dualité de normes applicables à l'administration congolaise. Autrement dit, est-il exact que la Circonscription foncière qui est essentiellement aménagée par le Ministère des Affaires Foncières pour les besoins de « l'action administrative »³¹ et dont la fonction est « d'agir partout où la nécessité se fait sentir »³² puisse se voir imposer des normes, par hypothèse contraignantes à son égard, qui ne lui imposeraient pas « de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »? La réponse est, à notre estime, positive d'autant

²⁷ W. RUHANA MIRINDI BUSANE, *Op. Cit.*, p.196.

²⁸ L. YUMA BIABA, *Op. Cit.*, p. 221.

²⁹ Article 223 alinéa 2 de la Loi foncière.

³⁰ Il sied de préciser que dès lors « toutes les réclamations formées contre l'État à raison des services publics » entrent « dans le domaine naturel de la compétence administrative ». L'arrêt Blanco fut ainsi présenté par la doctrine comme établissant une identité presque parfaite entre activité de service public, gestion par une personne publique, application du droit administratif et compétence du juge administratif pour régler les litiges issus de l'activité de ces services. Ce triptyque devait faire de cette notion de service public la « pierre angulaire » du droit administratif. Lire à ces propos S. VELLE, *Droit administratif*, Paris, Vuibert Droit, 16^e édition, 2020, p. 12.

³¹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 221.

³² J. DABIN, *Doctrine générale de l'État. Éléments de philosophie politique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1939, p. 240.

plus que l'inexistence de ces normes laisserait le Conservateur des titres immobiliers dans un libertinage, ce qui serait un danger à l'égard des administrés.

Comme esquissé précédemment, l'erreur de service commise par le Conservateur est celle devant être retenue afin d'engager la responsabilité subsidiaire de l'administration à l'État. Il s'agit de la responsabilité pour faute, à cela l'on distingue l'illégalité et la faute ; si toute illégalité est fautive, toute faute ne constitue pas une illégalité (la négligence par exemple à l'occasion d'une intervention hospitalière par exemple).

Page | 625

Contrairement à l'arrêt Blanco qui renvoyait la responsabilité de l'État à une application des règles particulières en dehors de celles reconnues en droit privé. En droit positif congolais, le fondement de la responsabilité civile demeure les règles issues du droit privé. En d'autres termes, il est admissible en droit congolais que l'action contre l'administration fondée sur les erreurs soit soumise au juge judiciaire.

En effet, la base de cette responsabilité de l'État découle d'une lecture combinée faite des règles de droit civil, notamment ; le Code des obligations congolais, « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »³³, d'avec la loi dite foncière, « *l'État est responsable des erreurs du conservateur* »³⁴.

Par ailleurs, la jurisprudence à travers ses arrêts de principe de la Cour Suprême de Justice (CSJ) reconnaît que les contrats fonciers contre l'administration sont de la compétence du juge judiciaire. En effet, elle a jugé que ces contrats sont de la compétence des juridictions civiles. Elle les rappelle en ce qui concerne le bail emphytéotique³⁵, le contrat de bail d'une parcelle de terre³⁶ et le contrat de vente d'une parcelle de terre³⁷.

³³ Article 258 du Code civil des obligations congolais.

³⁴ Article 223 alinéa 2 de la Loi foncière.

³⁵ CSJ, RAA 1, 15 mai 1981, Compagnie de Libenge, SARL c/Officier du Ministère public près la Cour d'Appel de Kinshasa.

³⁶ Arrêt « Mukendi », R.A.A.11 – 8 février 1985 (Bull. CSJ. 2002, p. 16) ; CSJ, RAA 28, 24 avril 1987, Tshilombo Kabeya c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières ; Muamba Njingulula et crts ; Arrêt « Mujinga », CSJ, R.A.A. 8 – 26 juin 1987 (Mushigo, p. 203) ; CSJ, R.A.A. 31, 26 juin 1987, Lubuela Kangunu c. La République du Zaïre et Mulumba Mwamba

³⁷ CSJ, RA 600/99 du 7 mai 2001, En cause Kambale Kalumbi c/ Bolia Nzokele ; CSJ, R.A.A. 37, 24 octobre 1989, Nlundi Bilongi c. La République du Zaïre prise en la personne du Gouverneur de la Ville de Kinshasa et Thiam Abdoulaye

Ces deux dispositions fondent ainsi les prémices indissociables pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'État en droit foncier, le juge ne devra que s'assurer à la suite de la coexistence de quatre éléments exigés en général pour la constitution de la responsabilité civile.

- Le dommage : entre ici en ligne de compte ; le fait brut ou préjudice certain et direct que subit l'usager des services offerts par l'administration. Page | 626

« C'est l'administration ici représentée par le Conservateur qui est à l'origine du préjudice, il est l'auteur de l'acte matériel ayant occasionné ledit préjudice et dont la responsabilité pourrait être engagée. Mais pour éviter d'engager systématiquement la responsabilité de l'agent, la jurisprudence a dégagé une distinction entre la responsabilité pour faute personnelle et la responsabilité pour faute de service qui permet logiquement d'engager la responsabilité de l'administration dont relève l'agent »³⁸.

C'est le cas d'un administré qui s'est rendu auprès du service des Titres fonciers (TF) de son milieu, a suivi à la lettre la procédure de la demande de terres lui indiquée par l'agent jusqu'à l'obtention d'un certificat d'enregistrement puis voit curieusement ce dernier être annulé au motif du défaut d'une descente devant être effectué par le service technique pour besoin du mesurage. Il s'agit dans ce paragraphe d'un dommage causé par le Conservateur des titres immobiliers à l'administré.

- Le fait à l'origine du dommage : l'on retient ici l'évènement, l'action ou l'inaction de l'agent public qui déclenche la mise en œuvre d'une situation juridique boiteuse. Et que sans l'action ou l'inaction de l'agent, le titre de propriété de la parcelle ne serait pas délivré à l'administré. C'est à titre illustratif ; la signature, les noms et le grade placés sur le Certificat d'enregistrement par le Conservateur et qui collent à ce certificat le caractère authentique ;

- Le lien direct de cause à effet entre le fait et le dommage : il s'agit concrètement de l'élément clé devant assoir la responsabilité civile³⁹, la causalité peut être définie quasi simplement en tant que le lien qui unit le fait générateur au dommage.

³⁸ L. YUMA BIABA, *Op. Cit.*, pp. 221-223.

³⁹ Cass., 2e ch., 1er juillet 1935, Pas., 1935, 1, p. 298 ; 2 juillet 1951, Pas., 1951, 1, p. 749 ; 1 e ch., 16 février 1962, Pas., 1962, 1, p. 689 ; 2e ch., 11 janvier 1965, Pas., 1965, 1, p. 457 : « Attendu que le lien causa/ constitue un élément de la responsabilité civile, distinct de la faute, qui doit être établi, outre celle-ci, pour les dommages causés à des personnes différentes, dont la réparation est demandée ». Lire aussi Etienne ILUNGA KABULULU, *Notions de droit administratif à l'intention des Cadres Administratifs de l'IG/PNC*, Kinshasa, Janvier 2012, p. 27.

« La formule élégante proposée par Henri DE PAGE parle du lien de causalité comme d'un "trait d'union entre la faute et le dommage qui parfait en conséquence la responsabilité et la réalise juridiquement". La réparation du dommage passe nécessairement par l'établissement de ce lien. L'idée de la responsabilité s'accommoderait mal d'une réparation imposée, au hasard, à n'importe quel auteur fautif »⁴⁰.

- Le lien avec le service du Conservateur : le rapport de droit qui relie le fait juridique à la personnalité de l'Agent public. Il sera question à ce point de démontrer la situation de service ayant objectivement motivé le Conservateur à poser ou ne pas poser l'acte générateur de l'erreur imputable à l'administration foncière, et par ricochet à l'État. C'est par exemple ; une lettre de demande de terre faite au Conservateur, laquelle demande retiendrait un avis favorable du service compte tenu des soubassements déposés par le requérant.

Il est de principe en droit que la charge de la preuve incombe à la victime, ainsi suivant cette foulée, il reviendra à l'administré de prouver par des moyens de droit que l'erreur ou la faute à la base du dommage est réellement imputable à l'agent public. Néanmoins, dans plusieurs cas, il semble difficile d'établir que le Conservateur a commis une erreur donc la preuve est difficile à rapporter. Mais dans pareil contexte, on aménage le régime de la preuve en établissant des présomptions⁴¹. C'est le cas lorsque le Conservateur qui ordonne et perçoit, à titre des droits, taxes, contributions, redevances, salaires, primes, des sommes qui ne sont pas dues ou excédant de ce qui est dû en vertu de la législation ou de la réglementation en vigueur et s'abstient de délivrer la quittance au débiteur qui le lui sollicite, prétextant l'absence de la quittance au dysfonctionnement de son service.

Il sied de noter en ce sens qu'au-delà de la responsabilité pénale que doit engager le Conservateur personnellement et non l'État, le juge civil pourra condamner l'État à dédommager la victime pour le fait délictuel perpétré par le Conservateur, et ceci pour le tout, sans qu'il y ait cumul d'indemnités avec possibilité pour l'État de se refaire sur le conservateur à travers l'action récursoire.

⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1940, n° 954, pp 881-900.

⁴¹ Lire la Tribune de Maître Marcelin GUPA, 2020, disponible en ligne sur <http://www.scooprdc.net/2020/05/28/rdc-la-responsabilité>.

II-APPROCHE CRITIQUE SUR LA VALIDATION DE LA VENTE DES IMMEUBLES DE L'ÉTAT RECENSÉS DANS LE RAPPORT DU 24/12/2024 PAR L'ASSEMBLEE PROVINCIALE DU SUD KIVU

Le voyage de la présente partie va fournir en avant pour dissiper des malentendus ; l'extrait du rapport produit par l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu en date du 24 décembre 2024 en y apportant une approche analytique du point de vue existentiel et compétence (A), et accoste en toute évidence, sur la validation des contrats de vente de ces immeubles et terrains de l'État recensés dans le rapport en baladoire face à la formation d'un contrat en droit (B).

Page | 628

A- L'entendement du rapport produit par l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu du 24 décembre 2024 aux autorités judiciaires : instruction ou dérapage ?

Le contrôle parlementaire est l'une des missions dévolues aux Assemblées Provinciales à l'instar de la fonction de légiférer les édits.

La loi prévoit l'exercice de ces missions qui constituent même la fonction essentielle du Parlement. Mais à la différence de la mission législative dont les procédures sont largement détaillées dans la Constitution et les Règlements intérieurs des Assemblées Provinciales, le contrôle parlementaire n'y est qu'à peine évoqué alors qu'il occupe une place prépondérante dans l'activité parlementaire.

Cette prérogative constitutionnelle reconnue à chaque Assemblée provinciale est un moyen par lequel l'Assemblée contrôle le bon fonctionnement du Gouvernement provincial ainsi que les services publics provinciaux et locaux⁴², c'est-à-dire la bonne application du programme d'action, des lois, des édits, des règlements et du budget de l'État.

Maurice DUVERGER affirme ainsi que : « *l'objectif du contrôle parlementaire est de promouvoir l'efficiencia et l'efficacité dans la gestion des affaires publiques, de limiter le gaspillage des ressources publiques, de réunir les éléments objectifs pour toute sanction éventuelle, de produire un impact sur le développement économique et humain et, par ricochet, de contribuer au bien-être de la population* »⁴³. Tout en épinglant les objectifs du contrôle parlementaire, Ibrahima NIANE, ajoute à savoir ; « *le respect de l'État de droit, l'instauration et*

⁴²Article 7 de la Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces en RDC, In *Journal Officiel de la RDC*, Numéro spécial, Kinshasa, 31 juillet 2008.

⁴³ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Edition PUF, col Thémis, 1980, p. 243.

le respect des règles d'une saine gestion des ressources publiques (utilisation des deniers publics, efficacité des politiques et programmes, etc.) »⁴⁴.

S'inscrivant dans cette logique, l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu a institué en date du 06 juin 2024 une commission parlementaire spéciale chargée d'enquêter sur la spoliation des maisons et parcelles de l'État. Cette commission constituée par neuf députés provinciaux avait pour objectif de s'assurer de la bonne application des dispositions légales et réglementaires en matière immobilière relevant du domaine tant public que privé de l'État, de manière à lutter contre la spoliation des immeubles et parcelles relevant de la domanialité publique de l'État sur toute l'étendue de la Province du Sud-Kivu, particulièrement dans la ville de Bukavu.

Page | 629

« A travers ce contrôle parlementaire, l'organe délibérant visait également à vérifier les immeubles de l'État désaffectés en violation des textes légaux en matière foncière et contrôler la procédure effectuée, vérifier les parcelles de l'État, celles à usage public ainsi que les espaces constituant les 10m de rive spoliées sur les Lacs Kivu et Tanganyika et la Rivière Ruzizi, mais aussi et surtout inventorier les immeubles de l'État cédés dans le cadre du partenariat public privé, les procédures de signature et d'exécution de ces contrats (...) »⁴⁵.

À la suite d'une enquête menée par la Commission parlementaire à ce sujet, il a été révélé une liste contenant quarante-cinq immeubles et parcelles de l'État dont les contrats de partenariats publics-privés ont été signés par le Ministère national de l'Habitat dans l'objectif de rénover le patrimoine immobilier de l'État. Force est le constat fait par l'Assemblée Provinciale qui estime pour ce faire dans un rapport présenté par la Commission en date du 24 décembre 2024, que les procédures faisant vente de ces immeubles n'ont pas respecté la loi, en faisant allusion à la procédure de passation des marchés et l'exécution des travaux. Par conséquent, dans ledit rapport ; l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu appelle visiblement les animateurs des instances judiciaires à annuler les différents titres de propriété délivrés par l'administration foncière, lesquels ont constitué le lit de transfert de la propriété pour ces immeubles de l'État désaffectés, à l'arrestation de toutes les personnalités politiques ayant facilité ces désaffectations ainsi qu'au déguerpissement des acquéreurs directs et/ou indirects qui occupent aujourd'hui tous ces immeubles⁴⁶.

⁴⁴ I. NIANE, « Le Contrôle parlementaire », in Niane, I., Mazyambo, A., Kumbu-ki-Ngimbi, J.M. et alii, *La consolidation du cadre démocratique en République Démocratique du Congo*, Modules de renforcement des capacités à l'intention des institutions parlementaires, Kinshasa, PNUD, 2012, pp.189-190.

⁴⁵ ASSEMBLEE PROVINCIALE DU SUD KIVU, COMMISSION PARLEMENTAIRE, *Op. Cit.*, pp. 6 et Ss.

⁴⁶ ASSEMBLEE PROVINCIALE DU SUD KIVU, COMMISSION PARLEMENTAIRE, *Op. Cit.*, pp. 6 et 7.

Aux termes des conclusions faites dans ce rapport, la commission estime que dans la plupart des contrats liant l'État congolais et ses partenaires privés, ces contrats doivent être annulés ainsi que tous les morcellements y engagés et les occupants déguerpis dans les immeubles sus-indiqués et/ou des maisons construites à ces lieux au motif que certains contrats prêtent à confusion du point de vue vénal parce qu'il est impossible que l'État puisse céder autant des parcelles et immeubles pour recevoir en contre partie des petites constructions sur ses autres parcelles, et que dans les autres contrats ; les avenants y glissés par les gouverneurs ont reposé sur plusieurs erreurs animées des intérêts mesquins en faveur de ces derniers. Ensuite, déférer le gouverneur honoraire et certains partenaires devant la justice.

Il apparaît que ces conclusions faites par la commission parlementaire font suinter la sève des dispositions légales en matière contractuelle telles qu'elles sont énoncées par le Code des obligations ainsi que les autres dispositions importantes consacrées par la loi foncière en vigueur en RDC.

En effet, ces conclusions font usage en premier lieu des termes selon lesquels « ces contrats doivent être annulés et déguerpir tous les bénéficiaires des morcellements y engagés », puis elles ajoutent par la suite ; « déférer le gouverneur honoraire et certains partenaires devant la justice ».

Ces termes dont les deuxièmes constituent une suite logique aux premiers s'inscrivent dans un raisonnement gauche du droit en ce sens qu'en déguerpissant les occupants desdits immeubles sans aucune forme de procès y relatif, ces conclusions postulent immédiatement à une nullité de plein droit contre les contrats soupçonnés d'avoir été conclus sur base d'erreurs, d'influences ou dol à l'avantage des partenaires privés. Or, au sens de la loi, une convention qui a été fondée sur des erreurs, violences ou dol ouvre plutôt brèche à une action en justice pour nullité ou rescision⁴⁷.

L'idée du législateur ici est plus protectrice car elle évite à ce que l'une des parties au contrat puisse se rendre justice, telle n'est pas malheureusement la substance tirée des conclusions de la commission parlementaire qui prétend directement bénéficier la Province des effets réservés à la nullité judiciaire dans tous les contrats supposés par elle ; d'avoir été entachés d'erreurs, violences ou dol.

⁴⁷ Article 18 du Code civil des obligations congolais.

Contrairement à l'esprit de ces conclusions, l'on est en droit d'observer que la nullité est judiciaire, elle n'est prononcée que par un tribunal. Mais avant cela, le contrat est seulement annulable⁴⁸.

« La nullité et la résolution se rejoignent sur le fait que l'une et l'autre, une fois établie ou constatée judiciairement, anéantissent rétroactivement le contrat c'est-à-dire qu'elles remettent les parties contractantes dans l'état où elles étaient avant le contrat. Chacune des parties restitue ce qu'elle a reçu car, du néant, rien n'a pu sortir. Les patrimoines respectifs sont censés être restés intacts »⁴⁹.

Par contre, l'annulabilité repose ici sur l'inobservation des conditions de formation d'un contrat, et donc, elle doit être soulevée par une des parties au contrat avant toute exécution possible. Il est à remarquer dans le cas sous-étude que l'Assemblée provinciale n'a pas été une partie au contrat, mais aussi, l'annulation qu'elle propose intervient dans la plupart des contrats après l'exécution. En revanche, la nullité est demandée par la victime devant le tribunal, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

La loi ne se limite point à une action judiciaire qui doit formellement être introduite, mais au-delà ; l'Assemblée Provinciale en qualité de « demanderesse » doit prouver par tout moyen de droit ; les manœuvres et l'intention de tromper dont les personnes qu'elle accuse avaient fait usage. Cette réflexion a été entérinée par la jurisprudence en ces mots : « le dol ne se présume pas, il doit être prouvé »⁵⁰.

De ces termes présentés en sus, leur confrontation au droit ramène aisément à évoquer le désaccord entre les conclusions faites par la commission parlementaire sur l'aspect d'annulation des contrats de partenariat public-privé en dehors de tout procès, d'avec le droit des obligations au motif des violences ou dol faits sur certains fonctionnaires dans la délivrance des titres de propriété sur les immeubles et parcelles désaffectés.

⁴⁸ M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *Droit civil. Les obligations*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 89.

⁴⁹ D. AUGUSTIN FATAKI WA LUHINDI, *Les limites du principe d'inattaquable du certificat d'enregistrement en droit congolais*, Kinshasa, 3ème édition, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice et Garde des Sceaux de la République Démocratique du Congo, Juin 2015. p. 105.

⁵⁰ CSJ, 30 novembre 1983, cité par K. KABA KASHALA, V. LUMBALA ILUNGA et K. MUANZA, Arrêts de principes et autres principales décisions de la Cour Suprême de Justice, Kinshasa, éditions Batena Ntambua, p. 134 en se fondant sur L'article 17 CCLIII qui dispose à cet effet que « Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

Plus encore, les termes d'« annulation et déguerpissement » formulés dans ces conclusions sont tout de même en déphasage avec la loi foncière sur un aspect clé relatif au principe de la responsabilité de l'État pour les erreurs du Conservateur des titres immobiliers⁵¹, lequel aspect mérite d'être éclairci.

En effet, les profanes seraient en courbe de se questionner sur le sort réservé aux différents certificats d'enregistrement établis par le Conservateur dont les titres qui leur ont servi de base à l'enregistrement venaient d'être annulés ou résolus mais en tout cas, cela ne ferait pas l'objet d'une question pour un juriste.

Certes, les immeubles de l'État désaffectés ont pour la plupart subis des modifications et ses parcelles ont connu des multiples morcellements, à telle enseigne qu'aujourd'hui l'on ne saurait les identifier à première vue. Plusieurs mutations ont été constatées devant le Conservateur par les Certificats d'enregistrement avérés authentiques mais dont les soubassements reviennent à critique selon les conclusions de l'Assemblée provinciale ; d'avoir reposé sur les erreurs, dol et violences, d'où possibilité d'annuler ces titres fondant leurs soubassements.

Mais est-ce que les erreurs constatées sur ces titres de base ouvriraient par ricochet à l'anéantissement de tous ces certificats d'enregistrement ? Il est de principe en droit congolais qu'un Certificat d'enregistrement est inattaquable, ainsi, cette inattaquabilité s'étend également aux droits que ledit certificat aura à constater⁵². Néanmoins, il faut ici nuancer selon que le certificat d'enregistrement est vieux de deux ans ou non.

En effet, pour le certificat d'enregistrement n'ayant pas réalisé deux ans, les droits réels immobiliers qu'il constate sont susceptibles d'être attaqués en nullité. Au contraire, les droits réels immobiliers constatés par un certificat d'enregistrement après l'écoulement d'un délai de deux ans sont inattaquables sauf les actions en dommages-intérêts qui restent envisageables par la victime.

À ce sujet, le Professeur LUKOMBE NGHENDA dit clairement que : « *Nous pensons répondre d'abord, qu'en présence d'un vice entachant un titre ayant servi à l'enregistrement, le droit réel enregistré est inattaquable et qu'il ne reste à la victime que la possibilité d'exercer une action en dommages-intérêt* »⁵³.

⁵¹ D. AUGUSTIN FATAKI WA LUHINDI, *Op. Cit.*, p. 106.

⁵² Article 227 de la Loi foncière.

⁵³ L. NGHENDA, *Droit civil : Les biens*, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, Kinshasa, 2003, p. 997

Enrichissant cette opinion, selon le Premier Président honoraire de la Cour d'Appel de Kinshasa /Matete KABUMBU M'BINGA BANTU cité par AUGUSTIN FATAKI soutient que « *le certificat d'enregistrement vieux de plus de deux ans ne peut être attaqué quand bien même il serait entaché de faux ou obtenu sur base de faux document* »⁵⁴.

Page | 633

La doctrine demeure divisée à la question de l'inattaquabilité du certificat d'enregistrement vieux de plus de deux ans. Pendant que le courant de l'absoluité du principe d'inattaquabilité du certificat d'enregistrement insiste que même celui obtenu sur base de faux documents, dans le cas précis, un faux arrêté de désaffectation ou un faux contrat de partenariat public-privé, ne peut nullement être mis en cause ni devant le juge pénal et encore moins par le juge civil.

Dans le cadre de cette contribution, le raisonnement est orienté au courant relativiste du principe de l'inattaquabilité du certificat d'enregistrement, lequel démontre l'influence que joue le jugement répressif sur les questions civiles en droit foncier en s'appuyant sur trois fondements dont l'autonomie du droit pénal, l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil et le principe « *fraus omnia corrumpit* »⁵⁵.

Ainsi, l'erreur de l'administration qui doit nécessairement être endossée par l'État sous couche du principe de la responsabilité est à distinguer d'avec un faux occasionné par l'administré lequel ne peut aucunement fonder la responsabilité de l'État⁵⁶.

En effet, l'erreur résulte d'une action ou inaction dont le fonctionnaire public a glissé sur l'acte commandé par l'administré sans en avoir l'intention ou un intérêt personnel en plaçant ladite erreur, tandis que le faux est quant à lui révélé comme toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplit soit par le fonctionnaire ou par l'administré au travers un moyen quelconque, soit dans un écrit (public, authentique, privé) ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

⁵⁴ D. AUGUSTIN FATAKI WA LUHINDI, *Op. Cit.*, p. 32.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 185.

⁵⁶ B. MUAMBA estime que « l'exécution des décisions de justice rendues en matière administrative obéit, [...], à un certain nombre de principes non codifiés, ce qui pose de très sérieux problèmes d'ordre pratique », « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », RJZ, 60ème année, p. 93 ; BALANDA MIKUIN LELIEL, « Procédure et compétence administrative de la Cour suprême de Justice du Zaïre », in RJZ, 1990-1991, p.2.

La doctrine fait une séparation entre deux types de faux ; il est « matériel » lorsqu'il affecte le contenant représenté par l'écrit ou le support, et le faux est « intellectuel » lorsqu'il porte sur son contenu⁵⁷.

Il est à remarquer ici que la responsabilité de l'État doit être engagée pour les erreurs du Conservateur des titres immobiliers mais bien entendu ; après une balise judiciaire à opérer pour chaque immeuble et/ou parcelle de l'État présenté dans le rapport de l'Assemblée provinciale dont l'appréciation paraît à présent dans le moindre « subjective ».

C'est-dire autrement, que ces conclusions de l'Assemblée appelant à « l'annulation et au déguerpissement » auraient été données à l'issue d'une décision judiciaire coulée en force de chose jugée qui donnerait une qualification particulière à la vente de ces immeubles.

Ces conclusions de la commission parlementaire ne peuvent donc en elles seules produire juridiquement d'effets en l'absence de toute décision judiciaire. À défaut de cette dernière devant être donnée par le juge, les lignes suivantes renvoient à l'étude de la validation de ces contrats fonciers.

B- De la validation des titres de propriété acquis par les particuliers sur les immeubles et parcelles de l'État désaffectés

Cette section dégage asymétriquement l'acquisition des immeubles de l'État désaffectés⁵⁸ au visage de la formation d'un contrat en droit positif congolais tout en dégageant l'imbroglio qui règne dans les conclusions faites par l'Assemblée provinciale dans son rapport du 24 décembre 2024 (1) et présente les possibilités laissées à l'État congolais conformément aux lois en vigueur en matière foncière sur le territoire national (2).

⁵⁷ Th. HERRMANN, « La définition légale du faux à l'aune de la distinction du faux matériel et du faux intellectuel », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, IRJS 02, 2023, pp. 245.

⁵⁸ B. NYENYEZI et A. ANSOMS, « Droit et conflits fonciers à Bukavu : vers une anthropologie de mécanisme juridictionnels de résolution des conflits » In *Marysse, et alii (dir.), Conjonctures congolaises 2015*. Politique, territoire et ressources naturelles : changement et continuité. Tervuren-Paris : MRAC-L'Harmattan (coll. « Cahiers africains », no 87), pp. 259 et Ss.

1- La validation ou non des contrats de désaffectation

D'entrée de jeu, l'État en sa qualité de sujet de droit a fatalement un patrimoine en vertu de la loi foncière qui renferme le droit de disposer de manière absolue de ses biens, dans le moindre, ceux non domaniaux⁵⁹.

Page | 635

En fait, il est sans proteste que l'État propriétaire de ses biens réels immobiliers, agissant par l'intermédiaire des autorités tutélaires, puisse prendre des arrêtés portant désaffectation des immeubles et/ou parcelles du domaine public⁶⁰.

Relativement à la validation des contrats de vente des immeubles de l'État désaffectés, il sera analysé à ce niveau ; le *modus operandi* requis par la loi pour la formation d'un contrat telle qu'énoncée en droit civil comparativement à la procédure usitée dans les contrats sous-examen. En effet, pour la formation d'un contrat en droit des obligations congolais, il est de stricte rigueur que les parties puissent mieux observer les éléments de forme et de fond afin que leur contrat soit légalement réputé d'un contrat *sui generis*.

L'étude va par ailleurs dans cette contribution, poser ses jalons uniquement aux éléments de forme ; ainsi, il est à observer que la validité du contrat de concession se rapporte pour l'essentiel à l'objet, la capacité des parties, le consentement des parties, la cause du contrat ou destination de la terre concédée et les formalités préalables à la concession.

▪ **L'objet du contrat** : le contrat de concession foncière ne peut porter en principe que sur les terres relevant du domaine privé de l'État non actuellement concédées⁶¹. C'est-à-dire que celles les terres du domaine privé de l'État peuvent faire objet de la jouissance par les particuliers et que celles du domaine public sont rigoureusement affectées aux usages et aux services publics. Toutefois, il est à observer que la loi ouvre la latitude de pouvoir concéder même les terres du domaine public mais à condition qu'il y ait eu au préalable des désaffectations régulières. Que la concession provienne du domaine privé ou public après désaffectation régulière bien évidemment, les terres sont concédées par l'État dans le respect strict des droits fonciers des tiers.

⁵⁹ Article 14 de la Loi foncière.

⁶⁰ Article 55 de la Loi foncière ; Lire également D. BAHATI SHAMAMBA, *Enjeux fonciers et développement de l'agriculture familiale au Sud-Kivu* Thèse en études d'Agro-Bio Tech, Université de Liège-Gembloux, Décembre 2021, p. 50.

⁶¹ Articles 55 alinéa 2 et 65 de la Loi foncière.

« Ces droits de tiers sur les terres à concéder dont il est parlé dans cet article, sont des droits de concession consentis aux tiers par l'État. Ainsi, les terres actuellement concédées par l'État sont inconcessibles, cela est d'autant plus vrai parce que, dans le contrat de concession, l'État garantit la paisible jouissance et la non éviction au concessionnaire. Il ne peut plus concéder une terre déjà concédée à une autre personne tant que le droit du premier concessionnaire est encore valable. Enfin, les terres du domaine privé de l'État peuvent être déclarées inconcessibles pour des raisons d'ordre urbanistique, environnemental ou de développement, par les autorités compétentes »⁶².

Les désaffectations sont alors de deux sortes selon leur formation en droit ; soit expresse ou tacite. La désaffectation est « expresse », lorsqu'elle émane d'une décision de l'autorité compétente (Ministre des Affaires foncières), à titre d'exemple, la désaffectation d'un cimetière faite dans un Arrêté Ministériel. Tandis que par désaffectation « tacite », l'on fait allusion à une désaffectation qui résulte d'une cause ou d'un événement naturel.

Il sied de noter que la désaffectation tacite n'est pas d'application en droit congolais d'autant plus que toute désaffectation que soit elle nécessite pour sa considération éventuelle ; une décision de l'autorité compétente qui la justifie. Autrement dit, les terres n'entrent pas dans le domaine privé par la simple cessation de l'usage ou de service public ; il est nécessaire à chaque fois qu'une décision expresse ou implicite de l'autorité compétente soit prise pour ce faire⁶³.

Par contraste, la vente de quelques immeubles de l'État recensés dans les conclusions du rapport de l'Assemblée Provinciale du Sud-Kivu en date du 24 décembre 2024⁶⁴ a fait sujet des Arrêtés Ministériels de désaffectation, et que pour autant que ces désaffectations sont régulières et authentiques, ces immeubles ne doivent en rien être dépourvus de la protection légale réservée à l'objet d'un contrat au sens strict.

L'appréciation de l'objet dans la thématique posée sur table d'examen serait faite au cas par cas afin de séparer les immeubles et parcelles ayant bénéficié régulièrement des décisions de

⁶² Article 204 alinéa 2 de la Loi foncière. Voir dans le même sens l'article 6 de la Loi n°11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement, in *J.O de la RDC*, 52e année, Numéro spécial du 16 juillet 2011.

⁶³ P. PIRON et J. DEVOS, *Codes et lois du Congo Belge*, Bruxelles, Tome I, Maison Ferdinand, LARCIER, S.A., 1960, p.7.

⁶⁴ ASSEMBLEE PROVINCIALE DU SUD KIVU, COMMISSION PARLEMENTAIRE, *Op. Cit.*, pp. 6 et 7.

désaffectation auprès des autorités compétentes de ceux qui n'en ont pas bénéficié puis tirer les ficelles de droit.

L'objet doit être considéré avec rigueur dans la formation de ce contrat type parce que c'est la décision de désaffectation à prendre par l'autorité compétente qui fera logiquement entrer les terrains ou immeubles du domaine public de l'État dans le domaine privé, et par ricochet, les rendre disponibles à la jouissance par les particuliers.

▪ **La capacité des parties :** en ce qui concerne l'État, le contrat de concession foncière ne peut être conclu qu'entre l'État congolais, représenté par l'autorité concédante compétente, et la personne (ou structure) éligible au droit de concession sollicité. Selon la nature et l'étendue du terrain à concéder, l'État congolais ne peut valablement être représenté au contrat de concession que soit par le Ministre national des affaires foncières (après ou non la loi d'approbation du parlement ou l'ordonnance de validation du Président de la République), soit par le Gouverneur de province (avec ou sans arrêté de validation du ministre national des affaires foncières), soit par le Chef de division ou le Conservateur des titres immobiliers (sur délégation de pouvoir, respectivement, du Ministre ou du Gouverneur de province), et ce, selon la nature et l'étendue du terrain à concéder.

La désaffectation relève de la compétence de l'autorité de l'affectation du service et/ou bien public concerné. Il s'agit d'une mutation domaniale par laquelle l'État peut d'autorité changer l'affectation d'un bien appartenant à une autre personne morale de droit public lorsque l'intérêt général l'exige.

Particulièrement en ce qui concerne la désaffectation de l'immeuble de l'État, le pouvoir de désaffecter est reconnu au Ministre national ayant l'habitat dans ses attributions. Aussi, ce pouvoir de désaffecter est encore exercé concurremment par le Ministre des affaires foncières et le Gouverneur de province⁶⁵. En effet, le Ministre ici désigné a la qualité de prendre l'Arrêté de désaffectation des terrains ou immeubles relevant d'un service public, soit le cas échéant le Gouverneur.

⁶⁵ J. KAZADI MPIANA, *Grands services publics de l'Etat*, Notes de cours destinées aux étudiants de première année de licence en droit, Université officielle de Bukavu, 2019-2020, p. 304.

Quant à la capacité et l'éligibilité du cocontractant de l'État, il est à signaler que toute personne physique (majeure ou mineur représentée selon les termes du code de la famille)⁶⁶, toute personne morale (de droit public ou privé) ainsi que le simple regroupement de personnes, peuvent conclure avec l'État un contrat de concession⁶⁷ et dans la même foulée ; le contrat de partenariat public-privé.

Pour les conclusions du rapport en vogue, des particuliers ont conclu différents contrats de partenariat public-privé avec l'État congolais concernant l'acquisition des immeubles et parcelles du domaine public, ce qui a constitué la base de désaffectation de ces immeubles, l'État avait été représenté par différentes autorités, tantôt le Ministre national ayant l'habitat tantôt encore le Gouverneur de la province du Sud-Kivu ayant intervenu dans la plupart des cas sans l'arrêté de validation du Ministre de tutelle et à l'occasion étant également compétent, le Gouverneur a agi par voie d'avenant.

Dans cette contribution, il doit être observé que la procédure du Gouverneur n'énervé en rien l'esprit de la loi foncière comme le prétend la commission parlementaire mise sur pied par l'Assemblée Provinciale. Mais aussi longtemps que les avenants pris par le Gouverneur soient authentiques, logiquement au sens de la loi, les contrats de vente dont ces avenants en ont servi le lit de transfert des droits de propriété demeurent valables du point de vue juridique.

Cependant, dans l'esprit de la loi, ce sont les personnes morales et les personnes physiques étrangères qui ne peuvent pas conclure le contrat de concession, leur garantissant le droit de concession perpétuelle⁶⁸. Ces conclusions de la commission parlementaire, n'ont révélé nulle part la présence des sujets étrangers qui seraient bénéficiaires de certificats d'enregistrement couvrant les immeubles désaffectés.

Par contre, c'est uniquement les personnes qui ont dans la même la ville, d'autres terrains, que la loi interdit de pouvoir encore bénéficier d'autres terrains. Le législateur fait ici allusion aux personnes qui ont des terrains de mêmes destinations non encore mis en valeur qui ne sont pas autorisées de conclure des nouveaux contrats de concession sur des terrains incultes (vierges), à

⁶⁶ E. MWANZO IDIN'AMINYE, *Que dit le Code de la famille de la République Démocratique du Congo ? Commentaire article par article*, Paris, Etudes africaines, Série Droit, L'Harmattan, 2019, pp. 70 et 71.

⁶⁷ Article 61 de la Loi foncière.

⁶⁸ Article 80 de la Loi foncière.

moins d'avoir une dérogation écrite provenant de l'autorité compétente, justifiée par l'importance de l'investissement envisagé⁶⁹.

Le questionnement va tout même dans le cas précis, si des personnes ayant bénéficié avant des désaffectations des parcelles qui ne sont pas encore mises en valeur, cette interdiction leur est opposable pour des nouvelles désaffectations ? De l'entendement dans cet article, la réponse est orientée à l'affirmatif, en effet, l'esprit de cette interdiction faite par le législateur est d'éviter qu'un cocontractant puisse concentrer en lui seul plusieurs terrains incultes dans une même localité.

En évidence, il est à remarquer que dans un contrat de partenariat public-privé en matière foncière, les personnes non prioritaires ne peuvent conclure le contrat de concession foncière avec l'État sur des terrains sollicités en concurrence avec les personnes prioritaires⁷⁰. Il y a lieu de faire observer que le législateur n'a pas hiérarchisé ces causes de priorité comme pour dire qu'il y aurait une cause plus importante que l'autre. L'autorité concédante est libre de tenir compte de telle ou telle autre cause lorsque les deux ou plusieurs demandeurs concurrents en présence les justifient. Néanmoins, tout contrat de concession conclu avec un requérant sans cause de priorité alors qu'il y avait un demandeur prioritaire, viole impérativement cette disposition de la loi foncière.

De ce qui précède, conformément aux prescrits de la loi, la commission parlementaire ne saurait objectivement démontrer dans ses conclusions les raisons ou motivations ayant poussé l'autorité contractante à traiter avec priorité dans la vente des immeubles et parcelles désaffectés, à tel bénéficiaire au détriment de tel autre. En cela, l'appréciation faite par la commission devrait se limiter juste à la recherche de l'authenticité des documents qui ont servi de base à la délivrance des certificats d'enregistrement devant le Conservateur des titres immobiliers.

▪ **Le consentement des parties :** L'État congolais et son cocontractant doivent librement consentir chacun au contrat de concession foncière. Cette exigence de consentement est de même requise dans un contrat de partenariat public privé. En pratique, le consentement du concessionnaire se traduit par sa signature de l'acte de demande des

⁶⁹ Article 67 de la Loi foncière.

⁷⁰ Article 13 de l'Ordonnance n° 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécution de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés, *In Journal Officiel de la RDC*, Journal, Numéro spécial, Kinshasa, 5 avril 2006.

terres⁷¹ tandis que l'État exprime son consentement au travers la signature de l'acte du contrat de concession par l'autorité concédante compétente⁷².

La commission prétend dans ses conclusions que ces bénéficiaires des immeubles et terrains désaffectés ont usé « des violences, dol ou influences »⁷³ auprès des autorités politico-administratives afin de persuader les autorités compétentes de signer les titres recherchés, cela depuis la chaîne de la décision de désaffectation au Ministère des affaires foncières, passant auprès du Gouverneur où les avenants ont été pris jusqu'à la délivrance des titres de propriété devant le Conservateur des titres immobiliers.

Suivant l'endoxe doctrinale développée précédemment sur le dol, le débat se rapportant à la preuve du dol, des violences ou influences prétendument utilisés dans les processus par les acquéreurs des immeubles et terrains de l'État désaffectés, ne pourrait objectivement être engagé que devant le juge. En d'autres termes, la commission parlementaire n'étant pas une instance judiciaire, elle ne saurait mieux rechercher les éléments de preuve pour le dol, violence et/ou le trafic d'influence. Ceux-ci étant du moins juridiquement réputés comme des éléments susceptibles de vicier le consentement des parties.

■ **La cause du contrat ou destination de la terre concédée :** au sens de la loi, le mobile pour lequel on peut obtenir un contrat de concession foncière doit consister dans l'une et/ou l'autre destination principale suivante : usage résidentiel, usage agricole, usage d'élevage et usage d'exploitation commerciale ou industrielle⁷⁴.

Egalement dans un contrat de partenariat public-privé, les conclusions de la commission parlementaire n'ont produit aucun rapport d'un immeuble et/ou terrain qui aurait été prédestiné par son acquéreur à une cause en dehors des destinations envisagées par la loi.

Ainsi, à défaut d'un constat qui s'écarterait de la cause licite et légale, le contrat est censé garder son aubaine et en conséquence, les particuliers qui en ont acquis des immeubles désaffectés

⁷¹ Articles 190 et 192 de la Loi foncière.

⁷² Article 14 de l'Ord. 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécution de la loi foncière déjà évoqué plus haut.

⁷³ M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, « Editorial. Le dol, vice de consentement, dans la formation du contrat », *In Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, Editorial, Kinshasa, 2015, pp. 11-14.

⁷⁴ Article 60 alinéa 4 de la Loi foncière.

ne peuvent en aucun cas subir une interprétation laconique dans l'optique de perdre les avantages y relatifs.

▪ **Les formalités préalables à la concession :** La loi renvoie au respect de trois grandes formalités obligatoires pour la validité du contrat de concession, selon les cas. Il s'agit par énumération ; du plan parcellaire des terrains urbains à concéder et leur offre sur le marché, de la demande des terres et travaux cadastraux des terres non loties, et de l'enquête préalable à la concession des terres rurales⁷⁵.

Page | 641

Ces formalités dans un contrat de désaffectation des immeubles et/ou terrains du domaine public de l'État sont facultatives, mais en toute nécessité, elles s'appliquent *mutatis mutandis* comme dans un contrat de concession. Par ailleurs, l'obligation de l'offre mise sur le marché est démise dans un contrat de partenariat public privé, toutefois, sa non application ne peut coller la nullité à une décision régulière de désaffectation.

Il sied de relever que pour les terrains non concernés par les plans parcellaires, la loi reconnaît au Ministre des affaires foncières dans la ville de Kinshasa et le Gouverneur dans chaque province, le pouvoir de les concéder.

Poursuivant ce raisonnement, pour les immeubles et terrains de l'État désaffectés, les mêmes autorités en restent compétentes. Ce qui étaye de façon asymétrique les actes posés par ces autorités dans les contrats de vente contestés par la commission, ainsi, les personnes qui en sont à ce jour bénéficiaires ne doivent souffrir de la perte de leurs droits de propriété conformément à la Constitution qui protège la propriété privée qui est strictement sacrée⁷⁶, sauf les infirmités dues à la procédure de désaffectation.

2- Les voies de sortie laissées à l'État congolais

La responsabilité est une obligation impérative et universelle qui est légalement applicable tant aux particuliers qu'à l'État. Ce dernier est appelé à accomplir au regard de sa position ; une fonction sociale contradictoire à la fois « dominatrice » et « stabilisatrice ».

⁷⁵ S. MATABARO MUGANGU, *La tenure foncière coutumière en République Démocratique du Congo : Etat des lieux et perspectives pour la réforme de la législation, Etudes de références sur la tenure en République Démocratique du Congo*, RRI, Bukavu, Septembre, 2014, pp. 90 et Ss.

⁷⁶ Article 34 de la Constitution.

À cet effet, la loi foncière d'un côté ; départ la facette dominatrice de l'État, proclame vivement que le sol et le sous-sol appartiennent exclusivement à l'État qui concède aux particuliers que le droit de jouissance au sol⁷⁷. De l'autre côté ; dans sa facette stabilisatrice, la Constitution déclare la sacralité de la propriété privée en précisant que l'État garantit le droit à la propriété individuelle ou collective acquis conformément à la loi ou à la coutume.

Dans la représentation légionnaire de ces deux facettes de l'État, il est judicieux de ressortir tout d'abord la preuve de la propriété immobilière sur le territoire national afin d'aiguer avec précision la soif de l'analyse tentée absurdement dans les conclusions de l'Assemblée provinciale du Sud-Kivu.

En effet, le certificat d'enregistrement est soulevé sans proteste dans la doctrine comme l'unique titre légal de propriété, concédé par l'État en matière foncière et immobilière⁷⁸.

Au sens de la loi, dès lors que le Conservateur des titres immobiliers délivre régulièrement un certificat d'enregistrement pour un particulier congolais, ce dernier bénéficie directement d'une transmission entre ses mains ; des droits de propriété et d'enregistrement qui se traduisent par la concession perpétuelle.

En effet, ces droits de propriété sur un immeuble sont légalement établis et prouvés par un certificat d'enregistrement. Celui-ci devient en principe inattaquable après l'écoulement d'un délai de deux ans.

Cependant, ce principe sacro-saint de l'inattaquabilité du certificat d'enregistrement faisant expressément une vieille peau en droit foncier congolais semble diamétralement étrange dans plusieurs syllogismes développés par les juristes et advient du coup sujette à critique pourtant posé sans équivoque dans la loi foncière.

De cela, il est à remarquer que c'est la force probante du certificat d'enregistrement qui lui colle les droits inattaquables et les actions dirigées contre eux ne peuvent tenir que si elles portent sur les dommages-intérêts⁷⁹.

⁷⁷ Article 53 de la Loi foncière.

⁷⁸ Lire le point premier, troisième paragraphe de la Note circulaire n°005/CAB/MIN/AFF. FOC/2013 relative à la procédure et au délai de mutation des droits de propriété foncière et immobilière en RDC.

⁷⁹ L'article 227 de la loi foncière.

Dans le raisonnement de cette contribution, l'inattaquabilité ne peut être reconnue qu'à un certificat d'enregistrement délivré en toute régularité⁸⁰.

L'idée du législateur maintient le principe de l'inattaquabilité du certificat d'enregistrement et que les certificats qui sont protégés sont seuls qui ont été obtenus licitement. C'est pour autant dire selon la jurisprudence congolaise, que n'entrent pas dans le champ d'inattaquabilité ; les certificats d'enregistrement obtenus sur base de faux en écriture ou toute autre irrégularité et que même après le délai de deux ans, ils sont à annuler pourvu qu'il y ait une décision judiciaire⁸¹. Page | 643

Cette compréhension ramène à dire que les conclusions de la commission parlementaire ne peuvent juridiquement produire d'effets sur les biens immobiliers couverts dorénavant par les certificats d'enregistrement. Le préalable étant une décision judiciaire, l'État congolais n'a la possibilité que d'initier des actions judiciaires en rescision contre les bénéficiaires de ces décisions de désaffectation s'il prétend que ces immeubles et parcelles ont été aliénés à vil prix, ainsi il pourrait revenir au juge d'annuler ou de valider les contrats de vente de ces immeubles et parcelles de l'État après une étude minutieuse orientée par les praticiens du droit sur les modes de formation de ces contrats.

Bien au contraire, le fait pour la commission parlementaire de postuler dans ses conclusions à l'augmentation au bénéfice de l'État ; des prix dans certains contrats de vente des immeubles désaffectés sans démontrer judiciairement la disproportion entre les prix d'acquisition de ces immeubles et leur vraie valeur vénale est extrêmement inapplicable en droit sauf dans l'optique de l'endossement volontaire par l'acquéreur.

⁸⁰ Lire dans ce sens l'exposé des motifs de la Loi n°80-008 du 18 juillet 1980 modifiant et complétant la Loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés, *In Journal Officiel de la RDC*, Numéro spécial, Kinshasa, 5 Avril 2006.

⁸¹ CSJ, RC 450 du 22 juin 1983, Bull. des arrêts, Kinshasa, 2001, p.395, [à présent l'annulation des certificats d'enregistrement après le délai de deux ans, s'ils ont été obtenus illicitement. La Cour suprême de justice a décidé que « viole les articles 227 et 231 de la loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens (...), et sa décision encourt cassation totale avec renvoi, le juge d'appel qui déclare inattaquable le certificat d'enregistrement obtenu irrégulièrement en cours d'instance »]. À ce sujet, la doctrine admet également que « dès lors qu'un certificat d'enregistrement est reconnu faux par un jugement pénal qui en ordonne la destruction, il cesse d'exister et par voie de conséquence il cesse d'établir l'existence des droits réels qui s'y trouvaient spécifiés, même si ces droits étaient consacrés depuis plus de deux ans » cité par J.P. KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil les biens*, Tome I les droits réels fonciers, 2ème édition, 2015, p.402.

À ces mots, les acquéreurs ayant suivi régulièrement la procédure légale dans l'achat des immeubles et/ou parcelles désaffectés bénéficient d'une protection de leurs biens privés. De ce point de vue, l'État ne peut même dans l'exercice de ses missions régaliennes ou le fait du prince, tenter de déposséder ces acquéreurs qui ont régulièrement payé au compte du trésor public ; le prix pour l'acquisition de leurs immeubles.

La procédure ainsi envisagée dans les conclusions de la commission parlementaire de les déguerpier en dehors de tout procès s'inscrit en déphasage avec les méandres de l'État de droit et exposera l'État congolais à une condamnation aux dommages-intérêts soit au travers une voie de recours de plein contentieux ou soit de pleine juridiction.

Il est à préciser que généralement l'action judiciaire initiée en nullité ou en rescision d'une convention si elle n'est pas limitée par une loi particulière, la doctrine estime dans sa constance qu'une telle action doit être prescrite dans une durée de deux ans. Cette action au travers ses ramifications emballe tous les motifs qui amèneraient l'Assemblée provinciale si compétence elle avait d'annuler les contrats de vente en contestation du fait qu'elle est fondée sur les cas de violence, d'erreur ou de dol.

Toutes les autres erreurs occasionnées par l'administration foncière ne seraient imputables à l'acquéreur, aussitôt qu'elles sont prouvées techniquement dans le chef du Conservateur des titres immobiliers, si le certificat d'enregistrement a été finalement délivré, l'État demeure ainsi censé de les couvrir.

En ce qui concerne les acquéreurs de mauvaise foi, l'État a la prérogative d'engager en justice une action en déguerpissement et d'obtenir dans le cas échéant ; l'annulation des titres couvrant les immeubles sur base de faux. Ce raisonnement s'étend à dire que c'est uniquement auprès du juge que l'Assemblée provinciale du Sud-Kivu pourrait obtenir l'annulation des certificats d'enregistrements qu'elle conteste dans ces contrats de vente des immeubles et parcelles de l'État désaffectés, et que les conclusions faites par la commission parlementaire instituée par elle ne resteront qu'une lettre morte.

Conclusion

L'actuelle dissertation exposant le principe de la responsabilité de l'État pour les erreurs du Conservateur des titres immobiliers face aux conclusions du rapport de l'Assemblée provinciale du Sud-Kivu sur l'annulation des titres de propriété qui couvrent les immeubles et terrains de l'État

désaffectés dans la Ville de Bukavu et au déguerpissement des acquéreurs dans les immeubles précités, jette l'ancre du questionnement sur le désaccord qui existerait entre ledit rapport d'avec la loi foncière.

En effet, chemin faisant à la première marche sur l'esquisse des erreurs du Conservateur dans l'étendue de la responsabilité de l'État en droit foncier congolais ; la deuxième sur l'escalade aux différentes procédures de vente de ces immeubles désaffectés jusqu'à accoster aux voies de sortie laissées à l'État, cette contribution a ouvert une partie de l'examen sur les litiges fonciers devenus une carte à gratter, lesquels alimentent aujourd'hui la gamme de dossiers judiciaires pendant devant les Cours et Tribunaux sur tout le territoire national. Page | 645

Dans cette perspective, elle justifie réellement la contraste entre les conclusions de la commission parlementaire et l'esprit de la loi foncière. En effet, l'appel fait par cette commission d'annuler les titres établis par l'administration foncière qui couvrent ces immeubles et y déguerpier *illico presto* les acquéreurs en dehors de tout procès, marque une répugnance de ces conclusions non seulement du principe de la responsabilité de l'État des erreurs du conservateur posé à l'alinéa deuxième de l'article 223 de la loi dite foncière, mais également de l'article 34 de la Constitution qui garantit la protection de la propriété privée. Cette contribution fait observer qu'au travers des désaffectations régulières, ces immeubles et terrains de l'État ont migré de la domanialité publique vers celle privée, et aussitôt ; juridiquement parlant, ces immeubles et terrains doivent bénéficier de la sacralité réservée à chaque propriété privée en droit congolais.

L'orthodoxie dans la gestion foncière n'advient que si les mécanismes de contrôle prévus par la loi sont utilement et rigoureusement déclenchés par les institutions et les services qui en ont reçu le pouvoir. Ce dernier est légalement d'attribution en matière administrative et son exercice repose évidemment sur les épaules d'un encadrement clé. À ce titre, elle fait remarquer qu'il est en effet évident que l'Assemblée provinciale puisse contrôler le gouvernement provincial, y compris ses différents services publics, notamment les circonscriptions foncières. Cependant, elle est en revanche dépourvue de la compétence allant jusqu'à prendre des conclusions à la hauteur d'annuler les titres de propriété et déguerpier les occupants de ces immeubles désaffectés ainsi que les tiers ayant bénéficié des morcellements à ces lieux.

Au demeurant, cette contribution conclut que la procédure en déguerpissement n'est possible que devant le juge et aucun titre ne peut être annulé en dehors de ce dernier. Par-dessus,

elle propose objectivement à l'État d'endosser sa responsabilité pour les erreurs occasionnées dans les désaffectations régulières puis d'ouvrir plutôt en sa qualité de vendeur des actions judiciaires en rescision dans les contrats de vente où il existerait des immeubles ou terrains vendus à vil prix, mais pourvu que l'exercice d'une telle action soit initiée dans le délai de deux ans à compter du jour de la vente des immeubles concernés ; et d'autres actions en nullité afin d'attaquer tous les certificats d'enregistrement dont les faux ont servi du lit de transfert de propriété.



**De la pertinence de la fonction consultative de la C.I.J dans le différend
Royaume-Uni de grande bretagne et ile-Maurice : analyse de l'avis sur les
effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965**

On the relevance of the advisory function of the I.C.J. in the dispute between the united
kingdom of Great Britain and Mauritius: analysis of the opinion on the legal effects of the
separation of the Chagos archipelago from Mauritius in 1965

Par:

Nicole NTUMBA BWATSHIA

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa

Constantin KAZEMBE NGONGO

Magistrat du Parquet

Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa

Apprenant en D.E.S/D.E.A à la Faculté de Droit/UNIKIN

MARIAMU DJASEKO Miriam

Licenciée en Droit de l'Université de Kinshasa

Résumé :

La C.I.J. avait rendu en date du 25 février 2019, son avis consultatif sur les Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, suivant la résolution 71/292 de l'AGNU. Dans cet avis consultatif, la Cour avait conclu qu'au regard du droit international, le processus de décolonisation de Maurice n'a pas été validement mené à bien lorsque ce pays a accédé à l'indépendance en 1968 à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos ; que le Royaume-Uni est tenu, dans les plus brefs délais, de mettre fin à l'administration de l'archipel des Chagos. Cette étude tente de démontrer combien cet avis consultatif est très pertinent dans la résolution de la situation de Chagos, et doit être considéré comme un guide majeur et inébranlable pour l'AGNU et les Etats membres de l'ON.U sur les questions de sa décolonisation.

Mots clés : archipel de Chagos, autodétermination des peuples, Cour internationale de justice, compétence consultative, Assemblée générale de l'ONU.

Abstract:

The ICJ delivered its advisory opinion on 25 February 2019 on the Legal Effects of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, pursuant to UNGA Resolution 71/292. In this advisory opinion, the Court concluded that, under international law, the decolonization process of Mauritius was not validly completed when that country gained independence in 1968 following the separation of the Chagos Archipelago; that the United Kingdom is obliged, as soon as possible, to terminate its administration of the Chagos Archipelago. This study aims to demonstrate how this advisory opinion is very relevant in resolving the situation in Chagos, and must be considered as a major and unwavering guide for the UNGA and the UN Member States on issues of its decolonization.

Keywords: Chagos Archipelago, self-determination of peoples, International Court of Justice, advisory jurisdiction, UN General Assembly.

Introduction

Par sa résolution 71/292¹, adoptée par 94 voix pour, 15 voix contre et 65 abstentions, et sur requête de l'île Maurice, l'Assemblée générale des Nations unies avait demandé à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur les deux questions concernant les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos du territoire de Maurice en 1965* :

1. Le processus de décolonisation de Maurice a-t-il été mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international ?
2. Quelles sont les conséquences en droit international du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni, notamment en ce qui concerne l'impossibilité pour Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses ressortissants, en particulier ceux d'origine chagossienne ».

Après avoir examiné la requête de demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale des Nations unies et être éclairée par les exposés écrits et observations écrites des Etats, la C.I.J avait finalement rendu en date du 25 février 2019, son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* en ces termes :

« La Cour,

3. Par treize voix contre une,

Est d'avis que, au regard du droit international, le processus de décolonisation de Maurice n'a pas été validement mené à bien lorsque ce pays a accédé à l'indépendance en 1968 à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos ;

4. Par treize voix contre une,

Est d'avis que le Royaume-Uni est tenu, dans les plus brefs délais, de mettre fin à son administration de l'archipel des Chagos »².

¹ AGNU, Résolution du 22 juin 2017.

² CIJ, *Les Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, avis consultatif du 25 février 2019, par 183.

D'entrée de jeu, l'histoire du droit international renseigne que la procédure consultative n'est pas une nouvelle, elle a été instituée par l'article 14 du Pacte de la SDN donnant à la CPJI, la compétence de donner des avis consultatifs. Cette compétence avait fait l'objet de doutes sérieux et de préoccupations graves pour la CPJI au début de son activité, comme elle l'avait été pour les juristes lors de l'élaboration du Pacte et, plus tard, lors de la préparation, en 1920, du Statut de la Cour.

Pendant la session préliminaire de 1922, consacrée à l'établissement du premier Règlement, le juge J.B. Moore a pu commencer ainsi son important rapport sur la matière : « Aucune question relative à l'organisation de la Cour permanente de Justice internationale n'a provoqué autant de confusion et de perplexité que celle de savoir si la Cour doit donner des avis consultatifs et dans quelles conditions »³. La difficulté de concilier la fonction contentieuse et la fonction consultative est demeurée présente à l'occasion de cet avis consultatif, si la première fait objet de toutes les attentions de la part de la doctrine, la seconde est demeurée peu abordée, reflétant une certaine méfiance du juriste à l'égard du thème des avis consultatifs⁴. Il est constaté que lorsqu'il est sollicité de la Cour de donner un avis consultatif par un organe compétent, certains Etats sapent la compétence de la Cour à se prononcer.

C'est exactement dans cette difficulté que s'inscrit l'avis consultatif de la CIJ sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, avis consultatif ayant fait objet de plusieurs contestations de la part de plusieurs Etats. Le Royaume-Uni, concerné par cet avis, a qualifié la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies demandant un avis consultatif à la CIJ d'un « précédent terrible », « d'une distraction » et « d'un obstacle aux discussions bilatérales »⁵. Pour le Royaume-Uni donc, la CIJ ne devrait pas rendre un avis consultatif sur ces questions et le laisser plutôt régler ce différend avec l'île Maurice en vertu du principe consensuel⁶. Incontestablement cet avis de la Cour est donné sur un différend important.

Il devient alors nécessaire de se poser la question sur la pertinence de la fonction consultative de la CIJ parce qu'au fil du temps, certains avis consultatifs de la CIJ n'ont pas

³ Opinion individuelle de M. WINIARSKI, avis 23x56, consulté sur <https://www.icj-cij.org>, le 29 octobre 2021 à 14 :32.

⁴ ONDOUA (A.) et SZYMCAK (D.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, A. Pedone, 2009, p.6.

⁵ AGNU, Soixante et onzième session, 88^e Séance plénière, 22 juin 2017.

⁶ Principe selon lequel aucun Etat n'est tenu de voir un différend l'opposant à un autre Etat être porté devant une juridiction internationale sans son consentement préalable.

toujours abouti à une meilleure solution. Même s'ils sont dépourvus de force obligatoire et que ce n'est pas l'organe judiciaire qui les a rendus de veiller à la suite qui leur est réservée, ils ont tout de même une valeur morale qui ne devrait pas laisser insensibles les Etats. En outre, la fonction consultative de la CIJ contribue beaucoup au développement du droit international et permet d'éclairer l'organe qui a consulté la Cour sur la suite à donner à cet avis. A bien regarder, l'avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* pose une difficulté de conciliation de la fonction consultative et de la fonction contentieuse de la CIJ car le lien entre ces deux fonctions semble tellement étroit que l'exercice pour le dissocier devient pénible.

De tout ce qui précède, l'interrogation principale de cette recherche est de savoir la fonction consultative de la Cour constituerait une voie par laquelle qu'il faut régler un différend opposant deux ou plusieurs. Et secondairement, *in casu specie*, la Cour, en donnant l'avis consultatif de la CIJ sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, a-t-elle exercé une fonction consultative ou contentieuse.

La Cour a deux séries de compétences relevant soit de la fonction contentieuse, soit de la fonction consultative. La fonction contentieuse qui s'applique aux différends interétatiques et à eux seuls⁷. À côté de cette compétence contentieuse particulièrement sensible, la Cour exerce une série de compétences liées à la fonction consultative⁸. En vertu de celle-ci, la Cour donne des avis, toutes les fois qu'elle est requise par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité de l'ONU, ou encore à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies.

La compétence contentieuse s'oppose à la compétence consultative lors de laquelle la Cour donne un avis juridique à la demande d'un organe de l'ONU ou d'une autre institution habilitée par l'Assemblée générale. Celui-ci n'a pas d'effets juridiques contraignants pour les Etats, contrairement aux arrêts de la procédure contentieuse⁹. Malgré sa simple valeur doctrinale, les avis de la Cour jouissent d'une grande notoriété et sont toujours suivis par les intéressés.

Rappelons que ce n'est pas la première fois que la Cour soit intervenue dans ce genre des questions par voie d'avis consultatif. En 1925, la C.P.J.I avait, dans son avis, affirmé le principe

⁷ DECAUX (E.) et DE FROUVILE (O.), *Droit international public*, 12^e éd., Paris, Dalloz, par. 332.

⁸ *Op. Cit.*, par. 337.

⁹ ZIEGLER (A.R), *Introduction au droit international public*, 3^e éd., Berne, 2015, par.376.

de la stabilité des frontières y consacrant le caractère précis, complet et définitif¹⁰. Cependant, c'est dans le cadre de sa fonction consultative que la Cour internationale de Justice a donné un avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* sur requête de l'Assemblée générale de l'ONU à la demande de l'île Maurice à la suite d'un différend bilatéral de plus de cinq décennies qui l'oppose au Royaume-Uni de Grande Bretagne. Bien évidemment cet avis a suscité des polémiques et des contestations et principalement celle de l'exercice de la compétence de la Cour et de la portée que devrait avoir cet avis.

Tout d'abord, il convient de préciser que la Cour ne peut connaître d'un différend que si les Etats en cause ont accepté sa compétence et ce différend doit lui être soumis par les Etats. Or dans cette Affaire, ce n'est pas un Etat mais bien un organe des Nations unies (l'Assemblée générale) qui a déposé une requête auprès de la Cour pour demande d'avis consultatif et donc la Cour n'avait aucunement besoin qu'un Etat reconnaisse sa juridiction obligatoire. Ensuite, il faut aussi noter que les avis consultatifs de la C.I.J n'ont pas de force obligatoire ; c'est d'ailleurs leur caractère consultatif qui les définit. Contrairement aux arrêts de la Cour qui ont un effet obligatoire, les avis consultatifs requièrent des organes qui les ont demandés de décider, par des moyens qui leur sont propres, de la suite à leur donner. De plus, Il est sans ignorer que les avis consultatifs donnés par la C.I.J contribuent beaucoup au développement du droit international particulièrement sur le plan jurisprudentiel. Si la Cour y fait recours dans ses arrêts et avis, les organes qui les ont demandés n'arrivent toujours pas à leur donner la suite qu'il faut, faute parfois, de la bonne volonté des Etats à faciliter cette tâche.

Force est de constater que l'avis consultatif donné par la CIJ sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* n'a pas eu d'effet souhaité ; d'un côté parce que les Etats donnent à cet avis la portée qui leur semble bénéfique et de l'autre parce que lorsque la problématique de la fonction consultative oppose parfois les grandes puissances aux petits Etats, nous assistons à une politique de « deux poids, deux mesures » en considération des rapports de forces des Etats sur la scène internationale.

Dans son avis consultatif du 25 février 2019 portant sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, la CIJ déclare, à la quasi-unanimité de ses membres, que l'excision de l'archipel des Chagos de la colonie britannique de Maurice, réalisée

¹⁰ C.P.J.I, Affaire *Mosoul*, avis consultatif du 21 novembre 1925.

par l'illicite et l'impardonnable décret-loi du 8 novembre 1965 à la veille de son accession à l'indépendance, proclamée le 12 mars 1968, est contraire aux règles coutumières du droit international de la décolonisation forgées ans le cadre des Nations unies¹¹.

La question de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice lors de son accession à l'indépendance, contestée par cette dernière a été relancée par l'avis rendu par la CIJ le 25 février 2019. La Cour considère que cette séparation n'était pas conforme au droit international et que le Royaume-Uni devrait mettre fin à son administration du territoire des Chagos. Cependant, avant que la Cour ne donne un avis consultatif sur ce sujet, plusieurs Etats entre autres le Royaume-Uni de Grande Bretagne, avait contesté la compétence consultative de la Cour dans cette Affaire et après que l'avis ait été donné, bien qu'il soit dépourvu de toute force obligatoire, les Etats ne se sont pas engagés à donner une suite favorable à cet avis malgré la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies en la matière¹².

La raison pour laquelle, l'avis consultatif de la CIJ sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* constitue, à nos yeux, un « cas d'école » en matière de la pertinence de l'exercice de la compétence consultative de la CIJ et de la portée des avis consultatifs de la CIJ. Ils sont venus les temps de respecter et faire respecter les avis consultatifs donnés par la CIJ en vertu de leur valeur morale.

La délimitation spatio-temporelle de notre étude porte particulièrement sur la situation de l'archipel des Chagos de l'île Maurice, ancienne colonie britannique, durant la période comprise entre son occupation par le Royaume-Uni de Grande Bretagne et la date à la CIJ a rendu son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, soit en février 2019. Dans la délimitation matérielle, notre étude embrasse le domaine du droit international public qui régle les relations entre Etas mais aussi le fonctionnement de la C.I.J particulièrement dans sa compétence consultative lui reconnue par la Charte des Nations unies.

Pour réaliser notre étude, le recours à certaines méthodes s'impose. La théorie analytique du droit¹³ qui nous permettra de démontrer la manière dont la C.I.J a exercé sa compétence consultative et la portée qu'ont ses avis consultatifs au sein du système international. D'autre part,

¹¹ ORAISON (A.), « Radioscopie critique du décret-loi britannique du 8 novembre 1965 » in *RJOI*, 2020, n°28, p.287.

¹² Résolution de l'AGNU proposée par le groupe des Etats d'Afrique du 22 mai 2021 votée par 116 pays, 6 pays contre et 56 abstentions.

¹³ Ibid., p.24.

la philosophie du droit¹⁴ nous aidera donc à y parvenir afin de dégager l'interprétation qu'il convient de retenir de la compétence consultative de la C.I.J.

Notre étude s'inscrit dans une perspective historique qui vise à montrer les ambivalences qui caractérisent aujourd'hui la compétence consultative de la CIJ dans l'Affaire de l'Archipel des Chagos. La présente étude est subdivisée en deux grands points. En premier lieu, il sera question d'analyser ledit avis de la Cour (I), et en second lieu, l'étude portera sur la pertinence dudit avis dans la recherche des solutions sur la situation de *chagos* (II).

Page | 654

I- ANALYSE DE L'AVIS CONSULTATIF SUR LES EFFETS JURIDIQUES DE LA SEPARATION DE L'ARCHIPEL DES CHAGOS DE MAURICE EN 1965

A- Contexte factuel du différend opposant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne à l'Île-Maurice

Depuis le début de l'année 2010, les relations entre la Grande Bretagne et le République de Maurice sont tendues. Le différend n'est pas nouveau puisqu'il porte sur l'archipel des Chagos que les deux pays se disputent depuis l'accession à l'indépendance de Maurice acquise le 12 mars 1968. Trois ans auparavant soit le 8 novembre 1965, la Grande Bretagne l'avait détaché des autres îles du pays (Rodrigues, Agalega et Saint Brandon) pour le rattacher aux territoires britanniques de l'océan indien (BIOT). La Grande Bretagne s'était donc aperçue de l'intérêt stratégique de l'archipel des Chagos et voulait le conserver dans son giron pour le mettre à la disposition des USA, la principale île de Diego Garcia pour en faire une importante base dans l'océan Indien où ils n'avaient aucun point d'appui militaire¹⁵.

Pour mieux exploiter la base de Diego Garcia et éviter un jour le soulèvement des peuples Chagossiens, le Royaume-Uni va les expulser de leurs terres. Après leur expulsion, les Chagossiens engagent plusieurs procédures judiciaires. La première introduite en 1974, aboutit en 1982 au paiement de 4 millions de livres. En 2017, une Cour d'appel britannique autorise les Chagossiens à rentrer, décision annulée par la Chambre des Lords l'année suivante. En 2016,

¹⁴ CORTEN (O.), *Méthodologie du droit international public*, Université de Bruxelles, 2009, p.26.

¹⁵ ABDELWAHAB (B.) et EDYNAK (E.), « L'arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni) du 18 mars 2015 : une décision prudente pour un litige complexe » in *Revue québécoise de droit international*, vol.29, Issue I, 2016, p.55.

Londres confirme s'opposer à la réinstallation des Chagossiens « pour des raisons de faisabilité, d'intérêt en matière de défense et de sécurité, et de coût pour les contribuables britanniques¹⁶.

Alors que la lutte des Chagossiens pour retourner sur leur archipel semblait compromise après l'échec du recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), un nouveau rebondissement judiciaire entre le Royaume-Uni et Maurice vient raviver les espoirs de ces peuples déplacés. Lorsque, le 18 mars 2015, le tribunal arbitral rendit sa décision, la reconnaissance des droits souverains de Maurice à défaut de la reconnaissance de son statut d'Etat souverain sur l'archipel, la déception du requérant fut grande. Cet arbitrage intéresse également les Chagossiens, qui voyaient en la reconnaissance de la souveraineté de Maurice sur les Chagos, un des derniers espoirs de retour sur l'archipel¹⁷. En 2016, les autorités britanniques reconduisent pour 20 ans le prêt de l'île de Diego Garcia aux Etats-Unis.

Après des longues années de négociations politiques et de batailles juridiques devant les Cours britanniques et les instances européennes et internationales, les Chagossiens forment une entité solidaire et militent activement pour un droit de retour sur leurs terres ancestrales¹⁸. C'est ainsi que l'île Maurice va estimer que le processus de décolonisation du Royaume-Uni a violé le droit international. Elle revendique alors sa souveraineté sur l'archipel des Chagos et le droit d'y réinstaller ses anciens habitants.

En date du 22 juin 2017, l'Assemblée générale des Nations unies, par une requête, a demandé à la Cour internationale de justice de rendre un avis consultatif portant sur le respect, par le Royaume-Uni, des règles pertinentes du droit international lors du processus de décolonisation. La résolution interroge également la Cour sur les conséquences juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 et du maintien de l'archipel sous l'administration britannique en ces termes :

a. « *Le processus de décolonisation de Maurice a-t-il été mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international ?*

¹⁶ ABDELWAHAB (B.) et EDYNAK (E.), « L'arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni) du 18 mars 2015 : une décision prudente pour un litige complexe », op.cit., p.55.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ ALEXANDRE (C.) et KOUTOUKI (K.), « Les déplacés des Chagos. Retour sur la lutte de ces habitants pour récupérer leur terre ancestrale » in *Revue québécoise de droit international*, 2014, p.2.

b. *Quelles sont les conséquences en droit international du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni, notamment en ce qui concerne l'impossibilité pour Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses ressortissants, en particulier ceux d'origine chagossienne ».*

L'analyse du vote révèle un soutien des pays majeurs du Sud (Afrique du sud, Algérie, Cuba, Egypte, Inde, Nigéria, Philippines, Vietnam, etc.) à Maurice alors que l'opposition provient des proches alliés des Etats-Unis et du Royaume-Uni (Australie, Israël, Japon, France, etc.).

B- Contexte analytique de l'avis consultatif de la CIJ sur l'archipel des Chagos

Le 25 février 2019, la CIJ a rendu son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*. Il est vrai que le litige opposant le Royaume-Uni à l'île Maurice relève d'un différend bilatéral. La preuve en est que les traces matérielles du différend entre les deux Etats sont observées par la saisine du Tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982 par la Maurice contre le Royaume-Uni dont la sentence fut rendue le 18 mars 2015¹⁹.

En effet, ce litige met encore une fois en exergue la problématique de l'application et de l'interprétation du principe de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et bien plus, sa validité au cours des années est remise en cause. Ce principe, bien qu'affirmé et réaffirmé, certains Etats continuent encore à douter sur sa validité et d'autres lui donnent une connotation tout à fait différente et ce, au péril de son opposabilité aux Etats. Ainsi, si certains peuples s'appuient sur ce droit pour réclamer leur droit à l'autodétermination ou encore à l'indépendance, d'autres, par contre, ne voient que dans ce principe une orientation d'ordre moral, à prendre ou à laisser.

Le seul texte de droit positif qui pourrait conférer une valeur conventionnelle à ce principe est l'article 1 ; paragraphe 2 déjà cité dans la Charte des Nations unies. Mais si la valeur juridique est incontestable, sa signification n'a jamais été ce qu'on a voulu lui donner : il ne proclame ni le droit des peuples à l'indépendance, ni celui des seuls peuples soumis à la domination coloniale. Il n'est pas incontestable qu'il existe une masse de résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, notamment les célèbres résolutions 1514 (XV) sur la décolonisation et 2625 sur les relations amicales, qui ont proclamé par des formules générales un certain droit des peuples à

¹⁹ Il s'agit de l'arbitrage sur *l'aire marine protégée des Chagos*.

l'indépendance²⁰. Cependant, le comportement des Etats à l'occasion de l'adoption de ces textes, puis de leur application, comportement essentiel à la formation d'un principe coutumier, prouve que ce principe était exclusivement limité aux peuples soumis à la domination coloniale.

II-LA PERTINENCE DE L'AVIS CONSULTATIF SUR LES EFFETS JURIDIQUES DE LA SEPARATION DE L'ARCHIPEL DES CHAGOS DE MAURICE EN 1965

Page | 657

Il est sans ignorer que le Royaume-Uni et l'île Maurice avaient entrepris des discussions afin de régler de façon pacifique le différend qui les oppose et avaient fait recours à l'arbitrage²¹, qui malheureusement n'a pas solutionné le problème. Qu'à cela ne tienne, aussi longtemps que les deux parties au litige n'ont pas expressément accepté la juridiction de la Cour, la Cour ne peut se saisir de l'affaire ou encore se déclarer compétente pour connaître de l'affaire. C'est ainsi que l'Assemblée générale saisie de l'affaire s'est vue dans l'obligation de saisir la Cour pour en obtenir des orientations. Cette activité de la Cour s'inscrit dans le cadre de participation aux activités de l'ONU.

A- Une contribution aux activités de l'Organisation des Nations unies

En proclamant dans sa Charte de 1945, l'égalité des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, l'ONU devient l'une des tribunes du débat colonial. On y voit s'affronter les tenants de la colonisation²² et ceux de la décolonisation.

En 1960, alors que 17 Etats africains décolonisés adhèrent à l'ONU, l'Assemblée générale eut adopté la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples. Cette déclaration voudrait que, tous les peuples ont le droit de libre détermination et qu'il était nécessaire de mettre fin au colonialisme rapidement et sans condition. Deux ans plus tard, la résolution de l'Assemblée générale 1810 (XVII) du 17 décembre 1962, visant l'application de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux.

Cependant, l'île Maurice va estimer, à ce jour, que le processus de décolonisation du Royaume-Uni a violé le droit international. Elle revendique alors sa souveraineté sur l'archipel des Chagos et le droit d'y réinstaller ses anciens habitants. Et l'affaire fut portée à l'Assemblée générale. A son tour, celle-ci, en date du 22 juin 2017, par une requête, a demandé à la Cour

²⁰ CHARPENTIER (J.), « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international positif » in *Revue québécoise de droit internationale*, 1985/2., p.199.

²¹ CNUDM, *L'arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos, Maurice c. Royaume-Uni*, 18 mars 2015.

²² France, Belgique, Pays-Bas, Grande-Bretagne.

internationale de justice de rendre un avis consultatif portant sur le respect, par le Royaume-Uni, des règles pertinentes du droit international lors du processus de décolonisation.

En tant qu'organe judiciaire principal de l'ONU, la C.I.J doit contribuer aux buts de l'Organisation et à ce titre elle doit œuvrer en faveur du maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'exercice de sa double fonction est la preuve majeure qu'elle œuvre effectivement en faveur du maintien de la paix et sécurité internationales qui est l'objectif principal de l'ONU. C'est alors que le 25 février 2019, la Cour a donné son avis sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*.

Page | 658

B- Un instrument de travail et guide de l'Assemblée générale de l'ONU

Le différend entre Maurice et Royaume-Uni a son origine dans les prétentions formulées par Maurice, à partir des années 1980²³, et a persisté jusqu'à ce jour. Comme le Royaume-Uni l'a indiqué, Maurice a cherché à soumettre ce différend (ou certains de ces aspects) à la juridiction contentieuse de la Cour et, plus récemment, à l'arbitrage *l'Aire marine protégée de Chagos*²⁴.

Les éléments constitutifs de ce différend bilatéral se reflètent également dans les conclusions de Maurice et du Royaume-Uni dans la procédure consultative. Maurice a demandé entre autres, la cessation immédiate de l'administration de Chagos par le Royaume-Uni²⁵. Dans la même procédure, le Royaume-Uni a contesté ces prétentions. Ce dernier, notamment, reconnaît son obligation de céder l'archipel à Maurice mais seulement jusque-là il estime être en droit d'administrer l'archipel²⁶.

Malgré les tentatives de la part de deux Etats de mettre fin à ce différend, aucune solution satisfaisante n'avait été trouvée car le Royaume-Uni continuait à administrer l'archipel des Chagos et le peuple chagossien était privé de son droit de retourner sur son territoire, ce qui constitue une violation du droit international. Etant donné que les deux Etats n'avaient pas consenti à la juridiction obligatoire de la Cour, la Cour ne pouvait se saisir de l'affaire et trancher le litige bien que cela entre dans ses compétences.

²³ Ibid., p. 22.

²⁴ Ibid., p.23.

²⁵ CIJ, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Exposé écrit de Maurice, op.cit., par.2, p. 85.

²⁶ CIJ, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice*, Exposé écrit du Royaume-Uni, op.cit. par.9, p. 20.

L'Assemblée générale quant à elle s'est imposée comme un grand forum de décolonisation et a posé, par ses résolutions, un nouvel ordre international conforme aux aspirations des peuples²⁷. Puisque la Cour ne pouvait intervenir sans un consentement préalable des Etats, le seul moyen que pouvait disposer Maurice était celui de se tourner vers l'Assemblée générale, qui, dans ses attributs d'assurer la décolonisation des territoires encore sous puissance coloniale, pouvait lui prêter main forte et mettre enfin fin à cette violation systématique du droit international.

Dans ces conditions, demander un avis consultatif à la Cour ne menace ni la paix ni la sécurité comme l'a déclaré le Ministre mauricien de la défense, assurant le Royaume-Uni et les Etats-Unis qu'un contrôle effectif de Maurice sur l'archipel des Chagos ne représentait en aucune façon une menace sur la base militaire de Diego Garcia, des assurances que le représentant du Royaume-Uni a jugées « sans crédibilité », voyant dans la démarche de Maurice et de l'Assemblée générale une tentative de contourner le principe consensuel selon lequel un Etat n'est obligé, sans son consentement de voir ses différends bilatéraux soumis à un règlement judiciaire²⁸.

Comme souligné, il existe bien un différend bilatéral entre le Royaume-Uni et l'île Maurice. Reste à se demander si celui-ci constitue l'objet de la requête pour avis consultatif, comme l'affirment le Royaume-Uni et les autres Etats s'opposant à la requête. Si tel est le cas, il serait difficile de contester que la demande d'avis aurait pour objet de trancher un différend, ce qui, en l'absence du consentement, de l'un des Etats concernés, mettrait vraisemblablement en cause l'intégrité judiciaire de la Cour.

A ce propos, on doit tout d'abord noter que bien qu'elle touche un différend bilatéral, la présente requête apparaît profondément différente de celle concernant la Carélie orientale. Dans cette affaire, conformément à la conception de la fonction consultative retenue à l'époque de la Cour permanente, la demande d'avis formulée par le Conseil de la Société des Nations visait à soumettre à la Cour un différend entre la Finlande et la Russie, en vue de son règlement. En revanche la requête de l'AGNU dans cette affaire vise, par sa formulation, à obtenir de la Cour une réponse à des questions juridiques²⁹.

²⁷ DEFARGES (M.), « L'Organisation des Nations unies et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » in *Politique étrangère*, 1993, p. 600.

²⁸ Examen de l'avis consultatif de la CIJ sur les Chagos, à lire sur <https://www.icj-cij.com>, consulté le 17 décembre 2022.

²⁹ Jurisprudence de la Cour internationale, à lire sur <https://www.books.google.com>, consulté le 22 février 2022.

Le grand problème à résoudre, pour la Cour, c'était de concilier sa fonction consultative avec son caractère de Cour de justice, organe judiciaire et indépendant du droit international. D'un côté, les avis, sans force obligatoire, devraient s'imposer par leur haute autorité. D'un autre côté, l'article 114 stipulait : « Elle (la Cour) donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée », ce qui semblait indiquer la possibilité d'introduire la juridiction obligatoire par la voie détournée des avis : en effet, en donnant un avis sur une question de droit relative à un différend né entre Etats, la Cour se prononcerait en substance sur le différend même pour lequel les parties n'avaient pourtant pas admis sa juridiction³⁰.

A ce double danger, la Cour permanente a paré par deux moyens. D'abord, elle a entouré l'exercice de sa fonction consultative des formes et garanties judiciaires ; ensuite, elle a reconnu qu'elle peut refuser de donner un avis au cas où d'importantes raisons s'opposent à ce que l'avis soit donné, ceci en accord avec la conclusion du rapport Moore : si la Cour reçoit une demande d'avis, « elle y donne la suite qu'elle jugera opportune d'après la nature et les circonstances de chaque cas particulier ». Déjà en 1923, dans le cas célèbre de la Carélie orientale, la Cour a formulé des principes qui l'avaient déterminée à ne pas donner l'avis demandé par le Conseil ; elle les a résumés dans la phase bien connue : « la Cour, étant une Cour de justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs »³¹.

Le Statut révisé de 1929 et le Règlement révisé en 1936 ont été les dernières étapes de l'évolution qui a dû conduire à l'assimilation considérable des deux procédures, assimilation presque complète en ce qui concerne le cas des différends « actuellement nés » entre deux ou plusieurs Etats³².

Dire qu'un avis consultatif n'est aussi contraignant qu'un arrêt est correct en théorie, a concédé Maurice. Mais c'est une majorité de 13 juges sur 15 qui a émis cet avis, ce qui lui confère un caractère moralement contraignant. L'avis consultatif de la CIJ est une « décision juridique » qui fait autorité sur la légalité ou non du comportement du Royaume-Uni, a martelé Maurice. La Cour, a rétorqué l'Allemagne, a une double compétence et elle est tenue de maintenir la frontière entre ses fonctions contentieuse et consultative. Elle ne devrait en aucun cas, a prévenu

³⁰ Jurisprudence de la Cour internationale, loc.cit.

³¹ Opinion individuelle de M. WINIARSKI, avis 23x56 à lire sur www.icj-cij.org, consulté le 05 avril 2022.

³² Jurisprudence de la Cour, loc.cit.

l'Allemagne, « céder à la tentation » de transformer ce qui est fondamentalement un différend entre deux Etats en une question juridique « abstraite »³³.

La Cour n'a nulle part mentionné que l'avis consultatif donné sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* avait une force obligatoire et que le Royaume-Uni était obligé de s'y soumettre comme s'il était question d'un arrêt de la Cour en vertu de sa procédure contentieuse. C'est donc dans le souci de faire respecter le droit à l'autodétermination qui est une obligation « *erga omnes* », que la Cour avait précisé que les Etats ont un intérêt juridique à ce que ce droit soit protégé et, dans le même ordre d'idées, avait aussi martelé que les Etats membres doivent coopérer avec l'ONU pour la mise en œuvre des modalités nécessaires au parachèvement du processus de décolonisation.

L'avis de la Cour en la matière n'est pas intervenu pour mettre fin au différend bilatéral existant entre les deux Etats, étant donné qu'il s'agit d'un simple avis sans force contraignante et non d'un arrêt, mais il est venu donner des pistes des solutions, qui, s'ils sont pris en compte, pourraient servir à mettre fin à ce litige qui a longtemps inquiété les sujets du droit international.

C'est plutôt aux organes habilités à demander des avis à la Cour, d'œuvrer efficacement, après que la Cour ait donné son avis, de façon à valoriser l'avis donné en suivant les pistes de solution y consacrés ; bien plus à le faire respecter, même s'il s'agit que d'un avis, il reste tout de même une décision de la Cour, encore faudrait-il que les Etats se montrent coopératifs quant à ce, car c'est avant tout pour l'intérêt humanitaire.

Quoiqu'il en soit, l'intervention de la CIJ dans cette affaire a marqué un tournant décisif aussi bien en ce qui concerne la revalorisation de sa fonction consultative qu'en ce qui concerne le rôle que doivent jouer les organes habilités à demander l'avis à la Cour par rapport à la suite à donner à cet avis sans oublier l'implication des Etats dans cette démarche.

L'avis consultatif de la CIJ sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* est venu rallumer la question sur la pertinence de l'exercice de la fonction consultative de la CIJ. Parler de la pertinence de la fonction consultative de la Cour revenait à évaluer si la Cour exerce cette fonction conformément au droit international et si celle-ci atteint le but poursuivi.

³³ Assemblée générale : après l'avis consultatif sur l'archipel des Chagos, des délégations rappellent la CIJ à ses fondements dont le consentement des parties, vu sur <https://www.un.org>, consulté le 22 janvier 2022.

A titre de rappel, l'avis consultatif donné par la CIJ en date du 25 février 2019 porte sur un différend bilatéral entre le Royaume-Uni et l'île Maurice, auquel aucune solution satisfaisante n'a été trouvée jusqu'à alors malgré les efforts de part et d'autre. Les deux Etats ne s'étaient pas non plus mis d'accord pour porter l'Affaire devant la Cour en vue de trancher le litige qui les oppose depuis des décennies.

C'est l'Assemblée générale dans sa mission, d'assurer la décolonisation des territoires non autonomes, qui va saisir la Cour par une résolution afin de donner son avis sur la question de Maurice. Demande acceptée par la Cour, qui par la suite, va aboutir à l'avis consultatif sus examiné.

Il est incontestable que les activités de la CIJ gravitent autour de sa mission de dire le droit tout en sauvegardant la paix et la sécurité internationales. La CIJ ne peut donc pas œuvrer de façon à compromettre les missions qui lui sont assignées tant dans sa fonction contentieuse que dans sa fonction consultative. Les avis consultatifs et les arrêts de la Cour s'alignent donc par rapport à sa mission.

Comme énoncé, la fonction consultative de la CIJ est encadrée par l'art.96 de la Charte des Nations unies et par l'article 65 et suivants de son Statut situé dans le chapitre IV intitulé « Avis consultatifs ». Si certains s'obstinent à admettre la conciliation possible de la fonction consultative de la CIJ avec sa fonction contentieuse, il ne fait pas de doute qu'entre les deux fonctions, il existe un parallélisme. L'avis consultatif autant que l'arrêt contribue, d'ailleurs efficacement, bien sûr, prononcé sur la base du droit international, à éclairer l'opinion ou à résoudre une situation susceptible de paralyser la paix et la sécurité internationales.

Les avis consultatifs ainsi donné ne sont pas à confondre avec les arrêts, même s'ils sont rendus par un même organe judiciaire et que les procédures dans les deux fonctions semblent se rapprocher. Si les arrêts ont pour but de trancher un litige ou un différend bilatéral entre des Etats ayant consenti librement à la juridiction de la Cour, les avis consultatifs par contre ne font qu'éclairer l'organe habilité et l'ayant demandé sur la façon à procéder par rapport à la question juridique posée à la Cour.

Etant donné que les avis consultatifs de la CIJ sont dépourvus de tout effet obligatoire et n'ont pas pour but de trancher un litige, à partir du moment où la Cour a respecté la procédure et

a donné son avis sur les questions qui lui ont été posées, elle a accompli son devoir. A partir de ce moment que l'avis soit pris en compte ou pas, cela ne relève plus de la compétence de la Cour.

S'il faut s'en tenir qu'à la procédure devant la Cour pour demander un avis consultatif et pour donner cet avis, il est incontestable que l'exercice de la fonction consultative devant par la CIJ est pertinente en ce sens qu'en exerçant cette fonction, la Cour remplit son devoir conformément au droit international et aux objectifs qui lui sont assignés mais aussi répond à l'organe qui l'a demandé, qui généralement, en sort satisfait.

Page | 663

Dans les cas sous examen ou dans bien d'autres cas où la Cour a été saisie par un organe habilité à demander un avis consultatif et la Cour a donné cet avis, les organes l'ayant demandé n'ont toujours pas été en mesure de donner à ces avis la suite voulue ou souhaitée. Il semble que les avis de la Cour servent plus à embellir les situations existantes ; plus tôt qu'à aider à résoudre les problèmes, on croirait qu'elle en crée d'autres.

Bien que la nature juridique d'un avis consultatif soit connue, dans certains cas spécifiques, en l'occurrence celui de l'avis sous examen, l'un des problèmes que crée l'exercice de la fonction consultative de la CIJ est celui de ressortir la nature juridique d'un avis consultatif donné sur les questions relevant d'un différend bilatéral et dont les termes laisseraient penser qu'il veut trancher en définitive le litige. Qu'importe le cas, relevant d'un différend bilatéral ou pas, aussi longtemps que la procédure est respectée, un avis consultatif de la CIJ est avant tout et demeure un simple avis. Sa valeur hautement morale n'est pas à confondre avec l'effet obligatoire bien qu'il soit donné par la CIJ.

Il est constaté que la pertinence de la fonction consultative de la Cour est remise en cause parce que les Etats confèrent aux avis consultatifs de la Cour une autre connotation ou encore y voit un arrêt déguisé. Or les avis consultatifs de la CIJ ne lient aucunement un Etat à une quelconque obligation, à moins que ce ne soit par la volonté propre d'un Etat, dans l'intérêt de tous pour ne pas mettre en mal la paix et la sécurité internationales.

Après que la CIJ ait donné son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* ; Maurice et un groupe des Etats africains ont vu dans cet avis une victoire pour Maurice et la fin pour le Royaume-Uni de son administration de l'archipel des Chagos comme il était stipulé dans l'avis donné par la Cour et attendait de cette dernière de respecter l'avis de la Cour.

Etant donné que depuis que l'avis a été donné, soit le 25 février 2019, jusqu'à ce jour, malgré la pression de certains Etats et la résolution adoptée par l'AGNU, le Royaume-Uni continue toujours d'administrer le territoire de Chagos, beaucoup pensent que la Cour a échoué dans sa mission et que cet avis n'a pas servi à grand-chose. Il est vrai que l'inaction qui s'en suit après que la CIJ ait rendu un avis pousse à se demander à quoi servent exactement les avis consultatifs s'ils ne sont pas pris en compte par les Etats.

Puisqu'il ne revient pas à la Cour de faire appliquer les avis donnés ou à y donner suite, c'est donc aux organes qui demandent ces avis de jouer efficacement leur rôle en vue de la revalorisation de la fonction consultative de la Cour en donnant suite à ces avis. Il faut en outre que les Etats fassent preuve de bonne foi afin d'aider les organes qui demandent les avis, à atteindre leurs objectifs. La Cour fait sa part en donnant les avis comme demandé en suivant la procédure, la question à se poser ne doit pas être par rapport à la pertinence de l'avis consultatif de la Cour dans l'affaire des Chagos, mais celle de la mission de l'AGNU, particulièrement en matière de décolonisation.

Conclusion

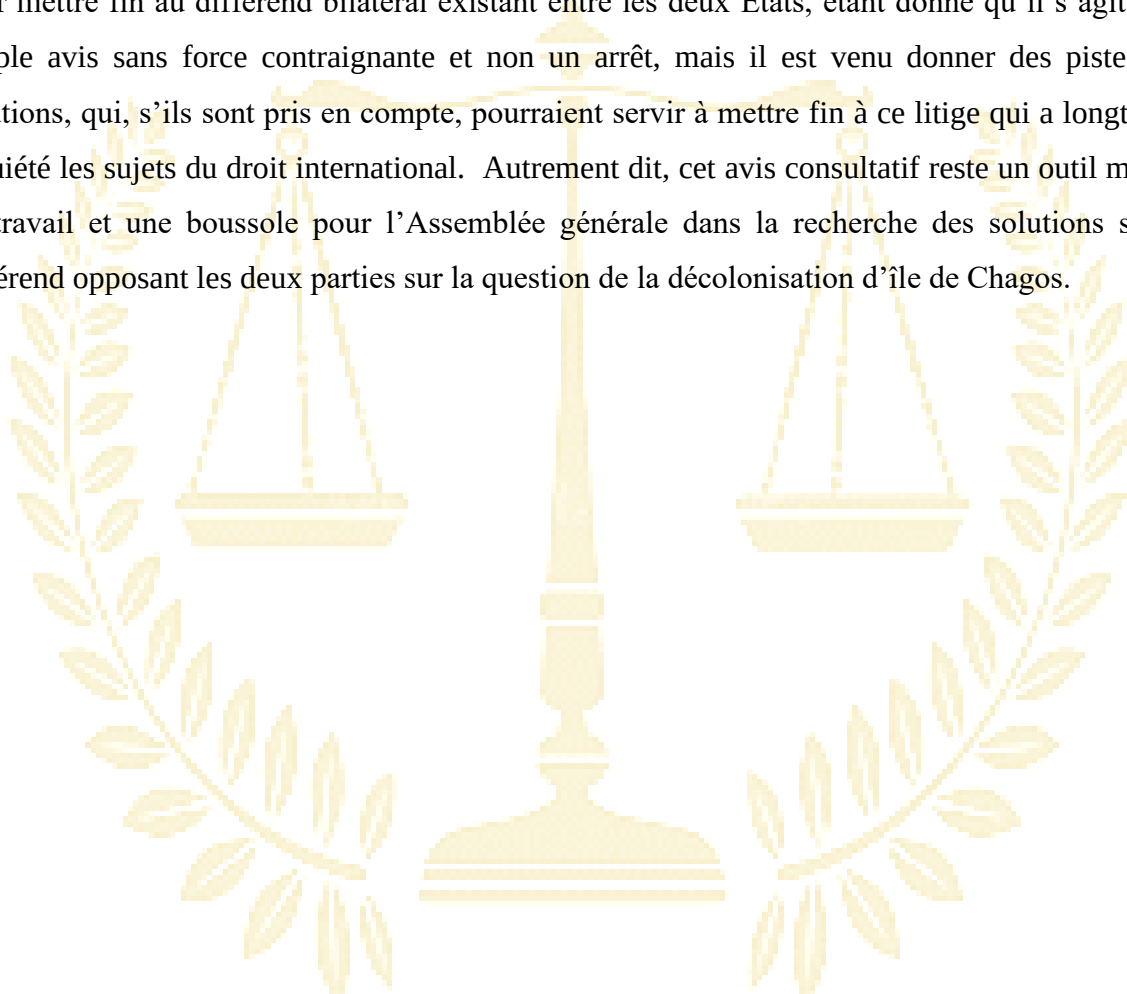
Par sa résolution 71/292 du 22 juin 2027, adoptée par 94 voix pour, 15 voix contre et 65 abstentions, et sur requête de l'île Maurice, l'Assemblée générale de l'ONU, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation, avait saisi la Cour internationale de justice, lui demandant de donner un avis sur les deux questions juridiques concernant les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos du territoire de Maurice en 1965* lui soumises. Et la Cour internationale de Justice va finalement rendre en date du 25 février 2019, son avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*.

Cet avis de la Cour a suscité beaucoup de controverses de la part de nombreux Etats en ce qui concerne sa portée juridique s'il s'agit d'un simple avis sans force contraignante ou d'une décision judiciaire ayant force obligatoire, surtout semble-il qu'il est intervenu sur un différend bilatéral entre deux Etats, et que la Cour ne peut, dans ce cas d'espèce, exercer sa fonction consultative.

Force est de rappeler que la Cour, par sa fonction consultative, ne rend que des avis consultatifs. Ceux-ci ont une simple valeur doctrinale mais bénéficient d'une grande notoriété. Ils

ne s'imposent donc pas aux organismes qui les ont demandés. Mais dans la pratique, ces avis sont toujours suivis par ses demandeurs.

La particularité de cet avis, comme tant d'autres, notamment celui du Mossoul, il est intervenu dans une situation du différend qui oppose deux Etats, lesquels ont été devant un arbitre international sous une autre facette. Et l'avis donné par la Cour en la matière n'est pas intervenu pour mettre fin au différend bilatéral existant entre les deux Etats, étant donné qu'il s'agit d'un simple avis sans force contraignante et non un arrêt, mais il est venu donner des pistes des solutions, qui, s'ils sont pris en compte, pourraient servir à mettre fin à ce litige qui a longtemps inquiété les sujets du droit international. Autrement dit, cet avis consultatif reste un outil majeur de travail et une boussole pour l'Assemblée générale dans la recherche des solutions sur le différend opposant les deux parties sur la question de la décolonisation d'île de Chagos.



L'ONU et l'UA en Afrique subsaharienne : Quelle efficacité dans la lutte contre le terrorisme?

The UN and the AU in sub-Saharan Africa: How effective in combating terrorism?

Par: Page | 666

TARKOUA

Docteur/ Ph.D en Droit Public à la faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Maroua (Cameroun)

tarkouatoukou@gmail.com.

Résumé :

L'Afrique subsaharienne plus que jamais fait face aujourd'hui au phénomène du terrorisme. Ce problème qui est aussi réel ne laisse pas indifférent l'ONU et l'UA qui sont présentes sur tous les flancs en Afrique et particulièrement l'Afrique subsaharienne. Si leur présence est remarquablement incontestable, l'efficacité de leurs actions reste elle, à questionner. Ce qui, à cet effet, donne tout son sens au sujet formulé. Adressée la problématique d'efficacité de l'ONU et de l'UA dans la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne revient à identifier les actions concrètes menées par ces institutions et à évaluer la pertinence réelle.

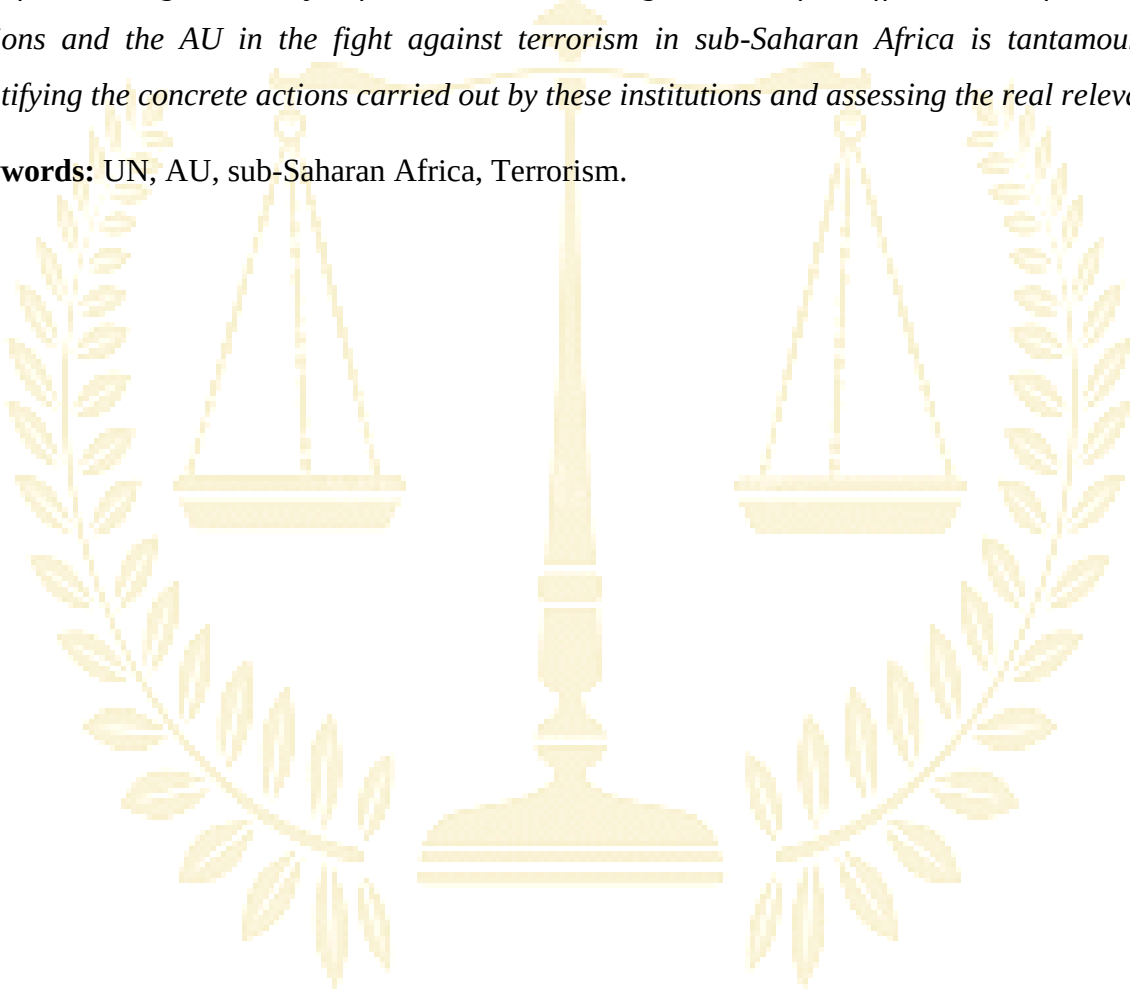
Mots clés: L'ONU, l'UA, Afrique subsaharienne, Terrorisme.

Abstract:

More than ever before, Africa is facing the phenomenon of terrorism. This problem, which also real, does not leave indifferent the United Nations and the AU, which are present on all sides in Africa and particularly in sub-Saharan Africa. While their presence is remarkable and unquestionable, the effectiveness of their actions remains to be questioned. This, for this purpose, gives full meaning to the subject formulated. Addressing the issue of the effectiveness of the United Nations and the AU in the fight against terrorism in sub-Saharan Africa is tantamount to identifying the concrete actions carried out by these institutions and assessing the real relevance.

Page | 667

Keywords: UN, AU, sub-Saharan Africa, Terrorism.



Introduction

Depuis une certaine décennie, l'Afrique subsaharienne fait face à une montée en puissance de phénomène du terrorisme. Ce phénomène impacte sérieusement la paix dans certains États.

Bien que présent dans le vocabulaire de la communauté internationale depuis longtemps, le terrorisme en tant que crime international¹ n'est pas encore juridiquement défini au plan global. En d'autres termes il n'existe pas une définition juridique unanimement acceptée par la communauté internationale sur le terrorisme.

Toutefois des déclarations, résolutions et traités universels « sectoriels » traitent des aspects particuliers et définissent certains éléments fondamentaux qui sont d'ores et déjà rattachable au terrorisme.

De manière globale, le terrorisme s'entend, de tous faits ou menace de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile et qui violent, parmi les prescriptions du droit humanitaire, celles interdisant l'emploi de moyens cruels et barbares, l'attaque d'objectifs innocents ou l'attaque d'objectifs sans intérêt militaire². C'est du moins son appréhension à partir de certains éléments qui l'identifient.

De par ses traits de caractère qu'on lui reconnaît, aucune région de l'Afrique subsaharienne n'est en marge du phénomène de terrorisme. Le sahel, la corne de l'Afrique ainsi que le Bassin du Lac Tchad subissent de plein fouet les effets de ce phénomène.

Selon Ibn Chambas³, du fait de l'influence du terrorisme, « *La situation sécuritaire reste instable dans tout le Sahel, où l'escalade de la violence et l'insécurité ont déclenché une crise humanitaire sans précédent laissant 5,1 millions de Burkinabés, Nigériens et Maliens dans le besoin* ». Que l'on se situe au Sahel avec les États comme le Mali, au Burkina Faso, au Niger ou autour du Bassin du Lac Tchad avec les États comme le Cameroun, le Tchad, le Nigéria ou encore sur la corne de l'Afrique avec l'Éthiopie, la Somalie et l'Érythrée, le phénomène de terrorisme demeure une réalité incontestable. Ce phénomène qui s'impose de force aux États porte un coup dur à la paix et la stabilité internationale. Ce qui, bien évidemment, emporte mobilisation générale.

¹ Voir Statut de Rome, 17 juillet 1998.

² Jean SALMON, *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.1081.

³ Mohamed Ibn Chambas est Chef du Bureau des Nations Unies pour l'Afrique de l'Ouest et le Sahel (UNOWAS)

Le terrorisme est une grave atteinte aux droits de l'homme et une menace pour les fondements de l'État. Les effets destructeurs du terrorisme pour les droits de l'homme et la sécurité ont été reconnus au plus haut niveau de l'Organisation des Nations Unies, notamment par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale, l'ex-Commission des droits de l'homme et le nouveau Conseil des droits de l'homme.

La question qui s'adresse avec acuité et pertinence est celle de savoir : Devant cette situation décrite Quelle pourrait être l'efficacité des actions menées par l'ONU et l'UA dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne ? Cette problématique ainsi adressée vaut son pesant d'or en ce sens qu'elle interroge dans leur efficacité non seulement les actions concrètes de l'ONU et l'UA dans la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne (I) mais aussi et surtout, elle vise à évaluer leur pertinence réelle(II).

I- LES ACTIONS DE L'ONU ET L'UA : DES ACTIONS EFFICACES DANS LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE ?

S'il est un constat qui reste unanime au sein des observateurs de la scène internationale, c'est celui selon lequel le phénomène du terrorisme aurait atteint son pic en Afrique subsaharienne cette dernière décennie. Le terrorisme demeure un phénomène mondial. L'Afrique n'est pas à l'abri, puisque la menace s'y répand à une vitesse fulgurante et pose des défis sans précédent aux États, à l'Union africaine (UA) et aux organisations régionales. Il n'est de pays ou de région africaine qui ne soit touché par ce phénomène qui semble irrédentiste. La question plausible est celle de savoir : Que font l'ONU et l'UA devant cette situation ?

Fondamentalement, la lutte contre le terrorisme consiste en une action préventive (A) et en une action de restauration ou de rétablissement là où la paix et la stabilité qui ont été sérieusement entamées (B).

A- L'efficacité sur le front de la prévention du terrorisme en Afrique subsaharienne

Qu'il s'agisse de l'ONU ou encore de l'UA, elles ont pour mission de prévenir les conflits et de promouvoir la paix et la stabilité internationale. Cependant, cette mission combien de fois importante ne peut se réaliser sans le concours des États, lieux de naissance et de prédilection des

actes terroristes. C'est la raison pour laquelle l'ONU appelle les États à « traiter les problèmes de gouvernance », « d'extrême pauvreté et de développement qui sont à la base du terrorisme⁴.

D'ailleurs, dans sa Résolution portant Stratégie anti-terroriste, elle réaffirme sa détermination à œuvrer pour la pleine réalisation, dans les meilleurs délais, des buts et objectifs de développement convenus lors des grandes conférences et réunions au sommet des Nations Unies, y compris les objectifs du Millénaire pour le développement. Elle réaffirme sa volonté d'éliminer la pauvreté et de promouvoir une croissance économique soutenue, le développement durable et la prospérité pour tous dans le monde entier⁵.

Page | 670

Elle devra dans la même logique, poursuivre et intensifier les programmes de développement et d'inclusion sociale à tous les niveaux, en tant qu'objectif à part entière, sachant que le progrès dans ce domaine, notamment en matière de chômage des jeunes, pourrait réduire la marginalisation, et donc le sentiment de persécution qui pousse à l'extrémisme et au recrutement de terroristes

L'Afrique subsaharienne est vulnérable au terrorisme et au financement du terrorisme pour nombre de raisons. La sous-région souffre d'instabilité politique, de violence ethnique et communautaire, de corruption endémique, de pauvreté galopante et de taux élevés de chômage et de sous-emploi, particulièrement chez les jeunes.

À cet effet, la lutte contre l'expansion terroriste passe à travers des approches inclusives basées sur l'appropriation nationale et conformément à la Stratégie intégrée des Nations Unies visant à contrecarrer le terrorisme. Les États d'Afrique subsaharienne sont invités à traiter les déficits de gouvernance, l'extrême pauvreté et le manque de développement qui alimentent et font perdurer la violence armée et l'extrémisme à outrance.

Fondamentalement, l'approche des Nations Unies consiste à soutenir les gouvernements nationaux dans la mise en œuvre des Objectifs de développement durable et la création de partenariats. Que l'on se situe dans la corne de l'Afrique, en Afrique de l'Ouest ou encore autour du Bassin du lac Tchad, l'ONU agit à travers ses différents bureaux qui la représentent à l'instar du Bureau des Nations Unies pour l'Afrique de l'Ouest et le Sahel (UNOWAS), le HCR, le PNUD, Le PAM entre autres.

⁴ A/RES/60/288, op. cit. Annexe, Plan d'action, 99e séance plénière 8 septembre 2006.

⁵ *Idem*.

Dans sa stratégie globale anti-terroriste, l'ONU condamne avec la dernière énergie le terrorisme sous toutes ses formes, dans toutes ses manifestations, quels qu'en soient les auteurs, les lieux et les buts, car il constitue une des menaces les plus graves pour la paix et la sécurité internationales⁶.

Selon MODA DIENG et al, plusieurs réponses au terrorisme s'observent sur le continent africain ; elles sont l'œuvre d'États africains qui agissent individuellement ou collectivement dans le cadre de l'UA et de regroupements régionaux, ou encore de puissances occidentales. Rappelons que l'engagement de l'Afrique contre le terrorisme n'est pas nouveau, il remonte bien avant les attentats du 11 septembre 2001. En effet, en juillet 1992, l'Organisation de l'unité africaine (OUA), l'ancêtre de l'UA, adoptait une résolution (AHG/Résolution 213) dans laquelle elle encourageait la coopération et la coordination entre ses membres afin de mieux combattre l'extrémisme⁷.

En juillet 1999, l'OUA fait un pas de plus en adoptant la Convention d'Alger sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, une initiative intervenue après les attentats contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie, une année plus tôt. Après les attentats du 11 septembre 2001, une réunion intergouvernementale de haut niveau des États membres de l'UA adopte ensuite un plan d'action visant à rendre opérationnels les engagements des États contre le terrorisme.

Depuis, l'UA, à l'aide d'instruments juridiques et de mécanismes opérationnels, a poursuivi la mise en place d'un régime africain visant à prévenir et à combattre la menace. Ce faisant, l'organisation a montré qu'elle pouvait servir de forum pour un consensus régional et l'émergence de normes communes, le partage d'informations, d'expertises et d'expériences, ou encore la promotion d'une approche régionale contre le terrorisme.

Les dernières décisions en matière de lutte contre le terrorisme prises par l'UA lors de son sommet extraordinaire de mai 2022 ont consisté à assurer la pleine opérationnalisation de la Force africaine en attente (FAA) et à créer une unité antiterroriste en son sein. Les États membres ont

⁶ Nations Unies, A/RES/60/288, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 8 septembre 2006. Voir aussi les : Résolution 49/60 du 9 décembre 1994, la Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, figurant en annexe à sa résolution 51/210 du 17 décembre 1996, ainsi que le Document final du Sommet mondial de 2005, en particulier la section sur le terrorisme.

⁷ MODA DIENG, Philip ONGUNY, Issaka K. SOUARÉ (dir), *La lutte contre le terrorisme en Afrique, Acte de bienveillance ou prétexte géostratégique?* PUM, 2019, pp.12 et s.

également appelé à renforcer la coordination entre l'UA et les communautés économiques régionales sur l'utilisation de la FAA an d'améliorer les opérations de soutien de la paix. De plus, ils ont décidé de créer un comité ministériel de l'UA sur la lutte contre le terrorisme qui sera chargé de coordonner, suivre et évaluer la mise en œuvre des décisions⁸.

Lors de ce sommet, les États membres ont été encouragés à accélérer la signature, la ratification et la mise en œuvre des instruments de lutte contre le terrorisme. Et l'UA a réitéré son engagement en faveur d'un plan d'action stratégique global pour le continent.

Selon le Centre d'études stratégiques de l'Afrique, l'UA a mis sur pied diverses opérations de soutien de la paix, dont la mission de transition de l'UA en Somalie et l'initiative de coopération régionale pour l'élimination de l'Armée de résistance du Seigneur. Le Conseil de paix et de sécurité (CPS) de l'UA a également coordonné des déploiements antiterroristes avec les communautés économiques régionales, notamment la Force multinationale mixte contre Boko Haram, la Force conjointe du G5 Sahel et, plus récemment, la mission de la Communauté de développement de l'Afrique australe au Mozambique.

Au-delà de ces éléments qui sont fondamentaux, la prévention du terrorisme repose sur la prise en compte de la bonne gestion des affaires publiques, la démocratisation, l'État de droit et le respect des droits de l'Homme. Le Protocole de l'OUA de 2004 portant sur la prévention et la lutte contre le terrorisme en fait suffisamment écho. Cette obligation incombe à tous les États membres qui constituent des lieux d'implémentation des mesures adoptées. C'est aussi là où la paix et la stabilité sont mises à mal et nécessite très souvent la restauration, le rétablissement.

B- L'efficacité sur le front de la restauration, du rétablissement de la paix et de la stabilité

Fondamentalement, l'ONU se positionne comme une organisation de la prévention des conflits au travers des mesures diplomatiques ou structurelles visant à empêcher que les différends intra ou interétatiques ne deviennent des conflits armés. Idéalement, la prévention des conflits se base sur la mise en place de structures d'alerte rapide, la collecte de l'information et l'analyse soigneuse des moteurs du conflit. Les activités de prévention des conflits comprennent, entre

⁸PSC Report, « L'approche africaine de la lutte contre le terrorisme reste inadaptée », Institute for Security studies, Publié le 11 janvier 2023, pp .1-4.

autres, les « bons offices », le déploiement préventif ou la mise en œuvre de mesures de confiance, mais aussi une organisation de rétablissement de la paix.

D'ailleurs, les Opération de Maintien de la Paix consacrées par le Chap. VII de la Charte des Nations Unies en constituent une parfaite illustration. Le rétablissement vise en effet, à obtenir des progrès simultanés sur les plans de la sécurité, de la gouvernance, de l'aide humanitaire et du développement, de la réconciliation ainsi que de la protection et de la promotion des droits de la personne. Page | 673

En effet, les envoyés, les gouvernements, les groupes d'États et/ou les organisations régionales sont susceptibles de participer aux actions du rétablissement de la paix⁹. C'est le cas avec les opérations menées autour du bassin du lac Tchad regroupant un certain nombre d'États de la sous-région d'Afrique centrale appuyés aussi directement ou indirectement par l'ONU et l'UA.

Il (le rétablissement de la paix) s'attaque aux causes profondes du terrorisme et des violences intercommunautaires, prévenir de nouvelles tensions et violences, poursuivre l'action en matière de sécurité, dénoncer et traduire en justice les responsables de violations des droits de la personne et d'atteintes à ces droits. Face à ces défis, une démarche globale s'avère nécessaire.

L'opération de rétablissement de la paix se fait de concert avec l'UA. Ces opérations qui sont effectuées au Sahel, en RDC, en RCA, au Rwanda, au Soudan en Ethiopie et même autour du Bassin du lac Tchad sont plus ou moins appuyées et saluées par l'UA. Le rétablissement de la paix concerne les conflits en cours et comprend, normalement, des actions diplomatiques visant à mener les parties en conflit à un accord négocié.

Selon les constats, les abus et les violations des droits de l'homme sont au cœur des conflits les plus récents et en constituent la conséquence. Les abus les plus graves des droits de l'homme ont souvent lieu pendant les conflits armés ; la protection des droits de l'homme doit donc se situer au centre des actions entreprises pour les gérer. Toutes les entités des Nations Unies ont la responsabilité d'assurer la protection et la promotion des droits de l'homme à travers leurs activités sur le terrain¹⁰.

⁹ Nations Unies, Département des opérations de maintien la paix, Département de l'appui aux missions, 2008, p.18.

¹⁰ *Ibid.*, pp.14 et s.

Ces activités pour ce qui est de l'Afrique subsaharienne sont menées de concert avec non seulement l'UA mais aussi et surtout avec les organisations régionales comme la CEDEAO. Ce qui, de ce point de vue, n'édulcore en rien la problématique d'efficacité des actions menées par ces organisations.

II-LES ACTIONS DE L'ONU ET L'UA : DES ACTIONS D'UNE EFFICACITÉ RELATIVE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne, les actions menées par l'ONU et l'UA sont des actions fondamentalement d'une efficacité relative, (A). Ce qui, de ce point de vue, nécessite des améliorations pour plus d'efficacité des résultats (B).

A- Une relativité à considérer

Si l'on part du postulat que le terrorisme doit être combattu au niveau de ses origines, les actions menées par l'ONU et l'UA se trouvent fondées et efficaces. Cependant, une certaine opinion pense que l'UA peine encore à mettre en œuvre une véritable stratégie capable de combattre la menace, malgré l'existence d'une architecture institutionnelle et de nombreuses conventions, résolutions et mécanismes contre le terrorisme.

Selon cette opinion, plusieurs facteurs sous-tendent ses difficultés : la réticence des États à coopérer au nom de la souveraineté nationale, une absence de volonté politique, un manque de ressources financières et matérielles, ou encore la criminalisation de l'appareil d'État dans certains pays. L'efficacité des actions de l'ONU et de l'UA dépendent du degré d'implication des États. Plus les États sont impliqués, grande serait l'efficacité des actions menées par les organisations en question. Moins les États s'impliquent, peu serait aussi l'efficacité des actions de l'ONU et de l'UA.

Si l'on considère cette opinion, l'Union Africaine manque de moyens financiers et humains, pour lutter contre le terrorisme vu l'étendue des actions terroristes. Or sans ces moyens elle est incapable, par exemple, d'empêcher des terroristes armés d'envahir un pays. Du point de vue de Moussa FAKI le terrorisme continue de prospérer à cause du manque de solidarité interafricaine avec les pays qui luttent contre le terrorisme et du fait que les États n'honorent pas leurs propres engagements.

Selon le Centre africain d'étude et de recherche sur le terrorisme (ACSRT), plusieurs facteurs structurels sont responsables de la propagation de la menace des actes terroristes. Les principaux sont la criminalité transnationale organisée et le financement du terrorisme, la prolifération des armes, la résurgence du rôle des combattants étrangers et des mercenaires, l'instabilité politique, les déficits chroniques de gouvernance et l'aggravation de la pauvreté et des inégalités qui en résultent, la mauvaise interprétation délibérée et fausse représentation de la religion entre autres¹¹.

Malgré les efforts fournis par l'UA¹² pour combattre le terrorisme en Afrique subsaharienne, ces efforts demeurent limités devant l'ampleur des facteurs qui sont à l'origine des actes terroristes. Les moyens politiques lui font défaut puisqu'elle ne parvient pas à peser suffisamment sur les États pour obtenir d'eux une collaboration totale face aux crises sécuritaires aiguës¹³.

Selon le même auteur, sur le plan financier, la quasi-totalité des mécanismes mis en place ont beaucoup de mal à fonctionner à cause de l'insuffisance des ressources financières. Certains États rechignent même à participer au financement des programmes pourtant destinés à faire fonctionner les régimes de sécurité collective. La faible marge de manœuvre financière de l'UA compromet l'efficacité des mécanismes dont l'existence ne limite qu'aux rencontres où l'on discute des grands enjeux sécuritaires, définit des objectifs ambitieux qui seront peu ou prou mis en œuvre.

Partant de là, l'UA se révèle incapable de prévenir les conflits armés et de maintenir la paix en mettant fin aux guerres civiles qui minent l'Afrique subsaharienne et à la montée en puissance des mouvements terroristes comme Boko Haram, Shebab, Aqmi entre autres. Malgré les efforts de cette organisation, certains États apportent leurs soutiens aux organisations terroristes. Cela passe soit par un appui financier ou soit, en leur servant systématiquement de base arrière.

Le flux des réfugiés et des déplacés provoqués par des mouvements terroristes constitue encore un autre sérieux challenge pour l'ONU et l'UA en Afrique subsaharienne. Malgré les efforts faits par ces institutions, elles semblent dépasser ou déborder devant l'ampleur de la situation. Les

¹¹ Press Release N°:/2022.

¹² La Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme adoptée le 14 juillet 1999 à Alger et de son protocole adopté le 08 juillet 2004 à Addis Abeba

¹³ Joseph Léa NKALWO NGOULA, « L'Union Africaine à l'épreuve du terrorisme : forces et challenges de la politique africaine de sécurité », 2016.

ressources économiques dont disposent l'ONU et l'UA ne permettent pas de gérer avec efficacité ces réfugiés et ces déplacés. Il n'est nullement question ici de minimiser les efforts fournis, ce que l'on tente dire, c'est le fait qu'elles soient limitées et ne permettent pas de combattre avec efficacité le phénomène du terrorisme en Afrique subsaharienne. Même si l'ONU penche pour une Afrique intégrée, prospère et pacifique en tant que priorité absolue¹⁴, la gravité de la situation et le manque de ressources pousse à relativiser cela. Ce qui invite à des améliorations.

B- Une relativité du fait des améliorations à apporter

Pour ce qui est des améliorations à faire par l'ONU et l'UA dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne, les avis sont unanimes sur le fait que leurs actions sur le terrain restent limitées. Or, une lutte efficace nécessite plus de moyens et plus d'interventions. Comme le révèle la littérature concernant le terrorisme, le phénomène terroriste qui s'observe de partout en Afrique subsaharienne a un certain nombre de causes dont, la pauvreté. Partant de ces observations, il est important que les actions de ces organisations soient densifiées sur le terrain pour promouvoir le développement durable. Densifiées en termes d'appui financier aux États engagés dans la lutte contre le terrorisme. En termes de gestion de flux des réfugiés qui asphyxient les États.

Comme le déclarait Willy Brandt – Prix Nobel de la Paix en 1973 devant l'AG des Nations Unies en 1973 : « *La misère est l'expression d'un conflit. Là où la faim règne il n'y aura pas de la paix dans la durée. Là où il y a de la pauvreté extrême il n'y aura pas ni de la loi ni de la justice. Là où l'existence dans ses nécessités les plus élémentaires reste menacée il n'est pas permis de parler de la sécurité* »¹⁵. Partant de ce point de vue, on comprend pourquoi le développement durable constitue un moyen efficace de lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne. Les actions de l'ONU et l'UA devraient être orientées dans le sens d'amélioration des conditions de vie et ce, de concert avec les États eux-mêmes.

Selon l'analyse de la Fondation Friedrich Ebert, une politique contre le terrorisme et pour une sécurité humaine comme préconisée par les Nations Unies devait inclure des volets des actions de résolutions de conflits par des moyens civil ou par une approche civilo-militaire, maîtriser la globalisation, surmonter l'ethnicité, créer des opportunités des chances socio-économiques et des

¹⁴ António GUTERRES, ONU info, 10 juillet 2019.

¹⁵ NTUDA EBODE Joseph Vincent (dir), *Piraterie et terrorisme : de nouveaux défis sécuritaires en Afrique centrale*, Yaoundé – Cameroun, 2010.

perspectives individuelle- ou collectivement, constituer un lobby de prévention avec la société civile, tous intégré par un concept de gouvernance démocratique de la sécurité dans un État ou dans une sous-région¹⁶.

Le terrorisme ne peut donc être évalué exclusivement et raisonnablement que sous une considération des conditions spécifiques, politiques et sociales sous lesquelles il se manifeste. Autrement, l'ONU et l'UA devraient envisagées la lutte contre le terrorisme de manière globale c'est-à-dire, envisagé de manière holistique les problèmes à résoudre. Page | 677

C'est pour cela que l'analyse du terrorisme du point de vue d'anticipation et de prospection devrait tenir compte de tous ces paramètres en Afrique subsaharienne. Si l'approche régionale de l'Union Africaine en matière de lutte contre le terrorisme est assez connue et consiste à créer ou soutenir une Force régionale d'intervention (FRI)¹⁷, elle n'est pas suffisante à elle seule. La preuve c'est que les mouvements terroristes au Sahel, en Afrique de l'Ouest encore autour du bassin du lac Tchad résistent. Ce qui signifie que la solution efficace se trouve ailleurs. Autrement, la considération des conditions spécifiques, politiques et sociales sous lesquelles il se manifeste et qui justifie ces actes terroristes devrait aussi être considérée¹⁸.

Si l'on considère l'hypothèse de l'approche régionale de l'UA, l'on pourrait dire qu'elle fait preuve d'un manque d'innovation dans ses méthodes d'intervention. Ses actions sont assez disparates et ne procèdent guère d'une approche systémique et méthodique de prévention et de lutte contre le terrorisme. C'est en partie ce qui explique les difficultés rencontrées dans la coordination des mécanismes existants comme le remarque d'ailleurs Joseph Léa NKALWO NGOULA. Ce qui nécessite des améliorations pour plus d'efficacité dans la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne.

En dépit de l'arsenal juridique africain riche en matière de lutte contre le terrorisme, les mouvements terroristes se montrent encore beaucoup plus vigoureux. En réalité, il ne s'agit pas d'un déficit de textes, mais plutôt de leurs mis en œuvre et de la problématique de la volonté politique des États et organisations envisagées.

¹⁶ - Michèle AUGA, *Des Crises et des Guerres dans un Monde sans Frontières – Des Défis d'une politique Allemande de la Paix*, Compass 2020, Fondation Friedrich Ebert Berlin 2007.

¹⁷ Joseph Léa NKALWO NGOULA, *op.cit.*, 2016)

¹⁸ MBODOU Seid, *Le terrorisme transfrontalier au lac Tchad : Pour lutter efficacement contre Boko Haram*, L'Harmattan, 2020, p.112.

Il est donc question d'encourager les États à plus d'actions et d'engagements politiques. Examiner les raisons internes qui conduisent à l'instabilité et rendent les peuples vulnérables et trouver des solutions politiques et économiques car le terrorisme aggrave les problèmes de la faim, de la pauvreté et des personnes déplacées. Il faut de la fermeté non seulement pour condamner mais aussi pour prendre des mesures contre ceux qui prennent le pouvoir par des moyens anticonstitutionnels¹⁹.

Il est aussi important que les États de concert avec l'ONU et l'UA fassent de la lutte contre le financement du terrorisme leur cheval de bataille en mettant sur pied non seulement des lois anti terrorisme, mais aussi des mesure administratives et politiques allant dans ce sens. Le financement du terrorisme constitue un acte criminel qui complique la lutte contre le terrorisme surtout en Afrique subsaharienne.

Il est clairement établi que, les terroristes ne sont pas en mesure d'agir seuls sans financement pour leurs opérations .Pouvoir couper ces canaux de financement diminuerait significativement les capacités de ces terroristes. Ce qui appelle à sonder l'origine et les sources des armes détenues par les terroristes ainsi que les entités qui donne des formations militaires²⁰. Ce sont d'ailleurs des propositions faites par certains chefs d'État africain lors du conclave dans le cadre d'un sommet extraordinaire sur le terrorisme et les changements anticonstitutionnels en Afrique le 28 mai 2022 à Malabo.

Conclusion

Finalement, s'il y'a une chose à retenir sur les actions de l'ONU et l'UA dans la lutte contre le terrorisme en Afrique subsaharienne, c'est celle de « l'efficacité relative ».S'il est incontestable que les actions menées par ces organisations tant sur le plan formel que sur le plan matériel soient efficaces, elles sont toutefois limitées. Ce qui, à cet effet, nécessite leur renforcement, leur densification. D'où, des améliorations à faire pour des résultats efficaces. Il est question que l'ONU et l'UA densifient leurs appuis pour soutenir les États engagés dans la lutte contre le terrorisme tant dans la bande sahélienne, sur la corne de l'Afrique, qu'autour du bassin du lac Tchad. Il ne s'agit pas d'un problème de déficit des textes, il est question de les mettre en œuvre

¹⁹ S.E Joao Lourenço, mai 2022.

²⁰ (RAPPORT GAFL, 2013, p.7.

et d'appuyer financièrement les États pour promouvoir un développement durable. C'est ainsi qu'on pourrait contrer le terrorisme qui constitue la première menace sans contestation sérieuse²¹.



²¹ BOUBAKARI OUMAROU, « Souveraineté Étatique et responsabilité de protéger », in Spener YAWAGA (Dir), *Crises humanitaires et responsabilités*, L'Harmattan, 2018, p.481.

Recherches sur la protection institutionnelle des droits des personnes handicapées au Cameroun

Research on the institutional protection of the rights of people with disabilities in Cameroon

Par : Page | 680

Florine Micayelle TSAPZEU KEMTANG

Chargée de Cours à la FSJP de l'Université de Dschang

Résumé :

La protection des droits de l'Homme en général, et des droits catégoriels en particulier reste préoccupante dans tous les Etats qui se veulent démocratiques. Le Cameroun, depuis plusieurs décennies, n'est pas resté en marge de cette donne. De ces droits catégoriels, ceux des handicapés, objet de la présente étude, restent une question préoccupante, du moins, sur son aspect institutionnel. Cet aspect institutionnel qui retiendra notre attention est marqué par un contexte camerounais influencé par des considérations socio économiques et l'environnement politique systématiquement en rapport étroit avec la protection des droits des handicapés. Du point de vue juridique, l'existence des textes à elle seule ne suffit pas à rendre une telle protection institutionnelle satisfaisante. Suivant une démarche méthodologique axée sur le positivisme sociologique, il convient de constater que cette protection reste non négligeable bien qu'elle soit éprouvée.

Mots clés : Protection institutionnelle, Droits catégoriels, personnes handicapées, Cameroun.

Abstract:

The protection of human rights in general, and of individual rights in particular, remains a matter of concern in all states that claim to be democratic. For several decades, Cameroon has not remained on the sidelines. Of these categorical rights, those of the disabled, the subject of this study, remain an issue of concern, at least in its institutional aspect. This institutional aspect, which will be the focus of our attention, is marked by a Cameroonian context influenced by socio-economic considerations and the political environment, which is systematically closely linked to the protection of the rights of the disabled. From a legal point of view, the existence of texts alone is not enough to make such institutional protection satisfactory. Following a methodological approach based on sociological positivism, it should be noted that this protection remains significant, albeit proven.

Key words: Institutional protection, categorical rights, disabled people, Cameroon.

Introduction

Au même titre que l'enfant, la personne handicapée, du fait de « [sa] vulnérabilité, [sa] fragilité (...) et (...) des innombrables fléaux qui le menacent et qui, trop fréquemment, s'abattent sur lui »¹, fait l'objet d'une attention particulière, généralisée et convergente par les différents systèmes juridiques de protection des droits de l'Homme. Cette attention spécifique et diverse à la personne handicapée est symbolisée par l'instauration, au sein des systèmes de protection des droits de la personne humaine, d'un système spécifique de sa protection et de sa promotion. Par ce fait, la personne handicapée devient une catégorie juridique au sens où l'entend Danièle Lochak, c'est-à-dire « des classes ou ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques »². La protection institutionnelle des personnes handicapées est un critère de cette catégorisation. Pour y mener à bien une étude, il convient de procéder au préalable à la clarification de cette notion.

Page | 682

La notion de personne handicapée fait l'objet d'appréhensions diversifiées par la doctrine³. Elle mérite d'être circonscrite. L'emploi de l'expression « *personne handicapée* » est abondant dans la plupart des instruments juridiques. Elle est généralement saisie à partir du terme handicap qui constitue en l'occurrence la prémisse pour sa compréhension. Il n'est donc pas rare que dans plusieurs textes juridiques, la notion de personne handicapée soit définie après celle de handicap de laquelle dépend son sens et sa compréhension. Il en est ainsi dans la loi n°2010/002 du 13 avril 2010 portant protection et promotion des personnes handicapées au Cameroun, qui conçoit le handicap comme « *une limitation des possibilités de pleine participation d'une personne présentant une déficience à une activité dans un environnement donné* »⁴. Cette définition apparaît lapidaire. Elle ne précise pas la durée de la déficience, l'incapacité qui en résulte et le sens même de la déficience qui est susceptible de renvoyer à une situation du handicap. La définition proposée par le législateur français semble un peu plus complète, puisqu'elle regroupe tous les critères de compréhension de la notion de handicap. Suivant la loi française du 11 février 2005⁵, le handicap

¹ H. GHERARI, « La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant », *Études internationales*, vol. 22, n° 4, 1991, p. 736.

² D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n°33, 1992, p. 291.

³ B. EYRAUD, S. SAETTA et T. TARTOUR, « Rendre effective la participation des personnes en situation de handicap », *Participations*, vol. 3, n° 22, 2018, pp. 5-28.

⁴ Article 2 de la loi n°2010/002 du 13 avril 2010 portant protection et promotion des personnes handicapées au Cameroun

⁵ Loi du 11 février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées

renvoie à « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles »⁶.

Cette appréhension du handicap donne de penser que la personne handicapée est toute personne qui se retrouve « dans l'incapacité d'assurer par elle-même tout ou partie des nécessités d'une vie individuelle ou sociale normale, du fait d'une déficience physique ou mentale, congénitale ou non »⁷. C'est cette définition qui est retenue par le législateur camerounais. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées s'inscrit dans cette même logique lorsqu'elle définit les personnes handicapées comme « des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »⁸. Cette définition est « assez large » pour certains auteurs, tant elle donne la possibilité de lui faire appliquer « différents droits à protéger et à faire respecter »⁹. Elle est du reste indicative sur les différentes catégories des personnes handicapées. En effet, il n'existe pas une seule catégorie des personnes handicapées. Le législateur camerounais en retient quelques catégories. La première est celle des handicapés physiques regroupant les handicapés moteurs, les handicapés sensoriels, les aveugles, les mal voyants, les sourds, les sourds - muets, les muets et les malentendants. Les handicapés mentaux constituent la deuxième catégorie. Elle regroupe les débiles, autistes, infirmes moteurs cérébraux, mongoliens, micro et macrocéphales, maladies psychiatriques et épileptiques. La dernière catégorie est celle des poly – handicapés qui renvoie aux personnes porteuses de plus d'un handicap¹⁰.

La convergence des dispositifs juridiques « concernant les personnes handicapées témoigne d'un projet sociétal qui vise à leur légitime et pleine intégration dans la société »¹¹. En effet, si elle est la traduction de ce que les personnes handicapées constituent une préoccupation

⁶ B. EYRAUD, S. SAETTA et T. TARTOUR, « Rendre effective la participation des personnes en situation de handicap », *op.cit.*, p. 8.

⁷ Article 2 de la loi n°2010/002 du 13 avril 2010 précitée.

⁸ Article 1^{er} de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

⁹ D. VELCHE et S.-H. LO, « L'incidence de la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies sur les politiques d'emploi des pays membres de l'Union européenne », *Développement Humain, Handicap et Changement Social*, vol 20, n°3, p. 105.

¹⁰ Article 3 de la loi de 2010 précitée.

¹¹ K. HARMA, A. GOMBERT, J.-Y. ROUSSEY et Th. ARCISZEWSKI, « Effet de la visibilité du handicap et de l'expérience d'intégration sur la représentation sociale du handicap chez de jeunes collégiens », *Travail et formation en éducation*, vol. 8, 2011, p. 1.

fondamentale dans presque tous les États, il convient de relever qu'elle apparaît en réalité comme une prise de conscience du désavantage social des personnes handicapées, des représentations sociales dont font l'objet ces dernières¹². En effet, le regard généralement porté sur les personnes handicapées n'est pas souvent exempt de tout questionnement sur leur assimilation naturelle aux autres¹³.

Malgré l'égalité postulée entre les hommes, les personnes handicapées subissent le poids des représentations sociales qui en font souvent des êtres à part. La représentation que se fait Robert MURPHY des personnes handicapées conforte cette observation. Selon l'auteur, « les handicapés à long terme ne sont ni malades, ni en bonne santé, ni morts, ni vivants, ni en dehors de la société, ni pleinement à l'intérieur »¹⁴. Elles seraient situées dans une sorte de l'*entre-deux* et perçues dès lors comme une catégorie humaine sensiblement *hybride*, parce que ni malade ni en santé, ni hors de la société ni pleinement à l'intérieur, ni morts ni vivants pour reprendre Robert MURPHY¹⁵. Cette conception de la personne handicapée reflète en réalité les différentes épreuves qu'elle a pu connaître, de l'Antiquité à nos jours. C'est d'ailleurs au fil des générations et avec l'usure du temps que les personnes handicapées ont bénéficié d'une considération sociale. Dans la société traditionnelle, les personnes handicapées ont été vouées aux gémonies, parfois vues comme le reflet d'une malédiction, l'objet d'une « fatalité naturelle »¹⁶. Au Moyen âge, les personnes handicapées étaient véritablement détestées au point d'être enfermées, d'ailleurs « [qu'] on pensait qu'elles avaient commis un péché dans leur vie précédente, et que Dieu avait donc décidé de les faire vivre avec un handicap physique afin de les punir. Les malformations sont donc perçues comme des châtements envoyés par Dieu afin de punir les humains de leurs péchés »¹⁷. Dans certaines sociétés africaines traditionnelles, les personnes handicapées s'étaient vues attribuées une diversité de figures dans laquelle s'enlisaient les efforts de classification. Leur handicap

¹² E. O. WENDINGOUDI, *Des lois et le handicap : quelles représentations sociales ? Analyse de discours de professionnels administratifs du handicap*, Mémoire de Master 2 recherche en Sciences de l'Homme et Société, Université Grenoble Alpes, 2016, p. 64. ; P. LE QUEAU (dir.), *La compréhension sociale du handicap*, Paris, Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de vie, n° 182, janvier 2013, pp. 153-180.

¹³ E. O. WENDINGOUDI, *Des lois et le handicap : quelles représentations sociales ? Analyse de discours de professionnels administratifs du handicap*, op.cit.

¹⁴ R. MURPHY, cité par R. TSAMA, « Les jeunes et la gestion du handicap en République du Cameroun. Entre modernité et tradition », in Piero-Dominique GALLORO et Antigone MOUCHTOURIS (dir.), *Jeunesse et discrimination*, Perpignan, Presses Universitaire de Perpignan, coll. « Etudes Perpignan », 2012, p.185.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ C. MARCEL, « Le handicap comme situation de seuil : éléments pour une sociologie de la liminalité », in *Handicap : identités, représentations, théories, Sciences sociales et santé*, vol. 12, n°1, 1994, p. 61.

¹⁷ L. FELTEN et A. LASSOURD, « Le handicap : une culture identitaire complexe », *Generation for Rights Over the World*, december 2020, p. 4.

« rim[ait] avec sorcier, génie, démon, faute, sanction, malédiction, vagabondage, agression, punition, transgression, péché » ; ce qui « conduis[ait] forcément à la peur, à la honte »¹⁸ et à l'éloignement de la personne handicapée de la mêlée. En effet, Dans la quasi-totalité des pays du Sud, notamment en Afrique, en Asie... encore de nos jours, la personne victime ou atteinte d'une déficience physique, sensorielle, mentale, est presque souvent marginalisée et déconsidérée. Dans certaines tribus africaines, la naissance d'un enfant handicapé dans une famille était considérée comme une malédiction. Pour expier le mal, l'enfant était très souvent abandonné au bord des ruisseaux, à la limite des villages¹⁹. Ce fut pendant longtemps, le cas des « albinos », ou des infirmités physiques, et pour les défendre, de nombreuses associations de défense des droits de ces personnes ont été créées.

C'est donc avec la Philosophie des Lumières que la modification des perceptions essentiellement négatives sur les personnes handicapées va s'opérer avec des penseurs engagés à la promotion de la liberté et de l'égalité. Au fil du temps, les personnes handicapées seront considérées et les politiques pour leur intégration ou inclusion sociale vont être élaborées sous la bannière du droit. En droit, la personne handicapée est une catégorie juridique qui bénéficie des droits particuliers mus par sa situation de vulnérabilité. Elle n'est plus rejetée ou exclue du commun, c'est une logique d'inclusion qui alimente les esprits et nourrit les aspirations à une société plus sociale et sociable. Il y a alors « une approche en termes de droits : la personne handicapée est un citoyen, à qui la société reconnaît et garantit les mêmes droits qu'à toute autre personne. Cela passe entre autres par une "égalisation des chances", via une égalité d'accès aux services offerts par l'État à la population et une égalité de traitement. Cela passe aussi par le droit à l'auto-détermination : liberté de choix et de participation à la vie en société »²⁰.

La prise en compte des personnes handicapées par les États apparaît aujourd'hui comme le reflet de la modernité, celui de la raison si l'on se réfère à Antonio CASSESE pour qui les droits de l'homme « constituent la tentative moderne d'introduire la raison dans le monde »²¹. La plupart des textes juridiques en rapport avec les droits des personnes handicapées, tout comme les

¹⁸ DIOP, cité par E. C. TCHOKOTE, J. -P. TSALA TSALA, et R. SCHELLES, « Handicap moteur et capacités de résilience chez l'adulte camerounais : enjeux des représentations culturelles », *Revue québécoise de psychologie*, 41(2), 2020, p. 41.

¹⁹ Dans la même logique, en Asie, ces derniers étaient jetés dans les ravins

²⁰ N. MARQUIS, « Le handicap, révélateur des tensions de l'autonomie », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, vol. 74, n°1, 2015, p. 11.

²¹ A. CASSESE, cité par P. VOUFFO, « La promotion juridique du genre au Cameroun », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Vol. 12, n° 03, 2021, p. 999.

différentes politiques d'intégration et d'inclusion sociale sont le symbole de cette modernité dans la mesure où ils portent en toile de fond le projet de construction d'une société dans laquelle les personnes par nature vulnérables comme les personnes handicapées ne doivent plus faire l'objet d'une exclusion sociale. Elles doivent par contre bénéficier, au regard de leur désavantage naturel lié à leur situation de handicap, des droits spécifiques qu'il faut promouvoir et protéger pour faciliter leur meilleure intégration ou inclusion sociale. C'est dans cet esprit que les mécanismes aussi bien institutionnels que juridiques ²², de promotion et de protection de la personne handicapée sont élaborés au point où il est possible d'explorer la protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun.

Reposant sur le système institutionnel concourant à la protection des droits des personnes handicapées, la protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun est source de problèmes juridiques articulés autour d'une problématique fondamentale suivante : Quelle appréciation peut-on faire de la protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun ?

Alimenté par les crises multiformes dans plusieurs de ses régions, au Nord-Ouest et Sud-Ouest par la guerre contre les séparatistes, au Nord et à l'Extrême Nord par la Guerre contre la secte terroriste *Boko Haram*, les crises de gouvernance portées par les scandales de détournement des fonds publics engagés dans des projets, le Cameroun affiche l'image d'un État en quête d'assistance financière pour ajuster ses économies affaiblies par les guerres. Bien plus, les crises sociopolitiques sur son territoire n'effritent pas moins son image sur le plan international, au regard même des rapports de la société civile sur l'état des droits de l'homme et des libertés publiques au Cameroun. Il est de la sorte possible de subodorer que la ratification de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées par le Cameroun tire une part de son fondement de toute cette situation, abstraction faite de l'objectif du renforcement de la protection des personnes handicapées comme généralement avancé dans les discours politiques. Cette interrogation tire son fondement de l'observation du contexte camerounais, lequel brille non seulement par des violations fréquentes et répétées des droits de l'homme en général, la méconnaissance des textes juridiques existants, les uns pouvant devenir caducs du fait de leur non application prolongée. La présente réflexion n'est dès lors pas dénuée de tout intérêt. Elle permet,

²² Lire à ce sujet, S. ALIYOU, « Les entraves juridiques à la garantie des droits à l'éducation et à l'insertion professionnelle des personnes handicapées au Cameroun », R.I.D.S.P, Vol. 1, N°3, Novembre 2021, PP.578-602

sur le plan théorique, de questionner les sources juridiques de la protection des personnes handicapées au Cameroun à l'aune même de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, laquelle a été récemment ratifiée par le Cameroun. L'intérêt de la réflexion se révèle aussi dans cette actualité. Dans le même ordre d'idées, l'étude permet d'explorer, d'analyser le système institutionnel de cette protection afin d'en démêler les écheveaux. Sur le plan pratique, elle permet de jauger de la mise en œuvre effective des instruments juridiques de protection des personnes handicapées, l'efficacité du système institutionnel de leur protection.

De la sorte, la réflexion est construite autour de l'hypothèse selon laquelle la protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun n'offre pas des garanties suffisantes pour une meilleure insertion ou inclusion sociale de ces derniers. A partir d'une approche méthodologique mettant en avant l'adéquation du droit au social comme le positivisme sociologique, il convient de présenter la teneur de cette protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun (I) et de décliner ensuite les limites et/ ou contraintes de cette protection institutionnelle de la personne handicapée (II), lesquelles nous permettront d'entrevoir quelques perspectives d'avenir.

I- UNE PROTECTION INSTITUTIONNELLE NON NEGLIGEABLE

Au regard de la rémanence des violations faites aux droits de l'homme malgré l'existence d'un tissu normatif considérablement étoffé, il convient de penser que l'existence des textes ne suffit pas pour garantir le comportement exemplaire des uns et des autres. Il faut encore que les institutions de protection existent pour donner aux droits de l'homme une véritable traduction matérielle. De la sorte, « si les droits de l'homme se conçoivent facilement, il est alors beaucoup plus difficile de garantir toujours leur respect »²³. Aussi, un système institutionnel de protection doit-il être aménagé pour en assurer la protection indifféremment des types de droits en cause et des personnes qui en sont bénéficiaires. La protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun en est la traduction. Elle repose sur un ensemble d'organismes ou institutions dont la mission est la protection des droits de l'homme en général et des droits des personnes

²³ H. GUELICH, « La protection des droits de l'homme dans le droit international et le système onusien », in *Mélanges offerts à Dali Jazi*, CPU, Tunis, 2010, pp. 383 410.

handicapées en particulier. On distingue en l'occurrence la protection faite par les institutions publiques (A) de celle assurée par les organismes de nature privée (B).

A- La protection déterminante des institutions publiques

Corollaire du principe de la souveraineté des Etats, consacré par le droit international, il est admis que les Etats ont la responsabilité de leur population tout comme de toutes personnes se trouvant sur leur territoire et relevant du ressort de leur juridiction. Ainsi, la protection des personnes en situation de handicap est dévolue aux Etats²⁴. A ce propos, le Professeur Patrick DAILLIER déclarera : « *Le droit international public laisse aux Etats la solution des problèmes mineurs. Car il repose sur la présomption que l'État en possède les moyens matériels et politiques dans l'état de paix. Seules sont justiciables d'une intervention des États et des Organisations Internationales, les situations extrêmes, urgentes, qui dépassent les moyens d'un État isolé ou d'un État en situation de faiblesse ou de déliquescence en raison d'un conflit* ». ²⁵ La protection dévolue et pratiquée par les États, loin d'être homogène, varie selon que l'on appartienne ou réside dans un pays en développement ou développé ²⁶.

La traduction matérielle de la volonté des États d'appliquer les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'assurer la protection des droits de l'homme en général, des droits catégoriels et conséquemment des personnes qui en sont bénéficiaires, se lit dans les institutions publiques créées à cet effet. C'est d'ailleurs ce qui se dégage généralement des Préambules des instruments juridiques internationaux de protection des droits de l'homme en général et des droits des personnes handicapées en particulier. Il est possible d'y lire tout comme dans plusieurs dispositions des textes considérés que les États s'engagent dans la protection desdits droits pour une meilleure mise en œuvre.

L'article 4 de la Convention des Nations Unies pose comme obligations générales à l'égard de tous les États parties, l'adoption « de toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la Convention, (...), [l'initiative ou l'encouragement de] la recherche et le développement de biens, services, équipements et

²⁴ T.F. BASILE TAM, La protection du handicap en droit international, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon3, 6 juillet 2012, p. 23.

²⁵ P. DAILLIER, « La responsabilité de protéger, corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », SFDI, Colloque de Nanterre, la responsabilité de protéger, éd. Pédone, 2008, P. 42

²⁶ depuis des siècles, l'attitude de la société envers les personnes présentant des anomalies était et reste dans une certaine mesure en dépendance directe avec le niveau de développement de la culture, de l'éducation, de la médecine et du développement économique.

installations de conception universelle, selon la définition qui en est donnée à l'article 2 de la présente Convention, qui devraient nécessiter le minimum possible d'adaptation et de frais pour répondre aux besoins spécifiques des personnes handicapées, encourager l'offre et l'utilisation de ces biens, services, équipements et installations et encourager l'incorporation de la conception universelle dans le développement des normes et directives ; [l'initiative ou l'encouragement] de la recherche et le développement et encourager l'offre et l'utilisation de nouvelles technologies – y compris les technologies de l'information et de la communication, les aides à la mobilité, les appareils et accessoires et les technologies d'assistance – qui soient adaptées aux personnes handicapées, en privilégiant les technologies d'un coût abordable ; (...) [la prise] en compte de la protection et la promotion des droits des personnes handicapées dans toutes les politiques et dans tous les programmes (...), [l'encouragement] de la formation aux droits reconnus dans la Convention des professionnels et personnels qui travaillent avec des personnes handicapées, de façon à améliorer la prestation des aides et services garantis par ces droits »²⁷.

Ces obligations impliquent pour les États, à l'instar du Cameroun, la création des institutions nécessaires à l'accomplissement de telles missions intimement liées à la protection des personnes handicapées. Certaines de ces institutions sont spécialisées et ont une compétence générale de protection des droits de l'homme y compris les droits des personnes handicapées, d'autres sont des institutions traditionnelles liées à l'État comme le Parlement ou les institutions gouvernementales comme les Ministères des affaires sociales dont la mission en matière de protection des personnes handicapées est affirmée par les textes réglementaires qui les créent. On peut également noter le rôle des juridictions dont la mission en matière de protection des droits de l'homme n'est pas négligeable. Suivant cette logique, il est possible de retenir essentiellement mais non exclusivement deux catégories d'institutions publiques employées à la protection des droits des personnes handicapées, d'une part, les institutions non juridictionnelles et d'autre part, les institutions juridictionnelles.

Les institutions non juridictionnelles regroupent notamment les organismes publics spécialisés comme la Commission Nationale des Droits de l'Homme, le Ministère des affaires sociales et le Parlement.

²⁷ Article 4 de la Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées.

Née sous les cendres de la Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés, la Commission Nationale des Droits de l'Homme est l'œuvre de la loi de 2019/014 du 19 juillet 2019. Conformément à cette loi, il s'agit d'une « institution indépendante de consultation, d'observation, d'évaluation, de dialogue, de conciliation et de concertation en matière de promotion et de protection des droits de l'homme »²⁸. Sa spécialisation dans le domaine de la protection des droits de l'homme tient de son statut et de ses modalités de fonctionnement. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante dont la mission de promotion et de protection des droits de l'homme constitue le fondement de son existence. Aussi, détient-elle en la matière une compétence générale, et dès lors une compétence dans la protection des droits des personnes handicapées.

Ainsi, « à l'image du Défenseur des droits en France, la Commission veille notamment au respect des droits et libertés par les personnes publiques. Ces dernières sont tenues de lui fournir toutes informations par elle sollicitées dans le cadre de ses investigations sauf dispositions contraires de la loi. Sa saisine est ouverte à tout citoyen, organisme public ou privé ; elle peut en outre s'autosaisir »²⁹. Sa compétence en matière de droits des personnes handicapées n'est pas douteuse, tant dans sa composition, le législateur n'a pas manqué de prendre en compte la représentation des personnes handicapées. Il est prévu « deux (02) Membres relevant des organisations œuvrant dans le domaine des droits catégoriels dont un représentant les personnes handicapées » parmi les quinze qui composent la Commission³⁰. L'ouverture de la saisine de la Commission à tous les citoyens implique que les personnes handicapées victimes des atteintes des pouvoirs publics notamment peuvent la saisir à l'effet de les dénoncer.

Dans tous les cas, toute dénonciation sur les atteintes faites aux droits des personnes handicapées est sans doute inscrite dans le rapport annuel dressé par la Commission sur l'état des droits de l'homme au Cameroun ; lequel rapport « est adressé au Président de la République, au Président du Sénat, au Président de l'Assemblée Nationale, au Premier Ministre, au Président du Conseil Constitutionnel, au premier Président de la Cour Suprême, aux Ministres chargés de la

²⁸ Article 2 de loi de 2019/014 du 19 juillet 2019 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission des Droits de l'Homme du Cameroun.

²⁹ P. VOUFFO, « La promotion juridique du genre au Cameroun », *op.cit.*, p. 1013.

³⁰ Article 13 de loi de 2019/014 du 19 juillet 2019 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission des Droits de l'Homme du Cameroun.

Justice, de l'Administration Territoriale et des Relations Extérieures, ainsi qu'à toute autre administration concernée [et] rendu public à la diligence du Président de la Commission »³¹.

Pour ce qui est de la protection des personnes handicapées faites par le Ministère des affaires sociales, elle tire son fondement des différentes dispositions réglementaires qui encadrent cette institution gouvernementale. La protection des personnes handicapées reste en partie liée à l'existence même de cette institution gouvernementale, tant la promotion au même titre que la protection des personnes handicapées relève indubitablement des questions sociales dont la compétence ne pouvait être refusée à une institution gouvernementale « responsable de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique du Gouvernement en matière de prévention, d'assistance et de protection des personnes socialement vulnérables »³². Dans la nomenclature des missions du Ministère des affaires sociales, la protection des personnes handicapées occupe une place de choix.

Toute une direction est créée au sein du Ministère des affaires sociales pour la protection des personnes handicapées. Il s'agit de la Direction de la Protection Sociale des Personnes Handicapées et des Personnes Agées qui est chargée entre autres missions « de l'élaboration et du suivi de la mise en œuvre de la politique d'insertion et de réinsertion sociale-économique des personnes handicapées ; des relations techniques avec les organismes nationaux et internationaux de, réhabilitation des personnes handicapées ; de la participation à l'élaboration et du suivi de la mise en œuvre de la politique du Gouvernement relative à l'éducation inclusive, à la rééducation fonctionnelle, à l'assistance médico-sociale, à l'appareillage et à la formation professionnelle des personnes handicapées »³³. Toujours dans l'ordre de ses missions de protection des personnes handicapées, cette Direction est en outre chargée « du suivi des activités des institutions publiques et privées d'encadrement des personnes handicapées et de la définition de leurs normes de création et de fonctionnement ; de l'instruction des dossiers de demande de création des institutions privées d'encadrement des personnes handicapées ; de l'élaboration et de la mise en œuvre des normes et standards de promotion et de protection des droits des personnes handicapées ; de l'élaboration et suivi des normes de création et de fonctionnement des institutions de protection des personnes

³¹ Article 42 de la loi de 2019/014 du 19 juillet 2019 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission des Droits de l'Homme du Cameroun.

³² Décret n° 2017/383 du 18 juillet 2017 fixant organisation du Ministère des affaires sociales.

³³ Article 37 du décret précité.

handicapées ; de la participation aux études et collectes des données relatives à la protection sociale des personnes handicapées »³⁴.

Dotée des sous-directions, cette Direction constitue au sein du Ministère des affaires sociales, le pôle par excellence de la protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun. Elle est en ce sens le laboratoire institutionnel au sein du Ministère des affaires sociales qui s'assure de l'efficacité de l'action du Ministère dans la protection des personnes handicapées. Page | 692

Quant à la protection des personnes handicapées par le Parlement camerounais, elle s'inscrit dans le cadre général de la gouvernance parlementaire en faveur des droits et libertés publiques³⁵. L'action du Parlement camerounais en faveur de la protection des droits de l'homme y compris des droits des personnes handicapées ne se réduit pas à la seule adoption des textes législatifs en la matière. Chaque Chambre Parlementaire est organisée « de telle sorte que ses compétences lui permettent de promouvoir et de protéger les droits humains » au travers d'une Commission des droits de l'Homme et des libertés. Cette Commission « est compétente pour se prononcer sur les questions liées à la Constitution, aux statuts des personnes, au règlement, à la justice et aux collectivités territoriales décentralisées. Elle est spécialisée sur les questions nationales relatives aux droits. Cela peut avoir une incidence sur ses voisins les plus proches. Dans ce cas, la commission se réfère à une organisation sous régionale pour traiter de la question »³⁶.

Elle se poursuit au quotidien avec le contrôle de l'exécution de ces instruments juridiques dans le cadre du contrôle de l'action gouvernementale par les parlementaires au travers des questions écrites et des questions orales posées aux membres du gouvernement par les membres du parlement, ou au travers du contrôle sur place par les commissions d'enquête constituées au sein des Chambres parlementaires. Il faut cependant relever contrairement à l'information parlementaire par la voie des questions écrites et des questions orales dont la fréquence est sérieuse, que le contrôle par la voix des commissions d'enquête est rare, pris au piège de la confusion de la majorité gouvernementale avec la majorité parlementaire.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ M. T. BESSOLO SOYA, *Droits de l'homme et gouvernance en milieu parlementaire au Cameroun*, Paris, L'Harmattan.

³⁶ Contribution de l'ANAPRODH à la deuxième session du forum sur les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit du 22 et 23 novembre 2018 dans la salle XVII, Palais des nations, Genève, suisse.

Ces institutions non juridictionnelles mises en place par l'État camerounais dont l'une des principales missions reste la protection des droits de l'Homme en général et la protection des droits catégoriels à l'instar de ceux des personnes handicapées en particulier, sont de nature à mettre en confiance les personnes vivant avec un handicap. Déjà, ces dernières ont la conviction qu'elles peuvent bénéficier des mêmes droits et libertés que les personnes vivant sans handicap avant d'être protégées au-delà en bénéficiant des faveurs particulières au regard de leur situation.

Pour bénéficier pleinement de ces faveurs, les institutions juridictionnelles jouent également un rôle déterminant.

Les juridictions ont une compétence de principe de la sanction juridictionnelle des atteintes aux droits des personnes handicapées. Qu'il s'agisse des juridictions ordinaires, chacune en respect du champ de ses compétences ou de la juridiction constitutionnelle dont le rôle dans la garantie des droits constitutionnels découle même des dispositions constitutionnelles. Il faut cependant remarquer que le juge constitutionnel camerounais affiche une certaine torpeur quant à la protection des personnes handicapées ; d'ailleurs que sa saisine en cette matière ne peut avoir lieu que dans le cas d'un contrôle de constitutionnalité, la saisine par les citoyens étant prise au piège de la limitation excessive de l'accès à son prétoire. En effet, « au regard de sa nature de juridiction spécialisée, l'une des fonctions essentielles de la juridiction constitutionnelle, parce qu'elle constitue le « *référé-type* » du régime constitutionnel, est d'assurer la primauté de la Constitution en opérant notamment le contrôle de constitutionnalité des lois. Cette spécialisation fonctionnelle de la juridiction constitutionnelle justifie que les recours en réparation des préjudices découlant de la violation d'un droit, même fondamental, ne lui soient pas directement adressés, puisqu'ils relèvent de la compétence du juge ordinaire »³⁷.

En tout état de cause cette protection des personnes handicapées par les institutions publiques n'a pas la même ampleur que celle opérée par les organismes privés.

B- L'engagement remarquable des organismes privés

Les organismes privés de protection des droits des personnes handicapées constituent en général la société civile et plus précisément les défenseurs des droits de l'homme dont la protection

³⁷ D. J. ZAMBO ZAMBO, « Protection des droits fondamentaux et droit à la *jurisdictio* constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 10 janvier 2019, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5847> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5847>.

des droits de l'homme y compris les droits des personnes handicapées fonde leur existence. Dans le contexte camerounais, on assiste « depuis quelques années à une masse critique de la société civile constituée d'associations, d'organes de presse privés, d'ONG, qui "sont de véritables bastions, acteurs d'une réduction significative des abus et violations des droits de l'homme". Ces derniers sont des vecteurs du renforcement de la protection des droits et libertés tant ils mènent parfois des actions communes de plaidoyer et de lobbying pour la ratification et la mise en œuvre des instruments juridiques en faveur des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés par les instruments nationaux, régionaux et internationaux. Ils sensibilisent et éduquent les populations sur leurs droits. Les actions de dénonciations sont menées au quotidien et la portée des rapports que ces organismes rendent à cet effet n'est pas à sous-estimer »³⁸.

La société civile devient ainsi la Cheville ouvrière des droits de l'homme, y compris les droits des personnes handicapées « dont elle œuvre à promouvoir au travers de la diffusion de leur idéologie et de la consolidation d'une culture, laquelle fait alliage avec la culture démocratique. Au-delà de cette promotion, elle s'emploie aussi à une protection effective par la voie de la dénonciation des atteintes faites aux droits de l'homme et la participation à leur défense devant les instances autorisées »³⁹.

Mis à part les ONG traditionnelles qui participent de cette entreprise de protection, les Associations des personnes handicapées diversement constituées parfois en fonction des types du handicap s'emploient à cette lutte pour le respect des droits des personnes handicapées au Cameroun. L'Association des Handicapés Actifs du Cameroun (AHAC), l'Association Solidarité Handicap, l'Association Nationale des Jeunes Handicapés du Cameroun (ANAJEHCAM), l'Association Handicap Espoir Cameroun (AHEC) en sont des illustrations parfaites. Ces différentes corporations s'emploient généralement à la dénonciation, à la défense des droits des personnes handicapées vis-à-vis des pouvoirs publics dont elles réclament le respect des prescriptions normatives en faveur de la protection des personnes porteuses du handicap.

Ces organismes privés de protection des droits de l'homme y compris les droits des personnes handicapées tirent une part de leur vitalité dans l'engagement de leurs membres,

³⁸ F. M. TSAPZEU KEMTANG, « Les droits de l'homme et libertés publiques dans la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 vingt-cinq ans après : bilan et perspectives », *RADSP*, vol IX, n° 25, Supplément - 2^e semestre, pp. 241-242.

³⁹ O. TCHAYA, « L'engagement de la société civile pour l'effectivité des droits de l'homme en Afrique », *Revue RRC*, n° 031 / Mars 2023, p. 371.

fervents défenseurs de la cause humaine. Ils sont davantage boostés dans leurs missions par des financements qu'ils reçoivent des institutions internationales et de l'État pour l'accomplissement de leurs missions. Il n'est pas douteux que la constance de ce financement dépend aussi en grande partie de la vitalité des bénéficiaires sur le terrain de la protection des droits de l'homme y compris les droits des personnes handicapées.

Dans leur entreprise de protection, « les Organisations de la Société Civile, les ONG, les associations participent des mécanismes de contrôle du respect du droit international des droits de l'homme par les États. Dans cette entreprise, elles se réfèrent pour une bonne part au matériel normatif existant sur la protection des droits et libertés, dont ils sensibilisent sur l'application, dénoncent les violations, éduquent pour leur inscription dans la conscience citoyenne. L'engagement va croissant puisque ces derniers travaillent même en synergie pour optimiser les résultats escomptés. Les associations n'hésitent plus à faire recours aux organes de presse pour rendre plus visible leur engagement »⁴⁰. Les médias sont devenus ainsi de véritables relais de l'action des ONG, des Associations de protection des droits de l'homme en général et des droits des personnes handicapées dont ils dénoncent tout aussi les violations, sensibilisent sur la nécessité de la protection des personnes handicapées, éduquent à la prise en compte des personnes handicapées dans tous les programmes. On a souvent été au courant des manifestations publiques des personnes handicapées pour une raison ou une autre que grâce à l'activisme des médias audiovisuels et même des nouveaux médias émergés sous la poussée fulgurante d'internet.

Cette mobilisation des institutions est la traduction d'un engagement en faveur de la promotion et de la protection de la personne handicapée. Elle est la traduction symbolique de cette solidarité voulue par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, de la constitution camerounaise et de la loi de 2010 précitée sur la protection des personnes handicapées. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que cette protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun est essaimée de contraintes qui limitent son efficacité.

II-UNE PROTECTION INSTITUTIONNELLE EPROUVEE

L'engagement du Gouvernement camerounais de faire de l'intégration des personnes handicapées, un devoir de solidarité nationale se fait à travers la prise en charge financière des

⁴⁰ F. M. TSAPZEU KEMTANG, « Les droits de l'homme et libertés publiques dans la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 vingt-cinq ans après : bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 242.

dépenses liées à leur l'éducation et à la formation professionnelle, à la prise en charge médicale, à l'allocation d'invalidité, à l'appui à la création des œuvres de l'esprit, à l'appui à l'éducation spéciale, à la réadaptation et à la rééducation. Cependant, toutes les personnes handicapées ne bénéficient pas des mêmes faveurs. La construction de l'indemnité réside dans la triangulation entre la rééducation, les parents et la personne en difficulté. En d'autres termes, la participation de la personne handicapée à la vie sociale passe nécessairement par sa rééducation par les acteurs institutionnels, le soutien des parents, mais également l'envie de réussite de la personne handicapée. Or dans le contexte camerounais, tous ces éléments ne sont pas toujours la chose la mieux partagée au regard de certaines contraintes.

De manière générale, deux catégories d'entraves participent à la limitation de l'efficacité de la protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun. Si certaines sont juridiques (A) d'autres peuvent être recrutées en dehors du droit (B).

A- Des contraintes d'ordre juridique plurielles

Les premières contraintes rencontrées dans la protection institutionnelle des personnes handicapées se récoltent au sein même du droit. Ces contraintes sont de plusieurs ordres allant notamment de la limitation de la saisine du juge constitutionnel, à la ratification tardive par l'État du Cameroun de la Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées, la non ratification d'autres textes, le caractère essentiellement non contraignant de certaines dispositions, l'absence même des mécanismes de contrôle de l'application des mesures normatives de promotion et de protection des personnes handicapées.

Relativement à la limitation de la saisine du juge constitutionnel, il faut, de prime abord, relever que l'efficacité d'une protection institutionnelle des droits de l'homme se mesure aussi à l'aune du degré d'implication des juridictions et précisément de la juridiction constitutionnelle surtout dans un contexte d'État de droit démocratique⁴¹. Comme l'observe Frédéric SURDRE, « aucune protection (...) des droits de l'homme ne peut être sérieusement mise en œuvre si elle ne s'accompagne de mécanismes juridictionnels appropriés »⁴². Dans le nouveau constitutionnalisme

⁴¹ O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, juillet 2019, pp. 5-21.

⁴² Cité par P. VOUFFO, « La promotion juridique du genre au Cameroun », *op.cit.*, p. 1010.

des États modernes, le mécanisme juridictionnel approprié à la défense des droits de l'homme y compris les droits des personnes handicapées repose sur le juge constitutionnel⁴³.

Au regard de son autorité au sein de l'État et de sa place quasi-unaniment reconnue au cœur de l'Etat, le juge constitutionnel est à même d'offrir une protection efficiente des droits et libertés fondamentaux consacrés par la norme constitutionnelle⁴⁴. Il n'est alors pas surprenant que dans certains États, précisément au Gabon et au Bénin, le constituant ait étendu expressément sa compétence au contrôle des actes réglementaires susceptibles de porter atteinte aux droits humains et aux libertés fondamentales⁴⁵, les citoyens pouvant le saisir par un recours aussi bien direct qu'indirect à cet effet. La fécondité de la jurisprudence protectrice des droits et des libertés au Bénin est la résultante de cette ouverture du prétoire du juge constitutionnel pour la protection de leurs droits et symbolise autrement l'indissociabilité de la question de l'accès à la juridiction constitutionnelle en matière de protection des droits fondamentaux avec l'efficacité de leur protection constitutionnelle⁴⁶.

Au Cameroun par contre, le contrôle des droits constitutionnels par le juge constitutionnel reste hypothétique, noyé par l'exiguïté de la saisine⁴⁷. L'exclusion des citoyens du prétoire du juge constitutionnel même en matière des droits humains y compris les droits des personnes handicapées apparaît comme l'indice d'une sous-protection réelle »⁴⁸ de ces droits devant le juge constitutionnel et donc une entrave certaine à l'efficacité du système juridictionnel de protection de ces droits. On en vient au constat que « *la protection des droits fondamentaux des individus, auxquels les portes du prétoire constitutionnel sont fermées, dépend exclusivement de la volonté des instances politiques et, concrètement, celles qui détiennent et exercent le pouvoir politique au*

⁴³ Ce repos de la protection des droits des handicapés sur le juge constitutionnel peut s'expliquer par le caractère fondamental de ce droit catégoriel. Or le juge constitutionnel reste le gardien par excellence de la Constitution.

⁴⁴ La protection des droits fondamentaux reste indiscutablement l'une des missions essentielles du juge constitutionnel. Elle est souvent à l'origine de la création de la justice constitutionnelle. C'est une mission très vaste qui tend continuellement à s'élargir; il s'agit d'assurer la protection des droits fondamentaux, non seulement des individus, mais également des groupes, de minorités ou d'association diverses. Il s'agit aussi de défendre les principes qui constituent les fondements même du régime et de la société. Cette protection des droits fondamentaux s'exerce surtout grâce au contrôle de constitutionnalité des actes émanant du Parlement, de l'exécutif et des tribunaux.

⁴⁵ C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », *RFDC*, 2008/3 (n° 75), pp. 551-583.

⁴⁶ D. J. ZAMBO ZAMBO, « Protection des droits fondamentaux et droit à la *jurisdictio* constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *op.cit.*

⁴⁷ Au Cameroun, la saisine du juge constitutionnelle reste réservée à certaines autorités. A ce sujet, voir l'article 47 alinéa 2 de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 janvier 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008.

⁴⁸ *Ibid.*

sein de l'Etat », ce d'autant même que la saisine est essentiellement limitée à une catégorie d'autorités politiques précises. Pourtant, « le respect et la protection des droits fondamentaux apparaît comme un corollaire du principe de la soumission de l'État au droit qui ne peut qu'être ressentie comme une contrainte politico-juridique pour les gouvernants, qui appelle un droit de regard de la communauté internationale dans les affaires intérieures des États, les droits de l'homme étant considérés comme un bien commun de la communauté internationale »⁴⁹. Pour les personnes handicapées, ils le sont encore plus au regard de leur vulnérabilité par nature dont le respect de leurs droits constitue un moyen de compensation.

Dans le même ordre d'idées, la loi de 2010 et son décret d'application fournissent une pléthore de mesures nécessaires à la promotion et à la protection des personnes handicapées, lesquelles mesures correspondent aux « aménagements raisonnables » tels que prescrits par la Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées. La mise en œuvre de ses mesures apparaît hypothétique dans la mesure où elles ne sont pas toujours accompagnées des mécanismes pouvant permettre de contraindre les uns et les autres à leur application. En prescrivant par exemple la solidarité citoyenne à l'égard des personnes handicapées, le législateur n'en fixe pas les moyens de coercition à cet effet. Il s'en dégage l'impression des mesures devant connaître une application uniquement par la seule volonté et générosité des citoyens. La pratique est presque vierge d'une telle solidarité, les représentations sociales, les perceptions sociales du handicap dominant les esprits mieux que le sentiment d'une application obligatoire des mesures édictées dans les textes. Bref, il convient de relever la subsistance des préjugés discriminatoire à l'égard des personnes handicapées qui reste de nature à mettre à mal la solidarité citoyenne.

Certes, les dispositions pénales prescrites par les textes (loi de 2010 et son décret d'application) prescrivent quelques sanctions en cas de non-respect des mesures aménagées ; cependant leur application s'avère hypothétique dans la mesure où aucun mécanisme précis n'est fixé pour conduire facilement à l'identification des personnes refusant l'application des mesures⁵⁰. À titre illustratif, la loi prescrit le paiement de la moitié des frais de tous services payant par les personnes handicapées, notamment les frais de transports interurbains. Il s'agit d'une mesure salubre dont la mise en œuvre dépend cependant des mécanismes de contrôle de leur application sans que les personnes handicapées ne deviennent la risée des compagnies de transports

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Article 43 et suivants de la loi de 2010 précitée.

interurbains. Le législateur ne prévoit rien à cet effet, ce qui justifie que cette mesure reste inappliquée, les personnes handicapées payant les mêmes montants que les autres passagers.

Au demeurant, conformément à la loi de 2010 précitée, « est puni des peines prévues à l'article 242 du code pénal quiconque refuse de fournir une prestation due à une personne handicapée conformément à la présente loi et aux textes d'application »⁵¹. Si la disposition affiche le réel désir d'assurer un respect des mesures prescrites, son application s'avère hypothétique au regard de ce qu'il n'est pas prévu des moyens d'établissement d'un tel refus. Ainsi, dans l'absence d'une preuve de refus, les mesures apparaissent comme des faire-valoir qui caractérisent en général le contexte d'application des normes juridiques au Cameroun. En matière de droits fondamentaux y compris les droits des personnes handicapées, il semble que l'application des textes n'est pas toujours la chose la mieux voulue. Certaines dispositions des textes nationaux et même des conventions internationales sont souvent de simples ornements de l'ordre juridique puisqu'elles ne connaissent, du moins rarement, sinon jamais une application. Sans doute le contexte de gouvernance y contribue sérieusement.

Page | 699

B- Des contraintes d'ordre extra-juridique plurales

Les entraves d'ordre extra-juridique sont celles qui se recrutent en dehors du champ du droit. Elles sont de plusieurs ordres. Il s'agit en réalité des problèmes généralement rencontrés dans la mise en œuvre de la protection des droits de l'homme au Cameroun, comme la corruption au niveau des institutions de protection, l'ignorance des citoyens concernés et la situation financière de ces derniers.

La corruption, définie aussi bien sur le plan international⁵² que national⁵³ n'élude pratiquement aucun secteur d'activité au Cameroun même s'il faut noter que le degré diffère selon

⁵¹ Article 46 de la loi précitée.

⁵² Certaines institutions internationales qui participent à la lutte contre la corruption se sont efforcées à définir cette notion. Pour Transparency International, « La corruption est l'abus de pouvoir reçu en délégation à des fins privées ». Cette ONG utilise parfois cette autre définition : « La corruption est l'abus du pouvoir au profit de l'enrichissement personnel ». L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit la corruption comme « l'utilisation et l'abus du pouvoir public à des fins privées ». Pour la Commission des Communautés européennes, « la corruption est liée à tout abus de Pouvoir ou toute irrégularité commis(e) dans un processus de décision en échange d'une incitation ou d'un avantage indu ». De la corruption, la Banque Mondiale retient la définition suivante : « utiliser sa position de responsabilité d'un service public à son bénéfice personnel ». La convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) étend la définition de la corruption aujourd'hui à « la soustraction, au détournement ou autre usage illicite d'un bien par un agent public, au trafic d'influence, à l'Enrichissement illicite, au blanchiment d'argent ou du produit du crime, à la soustraction d'un bien dans le secteur privé, à l'abus du pouvoir ».

⁵³ La corruption se définit comme les actes ou pratiques qui consistent pour quiconque fonctionnaire ou non, agents publics étrangers ou non à offrir, solliciter, agréer ou recevoir des promesses, dons ou présents, faveurs, avantages,

le secteur concerné. Le domaine de la protection institutionnelle des personnes handicapées n'est ainsi pas vierge de sa présence ambiante. Dans la pratique, les personnes handicapées sont aussi victimes des actes de corruption au même titre que les autres citoyens. Le secteur de la justice qui n'est pas épargné alimente la fragilité du système de protection. C'est ce sentiment général qui anime le contexte et la protection des personnes handicapées n'est pas loin de subir les évidences d'un tel dysfonctionnement de la justice dont la confiance est considérablement éfratée du fait des actes de corruption. Celle-ci s'est installée avec beaucoup d'ancrage malgré les efforts fournis au quotidien par les institutions chargées de lutter contre elle. Il est certes vrai, pour rejoindre l'opinion des juristes, que la corruption est une infraction dont les éléments constitutifs ne sont pas toujours faciles à déterminer. Le Code pénal dans tous les systèmes juridiques fixe les cas de corruption et en détermine les sanctions. Le Cameroun n'est pas en reste. Cependant, tout comme les personnes non vulnérables, les personnes handicapées subissent cette gangrène aussi bien au niveau des institutions non juridictionnelles de protection que des institutions juridictionnelles.

Relativement aux institutions non juridictionnelles, les autorités responsables de cette protection, deviennent sinon inefficaces, du moins peu efficaces du fait des actes de corruption. Il en est ainsi surtout pour ce qui est des institutions non spécialisées. .

L'ignorance des citoyens accentue cet éfratement de la justice, en défaveur de la protection des droits de l'homme y compris les droits catégoriels comme les droits des personnes handicapées. Dans un contexte d'analphabétisme considérable avec le désintéressement des citoyens de la chose juridique, il n'est pas douteux que les faits de corruption peuvent être accentués, tant les personnes abusées n'ont généralement pas connaissance des procédures légales prévues à cet effet et préfèrent monnayer pour obtenir les services.

rétribution en espèce ou en nature, pour lui-même ou pour un tiers, pour faire, s'abstenir de faire ou ajourner un acte de sa fonction. Considérée comme un phénomène historique, la corruption, aujourd'hui, représente la première cause de dissipation des deniers publics, d'aggravation de la précarité et de dégradation des mœurs. Elle est de nos jours appréhendée comme l'abus d'une charge publique à des fins de profit personnel. Cette définition est renforcée par le législateur pénal camerounais. Aux termes de l'article 134 alinéa 1, la corruption est le fait pour tout fonctionnaire ou agent public qui, pour lui-même ou pour un tiers, sollicite, agréé ou reçoit des offres, promesses, dons ou présents pour faire, s'abstenir de faire, ou ajourner un acte de sa fonction. Selon l'alinéa 3 du même article 134, la corruption est le fait de « tout fonctionnaire ou agent public qui sollicite ou accepte une rétribution en espèce, en nature, pour lui-même ou pour un tiers en rémunération d'un acte déjà accompli ou d'une abstention passée ». Cette définition est complétée par les dispositions de l'article 134 bis dudit code pénal. Cet article étend la définition de l'article 134 à toute personne même si cette dernière n'a pas la qualité de fonctionnaire ou d'agent public, que l'acte de corruption ait produit son effet ou pas.

L'ignorance est davantage consommée dans le domaine des droits des personnes handicapées, aussi bien par les citoyens vivant sans handicap que par les personnes handicapées elles-mêmes. Qu'ils s'agissent des personnes handicapées ou des autres citoyens, ils n'ont généralement pas connaissance des mesures prescrites par le législateur en faveur de la protection des personnes handicapées. L'absence de sensibilisation sur l'existence de ses mesures constitue une véritable insuffisance dans la protection institutionnelle des personnes handicapées. Au-delà de ces manquements, les personnes handicapées ayant connaissance de telles mesures n'ont pas toujours les moyens de parvenir à la défense de leurs droits devant les institutions considérées.

La situation financière des différents acteurs de protection des droits des handicapés n'est pas en reste. La pauvreté compromet ainsi la mise en œuvre des droits des personnes handicapées ; c'est ce qui pourrait justifier que dans la plupart des rapports élaborés sur la situation des droits des personnes handicapées dans le monde et donc sur la protection institutionnelle de ces dernières, la situation des pays où la pauvreté est préoccupante comme le Cameroun soit souvent mise en avant et constitue un élément d'aggravation du taux de protection insuffisante des personnes handicapées dans le monde⁵⁴. C'est cette situation qui est vécue au Cameroun⁵⁵. D'après les données du dernier recensement du Cameroun, les personnes handicapées sont moins scolarisées et plus souvent inactives professionnellement que le reste de la population du même âge »⁵⁶. En matière d'emploi d'ailleurs, la situation est encore plus grave où l'étiquetage des personnes handicapées en incapables potentiels par la société entraîne une exclusion du monde du recrutement, surtout dans le secteur privé parfois dans l'indifférence des pouvoirs publics et au

⁵⁴ Dans un rapport fait en 2009 au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale française, autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées, Jacques BLANC écrit ceci : « Selon l'Organisation mondiale de la santé, on compte environ 650 millions de personnes connaissant diverses formes de handicap à travers le monde, soit environ 10 % de la population mondiale. Parmi celles-ci, 80 %, c'est-à-dire plus de 500 millions de personnes, vivent dans des pays pauvres, les moins bien équipés pour faire face à leurs besoins. On estime par exemple que dans ces pays – la majorité des pays du monde - 98 % des enfants handicapés ne vont pas à l'école et 3 % seulement des personnes handicapées savent lire et écrire. Un constat du même ordre pourrait être fait dans d'autres domaines que l'éducation : les ressources, l'accès aux soins, l'assistance pour les tâches de la vie courante, l'accès au travail, les possibilités de déplacement. En bref, un certain nombre de droits humains élémentaires ne leur sont pas assurés »

⁵⁵ le nombre de personnes vivant avec un handicap est estimé à 10% de la population totale⁵⁵ et où « des inégalités demeurent importantes dans ce pays d'Afrique centrale. En effet, la part des inégalités dans le développement humain y est de 34% contre 26% pour l'ensemble des pays ayant un IDH moyen. Plus d'un camerounais sur 5 (24%) vivent avec moins de 1,90 \$US par jour et 45% sont dans une situation de pauvreté, dont plus d'un quart (27%) souffrent de privations extrêmes en matière de santé, d'éducation et/ou de niveau de vie. Un peu plus de 7 camerounais(es) sur 10 (74%) en emploi sont des travailleurs familiaux non rémunérés ou des travailleurs à leur propre compte.

⁵⁶ Ch. E. MOUTÉ NYOKON, *Handicap et vulnérabilités sociales et sexuelles en contexte urbain africain : Le cas de la ville de Yaoundé au Cameroun*, Thèse de doctorat de sociologie, Université de Paris, 2021, p. 9.

grand dam de ces personnes handicapées⁵⁷. Pourtant, ces personnes devraient être favorisées lorsque leur qualification est égale à celle des personnes vivant sans handicap lors d'un recrutement.

Les problèmes de financement des institutions participent aussi des contraintes dans la protection institutionnelle des personnes handicapées. La dépendance financière excessive des organismes de protection institutionnelle des personnes handicapées entrave considérablement l'efficacité de leurs missions. En effet, « l'insuffisance des moyens financiers a souvent été la pierre d'achoppement de ces structures lors de la mise en œuvre de leurs activités »⁵⁸. Il ne fait pourtant pas de doute que les moyens financiers sont le cheval de bataille du fonctionnement des organismes de protection des droits de l'homme. Ils permettent en effet d'asseoir le fonctionnement de ces organismes en permettant la prise en charge du personnel y travaillant et en permettant d'assurer la charge matérielle de ces institutions, ils permettent d'assurer une certaine indépendance vis-à-vis des pourvoyeurs de fonds. Or, il n'en est pas toujours ainsi, les organismes privés de protection notamment, étant pris souvent au piège de l'insuffisance de leurs moyens et s'employant à des relations parfois incestueuses qui fragilisent finalement l'efficacité de leurs actions. Certaines « d'entre elles ne disposent que pour seule source de revenu les fonds fournis par les bailleurs de fonds et les organisations internationales [ou même par les pouvoirs publics]. De même, dans bien de cas, certaines organisations de la société civile locales sont financées par des ONG internationales occidentales. Cet état de choses, attire l'attention à bien des égards sur leur indépendance et remet au goût du jour, la suspicion d'instrumentalisation de certaines organisations de la société civile »⁵⁹.

Au demeurant, les pressions des pouvoirs publics sur les organismes de protection des droits de l'homme y compris les droits des personnes handicapées ne facilitent pas l'exercice des missions reconnues à ces derniers. Même s'il convient de noter une certaine tolérance administrative accordée aux initiatives privées de protection des droits des personnes handicapées au regard de la rareté des structures étatiques, là où l'on attend une collaboration dans le but d'un meilleur suivi entre les pouvoirs publics et les organismes privés de protection, c'est plutôt un

⁵⁷ P. VOUFFO, « L'insertion socioprofessionnelle des personnes handicapées en droit camerounais : entre logique d'intégration et exigence de rendement », *Revue RRC*, n° 031 / Mars 2023, pp. 185-208.

⁵⁸ E. M. NKOUE, « L'action des organisations de la société civile dans la protection de l'environnement en Afrique centrale », *RADP*, vol. 9, n° 19, p. 139.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 136.

climat d'antagonisme qui sévit généralement entre eux. Ce qui ne facilite pas l'émulation dans la protection des droits de l'homme en général et des personnes handicapées en particulier.

Conclusion

Page | 703

La protection institutionnelle des personnes handicapées au Cameroun, malgré les efforts consentis demeure problématique. Pourtant, les dispositions législatives et judiciaires sur la protection et la promotion de cette catégorie de personnes justifient la volonté de leur traitement prioritaire. C'est la traduction desdites priorités dans les actes et les faits qui reste à revoir.

L'efficacité de la protection des personnes handicapées reste ainsi mitigée. Cela tient sans doute du contexte aussi bien sociopolitique que juridique, qui malgré l'évolution des idées et la rénovation des normes juridiques en la matière, reste bondé d'un ensemble de contraintes qui fragilisent l'action des organismes aussi bien publics que privés qui assurent cette protection institutionnelle des personnes handicapées. Il serait important de consolider ces mécanismes institutionnels de protection des personnes handicapées notamment en renforçant leurs moyens financiers, ce qui permettra de renforcer leur indépendance dans l'accomplissement de leurs missions respectives. Dans le même ordre d'idées, une véritable sensibilisation doit être entreprise dans l'optique d'éduquer les uns et les autres sur la nécessité de protéger la personne handicapée, de respecter ses droits en tant que membre à part entière de cette communauté humaine que forment tous les êtres humains. Au plus, les pouvoirs publics doivent davantage mettre sur pied des mécanismes permettant de faciliter la mise en œuvre des mesures édictées par les textes en faveur de la protection des personnes handicapées. C'est à ce prix que les personnes handicapées pourront se sentir protégées notamment sur le plan institutionnel.

L'impartialité du juge constitutionnel en Afrique noire francophone

The impartiality of the constitutional judge in sub saharian francophone Africa

Par:

Alia DIABY Page | 704

Maitre-Assistant, UGLC-SC

Résumé :

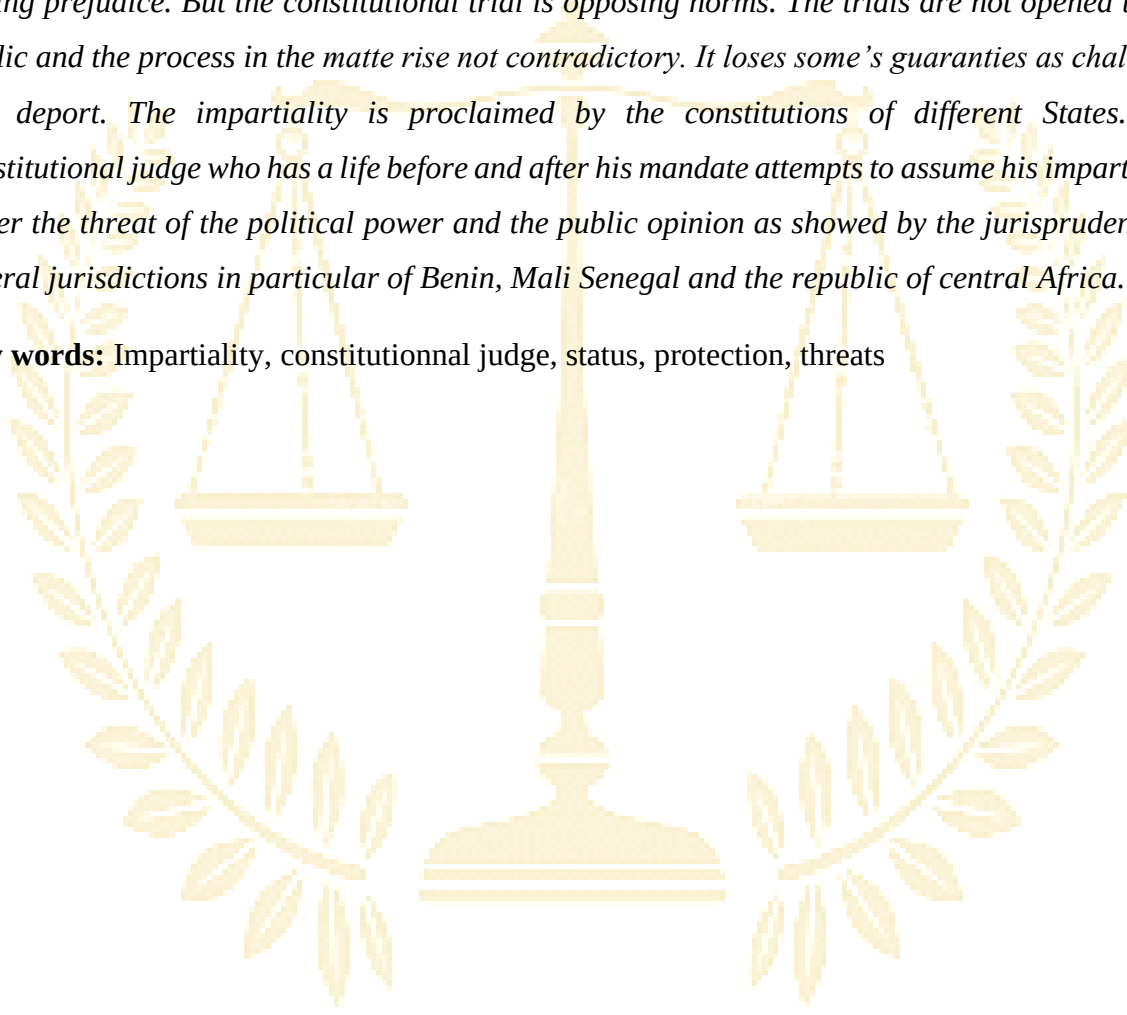
L'impartialité du juge consiste en l'absence de parti pris. Le juge constitutionnel, dernier né des juges africains ayant émergé à la faveur de la démocratisation des années 1990 se doit dans l'examen de constitutionnalité a priori comme a posteriori, de peser le pour et le contre des moyens développés devant lui et n'avoir aucun préjugé. Mais le procès constitutionnel oppose plutôt les normes. Les audiences ne sont pas publiques et la procédure en matière constitutionnelle n'est pas contradictoire et manque de garanties comme la récusation et le déport. L'impartialité est proclamée par les constitutions des différents Etats. Le juge constitutionnel, qui a une vie avant et après le mandat, tente d'assumer son impartialité sous la menace du pouvoir politique et de l'opinion publique comme l'atteste la jurisprudence de plusieurs juridictions en particulier du Bénin, du Mali, du Sénégal et de la Centrafrique.

Mots clés : Impartialité, juge constitutionnel, statut, protection, menace.

Abstract:

The impartiality of judge is an absence of commitment in favor of any disputant. The constitutional justice is the latest among African jurisdiction which emerged from the progress of the democratization process in 1990 years. He should, during the exam a priori or a posteriorly of the constitutionality, evaluate the fairness of the arguments developed before him without having prejudice. But the constitutional trial is opposing norms. The trials are not opened to the public and the process in the matte rise not contradictory. It loses some's guaranties as challenge and deport. The impartiality is proclaimed by the constitutions of different States. The constitutional judge who has a life before and after his mandate attempts to assume his impartiality under the threat of the political power and the public opinion as showed by the jurisprudence of several jurisdictions in particular of Benin, Mali Senegal and the republic of central Africa.

Key words: Impartiality, constitutionnal judge, status, protection, threats



Introduction

« Mais les juges de la nation ne sont,... que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹. Cette affirmation de Montesquieu offre l'occasion de revisiter la loi qui est à la fois clairvoyante et aveugle et son application laissée aux juges. Rapportée à la matière constitutionnelle, cette affirmation permet de jauger l'office du juge constitutionnel à l'aune de l'impartialité qui fait de lui «la bouche de la Constitution »² et dès lors, un juge pas comme les autres³.

Page | 706

La justice des anciens est centrée sur la matière pénale et celle civile. Les réflexions qui en découlent mettent en scène la réaction sociale face aux conduites considérées comme déviantes. Ainsi on parle du procès de Socrate qui en est le prototype⁴. Cette justice est assimilée à l'organe qui en a la charge et couvre ses membres, d'où l'idée de juridiction. Sous la poussée de la sectorisation du Droit, on en vient à la diversification pour distinguer les juridictions administratives, judiciaires, financières et militaires en croissante évolution.

Le juge constitutionnel a été mis en orbite à la faveur de la constitutionnalisation croissante consécutive à la démocratie constitutionnelle. Il désigne ici, « l'ensemble des institutions, procédés et techniques grâce auxquels sont assurés , sans restriction, la suprématie et l'inviolabilité de la Constitution »⁵. La période tampon de son émergence commence en 1958 en France, mis en part les tentatives infructueuses connues dans le passé et notamment le projet de jury constitutionnaire⁶ et se renforce à partir des années 1990 dans les Etats africains avec l'avènement et la cristallisation des cours constitutionnelles dans le sillage des conférences nationales ou des stratégies moins

¹MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, Edition de Robert Dérathé, Classiques Garnier, 2011, p.176.

² SOMA, (A), « Le statut du juge constitutionnel africain », La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ? », Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé, AIVO, F J (dir.) ; L'Harmattan, 2014, p.451

³ BRUNET,(P), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in JOUANJAN, O, GREWE, C, MAULIN, E, WACHMAN, P (dir.), Paris Dalloz, 2005 pp115-135.

⁴ Procès tenu en 399 avant JC sur plainte déposée par des citoyens Melitos, Arytos et Lycon qui accusent Socrate notamment de corruption de la jeunesse. Ce dernier assure seul sa défense. Lors du vote, Socrate est condamné à mort. Pour une vue d'ensemble de ce procès voir, Platon, Gorgias, Paris, Garnier, Flammarion, 1993, p.141

⁵ SOMA, (A), Op.cit., p.452.

⁶ Le *Jury constitutionnaire* figure dans deux discours de SIEYES en Thermidor 1795 et devrait comprendre 108n membres. Mais l'idée a été repoussée à l'Unanimité. Par contre, la proposition de sénat conservateur figure dans la Constitution de du 22 frimaire en l'An 8.

offensives⁷. Il est en charge de la sanction des violations de la Constitution et du respect des Libertés fondamentales, du contentieux électoral, de la régulation du fonctionnement et des activités des pouvoirs publics dans le but de stabiliser le système politique et assurer sa reproduction⁸. Pour ce faire, l'office du juge constitutionnel est encadré, sa condition et sa fonction reposent sur un statut.

Etymologiquement l'impartialité vient du Latin *partialis* qui signifie factieux ou parti pris et renvoie à un examen dans les deux sens, c'est-à-dire le pour et le contre. Au 15^{ème} siècle le mot signifie attaché à un parti⁹. Au 16^{ème} siècle, le mot partial prend le sens d'une personne qui manque d'objectivité. Aujourd'hui l'individu impartial désigne une personne qui s'efforce d'être équitable dans ses avis et ses jugements. Le juge impartial est « le juge qui n'a pas encore pris parti de façon définitive et qui donc conserve sa liberté de réflexion »¹⁰.

Au cœur de l'activité juridictionnelle, l'impartialité est mentionnée à l'article 14 para.1 du PIDCIP¹¹, dans l'article 6 para.1 de la CEDH¹² ainsi que dans les divers codes en vigueur dans les Etats. La jurisprudence de la CEDH distingue l'impartialité personnelle et l'impartialité fonctionnelle¹³. Elle considère que la première est subjective et se présume alors que la deuxième est basée sur des éléments probants objectivement vérifiables justifiant ainsi sa préférence dans l'établissement des indices de partialité¹⁴. Pour la Doctrine, l'impartialité est « l'effort de distanciation »¹⁵. Cette exigence est systématisée en France où « le magistrat doit accueillir et prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui, quelles que soient ses opinions personnelles et faire abstraction de tout préjugé »¹⁶.

⁷AHADJI- NONOU, (K), *Les défis du Gouvernement démocratique en Afrique subsaharienne depuis 1990*, L'harmattan Sénégal, 2020, 306p.

⁸SY (D), « La justice constitutionnelle dans les systèmes politiques africains, une approche par les fonctions les fonctions », *Annales Africaines*, Nouvelle Série, Vol. 2, Décembre 2005, N°5, p.8

⁹Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème}, CNFS/ATLIF, étim et hist, disponible <http://cnrtl.fr>

¹⁰DAVID A, *L'impartialité du Conseil Constitutionnel*, thèse N°12, RDLF, 2021, p.1.

¹¹Article 14 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi qui décidera soit du bien- fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil »

¹²Article 6, para 1 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi ...»

¹³CEDH, 8692/70, 1^{er} octobre 1982, *Persack C. Belgique*, paras 30 à 32, CEDH, Gr. Ch, 29369/10, 23 avril 2015, *Morice C. France*.

¹⁴CEDH, Gr. Ch, 7379/01, 15 décembre 2005, *Kyprianou C Chypre*, para.119.

¹⁵KRIEG, (K) « l'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance », *Petites Affiches*, N°137, 1^{er} juillet 1999, p.5.

¹⁶Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Version révisée du 9 janvier 2019.

L'impartialité est souvent couplée avec l'indépendance et souvent évoquée comme un élément du procès équitable. Mais l'impartialité ne se confond pas avec l'indépendance du juge qui désigne l'état d'un juge qui n'est soumis à aucun pouvoir. En ce sens, l'indépendance est une cause de partialité et une condition de l'impartialité car « ... l'indépendance crée une probabilité d'impartialité d'une entité à l'égard de l'autre »¹⁷.

Rapportée à l'office du juge constitutionnel, l'impartialité mérite d'être située car, en premier lieu, l'impartialité suppose des parties alors que le procès constitutionnel se déroule entre des normes. Il n'y a donc pas, en toute rigueur, de parties pour que le juge constitutionnel soit soupçonné de partialité. Cette objection se prolonge par l'idée que le procès constitutionnel, en particulier le contrôle de constitutionnalité, n'est pas contradictoire et que le juge constitutionnel est exposé à la prise en compte de facteurs extra juridiques dans sa décision.

L'office du juge constitutionnel se déroule sans publicité. Dans l'exercice de ses fonctions consultatives, il peut même être saisi par lettre confidentielle¹⁸. Il délivre alors un oracle soit au pouvoir exécutif soit aux autres organes limitativement déterminé par les textes constitutionnels¹⁹. Dans l'exercice de ses fonctions contentieuses, une fois la saisine faite, tout se déroule sous la direction d'un Rapporteur qui instruit le dossier et rédige le texte de la décision qui est discuté en chambre des délibérations sans la participation ni des requérants ni de leurs contradicteurs. La méthode est très largement inquisitoire et intègre très peu les canons d'un procès équitable. De surcroît, la juridiction constitutionnelle est souvent unique et son office n'admet pas de voies de recours auprès d'une autre juridiction ou d'une formation de la même juridiction qui serait à même de purger la décision en cause des indices de partialité. Une fois qu'elle est adoptée, elle s'impose à tous.

En deuxième lieu, le juge constitutionnel n'est pas toujours un magistrat professionnel. Il est n'est doté que d'un mandat qui, renouvelable ou pas, est limité dans le temps. Il a une vie avant et après la vie de juge constitutionnel. Le contentieux constitutionnel donne à constater que derrière les normes qui sont à confronter, se cachent des intérêts tout à fait identifiables, de telle manière qu'il est possible de savoir finalement qui est demandeur et qui est défendeur au procès

¹⁷ THOMAS, (J), « L'indépendance du conseil constitutionnel », Institut Universitaire Varenne, Collection thèses., P.10

¹⁸ Voir CC (Sénégal), 10 juillet 2024 rendue sur saisine par lettre confidentielle.

¹⁹ Au sénég, le Président de la République et 1/10^{ème} des députés pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Les présidents des Institutions Républicaines en matière de régulation.

constitutionnel. De surcroît, la procédure devant le juge constitutionnel a fortement évolué, en Europe par exemple, vers l'intégration des mécanismes du contradictoire comme la récusation et le dépôt qui pour l'heure ne sont pas visibles dans le prétoire constitutionnel en Afrique.

Toutefois, les risques de partialité comme l'absence de voies de recours contre les décisions du juge constitutionnel, l'exercice successif des fonctions de législateurs et de juge demeurent. A ce propos, Il y a un quart de siècle, Vedel formulait la réserve suivante : « Il demeure à justifier le mode d'investiture des juges constitutionnels, les garanties d'impartialité ou de science juridique qu'ils offrent, les procédures par lesquelles ils sont saisis. Il reste encore à vérifier que leur lecture des normes constitutionnelles est épurée au maximum de tout subjectivisme »²⁰.

Dans le contexte africain, il a été soutenu que le juge constitutionnel est à la fois le valet politique et technique du pouvoir²¹. La remarque est sévère pour un juge qui constitue à lui seul un ordre de juridiction dont les membres se recrutent également parmi les personnalités sans lien exigé avec la pratique du droit²² et dont les décisions sont sans recours.

La réflexion sur son impartialité sera menée dans le sillage du réalisme juridique selon lequel, les décisions des juges apparaissent motivées par une grande variété de facteurs y compris leurs choix politiques, leurs idées morales, leurs valeurs personnelles, leurs émotions de sorte que leurs décisions sont le reflet de ces facteurs²³. Cette perspective s'oppose globalement à l'analyse dite rationaliste ou formaliste qui exige du juge « la capacité à juger en pur esprit, dépouillé de toute influences partiales »²⁴ afin de fonder le jugement sur le syllogisme de la raison. On est alors entre deux écueils. D'abord, l'impartialité idéale qui ne peut jamais être atteinte et l'impartialité dévoyée à l'extrémité de l'anomie. Entre les deux, il y aurait la place d'une impartialité humanisée, une « sorte de retour critique sur soi »²⁵ pour paraître à distance et ne pas manifester ses appartenances. Le juge impartial devenant celui qui reçoit les arguments et moyens à lui soumis, les confronte à ses convictions initiales et s'en fait une idée à l'arrivée en confrontant les idées en

²⁰ VEDEL, (G.) « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *pouvoirs*, N 45, avril 1988, p.152

²¹ SOMA, A., « Le statut du juge constitutionnel africain », *La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé, AIVO, F J (dir.) ; L'Harmattan, 2014, p.

²² La liste des personnalités à nommer ne contient aucune exigence de formation et ou d'expérience en droit.

²³ BRUNET, (P.), « Analyse réaliste du jugement juridique », *cahiers philosophiques*, 2016/4 (147), p.3.

²⁴ ALLARD, (J.), « l'impartialité au cœur de l'autorité du juge : approches philosophiques », *Cahiers de la justice*, 2020/4, p.667.

²⁵ Ibid., p.671

présence pour se faire une idée définitive à équidistance de celles qui ont été défendues devant lui. Pour ce faire, on s'appuiera sur deux Etats au parcours constitutionnels stables le Sénégal et le Bénin d'une part et deux Etats plus sujets à des soubresauts constitutionnels, le Mali et la Centree Afrique d'autre part. Entre les deux, des allusions minorées concerneront l'Afrique du sud, un Etat anglophone atypique et la RDC

La Cours constitutionnelle du Bénin, doyenne des cours constitutionnelles africaines a un parcours qui s'étale sur plus de trois décennies. Elle a poussé l'ambition de neutralité au point d'être accusée d'en faire trop²⁶. Quant au Conseil Constitutionnel du Sénégal, après une si longue période d'autolimitation, elle se signale depuis peu, en gardien de la paix au prix d'un revirement de jurisprudence qualifiée d'insurrection juridictionnelle²⁷. Ces deux Etats ont en commun, d'avoir un régime démocratique où les conflits sont réglés par le truchement de la juridiction constitutionnelle depuis leur mise en place.

En revanche, Le Mali bien qu'ayant eu une constitution de 1992 à 2023 a toujours été en proie à une instabilité constitutionnelle chronique. Sa cour constitutionnelle à l'image de celle de la République Centrafricaine (RCA) a dû faire face à la défiance des milieux politiques et les décisions de ces deux juridictions ne sont pas à l'abri de l'influence notamment de l'opinion publique.

La Cour Constitutionnelle d'Afrique du sud quant à elle, a été créée dans le sillage de la refondation après plusieurs siècles de discrimination avec pour arrière-plan d'assurer le respect des droits fondamentaux. Le fait qu'il s'agisse d'un Etat anglophone, de tradition juridique et judiciaire qui baigne dans la diversité et le Common Law peut servir d'élément probant de comparaison. Enfin, les références à la Cour constitutionnelle de la RDC ayant en son sein un ministère public chargé de faire des observations sur toutes les affaires soumises à la Cour fournissent à minima, la tendance à enchaîner l'impartialité du juge constitutionnel.

²⁶ GNAMOU, D., « La Cour constitutionnelle du Bénin, en fait-elle trop ? », La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-GLELE, L'Harmattan, 2014, pp687-715.

²⁷ SOMA, (A), « Insurrection juridictionnelle au Sénégal », Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique », Afrilex.U-bordeaux.fr, consulté le 22 août 2024.

Dès lors, examiner l'impartialité du juge constitutionnel en Afrique permet d'appréhender le sens et la relativité que les évolutions ont fait subir à un concept inhérent à la fonction de juger et de mesurer ce qu'il en reste de son découplage avec sa sœur siamoise qu'est l'indépendance.

L'indépendance et la neutralité sont deux vocables qui accompagnent presque toujours l'impartialité. L'indépendance de la magistrature est proclamée par les constitutions africaines²⁸. L'exigence d'indépendance de la justice est le fondement de l'Etat de droit et la condition d'un procès équitable. Au-delà de la rhétorique, l'indépendance de la justice signifie l'absence de subordination. Elle se déclare et s'assume non seulement à l'égard du pouvoir exécutif mais aussi du pouvoir législatif et à l'égard de tous les acteurs non publics y compris, les pouvoirs sociaux, les groupes de pression et les parties au procès. C'est surtout un état d'esprit qui doit être favorisé par des garanties liées à la fonction de juger qui doit inspirer la confiance des justiciables. De ce point de vue, l'indépendance est de nature plus objective que l'impartialité.

Quant à la neutralité, elle est la traduction pratique de l'impartialité dont elle traduit en signes apparents. La neutralité exige du juge de garder à l'audience un comportement réservé face aux propos qui sont tenus devant la formation judiciaire. Il se trouve qu'en général, les audiences des juridictions constitutionnelles ne sont pas publiques entraînant l'impossibilité de mesurer la neutralité des juges constitutionnels en cours d'audience se déroulant dans le secret des chambres de délibération. Les exigences de neutralité dépassent toutefois le cadre de l'audience et se traduisent dans les incompatibilités telles que le non exercice d'un mandat politique ou la participation à des activités publiques entachant la réserve que la fonction impose aux titulaires de la charge de juge constitutionnel.

Au demeurant, l'indépendance est une condition de l'impartialité qui se traduit en pratique par la neutralité. Ces trois concepts donnent au juge constitutionnel la liberté d'apprécier ce que la situation recommande et de choisir la décision à rendre²⁹. On découvre alors l'homme entier, pénétré d'idées constitutionnelles, tributaire de son cadre social et capable d'agir et de décider soit par peur de conjurer tel risque, soit par suivisme de telle tendance soit enfin pour affirmer un pouvoir discrétionnaire dont les fondements sont incertains.

²⁸ Voir Article 125 de la constitution béninoise du 11 décembre 1990, Article 90, al 2 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

²⁹ NAREY, (O), « le pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel », BADJI M, et TALL SN, les transformations de l'Etat, mélanges en l'honneur de Babacar Gueye, PUT, 2019, P.441

Dans l'entreprise de découplage entamé, on s'intéressera ici à la question essentielle de savoir : les garanties statutaires et procédurales accordées au juge constitutionnel en Afrique permettent-elles de conjurer le risque de partialité inhérent à sa fonction ?

On peut soutenir que, malgré l'existence d'un dispositif impressionnant de protection, et de garanties de toutes natures, le juge constitutionnel en Afrique noire francophone n'est pas à l'abri des influences qui menacent son impartialité. C'est pourquoi, la présente réflexion s'appuyant sur le statut du juge constitutionnel et les garanties procédurales montrera d'abord que l'impartialité du juge constitutionnel en Afrique noire francophone est une impartialité proclamée (I) avant d'analyser sa mise en œuvre qui révèle de nombreuses influences de nature à étaler les caractères d'une impartialité menacée (II).

I- UNE IMPARTIALITE PROCLAMEE

Le droit suppose des sujets dont l'interaction est régie par des règles dont la mise en œuvre est portée par la justice. L'idée de justice emporte celle d'un tiers impartial et désintéressé³⁰. Cette justice peut avoir plusieurs figures en fonction du secteur concerné. Ainsi pour sanctionner les infractions à l'ordre social établi, il y a la justice pénale, pour équilibrer les rapports civils, la justice civile, pour trancher les contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'action administrative, la justice administrative. De même pour régler les contestations portant sur l'ordre constitutionnel, on a établi la justice constitutionnelle. Dans chaque cas, la figure de justice est incarnée par le juge considéré comme la « justice vivante »³¹ et la « bouche de la loi »³².

Il n'y a ni justice, ni juge sans parties dont les prétentions sont confrontées dans le but d'établir la proportion³³. Malgré les particularités de la justice et de l'office du juge constitutionnel, il faut admettre provisoirement qu'il y a des parties ou au moins des causes derrière lesquelles, il est possible de découvrir des parties et ce, quel que soit la fonction accomplie. Celle-ci varie de la régulation du fonctionnement et de l'activité des pouvoirs publics et des autres organes de l'Etat, le contrôle de la régularité du scrutin, le contrôle de la constitutionnalité des lois et du respect des

³⁰ KOJEVE, (A), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Galimard, 1981, p.28

³¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, traduit par Tricot, J, Vrin 2017, p.248

³² Aristote, *Ibid.*, p.252.

³³ Aristote, *ibid.* P.251.

libertés fondamentales³⁴. A l'occasion, le juge constitutionnel inculque des valeurs, participe à la reproduction du système et promeut la paix.

L'office du juge constitutionnel suppose l'exercice dans la collégialité. Le juge constitutionnel s'oblige d'agir notamment en toute impartialité. Cela signifie qu'il examine et se décide sans préjugés sur l'issue de la contestation. Mais en même temps, le juge constitutionnel est un membre de la société globale, un membre de la société politique qui a des sentiments et se reconnaît dans les idées qui divisent et font l'objet de contestations devant lui. Il devra alors faire preuve de distanciation qui se reflète dans l'adage du droit anglais selon lequel « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »³⁵. Ce juge a aussi une histoire en tant que personne humaine qui jamais ne sera une machine capable d'opérer sans discernement³⁶.

Page | 713

Mais plus que tout autre juge, l'impartialité du juge constitutionnel s'articule dans l'ancrage de la légitimité démocratique. C'est un aiguilleur qui se doit d'être à la fois pragmatique et audacieux pour contribuer à l'enracinement de la « culture de la constitution »³⁷. Il doit percevoir les évolutions de la vie démocratique et conférer à sa décision l'acceptabilité et l'incontestabilité. Dans le cadre des Etats africains, l'impartialité du juge constitutionnel est protégée (A) mais, concrètement, elle est également assumée (B)

A- Une impartialité protégée

L'impartialité comme qualité procède du statut du juge constitutionnel (1) mais comme Propriété, ce qu'elle protège peut arborer différents contours (2)

1- Une impartialité protégée par le statut du juge constitutionnel)

Le terme statut désigne l'ensemble des textes déterminant les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement d'une personne publique ou aux droits et obligations des élus ou des fonctionnaires³⁸.

³⁴ SY, (D), « le juge, la constitution et les valeurs », Mélanges en l'honneur de El BODJ, tome 2, p.680.

³⁵ Littéralement « la justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit aussi être vue rendue ». Cet adage qui apparaît avec des variations est issu d'un arrêt de 1923, R V Sussex Justices, ex parte Mc Carthay « Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done ».

³⁶ L'image idyllique de *juge-machine* est reprise par Montesquieu, voir *L'Esprit des lois*, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, Edition de Robert Dérathé, Classiques Garnier, 2011, p.176.

³⁷ MASSINA, (P), « le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit », RFDC, 2007/3, N°111, p.665.

³⁸ QUILLIEN, (P-J), *Lexique de droit public*, Ellipses, 2005, P.403.

Il existe deux perspectives pour appréhender le statut du juge constitutionnel. La perspective kelsénienne centrée sur le contrôle juridictionnel de la loi dont il faut assurer la pureté du processus de création³⁹ et la perspective de protection des droits fondamentaux centrée sur des contentieux subjectifs et des procédures concrètes⁴⁰. Nous proposons de qualifier la première perspective de conformité et la deuxième de perspective droits-de-l'homme.

Les constitutions des Etats africains prescrivent l'impartialité du juge constitutionnel classiquement dans une perspective de conformité et actuellement dans une perspective droits-de-l'homme et en tout cas, en des termes d'une forte ressemblance. Ces termes concernent la désignation des juges, la composition de la juridiction constitutionnelle et les garanties accordées aux juges.

En général, le juge constitutionnel est désigné par les plus hautes autorités qui dans l'Etat possèdent une légitimité démocratique⁴¹. Il arrive que certains juges soient désignés par les corporations (Avocats, magistrats) conférant ainsi au collège un pluralisme quant à l'origine de ses membres.

Les juridictions constitutionnelles africaines sont souvent composées de 7 à 9 membres⁴² pour un mandat souvent long avec la possibilité d'un renouvellement périodique par tiers⁴³. Les appellations de cours ou de conseils alternent selon la trajectoire historique suivie⁴⁴. Il arrive que le mandat soit renouvelable et les conditions de révocation sont durcies et quasi impossibles à réunir⁴⁵.

³⁹ GREWE, C., « Le statut du Conseil Constitutionnel à la lumière des enseignements de droit comparé », *Annuario liberamericano de justicia constitucional*, N°8, 2004, pp 192-196

⁴⁰ Ibid, p.197.

⁴¹ Président de la République, Président des Assemblées parlementaires. Au Sénégal, ils sont tous nommés par le Président de la République. Deux d'entre eux sont nommés sur une liste de quatre présentée par le Président de l'Assemblée nationale. Au Mali, la diversité de leur provenance est établie mais les nominations sont constatées par un décret du Président de la République.

⁴² 7 au Sénégal, 9 en Centrafrique, 9 au Mali, ... en Afrique du Sud. Le chiffre 9 l'emporte largement, inspiré qu'il est du nombre de membres nommés du Conseil constitutionnel français ou encore du nombre de membres de la Cour suprême des USA.

⁴³ Au Sénégal le mandat est de 6 ans non renouvelable (Article 89 de la constitution, al 6) alors qu'au Mali le mandat est de 7 ans renouvelable une fois en vertu de l'article 1^{er} de la loi N°97-010 du 11 février 1997 portant loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle.

⁴⁴ Conseil constitutionnel au Burkina Faso, au Cameroun, en RCI, au Sénégal, Cour constitutionnelle en Centrafrique, au Togo, au Congo, au Bénin au Mali, Madagascar (Haute Cour constitutionnelle) et en Afrique du Sud. L'appellation de Cour constitutionnelle l'emporte largement.

⁴⁵ Réunion de l'Assemblée générale du Conseil ou de la Cour concerné

Les garanties accordées au juge constitutionnel africains par les constitutions touchent la formation des membres souvent majoritairement juristes et s'étendent à l'inamovibilité, l'irrévocabilité et l'indépendance.

Dans chaque Etat, Une loi organique fournit les détails de l'organisation et du fonctionnement de la juridiction constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle. Il en ressort que le juge constitutionnel dispose d'un traitement souvent enviable et de toute manière au-dessus du besoin⁴⁶. De même, l'exercice de la fonction l'enserme dans des incompatibilités clairement établies⁴⁷. Il en est ainsi de l'exercice de toute fonction élective ou non, susceptible d'exposer le juge concerné à la suspicion légitime. Il ne peut ainsi exercer aucun office ministériel ou donner des avis ou conseils sur des questions sur lesquelles, le collège auquel il appartient, peut être amené à se prononcer.

En général, des textes de déontologie complètent le statut du juge constitutionnel et les rencontres périodiques notamment de l'association des cours et conseils constitutionnels ayant en partage l'usage du français (ACCPUF) facilitent l'absorption et la diffusion des standards.

2- La protection des contours de l'impartialité

L'impartialité du juge constitutionnel épouse deux contours différents que sont l'impartialité personnelle et l'impartialité fonctionnelle. La première est dite subjective parce qu'elle a trait aux sentiments personnels du juge et la seconde est dite objective parce qu'elle concerne la carrière du juge.

L'impartialité personnelle ou subjective du juge constitutionnel est la capacité du juge à ne pas avoir de parti pris dans la contestation qu'il doit trancher. Il faut régler la première supposition portant sur le fait qu'il n'y aurait pas de parties dans le procès constitutionnel dans la mesure où il s'agirait d'une contestation objective qui consiste à trancher la question de savoir si une loi ou une action d'un organe constitutionnel est conforme ou non à la Constitution. En effet dans un contrôle a priori ou un groupe de députés saisit la juridiction constitutionnelle aux fins de déclarer la loi adoptée contraire à la constitution, il y a lieu de considérer que ce groupe de députés a des intérêts à l'encontre desquels se profile la loi déferée. En général, c'est le groupe de députés de l'opposition

⁴⁶ Au Bénin, le traitement du juge constitutionnel ne peut en aucun cas, être inférieur au double de celui accordé aux Ministres.

⁴⁷ Ainsi le juge constitutionnel ne peut être déplacé puisqu'en Général c'est une juridiction unique dans l'Etat concerné. Les conditions de sa révocation par ses pairs sont quasi draconiennes.

qui fait une requête en inconstitutionnalité de la loi adoptée par la majorité. Il en est de même d'une contestation électorale, les requérants sont souvent des candidats qui contestent la régularité du scrutin et le vrai défendeur est souvent le candidat déclaré élu. Enfin en matière d'exception d'inconstitutionnalité, les parties sont clairement déterminées devant le juge du fond et même si la procédure n'est pas contradictoire, le juge constitutionnel tranche, en fait, un litige au sens contentieux du terme. Il arrive même que le peuple soit divisé clairement entre deux positions contradictoires et la décision du juge constitutionnel peut apparaître comme un ralliement à la position défendue par une partie du peuple qu'il s'agisse de la majorité ayant voté la loi ou de l'opposition à l'origine de la saisine. Parfois, le clivage est net et l'agitation empreinte de violences comme au Sénégal en Mars 2024 à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel du recours contre la loi prorogeant le mandat du Président de la République.

C'est pourquoi, l'impartialité personnelle a tout son sens et signifie que le juge n'épousera pas la cause d'une partie ou en tous cas, qu'il opérera la distanciation nécessaire à l'examen serein du cas, qui lui est soumis et surtout, que sa décision n'est pas déterminée à l'avance et sera fonction des arguments développés devant lui en cours de procédure. Cette impartialité est renforcée par la collégialité de l'organe. Chaque juge devra ainsi confronter son opinion à celles des autres et participer à la prise des décisions, lors de la délibération qui se tient sous le sceau du secret. Même si les minutes des décisions sont signées par tous les juges ayant pris part à la délibération, les expéditions de la décision ne sont souvent signées que du président et du fonctionnaire de Greffe commis à cette tâche⁴⁸. La pratique des opinions dissidentes, concurrentes ou des déclarations par lesquelles les juges expliquent leur position n'est pas de mise dans les Etats francophones d'Afrique. L'impartialité personnelle n'est donc pas un état mais la capacité du juge à ne pas faire apparaître ses préférences, ses choix personnels lors du procès constitutionnel dont l'issue n'est point déterminée à l'avance.

L'impartialité fonctionnelle, quant à elle, touche la carrière du juge. Celle-ci ne doit pas l'amener à décider dans une affaire qu'il a connue par le passé et dans laquelle il a joué un rôle déterminant. Si par exemple un juge constitutionnel a été député et a participé à l'adoption d'une loi et que par la suite, cette loi est contestée par la voie de l'exception, la participation de ce juge à l'examen de la constitutionnalité de cette loi crée un risque d'impartialité. De même le juge qui a été membre du gouvernement et qui se trouve en position de régler un conflit de compétence

⁴⁸ Greffier en chef, Greffier audienier ou Chef du Greffe selon le niveau de mise à jour de la juridiction concernée.

entre le gouvernement et le parlement entraîne dans son sillage un risque de partialité qui s'exprime en suspicion d'opinion préconçue⁴⁹. C'est pourquoi, on exige des juges qu'ils prêtent serment dans des termes qui se ressemblent d'un Etat à l'autre. Au Mali, il est fait usage de la formule suivante : « je jure de remplir consciencieusement les devoirs de ma charge dans le strict respect des obligations de neutralité et de réserve et de me conduire en digne et loyal magistrat »⁵⁰.

Comme en général, il ne peut être mis fin aux fonctions du juge que très difficilement, il faudrait dans des hypothèses de risque de partialité⁵¹ que le collège puisse siéger sans lui, sinon sa situation peut déteindre sur l'impartialité de l'organe juridictionnel dans son ensemble. Pour le Conseil constitutionnel français, « nul ne peut être juge et partie. »⁵².

En Afrique, le juge constitutionnel est membre d'un collège dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent à tous. Cette idée est transversale à la quasi-totalité des cours et conseils constitutionnels⁵³.

Dans les démocraties délibératives d'Amérique et d'Europe, on considère que les juridictions doivent inspirer de la confiance aux justiciables. Cette confiance légitime se mesure à l'aune de faits vérifiables⁵⁴ comme la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, l'interdiction des cumuls et des interventions successives du même juge pour permettre d'assurer un « cadre objectivement approprié à un procès équitable »⁵⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme interprète l'Article 6, para.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de manière à prendre en charge les notions diverses telles que l'égalité des armes, le principe du contradictoire et la neutralité par rapport à la situation à juger⁵⁶.

⁴⁹ FRICERO, (N), « Récusation et Abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », Nouveaux cahiers du CC, N°40, Juin 2013, p.45

⁵⁰ Article 2 de la loi organique N° 97-010 du 11 février 1997.

⁵¹ DAVID, (A), *l'impartialité du Conseil constitutionnel*, thèse 2021, para 80, p.56

⁵² CC, décision 2012-286, QPC, 7 décembre 2012, société Pyrénées services.

⁵³ Au Sénégal, en Centrafrique. Les décisions du juge constitutionnels s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et ne peuvent faire l'objet d'aucun recours à l'exception du recours en révision portée devant elle-même.

⁵⁴ TULKENS, (F), « Indépendance et impartialité, responsabilité du magistrat », Editions Panthéons Assas, www.cairn.info, p.154, consulté le 10/04/2024.

⁵⁵ Ibid., p.154.

⁵⁶ L'article 6, para 1 de la CEDH stipule : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

La juridiction constitutionnelle qui ne dispose guère d'un temps suffisant pour statuer, reste confrontée à la contrainte matérielle du délai qui l'amène à n'exercer qu'un contrôle restreint. Il renonce ainsi à soulever des moyens d'office et s'abstient de soulever des questions d'inconstitutionnalité qui n'ont pas été soulevées par les requérants, auteurs de la saisine⁵⁷. Ce faisant, il opère une parcimonie qui l'amène à ne se prononcer que sur des questions soulevées par les parties. Il s'agit là d'une attitude qui consiste à éviter les accusations de « gouvernement des juges »⁵⁸ alors même que l'opération se déroule en contentieux d'ordre public. On peut examiner, au plan concret, comment le juge constitutionnel assume son impartialité ?

B- Une impartialité assumée

Au-delà de la protection dont fait l'objet l'impartialité du juge constitutionnel, celle-ci est effectivement assumée en fait. A travers des exemples tirés des cas de la RCI, du Mali, de la RCA et du Sénégal, on se rend compte que cette impartialité est sensible non seulement dans le pragmatisme du juge constitutionnel (1) mais également dans l'audace dont celui-ci fait montre à certaines occasions (2)

1- Une impartialité assumée à travers le pragmatisme du juge constitutionnel

Les juges constitutionnels ivoiriens et maliens, révèlent à travers leurs décisions, le niveau du pragmatisme atteint par la justice constitutionnelle.

Une première concrétisation de l'impartialité du juge constitutionnel africain peut être inférée de deux décisions du Conseil constitutionnel de la RCI rendues le 3 décembre 2010⁵⁹ et le 04 mai 2011⁶⁰. Dans ces décisions le juge constitutionnel a d'abord proclamé M Gbagbo Laurent président de la république élu en procédant à un « redressement opéré » sur les résultats proclamés par la Commission électorale Indépendante. Il a alors en sa qualité de juge de la régularité des élections, conformément aux articles 32 et 94 de la Constitution, déclaré recevables les requêtes en annulation du vote dans les fiefs du candidat du RDR notamment à Bouaké, Korhogo avant de reconnaître le bien-fondé de la demande. Il a ensuite reconnu les griefs à savoir : l'expulsion des

⁵⁷ ... « la place des considérations extra juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Discours, Irevan, 29 septembre-2 octobre 2005, p.8

⁵⁸ Ibid, p.7

⁵⁹ CC (RCI) N° CI 2010-EP-34/03-12/CC/SG portant proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010.

⁶⁰ CC (RCI) N°CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 04 Mai 2011 portant proclamation de Monsieur Alassane OUATTRA en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire.

représentants du candidat Gbagbo dans les bureaux de vote des départements concernés, le bourrage des urnes, le transport et la falsification des procès-verbaux par les personnes non autorisées, l'empêchement de vote des électeurs, l'absence d'isoloirs lors des opérations de vote et la majoration des suffrages exprimés. Cette situation a conduit à l'annulation du vote dans les circonscriptions litigieuses et au redressement opéré » en faveur du candidat Gbagbo Laurent⁶¹. Ces résultats ont été dénoncés et étaient contraires à ceux proclamés par la CEI, certifiés par le représentant spécial du SGNU et endossés par la CEDEAO et l'UA⁶². Cette décision était entachée de parti pris.

Dans un deuxième temps, le Conseil constitutionnel reconnaissant la crise post-électorale, constate que tant la CEI et les organes supra nationaux y compris le Conseil de paix et de Sécurité de l'UA ont reconnu la victoire du candidat Ouattara. Le Conseil tire les conséquences du caractère contraignant des conclusions du groupe de haut niveau de l'UA pour le règlement de la crise en Côte d'Ivoire et s'appuie sur l'idée que « les normes et dispositions internationales acceptées par les organes nationaux compétents ont une autorité supérieure à celle des lois et des décisions juridictionnelles internes » pour faire « siennes les décisions du Conseil de paix et de sécurité de l'UA sur le règlement de la crise en Côte d'Ivoire » et proclame ainsi Ouattara Alassane comme Président de la République. Il s'agit là d'une décision de pragmatisme qui permet au juge constitutionnel de corriger une décision entachée d'indices de partialité et pour rester dans le jeu.

Sur le plan de la régulation du fonctionnement et de l'activité des pouvoirs publics, la Cour constitutionnelle du Mali a elle dans un arrêt N° 2021-02/CC/ vacance du 28 mai 2021 décidé de l'issue de la vacance provoquée par la démission du Président de la Transition au Mali⁶³.

Cette décision découle d'une affaire complètement inédite. A l'issue du coup d'Etat du 2020 et la promulgation de la Charte de la Transition, non seulement la Cour constitutionnelle n'était pas citée parmi les organes de la transition mais aussi ses attributions avaient été en pratique transférées à la Cour suprême qui avait installé le Président et le vice-président de la Transition

⁶¹ Selon la décision du Conseil constitutionnel les résultats se présentent comme suit : Candidat Gbagbo Laurent 2 054 537 voix soit 51, 45 pour cent, candidat Alassane OUATTARA, 1 938 672 voix soit 48, 55 pour cent.

⁶² Selon la CEI, les résultats du 2^{ème} tour de l'élection présidentielle se présentent comme suit : Ouattara Alassane 2 483 164 voix soit 54, 10 pour cent et Gbagbo Laurent 2167 055 voix soit 45,90 pour cent.

⁶³ Lettre N° 000145 du 27 mai 2021 du Ministre Directeur de cabinet du vice-président de la transition transmettant au Président de la Cour constitutionnelle la lettre de démission en date du 24 mai 2021 du Président de la Transition M BAH NDI AW.

mettant ainsi en veilleuse la Cour constitutionnelle. A l'issue de la démission du Président civil Ba NDIAW, la Cour suprême n'était pas enthousiaste pour installer le vice-président militaire dans les fonctions de Président de la transition. C'est ainsi que le Ministre directeur de cabinet du vice-Président saisit la Cour constitutionnelle jusque-là ignorée. Celle-ci en a profité pour sauver son office d'une disparition probable. Là-dessus, rien dans la constitution ne prévoyait une telle compétence⁶⁴. La Charte de la transition n'a pas prévu l'hypothèse qui lorsqu'elle survint obligea la Cour constitutionnelle à invoqué « un vide juridique »⁶⁵ doublée de la « paralysie et le disfonctionnement des organes de la Transition ». La Cour constate que le Président démissionnaire et le vice-Président de la Transition « ont été désignés ... dans les mêmes formes et conditions et ont prêté la même formule de serment »⁶⁶ et en arrive à la conclusion que « en raison de la vacance de la présidence de la Transition, il y a lieu de dire que le vice-Président de la Transition assume les prérogatives, attributs et fonctions de président de la Transition, chef de l'Etat »⁶⁷.

Cet arrêt a permis au Colonel Assimi GOITA de devenir Président de la Transition, elle a également permis de combler ce que la Cour constitutionnelle a qualifié de « vide juridique ». Elle a permis enfin à la Cour de renaître de ses cendres et de se refaire une place de choix au sein des Institutions. En toute rigueur, la Cour suprême n'est plus sollicitée pour recevoir le serment du nouveau Président chargé de « conduire le processus de transition à son terme »⁶⁸. La Cour a ainsi dans l'intérêt de la paix tranché la question de savoir qui doit continuer à diriger la transition non sans tenir compte de l'état de l'opinion publique dans le sillage du plébiscite quotidien dont bénéficiait le colonel Assimi GOITA. On constate toutefois, que l'impartialité du juge constitutionnel est assumée au prix de l'audace.

2- Une impartialité assumée à travers l'audace du juge constitutionnel

Dans deux décisions relativement récentes, la Cour constitutionnelle de la République Centrafricaine a fait preuve d'impartialité en matière de contrôle de constitutionnalité. Dans la

⁶⁴ L'Article 36 al 2 de la Constitution du 25 février 1992 prescrit « En cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit ou d'empêchement absolu ou définitif constaté par la Cour constitutionnelle saisie par le Président de l'Assemblée Nationale et le premier Ministre, les fonctions du Président de la République sont exercées par le Président de l'Assemblée Nationale

⁶⁵ Considérant 4 de l'arrêt

⁶⁶ Considérant 11 de l'arrêt

⁶⁷ Considérant 13 de l'Arrêt.

⁶⁸ Article, 2, dispositif de l'arrêt.

première espèce, elle a déclaré que « l’abrogation de la constitution et la rédaction d’une nouvelle Constitution est inconstitutionnelle et qu’il convient d’annuler les décrets organisant la rédaction d’une nouvelle constitution... »⁶⁹. Dans cette affaire la Cour constitutionnelle avait été saisie par plusieurs requérants y compris des partis politiques opposés à un processus qui visait l’adoption d’une nouvelle constitution pour ouvrir la voie au troisième mandat du président en exercice. Ce dernier avait donné suite à une série de manipulations en signant des décrets⁷⁰ portant notamment création du comité chargé de rédiger le projet de constitution de la République centrafricaine⁷¹.

Deux parties clairement identifiables s’affrontaient au prétoire. D’une part les partisans du Président de la République et du Président de l’Assemblée Nationale qui voulaient remplacer la constitution du 30 mars 2016 par une nouvelle Constitution et d’autre part l’opposition qui défendait l’idée d’une impossibilité d’organiser le referendum pour l’adoption de la nouvelle constitution. Face aux arguments développés par les protagonistes, la Cour constitutionnelle a identifié trois principales questions de droit à savoir : l’abrogation de la Constitution, la révision de la Constitution et le recours au référendum. Elle a ensuite donné des réponses précises en décidant d’abord que la Constitution ne confère « aucun pouvoir en matière d’initiative d’abrogation »⁷² au Bureau et au Président de l’Assemblée Nationale, ensuite que le Président de la République n’a pas le droit de « mise en place d’une constituante »⁷³. La Cour a également décidé que « dans ces conditions, avoir recours à l’abrogation de la constitution est contraire à l’ordre constitutionnel »⁷⁴. Dès lors la Cour a pu tirer la conséquence que le décret de mise en place d’une constituante est une fraude à la Constitution. Elle a ainsi balayé l’idée d’un soutien populaire en constatant qu’ une pétition ou une manifestation de la société civile en faveur de la révision ne sont pas « l’expression de la souveraineté et de la volonté du peuple »⁷⁵. Elle décide que la mise en place du sénat est indispensable pour opérer une révision de la Constitution et qu’aucune révision ne peut concerner le nombre et la durée du mandat du président de la République. La Cour conclut

⁶⁹ CC, Décision N°009/CCC :22 du 23 septembre 2022 sur les recours afin de constat de l’impossibilité de l’organisation d’une révision de la Constitution ou d’un référendum constitutionnelle et en inconstitutionnalité.

⁷⁰ Les décrets subséquents étaient : Le décret N° 22.367 du 12 septembre 2022 entérinant la désignation des membres du comité chargé de rédiger le projet de Constitution, le décret N°22.372 du 14 septembre 2022 modifiant et complétant certaines dispositions du précédent, le décret N°22.378 du 15 septembre 2022 entérinant la désignation par leurs pairs des membres du Bureau du comité chargé de rédiger le projet de la nouvelle Constitution.

⁷¹ Décret N° 22.348 du 26 août 2022.

⁷² CC, Décision N°009/CCC :22 du 23 septembre 2022 sur les recours afin de constat de l’impossibilité de l’organisation d’une révision de la Constitution ou d’un référendum constitutionnelle et en inconstitutionnalité, p.9

⁷³ Ibid., p.10

⁷⁴ Ibid., p.11

⁷⁵ Ibid, p.13.

enfin qu'en l'état, la loi sur les procédures référendaires n'étant pas adoptée, le référendum est tout simplement impossible.

Il s'agit là d'une décision courageuse, reflet du devoir d'ingratitude du juge gardien de l'ordre constitutionnel.

Page | 722

Un mois auparavant, la Cour constitutionnelle, au prix d'un excès de pouvoir, avait également annulé des actes du pouvoir exécutif y compris un communiqué pour éviter que le pouvoir exécutif ne marchande la nationalité centrafricaine et la résidence en Centrafrique.⁷⁶ Là aussi face à une saisine directe introduites par des requérants, personnes physiques contre des dispositions prises par le Gouvernement, la Cour a contré une politique publique pour préserver l'intégrité du territoire »⁷⁷.

En décidant deux fois de suite, contre des initiatives du pouvoir exécutif ayant le soutien de la représentation nationale, la Cour Constitutionnelle centrafricaine a montré un aspect de l'impartialité dont elle fera les frais quelques temps après⁷⁸.

Plus récemment, le Conseil Constitutionnel du Sénégal a fait preuve d'audace pour assumer son impartialité face à une crise sociale latente⁷⁹. On a pu dire que le conseil a fait montre d'un « dédit jurisprudentiel »⁸⁰.

Dans cette affaire, 57 députés et 7 candidats à l'élection présidentiel ont saisi le Conseil Constitutionnel d'un recours aux fins de faire « déclarer contraire à la Constitution la loi N°4/2024 portant dérogation aux dispositions de l'Article 31 de la Constitution », d'ordonner la poursuite du processus électoral et d'ajuster si besoin la date de l'élection présidentielle pour tenir compte des jours de campagne perdus » et aussi l'annulation du décret N°2024-106 du 3 février 2024 portant abrogation du décret convoquant le corps électoral pour l'élection présidentielle du 25 février 2024. Ces recours faisaient suite à l'adoption d'une loi constitutionnelle reportant les élections et maintenant le président en exercice au pouvoir et la décision du président abrogeant la convocation des électeurs. Donc tout était mis en œuvre pour que les élections n'aient pas lieu à date échue. La

⁷⁶ La Cour constitutionnelle avait alors titré « délibéré conformément à la loi », Voir, CC, Décision N°008/CC/22 du 29 août 2022, p.1.

⁷⁷ Arrêt, p.7

⁷⁸ La Présidente de la Cour a été remplacée dès... 2022 sous prétexte qu'elle était à la retraite de l'Université et que cette retraite entraînait celle de la Cour Constitutionnelle. Mais l'objectif visé demeure la domestication de la Cour.

⁷⁹ CC (Sénégal), Décision N°1/24 du 15 février 2024.

⁸⁰ SOMA, (A), « insurrection juridictionnelle au Sénégal », Afrilex, <http://afrilex.U-Bordeau.fr> consulté le 12 juin 2024

situation créée, avait entraîné des violences dans tout le pays. Non seulement elle aboutissait à proroger le mandat du Président de la République au-delà du délai constitutionnel mais aussi elle violait frontalement les droits des citoyens de désigner leur président et le droit des candidats de se soumettre au suffrage de leurs compatriotes électeurs. De surcroît, la paix sociale et la sécurité juridique étaient compromises. Deux camps s'affrontaient dans la rue et au prétoire. D'une part les opposants au report de l'élection présidentielle et d'autre part le camp du Président de la République, soutenu par la majorité des élus. La population subissait un clivage certain du fait notamment qu'un opposant de taille, Ousmane Sonko avait été exclu de la candidature et condamné alors et qu'un candidat Diomaye Faye était en prison et leur parti politique dissous.

Le Conseil était d'abord confronté à sa propre jurisprudence. Jusque-là, il s'était déclaré incompétent s'agissant de l'appréciation de la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle. Il était constant pour le Conseil qu'il « ne tient ni... de la Constitution ni d'aucune disposition de la loi organique, le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »⁸¹. Décider dans ce sens revenait à laisser libre court aux tenants du pouvoir pour réaliser un coup d'Etat constitutionnel aux conséquences imprévisibles. Le Conseil a pris le parti de l'« inédit constitutionnel »⁸² en décidant que « Le conseil constitutionnel doit toujours être en mesure d'exercer son pouvoir régulateur et de remplir ses missions au nom de l'intérêt Général, de l'ordre public, de la paix, de la stabilité des institutions et du principe de la nécessaire continuité de leur fonctionnement »⁸³. Il en arrive là « au regard de l'esprit et de la lettre de la Constitution »⁸⁴. Dès lors, le Conseil opère le revirement pour asseoir sa compétence sur la Constitution invisible. Il en arrive au constat que la loi de révision querellée est « contraire aux disposition des articles 27 et 103 de la Constitution et au principe à valeur constitutionnelle de sécurité juridique et de stabilité des institutions »⁸⁵. Dès lors, Le conseil indique que le décret qui abroge la convocation des électeurs est privé de base légale et l'annule. Non seulement, le conseil associe à la sécurité juridique, la stabilité des institutions mais il annule un acte administratif généralement classé dans la catégorie des actes de gouvernement. Pour autant, et cela est moins important, le Conseil constate « l'impossibilité d'organiser l'élection présidentielle, à la date initialement prévue » et

⁸¹ CC (Sénégal), Décision, décision du 9 octobre 1998, considérant 12, décision du 11 juin 2003, considérants 2 et 3, Décision du 18 janvier 2006, considérant 3, décision du 18 juin 2009, considérant 1, décision du 12 février 2016, considérant 4 et 5, décision du 9 mai 2018, considérant 6 et 7

⁸² SOMA, (A), Op. ci, P.5

⁸³ CC, (Sénégal) Décision N° 1/C/2024, considérant 19.

⁸⁴ Ibid.,

⁸⁵ Ibid., Considérant 17

« invite les autorités compétentes à la tenir dans les meilleurs délais »⁸⁶. Sur ce registre l'invite du Conseil doit être comprise comme une injonction faite au pouvoir exécutif mais une injonction qui laisse intacte la marge de manœuvre dont le président de la République est porteur⁸⁷.

Cette décision intègre dans sa motivation les déterminants extra juridiques en s'éloignant de l'orthodoxie et en adoptant une posture conséquentialiste⁸⁸ qui déplace le curseur de l'impartialité vers l'adoption par le juge constitutionnel de l'opinion de la majorité des citoyens. Ainsi loin d'être une machine, le juge constitutionnel affiche l'homme tout court avec ses faiblesses, ses préférences exposées aux cris de cœur de ses compatriotes et aux battements de son cœur d'être humain. Mais cette posture montre aussi que l'impartialité du juge constitutionnel est menacée. Ce qu'il convient d'examiner infra

II-UNE IMPARTIALITE MENACEE

Si comme il a été affirmé supra, le juge, en particulier le juge constitutionnel africain, individuellement et collectivement pris, n'est pas une machine insensible, c'est qu'il insère dans sa démarche et dans sa décision, des variables extra-juridiques alors même qu'il ne dispose pas de tous les éléments nécessaires à l'exercice correct de son office. Ainsi son impartialité s'exerce sous l'emprise de la précarité statutaire (A) et dans l'incomplétude procédurale (B).

A- La précarité statutaire

Malgré un statut juridique enviable, le juge constitutionnel est appelé à juger les phénomènes politiques et apporte soit une réponse juridique à une question politique soit une réponse politique à une question juridique. Il est ainsi placé, par la force des choses sous la double influence du politique (1) et de l'opinion publique (2)

1- L'influence avérée du pouvoir politique

Les cours et conseils constitutionnels en Afrique sont organiquement composés de membres dont la désignation s'achève par la nomination par décret du Président de la République. Leur nomination procède de calculs éminemment politiques. Les juridictions constitutionnelles

⁸⁶ Ibid., Considérant 20.

⁸⁷ Sur ce point, saisie à nouveau le Conseil à indiquer une Date, le Président a décidé de tenir l'élection au 24 mars 2024. Cette date a été validée par un communiqué du Conseil. Estimant qu'elle est conforme au délai constitutionnel de fin de mandat du Président de la République fixée au 02 avril. Entre temps, une loi d'amnistie a permis de décriper la situation politique et l'élection d'un Président sorti dix jours auparavant de prison.

⁸⁸ SALLES, S, Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris LGDJ, 2015, p.1

ont aussi une fonction consultative qui les place dans une sorte de lien hiérarchique à l'égard du pouvoir exécutif. Dans la fabrication de leurs décisions, ces juges ne sont pas à l'abri de l'influence des tenants du pouvoir politique.

La tâche est ardue, lorsqu'il existe une discordance de vue entre les pouvoirs exécutif et législatif. Chaque pouvoir invite alors le juge à endosser sa position sur les points faisant l'objet de dispute. Il en a été ainsi lorsque la Cour constitutionnelle du Bénin a été saisie pour contrôler la constitutionnalité de la loi portant création de la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA). La Cour a dans sa décision du 23 décembre 1994, donné raison au parlement d'avoir créé la CENA contre l'avis du Président de la République. En revanche dans sa décision DCC 30-94 du 1^{er} octobre 1994 la CC a rejeté la loi des finances, gestion 1994, dans laquelle les députés avaient fait des amendements pour rehausser le point d'indice salarial, ordonner la réintégration de certains agents et augmenter les bourses d'études au motif que ces matières relèvent du domaine réglementaire. La Cour a longtemps après, dans sa décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010, clarifié l'autonomie financière du Parlement.

L'influence du pouvoir politique est d'autant plus manifeste lorsqu'il y a concordance de vues entre le gouvernement et le parlement. Il est ainsi arrivé que le pouvoir tente d'obtenir une sorte d'oracle blanc-seing pour ses futurs projets. Il en a été ainsi lorsque le 3 avril 2007, la présidente du Conseil constitutionnel du Sénégal, dans son Discours de réception du Serment du Président élu pour un deuxième mandat, a fait l'éloge du 1^{er} mandat de Wade. La doctrine n'était donc pas surprise que le conseil valide la candidature de Wade à un troisième mandat dans sa décision N°3/E/2012 du 29 janvier 2012⁸⁹. De même, le Conseil constitutionnel burkinabé interprété la révision constitutionnelle du 11 avril 2000 comme une réinitialisation du compteur des mandats présidentiels⁹⁰.

L'influence du pouvoir politique se manifeste aussi dans les réserves d'interprétation qui permettent au juge d'accorder le brevet de constitutionnalité à une loi en réalité contraire à la constitution. Le juge affecte ainsi un coefficient de conformité soit en donnant des consignes de réécriture de la loi (réserve constructive), soit en donnant un sens autre à la disposition querellée (réserve neutralisante) soit en donnant des directives pour l'application de la loi (réserve directive).

⁸⁹ DIAKHATE, (M), « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les Etats de l'Afrique noire francophone », in Mélanges en l'honneur de Babacar GUEYE, P.199.

⁹⁰ CC (BF), Décision N° du 14 Décembre 2005.

Ce procédé qui permet d'ôter le venin de la loi révèle la posture du juge constitutionnel qui évite d'avoir à affronter les initiateurs ou les partisans de la loi déferée, à savoir le gouvernement et le parlement⁹¹.

Dans certaines situations, le juge s'inscrit dans la lignée d'une complicité à peine voilée avec le pouvoir en place dans le souci du maintien et de la reproduction du système. C'est ainsi que Le 30 avril 2018, vu la non tenue des élections législatives à l'issue du deuxième report autorisée par elle, la CC gabonaise a mis fin à la 12^{ème} législature (2011-2016). Le 14 novembre 2018 la Cour gabonaise prétextant d'une lacune dans la constitution a décidé de combler l'article 13 de la constitution par l'ajout d'un alinéa réglant le cas de l'indisponibilité temporaire du Président de la République permettant ainsi au Président Ali Bongo ODIMBA de rester au pouvoir malgré sa maladie et son long traitement à l'étranger. Le vrai motif de cette décision était d'éviter la vacance de la fonction de Président de la République alors même que le titulaire avait été victime d'un Accident V Cerebral (AVC)⁹². Cet arrêt qui sert le pouvoir en place crée en même temps un mécanisme spécial de suppléance du Président de la République sous tutelle de la Cour constitutionnelle.

En RDC, L'arrêt 262 du 11 mai 2016 a permis au Président de la République en fonction de rester jusqu'à l'installation effective du nouveau président assurant ainsi la prépondérance de l'évitement du vide institutionnel sur l'impératif de périodicité des élections. Cette prépondérance acquiert une netteté particulière dans l'arrêt 0338 du 17 octobre 2016, dans lequel, à la demande de la CEN, La Cour constitutionnelle a constaté l'impossibilité d'organiser les élections et à autoriser le report des élections, celles n'ont eu lieu que le 30 décembre 2018. Pendant ce temps, le Président Kabila a gardé les rênes du pouvoir. Sur ce registre, la Cour constitutionnelle de Guinée a, le 10 janvier 2019, constaté l'impossibilité d'organiser les élections législatives et autoriser le Président de la République de prendre le 11 janvier un décret de prorogation du mandat des députés jusqu'à l'installation de la nouvelle AN.

Si la décision du juge n'est pas du gout du pouvoir en place, celui-ci peut aller jusqu'à remettre en cause la délibération⁹³. Dans la même veine, les pressions qui entament l'indépendance

⁹¹ NAREY, (O), « Le pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel » in Les transformations de l'Etat, mélanges en l'honneur de Babacar Gueye, PUT 1 Capitole, p.450

⁹² CC (Gabon), Arrêt N°219 du 14 novembre 2018

⁹³ OWONA (MR), « L'autorité de la chose jugée des décisions du juge constitutionnel en Afrique », In NAREY, Oumarou, 2016, p 421, note qu'« Au Cameroun par exemple, malgré une décision d'inconstitutionnalité N°

et sont des causes de partialité ont conduit à la démission du Président du Conseil constitutionnel Sénégalais, le juge Kéba BAYE⁹⁴ ou conduit à la nomination du Président du Conseil dans des fonctions gouvernementales⁹⁵.

Comme une faiblesse du mandat, le pouvoir politique utilise aussi la déchéance du Président de la juridiction constitutionnelle. La déchéance est inhérente à tout mandat, et dans l'ambiguïté des textes⁹⁶ Une telle déchéance est survenue en République centrafricaine⁹⁷ en RCI⁹⁸. Le comble c'est la dissolution de la juridiction constitutionnelle entière. Le cas unique en son genre est survenu au Niger où le Président Mahamadou Tanja a Dissout la Cour constitutionnelle le 29 juin 2009 pour avoir donné un avis contre la révision de la constitution de la 5ème République puis pour avoir déclaré l'adoption de ladite constitution contraire à la constitution.

Dans les cas évoqués supra, l'influence exercée sur le juge constitutionnel par les tenants du pouvoir politique est réelle. Cette influence s'exerce d'abord de manière sournoise pour amener le juge à coopérer. S'il résiste, l'influence s'exerce ensuite sur sa condition en jouant sur les privilèges et avantages⁹⁹. Si la résistance de la juridiction ne fléchit pas, le pouvoir peut essayer de faire quitter le ou les juges résistants. Au pire des cas, la dissolution peut survenir.

On le voit, l'influence se traduit en pression de toutes natures. Elle touche surtout l'indépendance du juge. Il se trouve que l'indépendance est la condition de l'impartialité. Une fois que celle-ci est entamée, celle-là peut être difficilement indemne. Le pouvoir politique qui est toujours partie au procès constitutionnel tente souvent de faire porter son opinion par le juge qui s'il n'y prête attention peut devenir partial alors qu'en justice, l'opinion du juge impartial se forme par sédimentation, en cours de procès et découle des moyens et conclusions débattus par-devant

001/CC/02 du 28 novembre 2002, le Président de la République promulgue la loi le 2 décembre 2002 au Numéro 2002/5

⁹⁴ Démission du juge Kéba MBAYE en mars 1993. En Novembre 2011 Drissa Traoré a été démis de ses fonctions de Président du Conseil constitutionnel par le Président Blaise Compaoré

⁹⁵ Youssoupha Ndiaye, président du Conseil constitutionnel est nommé ministre des Sports avec « avis conforme » du Conseil statuant à 3 membres sur 5 dont lui-même voir décision N°89/2002 du 5 novembre 2002.

⁹⁶ Les textes constitutionnels qui organisent la déchéance des juges constitutionnels exigent tout au moins un vote des membres du Conseil ou de la Cour mais sont muets sur le point de savoir si le président de la République a un tel pouvoir. Du moment qu'il nomme, le parallélisme des formes voudraient qu'il puisse révoquer.

⁹⁷ L'exécutif centrafricain, en 2023, pour sanctionner l'intransigeance de la Présidente de la Cour constitutionnelle a prétexté de la retraite de l'intéressé à l'Université pour soutenir que cette retraite vaut fin de mandat

⁹⁸ En 2011, après être passé d'un extrême à l'autre, le Président du Conseil Constitutionnel YAO NDRE a été remplacé par le Président de la République Alassane Ouattara.

⁹⁹ CANTO-SPERBER, (M), « la Vertu individuelle, modèle politique » in Justice, L'obligation impossible in BARANES, W et FRISON-ROCHE, M-A (Dir.) soutient que « la Richesse pervertit l'exercice du pouvoir et altère la réalité de la justice », Editions autrement, nos valeurs, 1994, p.37.

son office. Dès lors toute action entreprise par le pouvoir politique et destiné à provoquer la décision du juge dans un sens quelconque est une menace à l'impartialité du juge constitutionnel.

Il est vrai que le juge constitutionnel participe à cette entreprise. Il Peut prêter le flanc à la vassalisation en évitant de soumettre le pouvoir politique au gouvernement des juges¹⁰⁰. Il peut aussi choisir la résistance en connaissance de cause. Mais le juge constitutionnel subit aussi, l'influence de l'opinion publique quoique moins apparente. Page | 728

2- L'influence supposée de l'opinion publique

Les cours et conseils constitutionnels rendent la justice au nom du peuple qui seul est souverain. En ce sens, la juridiction constitutionnelle se présente comme un représentant du peuple¹⁰¹. Le peuple désigne restrictivement l'ensemble des personnes qui détiennent dans l'Etat les droits politiques fondamentaux¹⁰². A ce titre, il détient en dernière instance la souveraineté qui est le pouvoir de dernier mot. L'expression de ce dernier mot se manifeste dans le contexte démocratique par « un travail de pluralisation ... » dépendant de la « perception sociale de l'action et du comportement des institutions »¹⁰³ à travers l'opinion publique. Celle-ci est le baromètre du degré d'acceptation des décisions prises par les organes décisionnels. Elle s'exprime à travers plusieurs figures dont les plus importantes sont les citoyens capables de faire croire et faire agir¹⁰⁴, les groupes d'intérêt et dans une large mesure l'opposition « constituée de l'ensemble des partis, alliances de partis ou groupes de partis politiques qui, dans le cadre juridique existant, ont choisi de professer pour l'essentiel des opinions différentes de celles du gouvernement en place et de donner une expression concrète à leurs idées dans la perspective d'une alternance démocratique »¹⁰⁵.

L'examen de trois cas dans lesquels, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a été amenée à prendre des décisions montre que le juge en cette matière n'est pas insensible au contexte sociétal. Les confessions d'un juge atypique l'attestent¹⁰⁶. Albie SACHS nommé à la Cour

¹⁰⁰ LAMBERT, E, le gouvernement des juges, ...1921, p.

¹⁰¹ Rousseau, (D), GAHDOUN, P-Y, BONNET, J, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11 –me édition, 2016, p, 808..

¹⁰² ARNAUD, A-J, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, p.438

¹⁰³ ROSENVAILLON, (P), *la légitimité démocratique, impartialité, Réflexivité, Proximité* », Seuil, 2008, p.19.

¹⁰⁴ CISSE, A. « Citoyenneté, Ethique et Leadership en Afrique », *Mélanges en l'honneur de Babacar KANTE*, L'Harmattan Sénégal, 2017, p.915

¹⁰⁵ Article 2 de la loi béninoise N°2001-36 du 14 octobre 2002, portant statut de l'opposition.

¹⁰⁶ SACHS, (A), *l'étrange alchimie de la vie et de la loi* , PULP, 2008, 225p

constitutionnelle en 1994 avait participé en 1991 à la marche des fiertés des Gays et des lesbiennes et avait même pris la parole à cette occasion. Plus tard, la Cour constitutionnelle a été saisie par le biais de l'exception sur la question de l'inconstitutionnalité de la loi sur le mariage à l'égard des homosexuels. Albie était chargé de rédiger la décision de la Cour. Il semble avoir gardé sa lucidité car il soutient que : « les cours et tribunaux doivent, dans la mesure du possible, chercher à interagir avec la population tout entière, sans diviser la nation entre progressistes et réactionnaires, libéraux et conservateurs, sans opter pour telle ou une autre, ce qui intensifierait les divisions et aurait pour conséquence que les adversaires se chamaillent sur les décisions de justice »¹⁰⁷. Dans sa décision, adoptée à l'unanimité, la Cour a tenu compte de l'égalité, du respect de la diversité et du poids des discriminations ayant marqué la société sud-africain comme l'esclavage, la colonisation, l'apartheid pour déclarer que la loi sur le mariage de 1961 qui excluait le mariage civil des personnes de même sexe était contraire à la constitution mais en connaissance de de cause, la Cour a estimé qu'il revenait au parlement de modifier la loi et lui a donné un an pour ce faire. Cette décision¹⁰⁸ comportait également le risque que le parlement n'adopte pas la loi dans le délai imparti par la cour. C'est pourquoi, la Cour a inséré dans sa décision qu'advenue le terme imparti, la loi sur le mariage devait être lue comme valable pour le mariage des homosexuels. Elle a ainsi neutralisé les termes mari et femme en prévoyant qu'ils devaient être lus avec l'adjonction « ou époux ». La cour a ainsi inséré une sous page de sécurité tout en respectant la compétence du parlement qui était invité d'organiser de larges concertations inclusives pour tenir compte de l'avis de l'opinion publique. Dans la même décision la Cour a réservé le droit des agents publics dont la conviction religieuse leur servait de frein, de ne pas être sollicités pour célébrer un mariage homosexuel. Dans cette affaire, l'intervention des *amicus curiae* montre l'attention accordée à la Cour à l'expression de l'opinion publique.

L'opinion publique s'est invitée également dans le traitement du procès des discriminations concernant les droits des femmes musulmanes. Dans une affaire Daniels¹⁰⁹, la Cour constitutionnelle a jugé que la privation d'une femme veuve musulmane de percevoir la pension était une discrimination contraire à la constitution. Pourtant jusque-là, le droit en vigueur ne reconnaissait que le mariage chrétien. Les femmes musulmanes en particulier étaient considérées comme des concubines. On constate que la loi n'a pas changé mais elle a été interprétée par la

¹⁰⁷ Ibid, p.169

¹⁰⁸ Ministry of Home Affairs and another V. Fourie and others. 2006 (3) BCLR 355. (CC) 2006 (1) SA 524 (CC)

¹⁰⁹ Daniels V Campbell and Others 2004.

Cour de manière à ce que les parties à un mariage musulman soient bénéficiaires des droits subséquents. En procédant ainsi la Cour rétabli les communautés musulmanes et au-delà les indous, dans leur droit dans une société ouverte et plurielle.

De même dans l'affaire Mme Grootboom¹¹⁰, le problème posé est important. Il concerne la justiciabilité du droit au logement, véritable droit -créance. Mme Grootboom et 500 autres familles occupant des habitats insalubres dans le Cap Town, ont été délogées de force. En désespoir de cause et craignant les intempéries à venir, les mêmes familles se sont installées dans un air de jeu et ont actionné la commune en saisissant la haute cour qui a déclaré que le droit des enfants au logement inséparable des parents était un droit constitutionnel que l'Etat doit garantir. L'affaire fut portée devant la Cour constitutionnelle par la voie de l'exception. L'Etat défendait son ambitieux plan de logements sociaux et prétendait n'avoir que des obligations de moyens dans les limites du budget alors que les familles soutenaient que l'Etat avait l'obligation de les loger au risque de bafouer leur droit à la dignité. On le sait la proportion de pauvres est très élevée en Afrique du sud et reste inséparable de l'héritage de l'apartheid et de la fracture raciale. Ce fut l'occasion pour la Cour de se prononcer sur les droits économiques et sociaux. Elle a ainsi décidé que le programme gouvernemental de logement « ne comportait aucun plan complet d'aide urgente pour des cas de personnes sans abri et en situation d'extrême désespoir, telles les victimes de catastrophes naturelles ou les personnes se trouvant dans la situation de Mme Grootboom »¹¹¹. En conséquence, la cour a jugé que « l'État avait « manqué à son devoir de prévoir dans les limites de ses ressources, des mesures raisonnables pour les personnes... qui n'ont pas accès à des terres, qui sont sans toit, ou qui vivent dans des conditions intolérables ou dans une situation de crise »¹¹². Comme le reconnaît le juge Albie, dans cette affaire, « En cherchant une méthodologie à la fois de principe et effective, nous avons été fortement influencés par l'observation – ou plutôt la conviction – qu'il fallait interpréter les droits *de la Bill of Rights* de manière à reconnaître leur interconnexion et Interdépendance »¹¹³.

Lorsque les revendications catégorielles sont menées à travers les canaux de la justice, la confiance en l'office du juge interpelle son impartialité. A défaut, les réclamations se muent en contestation et la confrontation est portée dans les rue où se déchainent les violences aux

¹¹⁰ Government of the RSA and Others V. Grootboom and Others, 2021.

¹¹¹ SACHS, (A), Op.cit., P118.

¹¹² SACHS, (A), ibid., p.119.

¹¹³ Ibid., p.120

conséquences imprévisibles. Dans ces conditions, le juge constitutionnel peut passer d'un extrême à l'autre au nom de son devoir de pacification. Il en a ainsi été le cas pour le Conseil constitutionnel du Sénégal en 2024 au sujet du report des élections. Mais l'impartialité du juge constitutionnel est également menacée par l'incomplétude procédurale.

B- L'incomplétude procédurale

Parce qu'elle mobilise les parties qui déploient arguments, moyens et preuves pour emporter la conviction, la procédure est un déterminant de l'impartialité du juge constitutionnel. La procédure contentieuse ou non, suivie en matière constitutionnelle a été créditée d'un coefficient pacificateur grâce à « l'extrême ouverture de la saisine de l'organe de contrôle »¹¹⁴. Mais à l'examen, non seulement la procédure suivie par-devant le juge constitutionnel manque certaines garanties que procure le droit comparé (1) mais aussi, cette procédure reste marquée par la prévalence de l'inquisitoire (2)

1- Des garanties procédurales manquantes

Il existe au moins deux garanties procédurales qui sont manquantes à l'office du juge constitutionnel africain. Ce sont l'abstention et la récusation.

A l'origine, Ces deux mécanismes sont inopérants dans le contrôle a priori de constitutionnalité¹¹⁵. En France le contrôle a posteriori ne s'est développé qu'à partir de la réforme de 2008¹¹⁶ entrée en application en 2010¹¹⁷ sous le nom de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

La récusation est une garantie contre le soupçon avéré de partialité. Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel français pour les questions prioritaires de constitutionnalité dispose : « Une partie ou son représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement

¹¹⁴ BININGA, (A-A W), *Les mutations constitutionnelles en Afrique noire francophone*, L'Harmattan, Congo-Brazzaville, 2019, p.228

¹¹⁵ FRICERO, (N), « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, N°40, juin 2013, p.

¹¹⁶ La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 est l'aboutissement d'un long processus depuis le projet Badinter (1990), le comité Vedel (1993) et le comité Balladur (2007).

¹¹⁷ La réforme qui introduit la QPC est entrée en vigueur le 1^{er} Mars 2010. Pour une vue d'ensemble de ce mécanisme voir, DE VILLIER, (M) et le DIVELLE, (A), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 9^{ème} édition Sirey, 2013, p.298.

motivé accompagnées de pièces propres à la justifier »¹¹⁸. Les premières récusations au Conseil Constitutionnel ont eu lieu le 17 mai 2011 contre 6 sur 11 membres¹¹⁹ accusés d'exercice successif de fonctions législatives et juridictionnelles mettant fortement en doute les règles du procès équitable selon la jurisprudence de la CEDH¹²⁰. La demande de récusation est écrite et enregistrée au Secrétariat Général du Conseil avant la date fixée pour les premières observations¹²¹. Elle est communiquée au membre concernée. En cas de résistance, elle est examinée par le Conseil sans la participation du membre concerné¹²².

Le fait est qu'il n'existe pas de réglementation donnant la possibilité aux requérants d'obtenir qu'un juge soupçonné de partialité ne participe pas à l'élaboration et l'adoption de la décision de la juridiction constitutionnelle¹²³. S'il en était ainsi, par exemple devant la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, dans l'affaire Fourie, le juge Albie Sachs qui avait participé à une marche des fiertés aurait pu être récusés. Mais non seulement, il n'a pas été récusé, mais il a été désigné pour rédiger la décision de la Cour alors qu'en espèce, il n'est pas possible de dire que le juge Albie n'avait pas de sentiment ou de position sur la question de l'homosexualité.

Quant à l'abstention ou le déport, c'est une garantie déontologique de l'impartialité permettant à tout juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir, de ne pas prendre part au jugement dans une affaire déterminée. La règle est posée par le règlement QPC, article 4, al 1 : « tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le Président ». L'abstention peut être fondée sur les motifs de récusation mais c'est aussi et surtout une question de conscience qui ressortit du pouvoir discrétionnaire du membre concerné. Mais envisagée comme obligation déontologique, elle fait peser sur ledit membre une obligation si l'affaire implique l'un de ses proches ou une personne

¹¹⁸ Règlement QPC, art 4 al 2. Décision du 4 février 2010, JO du 18 février 2010, p.2986

¹¹⁹ Le Président du Département Saône-et-Loire M. Montebourg demandait la récusation de :

- M le Président du Conseil, Jean Louis Debré qui était Président de l'AN au moment de l'adoption des lois objets de la QPC et qui de ce fait a joué un rôle actif dans l'adoption desdites lois ;
- M Jacques Chirac, Président de la République à l'époque de l'adoption des lois en cause et qui de ce fait avait été initiateur des textes ;
- Michel Charasse et Hubert Haenel, sénateurs au moment de l'adoption des lois concernées par la QPC ;
- Jacques Barrot, Député et Président du groupe parlementaire UMP au moment de l'adoption des Lois.

¹²⁰ CEDH, 8 février 2000, Mc Gonnell c/Royaume Uni, Req N° 28488/95

¹²¹ Règlement QPC, Article 4, al 2

¹²² Règlement QPC, Article 4, al 3

¹²³ MULLER-QUOI, (I), « Théorie de l'apparence et mise en scène de l'impartialité : A propos de l'application de l'Article 6 de la CESDH par la Cour Européenne des droits de l'Homme » in RUDE, A (dir), le procès enjeu de droit, enjeu de vérité, PUF, 2007, p.111.

avec laquelle, il entretient des liens d'amitié, de proximité ou d'inimitié sans attendre une éventuelle récusation.

L'abstention est un remède au soupçon d'opinion préconçue et complète la récusation qui n'est qu'une faculté que les parties ne sont pas obligées d'exercer et qui même exercée ne garantit pas le résultat au regard de l'article 4 al 4 du Règlement QPC¹²⁴. Là encore, dans l'affaire Fourie, Le juge SACHS de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, même sans être récusé, aurait dû s'abstenir car sa participation notamment à la marche des fiertés signale qu'il avait une opinion préconçue de l'inconstitutionnalité de la disposition de la loi sur le mariage au regard de la discrimination quant à l'orientation sexuelle.

Une dernière garantie d'impartialité concerne le renvoi pour suspicion légitime mais qui ne peut s'appliquer à une juridiction constitutionnelle qui constitue à elle seule un ordre de juridiction.

Les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles font mention des juges qui ont siégé dans chaque affaire. Mais lorsqu'un ou plusieurs juges n'ont pas siégé, le motif pour lequel, ils n'ont pas siégé n'est pas révélé. On ignore s'ils se sont abstenus ou s'ils ont été récusés. Il s'y ajoute qu'en général, les décisions rendues sont publiées sous la forme d'expéditions ne comportant que la signature du Président et du Greffier audencier. Il se trouve que seules les minutes des décisions conservées au Greffe de la juridiction constitutionnelle contiennent les signatures des membres ayant participé au délibéré. Le fait que toutes les pages de ces minutes soient paraphées par lesdits juges ne sert que la logique de la validité et de l'authenticité. Souvent la mention que le Secrétaire Général et le président sont les seuls signataires est portée au bas de la décision. Il en a été ainsi de la décision N°CI 2011-EP6036/04-05/CC/SG du 04 mai 2011 du Conseil constitutionnel de la RCI où on trouve la formule « Assistés du Secrétaire Général du Conseil Constitutionnel, qui a signé avec le Président ».

Il arrive que l'absence d'un membre soit signalée dans une décision rendue par une juridiction constitutionnelle africaine. Mais dans ce cas, ce qui est pris en compte c'est plutôt l'impératif du quorum pour délibérer. C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel du Sénégal a dans sa décision N°1/C/2024 du 15 février 2024, indiqué sur la composition du Conseil : « Considérant

¹²⁴ « Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation »

que le Conseil Constitutionnel constatant l'absence d'un de ses membres, peut, conformément aux dispositions de l'Article 23 de la loi organique N°2016-23 du 14 juillet 2016, relative au Conseil constitutionnel, valablement délibérer et statuer »¹²⁵. Dans la mesure où les audiences du Conseil ne sont pas publiques et que la décision ne mentionne pas le motif de l'absence d'un membre, il aurait été plus rigoureux de servir l'impératif d'impartialité d'autant plus que le membre concerné M. Cheikh NDIAYE était soupçonné de partialité au sujet de la liste des candidats à l'élection présidentielle¹²⁶. Il est vrai que l'Article 23 de la loi organique en question pose l'exigence que le Conseil ne peut délibérer qu'en présence de tous ces membres sauf empêchement temporaire. Il demeure que le cas échéant, le Conseil peut siéger à quatre membres. On peut constater que la loi sur le Conseil n'aménage rien sur la récusation et rien sur l'abstention alors que ces hypothèses visent à renforcer l'impartialité des membres de la Juridiction constitutionnelle devant laquelle, il faut regretter enfin la prévalence de la procédure inquisitoire

2- La prévalence de la procédure inquisitoire

La procédure désigne au sens étroit, l'ensemble des formalités qui doivent être suivies pour parvenir à une solution juridictionnelle selon le cas¹²⁷. Devant la juridiction constitutionnelle, on distingue les procédures de saisines, celle d'instruction ou de mise en état, celles de jugement y compris les débats et du prononcé et les procédures d'exécution de la décision. Il y a lieu de noter que les procédures varient selon la matière. La demande d'avis diffère du contrôle a priori qui diffère de la matière électorale qui se distingue de la procédure du renvoi en matière l'exception d'inconstitutionnalité. Quoi qu'il en soit, d'un point de vue méthodologique, on peut classer les procédures en deux catégories à savoir celles qui réservent le rôle principal aux parties dans le déclenchement et la conduite de l'instance qu'on peut qualifier de procédure accusatoire¹²⁸ et celles qui réservent le rôle principal au juge et qu'on peut qualifier d'inquisitoire¹²⁹. Les cours et conseils constitutionnels africains font usage de la procédure inquisitoire et confient l'essentiel du travail à un Rapporteur, qui procède à l'instruction, prépare le Rapport et présente le projet d'arrêt ou de décision discuté et adopté en plénière¹³⁰.

¹²⁵ CC, Décision N°1/C/2024 du 15 février 2024, Para 4.

¹²⁶ <https://www.seneweb.com>, consulté le 16 septembre 2024.

¹²⁷ Lexique des termes juridiques, 18^{ème} édition, Dalloz, 2018, p.638.

¹²⁸ Lexique des Termes juridiques, Ibid., p.638

¹²⁹ Lexique des Termes juridiques, ibid., 641.

¹³⁰ LUAPE, EPOTU, (E.B), *Procédure devant la Cour constitutionnelle congolaise, esquisse judiciaire ou politique*, L'harmattan RDC, 2023, p.83.

L'exemple du Mali illustre cette prépondérance de l'inquisition. La loi N°97 010 du 11 février 1997 portant loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle dispose en son article 23 que « la procédure devant la Cour constitutionnelle est écrite et gratuite. Les débats ne sont pas publics ». De même, selon l'article 36 de cette loi : « le Rapporteur procède à l'instruction de l'affaire et rédige un rapport ». Le Rapporteur peut ordonner des enquêtes, se faire communiquer des documents, délivrer des commissions rogatoires, recevoir les déclarations de témoins et dresser des Procès-verbaux¹³¹. En cas de saisine parlementaire, la Cour invite le chef de gouvernement à faire parvenir les observations du gouvernement et l'arrêt n'est ni délibéré ni prononcé en public¹³². Le règlement intérieur de la Cour du 28 août 2002 qui remplace celui du 21 décembre 1994 reprend le caractère écrit et gratuit de la procédure ainsi que la règle que les débats ne sont pas publics¹³³.

Le trait principal qui transparait est la place réduite réservée au principe du contradictoire dans la procédure devant la juridiction constitutionnelle. Le contradictoire résulte de l'adage : « *audi alteram partem* » qui veut dire « écouter l'autre partie » souvent assimilé au principe de l'égalité des armes entre les parties. Ce principe est codifié en France par les dispositions de l'Article R 778-5 du code de justice administrative voudraient que « le juge statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale » et celle de l'Article 16 du code de proc civile : « le juge doit en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». L'absence de débats publics montre que la transparence est reléguée par les règles qui amènent le juge constitutionnel africain à statuer généralement à huis clos¹³⁴ alors que dans les procès civil et pénal, le huis clos ne doit être ordonné que si la publicité du procès risque de porter atteinte à la vie privée des personnes ou en cas de survenance de troubles de nature à porter atteinte à la sérénité de la justice.

Dans le procès en exception d'inconstitutionnalité, les cours et conseils constitutionnels reçoivent le dossier sur renvoi¹³⁵. Les juridictions constitutionnelles reçoivent alors le dossier quasi complet contenant les moyens soulevés et même les observations de l'autre partie sur le renvoi

¹³¹ Loi N°97 010 du 11 février 1997, Article 37

¹³² Loi N°97 010 du 11 février 1997, Article 50

¹³³ Règlement intérieur de la CC, Articles 3, 7 et 9.

¹³⁴ LUAPE, EPOTU, (E.B), *Procédure devant la Cour constitutionnelle congolaise, esquisse judiciaire ou politique*, L'harmattan RDC, 2023, p.38

¹³⁵ Soit des juridictions suprêmes à savoir le CE et la cour de Cassation comme au Sénégal soit de toute juridiction devant laquelle l'exception a été soulevée comme en République de Guinée.

sollicité. Dans ce cas, les parties ne comparaissent pas devant la juridiction constitutionnelle qui se contente de trancher la question de constitutionnalité soulevée. Là encore, on le voit le principe du contradictoire et son corollaire d'armes égales sont floués. La non prise en compte du principe du contradictoire est plus flagrante dans l'exercice de la fonction consultative. Dans ce cas, au vu de la demande d'avis et après l'instruction menée par le Rapporteur, la cour ou le conseil concerné rend son avis. Et pourtant, si l'avis ne traduit pas l'existence d'un litige, il en cache un en réalité. Par exemple, le Conseil constitutionnel du Sénégal a rendu un avis le 10 juillet 2024 permettant au Président de la République de dissoudre l'AN¹³⁶. Cette dissolution survenue le 12 septembre 2024 est l'aboutissement d'un vrai contentieux entre le Président de la République dont le projet de révision de la Constitution pour supprimer le HCCT et le CESE a été repoussé par un vote de l'AN. Une instruction contradictoire aurait permis de comprendre et approfondir la réflexion sur l'opposition entre le Président de la République et l'Assemblée nationale. La demande d'avis a été déposée le 5 juillet et l'avis a été rendu le 10 juillet soit un temps d'instruction de 5 jours. Ce délai trop court pour deux questions posées¹³⁷. Alors qu'en matière de dissolution, la Constitution ne prévoit pas la consultation du Conseil constitutionnel, celui-ci rend un avis pour neutraliser le dispositif du parrainage dans son paragraphe 20 pendant que les paragraphes 7 et 11 de l'avis semblent se contredire en maintenant le mandat des députés et en mettant fin à la législature. Il y a là des indices de partialité, l'objectif du Conseil étant de rester en phase avec les nouveaux maîtres de l'arène politique. Il a été soutenu que : « L'impartialité, c'est la conscience par le juge de ses préjugés et partis pris et son ouverture au-delà de ceux-ci aux arguments qui lui sont présentés »¹³⁸.

Aux fondements d'une justice qu'on pourrait qualifier de non contradictoire, se trouve, le poids des coutumes, la prégnance de la morale politique et les conséquences inattendues¹³⁹. L'office du juge constitutionnel assure la « prédominance de la forme sur le fond »¹⁴⁰ et renvoie l'image d'un juge constitutionnel domestiqué qui « use de la délicatesse politique pour déclinier

¹³⁶ CC (Sénégal), Décision N 2/C/2024.

¹³⁷ La Cour a été saisie sur deux questions. La première « Quelle est l'avis de votre juridiction sur la date à partir de laquelle une dissolution légale de l'AN peut être prononcée par le Président de la République ? La Deuxième : « A partir de la date de la dissolution légale de l'AN, quelle serait la date butoir pour organiser des élections législatives anticipées ? »

¹³⁸ DAVID, A, « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux a priori à la QPC », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux en ligne 12/2014, p.124.

¹³⁹ LUAPE, EPOTU, (E. B), Op. Cit, identifie la coutume, la philosophie morale et l'épistémologie phénoménal, P..22 à 32.

¹⁴⁰ LUAPE EPOTU, (E.B), Ibid., p.15

ses compétences à tout bord »¹⁴¹. Dans l'exercice de son office, le juge constitutionnel se dit souvent incompetent et lorsqu'il est compétent, il déclare les recours irrecevables alors même que « le centre de toute justice est la plaidoirie des parties et le jugement... »¹⁴². On est ainsi privé du fond qui porte sur l'objet et qui en ce sens, est un impératif catégorique. Le juge constitutionnel accorde trop d'importance au sujet en vérifiant si l'auteur de la saisine a la qualité pour agir, s'il a observé les délais et les modalités techniques de la saisine. Ainsi le juge rejettera, en matière électorale, une saisine faite au nom d'un candidat par ses avocats au motif que la requête n'a pas été signée par le candidat. A l'étape de l'instruction, dans la plupart des cas, les *amicus curiae*¹⁴³ ne sont pas d'usage courant et comme les débats lors des délibérations ne sont pas publiques, il est difficile de savoir quelle était l'opinion de chaque juge avant que l'opinion de l'ensemble de la juridiction ne soit formulée. Au sein des juridictions constitutionnelles francophone, le poids des habitudes fait qu'il n'y a ni opinion dissidente, ni opinion individuelle, ni déclaration séparée d'un ou de plusieurs juges. C'est là que le juge constitutionnel individu se confond au juge constitutionnel, organe pour diluer les choix.

Conclusion

Au total, l'impartialité comme qualité, comme obligation et aussi en tant qu'état d'esprit, s'applique au juge constitutionnel dans l'exercice de son office. En tant qu'obligation déontologique, l'impartialité est largement proclamée dans les constitutions, lois organiques relatives au fonctionnement des cours et conseils constitutionnels ainsi que dans les règlements intérieurs et les chartes des obligations déontologiques. Elle reste entourée par l'indépendance qui en est inséparable et avec laquelle son découplage reste malaisé. L'indépendance est une condition de l'impartialité. Les juges constitutionnels individuellement et collectivement, au risque d'un activisme judiciaire qui frise le gouvernement des juges, essaient d'assumer cette obligation quitte

¹⁴¹ Ibid., P.16.

¹⁴² Ibid., p.16

¹⁴³ Le lexique des termes juridiques, 18^{ème} édition, Dalloz 2011, p. 53 définit l'*amicus curiae*, comme une Personnalité faisant autorité dans un domaine d'activité et qu'une juridiction prend l'initiative, exceptionnelle, car non prévue par les textes en vigueur d'entendre comme ami de la cour et non comme témoin ou expert pour connaître son opinion sur le problème débattu devant elle, en vue de garantir, grâce à ses lumières, un procès équitable.

des fois d'apparaître tel un valet politique et technique¹⁴⁴ dont « le pouvoir de dernier mot » reste contesté¹⁴⁵.

Sous ce rapport et compte tenu des influences subies à la fois des pouvoirs exécutifs, législatifs et même de l'opinion publique, la figure du juge constitutionnel reflète le mal aimé, obligé qu'il est, d'assurer le rôle pacificateur et réformateur que les textes lui confèrent avec les conséquences inattendues que l'on sait¹⁴⁶. Pour ce faire, le juge constitutionnel, qui est un homme avec ses faiblesses et ses vertus se voit imposer une procédure empreinte d'inquisition, enserrée dans des délais contraignants, qui l'amène à favoriser les considérations de forme au détriment du fond avec à la clé des décisions d'incompétence¹⁴⁷ et d'irrecevabilité qui jettent le discrédit sur son impartialité. Les instruments méthodologiques dont ils disposent demeurent incomplètes, en l'état, il ne peut ni être récusé ni se déporter à titre préventif en cas d'indices de partialité. Et pourtant, sous d'autres cieux, lorsque le juge est censé avoir un préjugé, il doit se déporter et peut être récusé¹⁴⁸. Au plan non contentieux, le juge constitutionnel qui rend des Avis à la demande des plus hautes autorités politiques, demeure le confident des pouvoirs politiques qui ne supportent pas l'élan d'émancipation drainé sous le sceau de la contagion des progrès et les tâtonnements démocratiques et du partage des valeurs de liberté et des droits fondamentaux pour servir l'impératif catégorique de démocratisation.

A l'arrivée, l'impartialité du juge constitutionnel en Afrique ne serait pas en tous points symétrique de l'impartialité des juges ordinaires (juge civil, juge pénal) qui eux statuent entre les parties et dont l'équidistance est perceptible et même mesurable. Ici l'impartialité se déploie en l'absence de véritables parties comme dans le procès ordinaire. Le procès constitutionnel se

¹⁴⁴ SOMA, (A), « Le statut du juge constitutionnel africain », La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ? », Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé, AIVO, F J (dir.) ; L'Harmattan, 2014, p.451

¹⁴⁵ OWONA, (R.M) « L'autorité de la chose jugée des décisions du juge constitutionnel en Afrique francophone », in NAREY Oumarou (dir.), La justice constitutionnelle, Actes du colloque international de l'ANDC, (...) du 15 au 17 octobre 2015 à Niamey, Niger, L'Harmattan, 2016, p. 434.

¹⁴⁶ Merton distingue parmi les causes des conséquences inattendues, l'ignorance, l'erreur sur la situation, l'erreur dans l'évaluation de la situation, la perception et la prédiction qui s'auto détruit. Voir MERTON, R K « the unanticipated consequences of social action », reprising R K Merton sociological ambivalence and other essays, NY the freepress, 1976.

¹⁴⁷ NKOUÉ, (E.M), « L'incompétence du juge constitutionnel dans les états d'Afrique Noire francophone : les cas du Cameroun, de la côte d'ivoire et du Sénégal », Revue RRC, n° 032 / Avril 2023, pp.1-30

¹⁴⁸ NICOLETTA, (P), « les premières récusations au Conseil Constitutionnel : Réponses aux nouveaux questionnement sur un instrument à double tranchant, AIJC, 27, 2011-2012, Juges constitutionnels et Parlements ? Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles, pp 61-79.

déroule entre normes¹⁴⁹, le juge constitutionnel n'est pas forcément un magistrat professionnel et a une vie avant et après celle de juge constitutionnel. A ce titre, il peut attendre et même espérer quelque chose du système général ou encore d'une des composantes du système politique dont il assure la stabilité et la reproduction¹⁵⁰. Au Sénégal par exemple, la pratique voudrait que les anciens membres du Conseil constitutionnel soient nommés dans les fonctions de conseiller en service extraordinaire au sein de la Cour suprême.

On le comprend, l'impartialité du juge constitutionnel est un effort de distanciation que le juge opère sans cesse pour recevoir les arguments, moyens et preuves des plaideurs et pour les discuter à l'aune de la raison discursive. L'impartialité du juge constitutionnel n'est pas socialement détachée. Imprégnée de facteurs extra-juridiques, elle ne serait plus l'absence de parti pris dès le départ. Elle reste un état d'esprit. Ce qui compte, c'est la motivation de la décision à la lumière de l'objectif de paix assigné au juge constitutionnel. Il est vrai que l'office du juge constitutionnel s'exerce dans un cadre non totalement transparent et de nature à recouvrer son impartialité d'un voile épais avec des audiences non publiques et des saisines confidentielles. Le voile de la non transparence, une fois levé, devrait faciliter la mise en scène et la mesure de l'impartialité du juge constitutionnel en Afrique noire francophone.

¹⁴⁹ BRUNET, (P), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in JOUAJAN, (O), GREWE, (C), MAULIN E, et WACHSMAN, (P) (dir), *la notion de justice constitutionnelle*, Paris Dalloz, 2005, p.5.

¹⁵⁰ SY, (D), « Le juge, la constitution et les valeurs » in Théories et contentieux constitutionnel en Afrique, mélanges en l'honneur du Pr El Bodje, volume 1, l'Harmattan Sénégal, 2022, p.674.

Le déclassement des biens du domaine public dans les Etats d'Afrique noire francophone : cas du Cameroun, guinée et Sénégal

The declassification of public property in the French-speaking states of sub-Saharan Africa: the case of Cameroon, Guinea and Senegal

Page | 740

Par :

Hubert Martial FOUDA

Docteur en Droit Privé

Assistant à l'Université de Bertoua

foudamartial0@gmail.com

Luc Patrick BALLA MANGA

lucpatrickballa@gmail.com

Docteur en Droit Public à l'Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

Parce qu'ils n'ont pas d'autre mission que de servir l'intérêt général, les biens des personnes publiques doivent toujours et dans la mesure du possible, satisfaire le plus grand nombre. Et que l'Administration publique n'exerce pas tous les attributs du droit de propriété sur son domaine public comme c'est le cas du particulier sur ses biens, elle est tenue de déclasser tout bien meuble ou immeuble, naturel ou artificiel destiné au public ou au service public, avant d'en abuser, notamment par voie de vente, cession ou échange.

L'on se rends donc compte que les législations en étude font sortir les biens du domaine public pour le domaine privé dès lors que leur inutilité publique est établie. Ce qui montre bien que l'utilité des biens, même publics, ne résiste guère à l'usure du temps. En tout cas, ce transfert de propriété entraine une différence de degré dans la mesure où, les biens déclassés sont soumis à un nouveau régime moins rigoureux et souvent complaisant, mais sans pour autant changer de propriétaire, qui reste et demeure public. A cet égard, il n'est pas rare de continuer de voire s'appliquer à de tels biens les prérogatives exorbitantes de puissance publique. Si bien que c'est le degré de la puissance publique qui semble modérer, mais pas sa nature.

Mots clés : transfert, intérêt général, propriété publique, cession, destination.

Abstract:

Because they have no other mission than to serve the general interest, the assets of public persons must always and as far as possible, satisfy the greatest number. And that the Public Administration does not exercise all the attributes of the right of ownership over its public domain as is the case of the individual over his property, it is required to declassify any movable or immovable property, natural or artificial, intended for the public or the public service, before abusing it, in particular by way of sale, assignment or exchange.

It is therefore clear that the legislation under study takes property out of the public domain for the private domain as soon as its public uselessness is established. This clearly shows that the usefulness of goods, even public ones, does not stand the test of time. In any case, this transfer of ownership entails a difference in degree insofar as decommissioned properties are subject to a new, less rigorous and often complacent regime, but without changing ownership, who remains and remains public. In this respect, it is not uncommon to continue to see the exorbitant prerogatives of public authority applied to such property. So much so that it is the degree of public power that seems to moderate, but not its nature.

Keywords: *transfer, general interest, public property, transfer, destination.*

Introduction

Au fondement du déclassement paraît se trouver l'inutilité du bien affecté soit à l'usage direct du public, soit à l'usage du service public, ou si l'on préfère, l'impossibilité pour le bien affecté à l'utilité publique de répondre à sa mission initiale et fondamentale. Il en est ainsi parce que « *Les dépendances du domaine public naturel ou artificiel reconnues sans utilité compte tenu de leur affectation initiale, peuvent être déclassées et intégrées par décret au domaine privé de l'Etat ou des autres personnes morales de droit public.* »¹.

Page | 742

Dès lors, il est possible d'affirmer, mais surtout encore de l'illustrer avec Monsieur MPESSA que : « *les ventes de parcelles du domaine public, qui seraient intervenues sans déclassement préalable seraient frappées de nullité absolue, c'est-à-dire seraient déclarées illégales par le juge administratif encore faudrait-il qu'il fût saisi. Imaginons l'hypothèse suivante : l'Etat vend une partie de la zone des cinquante mètres sur le domaine public maritime, sans l'avoir déclassée. Qui demanderait l'annulation de cette décision ? A notre sens, les recours contre cette décision peuvent être exercés soit par des riverains de la parcelle en cause, soit par des associations de défense de l'environnement qui doivent être comme en France les gardiens pointilleux de la protection du domaine public naturel, parce qu'il est plus vulnérable* »².

C'est dire ainsi que les biens du domaine public sont d'une telle importance que leur changement de destination doit faire l'objet d'un acte administratif unilatéral pour ne pas se rendre coupable d'illégalité. Si bien que toute vente ou cession ou échange intervenue sans déclassement est nul d'ordre public.

Il résulte de cette nullité que « *le cocontractant de l'Administration est tenu à restitution même s'il a été de bonne foi, c'est-à-dire même s'il n'a pas su qu'il achetait ou échangeait un bien inaliénable. Quant à l'Administration, elle devra restituer à son cocontractant de bonne foi le prix qu'il avait versé ou le bien qu'il avait échangé. Elle sera de plus tenue de le dédommager du préjudice que l'annulation de l'opération a pu lui causer* »³. Cela explique également pour partie que le titre foncier établi sur ces dépendances par les techniques de la vente, de l'échange ou de la

¹ Article 5 alinéa 3 de l'ordonnance n° 74/02 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial.

² MPESSA (A.), *Essai sur la notion et le régime juridique des biens domaniaux au Cameroun*, op. cit., p. 303.

³ En droit camerounais, l'interdiction d'aliéner sans déclassement préalable présente un intérêt pratique du fait que seule une autorité administrative dispose de la compétence de procéder au déclassement des biens du domaine public. C'est en l'occurrence le Président de la République. Quoique propriétaire d'un domaine public, les collectivités territoriales ne peuvent en principe procéder au déclassement de leur domaine public. Cette solution est valable pour les établissements publics qui ne disposent pas de domaines publics propres.

cession soit nul. Et implique que le particulier de bonne foi puisse restituer le bien échangé ou vendu, tout comme l'administration devra en plus du dédommagement que l'action en nullité aura causé, restituer le bien ou les sommes versées par l'acquéreur de bonne foi.

Il est à remarquer que les biens du domaine public ne bénéficient du régime juridique protecteur de droit public que pour autant qu'ils continuent d'être affectés à l'usage direct du public ou à l'usage indirect de celui-ci par évidemment le truchement du service public affectataire. Lorsque cette mission principale n'est plus rendue possible, lesdits biens doivent intégrer le domaine privé des personnes publiques. Cette opération est alors qualifiée en Droit de déclassement.

Ce dernier s'entend d'un « acte administratif qui fait perdre à un bien son caractère de dépendance du domaine public »⁴. Relativement au domaine public naturel, la sortie des biens du domaine public pour le domaine privé de l'Etat et des autres entités publiques devrait se traduire par la cessation des phénomènes ayant entraînés leur incorporation. M. DUFAU, reconnaît que même si la désaffectation de fait et la désaffectation de droit ne sont pas toujours concomitantes, le déclassement doit être obligatoirement suivi d'une désaffectation de fait⁵. C'est rappelons-le également, l'avis du commissaire du gouvernement POUJADE, pour qui le déclassement des biens du domaine public sans désaffectation est irrégulier⁶.

Ce qui irait à rebours de l'idée bien répandue selon laquelle : « la sortie d'un bien du domaine public ne peut être considérée simplement comme l'acte contraire de celui qui avait entraîné son entrée dans cette catégorie de dépendances domaniales »⁷. C'est ainsi dire que le bien immobilier naturel du domaine public ne saurait y sortir pour être incorporé au domaine privé des personnes publiques par cela seul que le phénomène qui l'y avait conduit a cessé d'exister. Encore faut-il un acte administratif à l'effet de confirmer cette soustraction du bien du domaine public pour le domaine privé.

En ce qui concerne le domaine public artificiel, c'est lorsque par un acte administratif unilatéral, un bien du domaine public est transféré au domaine privé de l'Etat et des autres

⁴ DUFAU (J.), *Le domaine public ; composition, délimitation, protection, utilisation*, 5ème éd., Paris, Le Moniteur, 2001, p.162.

⁵ *Ibid.*, p. 163.

⁶ POUJADE (A.), « L'irrégularité du déclassement sans désaffectation des biens du domaine public ; Conclusions sur tribunal administratif de Nice, 6 février 1997, *Association régionale des œuvres éducatives et de vacances de l'Education nationale de l'académie de Versailles c/ Préfet des Alpes-Maritimes* », *R.F.D.A.*, 1997 p. 1182.

⁷ SIORAT (L.), « La notion d'affectation en matière domaniale », *op. cit.*, p. 872.

personnes morales de droit public en raison de son impossibilité à remplir sa mission initiale. Ainsi, « l'acte exprès de déclassement est une condition nécessaire : à défaut d'acte exprès de déclassement, le bien, même s'il a perdu son affectation initiale, continue à être incorporé au domaine public. Le déclassement de fait est impossible »⁸.

Pour le professeur OWONA, les dépendances du domaine compte tenu de leur inutilité publique, et indépendamment de leur mode de constitution ne peuvent être soustraites de la domanialité publique que si elles font l'objet d'un acte exprès de l'autorité administrative. Il relève ainsi qu' : « un déclassement de fait reste difficilement admissible pour un bien formellement affecté au domaine public artificiel. Cela d'autant plus que la loi requiert un acte formel de classement des dépendances du domaine public naturel ou artificiel reconnues sans utilité, compte tenu de leur affectation initiale »⁹. Selon lui donc le déclassement en droit domanial résulte d'un acte juridique formel¹⁰.

Il en va identiquement des autres pays d'Afrique noire d'expression francophone¹¹.

En outre, le Conseil d'Etat français en l'espèce *Marrot*, opérait déjà une nette distinction entre la désaffectation de fait et le déclassement ou désaffectation de droit¹² et précisait alors que « les biens désaffectés, c'est-à-dire abandonnés ou inutiles, ne peuvent plus sortir de ce seul fait du domaine public, il faut de surcroît une décision expresse de déclassement »¹³.

⁸ MORAND-DEVILLER (J.), *Cours de droit administratif des biens*, 3ème éd., Paris, L.G.D.J., Montchrestien, 2003, p.122.

⁹ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op.cit., p.122.

¹⁰ Article 5 alinéa 2 de l'ordonnance n° 74/2 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial. Voir aussi OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, EDICEF, Série manuels et travaux de l'Université de Yaoundé, 1985, p.122.

¹¹ Le Mali constitue à cet égard une illustration patente : « **Les portions de domaine public reconnues sans intérêt pour les services publics ou l'intérêt général, peuvent être déclassées par décret pris en Conseil des Ministres et seront alors incorporées au domaine privé de l'État** ». (Article 15 du Code foncier et domanial malien). Le législateur sénégalais ne nous renseigne pas sur la nature de l'acte de déclassement, mais innove en nous énumérant les dépendances qui peuvent être déclassées. L'article 19 alinéa 3 du Code domanial sénégalais dispose à cet effet que : « **Seules peuvent faire l'objet d'un déclassement les dépendances du domaine public artificiel, la zone de cent mètres de large en bordure du rivage de la mer, la zone de vingt-cinq mètres de large et bordure des rives des cours d'eau navigables ou flottables, lacs, étangs et mares permanentes et la zone de dix mètres de large en bordure des rives des cours d'eau non navigables ni flottables** ». Le droit guinéen de ce point de vue s'en distingue considérablement en avançant une autre explication du déclassement. L'article 113 alinéa 3 du Code domanial et foncier guinéen dispose que : « **Le déclassement est opéré par décret, le cas échéant à la demande de l'assemblée délibérante locale ou du conseil d'administration de l'établissement public propriétaire** ».

¹² On consultera en particulier sur la distinction désaffectation-déclassement, DUROY (S.), « La sortie des biens du domaine public : le déclassement », op. cit., p. 823.

¹³ : C.E., 20 juin 1930, *MARROT*.

Le droit de la domanialité publique se comprend comme « *l'ensemble des règles qui régissent la détermination, la protection et l'utilisation des biens des personnes publiques (Etat, collectivités territoriales décentralisées, établissements publics) classés dans la catégorie dite du domaine public* »¹⁴. Page | 745

C'est aussi « *un ensemble de règle dont la mise en œuvre tend à consacrer l'affirmation de l'utilité sociale des biens auxquels elle s'applique, en interdisant toute possibilité pour les tiers de faire obstacle à leur affectation et de porter atteinte à leur intégrité, de sorte qu'ils puissent être constamment maintenus à la disposition du public ou du service public* »¹⁵.

Seulement, cette définition ne rend pas totalement compte de la complexité de la notion. Il faut alors l'entendre au sens large comme le fait de « *garantir la sécurité des biens pour qu'ils puissent répondre toujours aux besoins généraux, tout en préservant les libertés publiques, c'est-à-dire le droit d'utiliser collectivement et en toute liberté les biens, ou de façon privative sous certaines conditions. Il est à noter qu'à la protection donc, il ne s'agit plus exclusivement de garantir l'utilité commune des biens en interdisant leur appropriation privée, il faut aussi désormais permettre au public dans son ensemble d'exercer son droit le plus fondamental, qui est l'usage direct ou indirect de ces biens* »¹⁶.

De ce qui précède, il convient de noter que les biens du domaine public sont d'une telle importance que leur soustraction d'un régime plus rigoureux de la domanialité publique pour un régime moins rigoureux requiert un certain nombre de conditions à satisfaire. Si bien que l'on est conduit à se demander : *Qu'est-ce que le déclassement des biens du domaine public dans les Etats d'Afrique noire francophone ?*

La réponse réside sans doute dans l'interprétation et la lecture que donne le Droit positif des espaces en étude. Cette question est d'une actualité brûlante tant il est vrai que la rareté des immeubles peut conduire les personnes publiques à déclasser les biens du domaine public pour

¹⁴ BETI ETOA (C.), « Les fondements idéologiques du droit de la domanialité publique au Cameroun » in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (Sous la direction de), *Les fondements du droit administratif camerounais*. Actes du colloque, université de Yaoundé II, 3 et 4 novembre 2015, Paris, *L'Harmattan*, 2016, p. 192.

¹⁵ Voir notamment, sur ce point, ALLINE (P.), « Domanialité publique et ouvrages complexes », *Doctrine*, A.J.D.A., novembre 1977, p. 533.

¹⁶ BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, Thèse de doctorat/Ph.D en Droit Public, Université de Douala, Juin 2020, p. 14.

pouvoir tirer profit de tels bien en les utilisant à des fins privées. En cela, il faut dire que la thématique revêt un intérêt certain.

Tout d'abord, sur le plan pratique, en tant qu'acte administratif unilatéral seule une autorité administrative est habilitée à l'édicter. Ainsi, la compétence de procéder au déclassement des biens du domaine public incombe selon le cas au Président de la République ou alors au ministre en charge des questions foncières. Quoique propriétaire d'un domaine public, les collectivités territoriales ne peuvent en principe procéder au déclassement de leur domaine public. Cette solution est valable pour les établissements publics qui ne disposent pas de domaines publics propres. Page | 746

Par ailleurs, elle remet au goût du jour la traditionnelle protection du domaine public qui n'admet ni l'aliénation, ni la prescription, encore moins la saisie des biens. Le déclassement en apporte le tempérament le plus illustratif, même si les règles de droit public demeurent applicables pour partie.

La lecture complète des droits positifs en l'espèce permet de faire un constat généralisé : le déclassement peut être appréhendé en droit camerounais comme la sortie explicite d'un bien du domaine public, et son incorporation au domaine privé de l'Etat ou des autres personnes morales de droit public, entraînant ainsi sa soustraction du régime de la domanialité publique et la connaissance du litige qui en résulterait par le juge judiciaire. Il en résulte une variabilité du régime juridique des biens (I) et une stabilité de la puissance publique (II).

I- LA VARIABILITE DU REGIME JURIDIQUE DES BIENS DU DOMAINE PUBLIC (différence de degré)

La sortie du bien mobilier ou immobilier, naturel ou artificiel du domaine public pour le domaine privé de l'Etat et des autres entités publiques est une réalité dans la plupart des Etats d'Afrique noire subsaharienne. Seulement, cette procédure doit pour respecter la légalité se soumettre aux exigences de légalité.

A cet égard, En tant qu'acte administratif unilatéral, le décret de déclassement « *obéit aux règles en vigueur en matière de compétence liée, de compétence discrétionnaire et même, de façon vigoureuse l'application de la règle du parallélisme de forme et de compétence* »¹⁷.

¹⁷ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op.cit., p.122.

En outre, la juridiction administrative retient sa compétence¹⁸ en la matière et a eu à se prononcer sur la légalité d'un acte de ce type, notamment dans l'affaire ATANGANA ESSOMBA Protas contre Etat du Cameroun¹⁹.

Quoiqu'il en soit, un déclassement légal emporte plusieurs conséquences sur la situation du bien en cause : d'une part l'application de la domanialité privée aux biens (A) et la soustraction autoritaire des biens du régime de la domanialité publique (B). Page | 747

A- L'application de la domanialité privée aux biens

Il est généralement admis que le domaine public est « *une partie du patrimoine des personnes publiques soumise à un régime de droit public très protecteur.(...). Il est imprescriptible et inaliénable tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une mesure de déclassement* »²⁰.

La première conséquence du déclassement est donc de rendre les différents biens meubles et immeubles du domaine public aliénables, prescriptibles et éventuellement saisissables. Le déclassement témoigne, s'il en était encore besoin de ce que les principes très protecteurs d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité et d'insaisissabilité ne conservent leur force juridique que pour autant que les biens affectés demeurent affectés soit à l'usage direct du public, soit à l'usage du service public.

Dès lors, les biens transférés du domaine public pour le domaine privé des personnes publiques sont principalement susceptibles d'aliénation et de prescription (1) et la compétence du juge judiciaire peut être retenue (2).

1- La prescription et l'aliénation des biens

On sait d'avance que : « *les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. (...), ils sont insusceptibles d'appropriation privée* ».²¹ On peut également le constater au Sénégal à travers la formule suivante : « *les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. (...), ils sont insusceptibles d'appropriation privée* ».²² Au Mali,

¹⁸ Arrêt n°160/CFJ/CAY du 08 juin 1971, affaire Fouda Mballa Maurice c/ Etat Fédéré du Cameroun Oriental.

¹⁹ Jugement n°14/CS/CA du 27 avril 1978, affaire Atangana Essomba Protas c/ Etat du Cameroun.

²⁰ GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, 13^e éd., Dalloz, 2001, p. 221.

²¹ Article 2 alinéa 2 de l'ordonnance n° 74/ 2 du 6 juillet 1974 fixant le régime domanial.

²² Article 2 alinéa 2 de l'ordonnance n° 74/ 2 du 6 juillet 1974 fixant le régime domanial.

le domaine public immobilier artificiel bénéficie d'une telle protection ainsi que l'énonce le législateur : « (...) de manière générale, tous les biens non susceptibles de propriété privée »²³.

De ce qui précède, les biens du domaine public « par leur nature ou leur destination, ne peuvent entrer dans le patrimoine des particuliers. Aussi s'applique le régime de la domanialité publique, qui implique l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'exclusion de droits réels. (...) L'Etat n'a pas de pouvoir de disposition des biens du domaine public, sauf si les biens perdent leur caractère de domanialité publique, par déclassement ou désaffectation »²⁴.

Page | 748

C'est dire donc que les biens du domaine public non seulement ne sauraient intégrer le patrimoine privé, mais également ne saurait être géré comme les particuliers le font avec leurs biens. La seule option pour une possible appropriation ou gestion à titre privé étant le déclassement. Telle est la thèse avancée par le juge administratif camerounais avec une vigueur plus renouvelée encore dans une décision récente²⁵.

Si l'on admet que l'article 2 alinéa 2 de l'ordonnance domaniale étend en effet, l'interdiction de l'appropriation privative à tout motif autre que le déclassement ou la désaffectation des biens du domaine public, sous peine de sanction²⁶ ; on doit pouvoir reconnaître que le déclassement autorise l'aliénation et la prescription des biens du domaine public.

Relativement à l'aliénation, il faut dire qu'elle désigne le contraire de l'inaliénabilité. Cette dernière est « le caractère des biens composant le domaine public et qui s'oppose à ce que les dépendances de celui-ci puissent faire l'objet d'une aliénation volontaire ou forcée ou d'une constitution de droits réels civils au profit des particuliers »²⁷. Elle « est, sans exagération, la conséquence de l'affectation des biens à l'usage direct du public ou aux services publics. Cette règle a été instituée pour protéger l'affectation, la destination légale de ces biens. Elle donne à

²³ Article 8 (h) de l'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 Mars 2000 portant Code domanial et foncier.

²⁴ On notera que l'évolution des faits semble bien aller vers le développement de l'interdiction de l'appropriation privée des biens du domaine public, en particulier au Cameroun et dans la plupart des Etats d'Afrique noire d'expression française. V. SAMBA AMINETA SARR, *La domanialité des biens de l'Administration publique à l'épreuve des régimes fonciers traditionnels : 'le cas du Mali'*, Thèse de doctorat en droit, Université de Grenoble, 2006, p. 254.

²⁵ CS/AP/ Jugement du 22 février 2007, dans lequel, on peut lire : « **attendu que cette société pourrait bénéficier d'une attribution après déclassement et l'incorporation au domaine privé de l'Etat** ».

²⁶ BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, op. cit., p. 87.

²⁷ CORNU (G.), in association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 525.

*l'Administration des pouvoirs énergiques de réprimer tous empiètements, toutes dégradations susceptibles de compromettre l'intégrité matérielle du domaine public ».*²⁸

En effet, la conception exclusive de l'intérêt général du domaine public, fondée sur l'idée qu'il ne saurait procurer des revenus et appartenir à la personne publique telle qu'elle ressort des idées en vigueur au XIXe siècle où cette théorie dominait, est battue en brèche à notre époque. Si bien que l'Administration aujourd'hui est non seulement propriétaire, mais encore doit tenir compte des impératifs économiques dans la gestion de son patrimoine à condition de ne pas nuire à l'affectation²⁹.

Sous ce rapport, les biens du domaine public deviennent aliénables dès lors qu'il est établi que leur déclassement s'est fait dans la légalité. Deux solutions s'offrent aux personnes publiques à cet effet, à savoir l'attribution en propriété et l'attribution en jouissance.

Sur le premier point, L'attribution en propriété d'un bien domanial privé par l'Etat à un tiers, donne le droit à ce dernier d'en devenir propriétaire³⁰. Le droit de propriété que celui-ci détient à la suite de ce transfert « *est un droit réel, dans la mesure où il porte sur un objet, par opposition au droit personnel qui est attaché à une personne pouvant exiger d'une autre l'accomplissement d'une prestation* »³¹.

Pour ce qui est du Cameroun par exemple, les terrains domaniaux n'ayant pas d'affectation ou qui ont été désaffectés peuvent être aliénés³². L'attribution en propriété des terrains domaniaux non affectés ou désaffectés est obtenue par voie de vente, de cession ou d'échange.

Sur le second point, contrairement à l'attribution en propriété qui opère un transfert définitif du bien, l'attribution en jouissance se traduit par un transfert temporaire par l'Etat de ses biens domaniaux privés au profit des tiers, en vue de leur utilisation. Si bien que « *de cet usage, ces derniers perçoivent les fruits des biens (usus, fructus), sans toutefois être capables de les aliéner (abusus). La jouissance d'un bien du domaine privé renvoie donc au droit reconnu à un*

²⁸ *Ibid.*, p. 96.

²⁹ BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, op. cit., p. 100.

³⁰ OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, Thèse de doctorat Ph. D. en droit public, Université de Yaoundé II, 2013, 578 p. 121.

³¹ KONE NGOUH (A.), *Le domaine privé de l'Etat*, Mémoire de DEA en droit public, Université de Yaoundé II, FSJP, 2009, p. 75.

³² Article 5 du décret n°76/167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'Etat.

tiers d'utiliser et de tirer les bénéfices dudit bien »³³. L'attribution des terres en jouissance par l'Etat se fait sous forme de location³⁴ et de participation au capital des sociétés³⁵.

Outre l'aliénation, le déclassement est également à l'origine d'une probable prescription des biens du domaine public incorporés au domaine privé des entités publiques. Relevons tout d'abord que « *la signification du principe de l'imprescriptibilité des biens du domaine public est l'impossibilité pour les tiers d'acquérir un droit sur ces biens par voie de prescription, c'est-à-dire par une possession prolongée. La règle poursuit-elle, est valable non seulement pour l'acquisition de la propriété elle-même (usucapion), mais aussi en matière de démembrement du droit de propriété (droits réels), et permet à l'Administration propriétaire de revendiquer le bien à n'importe quel moment* ».³⁶

Pourtant, lorsque les biens sont déclassés du domaine public pour le domaine privé des personnes publiques, il y a là un droit à l'ouverture de la prescription. Bien entendu, « *la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi* »³⁷.

Plus encore, l'action en garantie du Code civil selon laquelle : « *En fait de meuble, la possession vaut titre* »³⁸ semble s'appliquer dans le cas du déclassement des biens du domaine public.

Que ce soit en Guinée ou au Sénégal, le principe de l'occupation temporaire du domaine public peut être remis en question par le truchement du déclassement. « *Les occupants, personnes physiques ou morales, justifiant d'une occupation paisible, personnelle, continue et de bonne foi d'un immeuble et à titre de propriétaire. S'il y a lieu, la preuve de la bonne foi est apportée par tous moyens, et notamment par le paiement des taxes foncières afférentes au dit immeuble, par la mise en valeur de l'immeuble conformément aux usages locaux ou par une*

³³ KONE NGOUH (A.), *Le domaine privé de l'Etat*, op. cit., p. 73.

³⁴ Article 17 et s. du décret n°76/167 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine privé de l'Etat.

³⁵ L'article 4 alinéa 2 de la loi n°99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic dispose que « *les biens du domaine privé de l'Etat transférés en propriété et notamment, par apport pour la formation du capital, sont intégrés de façon définitive dans le patrimoine de l'entreprise bénéficiaire* ».

³⁶ DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. de.), « *Domaine public et droits réels. Commentaire de la loi n° 94/631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public* », op. cit., p.8.

³⁷ Article 2219 du Code civil.

³⁸ Article 2279 du Code civil.

enquête publique et contradictoire. »³⁹ A la différence de son homologue camerounais, le législateur guinéen inclut le paiement des taxes foncières qui nous semble-t-il, constitue une contrepartie de la jouissance paisible et une manifestation patente de la bonne foi de l'occupant.

Il apparaît loisible de s'inspirer de son homologue sénégalais qui dispose plutôt que : « *Nul ne peut, sans l'autorisation délivrée par l'autorité compétente, occuper ou exploiter une dépendance du domaine public ou l'utiliser dans des limites excédant le droit d'usage qui appartient à tous sur les parties de ce domaine affectées au public.* »⁴⁰

Page | 751

Dans tous les cas, ces prescriptions tombent sous le coup de l'illégalité dès lors que les biens en cause sont déclassés.

Bien que les biens continuent d'intégrer le patrimoine public, il est fort possible que les règles de droit privé trouvent à s'appliquer ne serait-ce que pour une part et la compétence du juge judiciaire aussi.

2- La compétence du juge de droit commun

On admet généralement que les litiges intéressant le domaine public ressortissent à la compétence du juge administratif⁴¹. A contrario, en raison de l'exclusion des litiges intéressant le domaine privé de l'Etat et des autres personnes morales de droit public dans l'énumération des chefs de compétences du juge administratif, l'on subodore alors que les litiges relatif est au domaine privé des personnes publiques est du ressort du juge judiciaire.

³⁹ Article 39 alinéa 3 du Code foncier et domanial guinéen.

⁴⁰ Article 20 alinéa 1 du Code domanial sénégalais.

⁴¹ Article 2 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs : « **Les Tribunaux Administratifs connaissent en premier ressort, du contentieux des élections régionales et municipales et en dernier ressort, de l'ensemble du contentieux administratif concernant l'Etat, les collectivités publiques territoriales décentralisées et les établissements publics administratifs, sous réserve des dispositions de l'article 14 (2) de la présente loi.**

(3) Le contentieux administratif comprend :

a) les recours en annulation pour excès de pouvoir et, en matière non répressive, les recours incidents en appréciation de légalité. Est constitutif d'excès de pouvoir au sens du présent article:

- le vice de forme;
- l'incompétence;
- la violation d'une disposition légale ou réglementaire;
- le détournement de pouvoir.

b) les actions en indemnisation du préjudice causé par un acte administratif;

c) les litiges concernant les contrats (à l'exception de ceux conclus même implicitement sous l'empire du droit privé) ou les concessions de services publics Publics;

d) les litiges intéressant le domaine public;

e) les litiges intéressant les opérations du maintien de l'ordre. ».

D'ailleurs, dans plusieurs décisions, le juge administratif n'a pas manqué de décliner sa compétence au profit du juge judiciaire.

Dans l'affaire Azombo Nsomoto Victor contre Etat du Cameroun Oriental⁴², le juge administratif fédéral, après avoir été saisi par le requérant sur la demande d'annulation d'un acte unilatéral pris sur le domaine privé de l'Etat, a reconnu son incompetence en fondant celle-ci sur le caractère discrétionnaire qui entoure la gestion dudit domaine⁴³. Mais c'est dans les affaires Kamdem Wafo Michel contre Etat du Cameroun⁴⁴ et Fossi Antoine contre Etat du Cameroun⁴⁵ que le juge administratif va infirmer sa compétence pour reconnaître celle du juge judiciaire en adoptant une « formule péremptoire »⁴⁶ selon laquelle « les conséquences de la gestion du domaine privé ne peuvent être appréciées que par les tribunaux de l'ordre judiciaire ».

Plus tard dans sa jurisprudence postérieure, le juge administratif va consolider la règle de son incompetence mais en fondant celle-ci non plus sur le caractère discrétionnaire des actes de gestion mais « sur le fait que l'acte de gestion du domaine privé a le caractère d'un acte de droit privé et ce, en dépit de "la forme administrative" exclusivement requise par l'article 31 du décret du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion dudit domaine »⁴⁷. Ce nouveau motif dont se sert le juge administratif pour décliner sa compétence sur le contentieux des actes de gestion du domaine privé de l'Etat se trouve dans l'affaire Ntoné Kingué Gabriel contre Etat du Cameroun⁴⁸.

Dans cette affaire, par l'arrêté n°000539/MINFI/DO/AF du 2 novembre 1979 le Ministre des Finances avait attribué à titre définitif, un terrain domanial de 12041m², sis à Douala, aux sieurs Eboumbou Din Emmanuel, Kingué Ebongué Abel, Mbimbé Ekwé Albert, Ebongué Lottin Conrad et Mandengué Eboumbou Roger. Le terrain dont s'agit a été prélevé, pour le compte de ces personnes physiques, au titre foncier n°2741 du Département du Wouri appartenant au domaine privé de l'Etat.

⁴² Arrêt n° 16/CFJ/SCAY du 4 novembre 1966.

⁴³ « Attendu que le terrain dont le requérant demandait l'attribution fait partie du domaine privé de l'Etat. Qu'à ce titre, l'Etat peut en disposer comme il entend. Que ni les promesses verbales que le requérant prétend avoir reçues de certains agents publics relatives à la cession de cette parcelle à son profit, ni les circonstances que l'Etat a, pendant plusieurs années, toléré son installation sur lesdits lieux ne sont de nature à lui en conférer la propriété ».

⁴⁴ CS/CA, jugement n° 16/85-86 du 28 novembre 1985.

⁴⁵ CS/CA, jugement n° 17/85-86 du 28 novembre 1985.

⁴⁶ ABA'A OYONO (J. C.), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, Thèse de doctorat Nouveau Régime en droit, Université de Nantes, 1994, p. 431.

⁴⁷ Ibid., p. 424.

⁴⁸ Jugement n° 58/86-87 du 25 juin 1987.

Par une requête en date du 17 décembre 1982, enregistré le 19 janvier 1983 au greffe de la Chambre Administrative de la Cour Suprême, sous le n°320, la collectivité Bonantoné représentée par le sieur Ntoné Kingué Gabriel a intenté devant la juridiction administrative un recours tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté litigieux. Cette collectivité laissait entendre qu'elle avait été expropriée de ce terrain.

La Chambre Administrative procède par de larges développements pour décliner sa compétence à travers l'admission du caractère de droit privé de cet arrêté du Ministre des Finances :

« Attendu que du point de vue de la compétence, la distinction entre domaine public et domaine privé est fondamentale, qu'en effet, tandis que le contentieux du domaine public ressortit à la juridiction administrative, les procès nés de la gestion du domaine privé de l'Administration relèvent au contraire des Tribunaux judiciaires ;

Que cette solution d'origine jurisprudentielle reçue depuis plus d'une décennie, a reçu une consécration dans le cadre de l'ordonnance n°72/6 du 26 août 1972 fixant l'organisation de la Cour Suprême ; (...) Attendu qu'aux termes de l'article 9 (2) (d) de ladite ordonnance, le contentieux administratif comprend "les litiges intéressant le domaine public".

Qu'il en résulte au contraire, que les litiges intéressant le domaine privé de l'Administration appartiennent aux juridictions de l'ordre judiciaire en tant que gardienne de la propriété privée ; Attendu, enfin qu'il y'a lieu de mentionner que contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, la forme administrative utilisée n'a pu avoir pour effet d'enlever à l'acte attaqué son caractère d'acte de droit privé pour lui conférer le caractère d'un acte administratif soumis à un régime de droit public et relevant de la juridiction administrative, cette forme étant la seule valable, comme prescrite par le décret n°76/167 du 27 avril 1976 susvisé, lequel prévoit en son article 31 que les actes de gestion du domaine privé sont faits en la forme administrative.

Qu'il appartient donc à la collectivité de BONANTONE qui se croit autorisée de contrôler les actes de l'Etat concernant la gestion de son domaine privé, de se pourvoir devant la juridiction compétente ».

Il convient de noter que le bien déclassé du domaine public se fait par voie autoritaire.

B- La soustraction autoritaire des biens du régime de la domanialité publique

Pour le professeur DUROY, l'obligation de déclasser est un principe général du droit.⁴⁹ Puisque : « *de longue date, le terme de déclassement a désigné un acte administratif par l'effet duquel un bien appartenant au domaine public pouvait en être volontairement soustrait pour devenir ou redevenir un bien ordinaire susceptible d'aliénation* »⁵⁰.

Page | 754

Le déclassement, on l'a déjà relevé est acté par voie unilatérale (1) signe d'une prérogative de puissance publique (2).

1- La sortie unilatérale des biens inutiles du domaine public

Le déclassement faut-il le préciser, en droit camerounais à l'instar de certains de ses homologues de l'Afrique noire francophone⁵¹ se fait par acte unilatéral, comme la délimitation et l'incorporation au domaine public.

Ainsi, « *Lorsqu'un bien du domaine public artificiel ne correspond plus à l'affectation qui lui avait été donnée, il doit faire l'objet d'une mesure de déclassement* »⁵². L'alinéa suivant précise en effet que : « *Le déclassement est opéré par décret, le cas échéant à la demande de l'assemblée délibérante locale ou du conseil d'administration de l'établissement public propriétaire* »⁵³.

Il en résulte que le déclassement consiste en un acte exprès, explicite et unilatéral de l'autorité administrative par l'effet duquel un bien sort du domaine public pour intégrer le domaine privé des personnes publiques. En France, la jurisprudence⁵⁴ fait une application rigoureuse de ce principe, en maintenant dans le domaine public communal à défaut d'un acte de déclassement, un chemin transformé en ruisseau et ayant de ce fait, perdu son affectation initiale.

On peut citer également une portion de voie ferrée désaffectée mais non déclassée⁵⁵ ; une salle des fêtes communale fermée au public en l'absence de décision expresse de déclassement⁵⁶.

⁴⁹ DUROY (S.), « La sortie des biens du domaine public : le déclassement », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 819 et s.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ C'est le cas du Mali : article 16 du Code foncier et domanial malien, selon lequel : « **La sortie d'un immeuble du domaine public, artificiel ou naturel, intervient selon les mêmes formes et procédures que la délimitation ou le classement** ».

⁵² Article 113 alinéa 1 du Code domanial et foncier guinéen.

⁵³ Article 113 alinéa 3 du Code domanial et foncier guinéen.

⁵⁴ C.E., 20 juin 1930, MARROT.

⁵⁵ C.E., 9 novembre 1956, Société Forges d'Hennebont.

⁵⁶ C.E., 6 juin 1986, Simon.

En tant qu'acte d'autorité, le déclassement est une marque de puissance publique.

2- La prérogative de puissance publique

En tant qu'acte manifestant l'autorité, l'acte administratif de déclassement est une prérogative de puissance publique. L'objectif ainsi poursuivi est d'offrir la possibilité au juge administratif d'opérer un contrôle de légalité. L'administré peut ainsi, saisir le juge aux fins d'annulation de l'acte, via un recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité (recours pour excès de pouvoir).

Les arrêts⁵⁷ Sieurs *PAJANIANDY* et *LEPOUTRE* sont des illustrations du contrôle de la légalité interne de l'acte administratif de déclassement en droit administratif, notamment français.

Sur le plan de la légalité interne, le juge administratif peut vérifier le détournement de pouvoir et la violation de la loi. Il faudrait donc que l'administration remplissent un certain nombre de formalités notamment le but de l'acte, ses motifs, la base légale. Ainsi, elle doit utiliser ses prérogatives exclusivement dans l'intérêt général, sans toutefois se préoccuper des intérêts financiers ou individuels contrariant l'intérêt général.

A la vérité, le déclassement des biens du domaine public ne fait que modifier le régime juridique applicable aux biens, sans pour autant changer de destinataire, car les biens continuent d'appartenir à la même personne et conservent pour l'essentiel les mêmes attributs.

II-LA STABILITE DE LA PROPRIETE PUBLIQUE SUR LES BIENS DU DOMAINE PUBLIC

La particularité s'agissant des législations d'Afrique noire francophone est que les biens du domaine public une fois déclassés intègrent directement et automatiquement le domaine privé de l'Etat ou des autres personnes morales de droit public. De tels biens conservent leur statut de propriété publique devant satisfaire l'intérêt général, seulement que leur degré de protection diffèrent un tout petit peu.

⁵⁷ L'arrêt *Sieur Pajaniandy* se réfère au contrôle de la violation de la loi en cas de déclassement. La Haute juridiction avait abouti à la conclusion d'après laquelle : « *le déclassement opéré en vue d'une utilisation de la zone des cinquante pas géométriques est plus avantageuse à l'économie des départements d'outre- mer concernés était conforme à l'habilitation législative du 2 avril 1955* » (C.E., 13 juin 1975, *Sieur PAJANIANDY*, *Leb.* p. 350. Relativement à la jurisprudence *Lepoutre* (C.E., 13 décembre 1946, *Sieur LEPOUTRE*, *Leb.* p.308.), le juge administratif français ne voit encore qu'un prétendu détournement de pouvoir.

Ainsi, Si l'on conçoit donc en droit civil de la propriété que l'abus est la caractéristique essentielle du droit de la propriété⁵⁸, « admettre un tel raisonnement pour ce qui est des dépendances du domaine public sans déclassement préalable, serait méconnaître l'affectation de ces dépendances à l'utilité publique et par là-même, remettre en cause les principes protecteurs d'inaliénabilité et d'indisponibilité »⁵⁹. C'est pourquoi, sous le couvert du déclassement, les personnes publiques peuvent donc exercer l'abus sur les biens dûment transférés dans leur domaine privé.

En réalité, si le déclassement laisse percevoir une différence de degré, en raison de l'échelle de la domanialité publique, il reste que la même nature subsiste pour ce qui est du bien, étant donné qu'il reste dans le patrimoine public. A cet égard, il y a insertion des biens au domaine privé des personnes publiques (A) et la nécessité de la destination des biens à l'intérêt général (B).

A- L'insertion des biens au domaine privé des personnes publiques

Le déclassement du bien du domaine public au domaine privé emporte le transfert de propriété et corrélativement le changement de régime juridique. De ce fait, la personne publique se sert de ces biens comme les particuliers tout en satisfaisant l'intérêt général qui est leur mission première. Le juge administratif s'est livré à la distinction domaine public-domaine privé en esquissant une distinction relativement fluide⁶⁰.

⁵⁸ TCHAPMENI (R.), *Le contentieux de la propriété foncière au Cameroun*, op. cit., p. 14.

⁵⁹ BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, op. cit., p. 47.

⁶⁰ Jugement n° 58/86-87 du 25 juin 1987, NTONE KINGUE Gabriel et collectivité BONANTONE c/ Etat du Cameroun : « (...) Attendu que du point de vue de la compétence, la distinction entre le domaine public et le domaine privé est fondamentale ; qu'en effet, tandis que le contentieux du domaine public ressortit à la juridiction administrative, les procès nés de la gestion du domaine privé de l'Administration relèvent au contraire des Tribunaux judiciaires ; Que cette solution d'origine jurisprudentielle reçue depuis plus d'une décennie, a reçu une consécration dans le cadre de l'Ordonnance n°72/6 du 26 août 1972 fixant l'organisation de la Cour Suprême ; (...) Attendu qu'aux termes de l'article 9 (2) (d) de ladite ordonnance, le contentieux administratif comprend les litiges intéressant le domaine public ; Qu'il en résulte à contrario, que les litiges intéressant le domaine privé de l'Administration appartiennent aux juridictions de l'ordre judiciaire en tant que gardiennes de la propriété privée ; Attendu, enfin qu'il y a lieu de mentionner que contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, la forme administrative utilisée n'a pu avoir pour effet d'enlever à l'acte attaqué son caractère d'acte de droit privé pour lui conférer le caractère d'un acte administratif soumis à un régime de droit public et relevant de la juridiction administrative, cette forme étant la seule valable, comme prescrite par le décret N°76/167 du 27 avril 1976 susvisé, lequel prévoit en son article 31 que les actes de gestion du domaine privé sont faits en la forme administrative ; Qu'il appartient donc à la collectivité de Bonantoné qui se croit autorisée de contrôler les actes de l'Etat concernant la gestion de son domaine privé, de se pourvoir devant la juridiction compétente »⁶⁰.

De surcroît, la personne publique exerce tous les attributs de la propriété. D'entrée de jeu, la propriété au sens du code civil revêt trois attributs ou si l'on veut caractéristiques. Il s'agit de l'usus, du fructus et de l'abusus.

Le droit d'user suppose que le propriétaire du bien, à savoir la personne publique, peut s'en servir sans requérir une quelconque autorisation et dans les limites des prérogatives qui lui sont reconnues par la réglementation en vigueur. *« L'usus (le droit d'usage) confère au propriétaire le choix des modalités d'utilisation et de mise en valeur de son lopin de terre. Il peut choisir d'y construire une maison d'habitation, un terrain de sport, d'y créer un espace d'habitation ou d'élevage, etc.; bref, d'utiliser son fonds selon ses préférences et convenances personnelles sous certaines réserves sur lesquelles nous reviendrons »*⁶¹.

Le fructus pour sa part permet au propriétaire de la chose de recueillir des fruits de son usage. Il peut ainsi, louer sa propriété privée bâtie ou non bâtie par exemple et attendre les sommes dues par le locataire.

Pour Monsieur TCHAPMENI, *« Le fructus, encore appelé droit de jouissance, offre la possibilité au propriétaire de tirer toutes les utilités économiques de l'usage de son bien. Il peut ainsi faire louer son terrain, y construire un magasin de commerce; bref, procéder à des opérations susceptibles de générer des devises. L'utilité économique du bien, objet de propriété, semble caractériser la notion de fructus »*⁶².

L'abusus donne au propriétaire le droit de disposer de son bien de la manière la plus absolue pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. Il apparaît comme l'attribut le plus important du droit de propriété à tel point qu'il convient de mettre en lumière la pensée d'un auteur tant elle est significative : *« disposer a, ou bien un sens large et vague qui dépasse les limites du jus abutendi et dans lequel il veut dire agir en maître, ou bien un sens spécial et précis qui reste en deçà de ces limites et dans lequel il veut dire aliéner. Afin de percevoir la signification de l'abusus, il convient de se tourner vers la doctrine civiliste qui, sans être unanime, conçoit le droit de disposer comme l'élément caractéristique du droit de propriété. “ Traduction économique de la propriété, l'abusus permet au propriétaire d'aliéner son bien, d'en choisir son*

⁶¹ TCHAPMENI (R.), *Le contentieux de la propriété foncière au Cameroun*, op. cit., p. 172.

⁶² Ibid.

successeur ou de la conserver”. “La faculté de disposition est la prérogative la plus profonde et la plus radicale” et est reconnue comme telle par de nombreuses juridictions suprêmes »⁶³.

En effet, il est possible à la lecture des législations sous étude d'affirmer qu'il y a transfert soit dans le domaine privé de l'Etat (1), soit dans le domaine privé des autres personnes morales de droit public (2) autres que l'Etat. Page | 758

1- Le transfert des biens au domaine privé de l'Etat

Les biens du domaine public déclassés constituent une portion du domaine privé de l'Etat et plus globalement des personnes publiques. Ainsi, « *Font partie du domaine privé de l'Etat:*

- 1) *Les biens meubles et immeubles acquis par l'Etat à titre gratuit ou onéreux selon les règles du droit commun ;*
- 2) *Les terrains qui supportent les édifices, constructions, ouvrages et aménagements réalisés et entretenus par l'Etat;* ,
- 3) *Les immeubles dévolus à l'Etat en vertu :*
 - *De l'article 120 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 ;*
 - *De la législation sur les séquestres de guerre;*
 - *D'un acte de classement intervenu par application des législations antérieures à la présente ordonnance;*
 - *Du déclassement du domaine public;*
 - *De l'expropriation pour cause d'utilité publique »⁶⁴.*

Cette disposition montre bien que les portions déclassées du domaine public font partie intégrante du domaine privé de l'Etat. Leur utilisation et leur occupation sont toutes aussi soumises aux règles de droit public. Il faut donc se résoudre à l'idée que les personnes publiques restent soumises aux exigences de l'intérêt général, malgré une liberté dans la gestion de leurs biens.

⁶³ PAVAGEAU (S.), cité par TCHAPMENI (R.), *Le contentieux de la propriété foncière au Cameroun*, op. cit., p. 173.

⁶⁴ Article 10 de l'ordonnance n° 74/2 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial.

2- Le transfert des biens au domaine privé des autres personnes morales de droit public

Les biens du domaine public déclassés intègrent également le domaine privé des autres personnes morales de droit public, à savoir les établissements publics, les communes et les régions.

« D'une manière générale, les biens relevant du domaine privé des personnes publiques sont acquis par l'Etat et ses démembrements à titre onéreux ou gratuit, selon les règles de droit commun. Les personnes publiques propriétaires y détiennent soit un titre foncier, soit un décret d'incorporation ou un décret d'expropriation »⁶⁵.

Ainsi, « Font partie du domaine privé des autres personnes de droit public:

- Les biens et droits immobiliers acquis par des voies de droit privé;
- Les biens et droits immobiliers provenant du domaine privé de l'Etat et transférés au domaine privé desdites personnes ;
- Les biens et droits immobiliers acquis dans les conditions visées à l'article 18 de l'ordonnance fixant le régime foncier »⁶⁶.

Il en résulte que les autres personnes morales de droit public bénéficient des biens du domaine public déclassés dans le domaine privé de l'Etat. Comme quoi, les autres personnes morales de droit public sont conduites à acquérir un certain nombre de biens indispensables à leur fonctionnement régulier et qu'elles sont appelées à gérer selon les règles du Code civil relatives au droit de la propriété privée.

Dans tous les cas, le droit de propriété reconnu aux collectivités publiques sur leurs biens du domaine privé est acquis à leur cause à l'effet de satisfaire l'intérêt général, qui constitue leur raison d'être.

B- L'impérieuse destination à la satisfaction de l'intérêt général

La personne publique n'est pas propriétaire de son domaine privé au sens littéral du propriétaire privé. Le Commissaire du Gouvernement Henri Savoie écrit à propos qu': « une personne publique doit se comporter à l'égard de son domaine privé comme le ferait un particulier à l'égard de ses biens. C'est ainsi une obligation de bonne gestion, de gestion en bon père de

⁶⁵ OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p. 9.

⁶⁶ Article 13 de l'ordonnance n° 74/02 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial.

famille, dirait-on en droit civil, qui pèse sur ces collectivités. Par ailleurs, celles-ci ne doivent pas seulement se comporter comme un propriétaire privé. En effet, elles ont d'abord la charge de l'intérêt général et cette mission doit certainement continuer de guider leur comportement alors même qu'elles prennent des décisions à l'égard de leur domaine privé »⁶⁷.

Les personnes publiques, en raison de leur qualité, ont l'obligation de prendre en compte l'intérêt général dans la gestion de leurs biens⁶⁸. Davantage leur commune satisfaction de l'intérêt général et leur appartenance aux personnes publiques⁶⁹ fait qu'il n'y ait pas toujours de cloison étanche entre ces biens publics⁷⁰, puisqu'ils connaissent une unité organique et une dualité fonctionnelle⁷¹. Il se trouve qu'il y a juste une échelle de la domanialité⁷².

De ce qui précède, les biens déclassés doivent et continuent de servir l'intérêt dans la mesure où, leur gestion est rationnelle (1) et leur fonction patrimoniale épouse les contours de l'intérêt général (2).

1- La gestion rationnelle des biens pour l'intérêt public

On peut relever ici l'identité des règles applicables autant sur le domaine public que sur le domaine privé des personnes publiques.

S'agissant de l'occupation privative des biens du domaine privé des collectivités publiques par exemple, elle est soumise aux mêmes exigences que le domaine public. L'occupant privatif étant dans une condition précaire, doit requérir un titre d'occupation et payer des redevances. A contrario, *« l'occupation ou l'empiètement sur le domaine public de l'Etat, le domaine privé de l'Etat ou des collectivités territoriales décentralisées sans autorisation préalable de l'autorité administrative compétente, constitue une infraction passible des sanctions prévues par la*

⁶⁷ SAVOIE (H.), Conclusions sur CE, sect., 10 mars 1995, Ville de Digne, CJEG, 1995, p. 196.

⁶⁸ OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p. 272.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁷⁰ BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, op. cit., p. 3.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Elle suppose que les biens du domaine public jouissent d'une protection plus rigoureuse que ceux du domaine privé des personnes publiques. Voir dans ce sens BINCZAK (P.) et NICINSKI (S.), *L'essentiel du Droit administratif des biens*, op. cit., p. 14. Egalement sur ce point, lire AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE*, 1958, p. 57 ; MELLERAY (F.), « L'échelle de la domanialité », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, pp. 288-300.

réglementation en vigueur ».⁷³ Sans doute, la satisfaction de l'intérêt général à la quelle ces biens doivent toujours pourvoir exige que ce patrimoine ne soit pas regardé comme négligé.

Pour ce qui est des immeubles, il convient de noter qu'« *un titre foncier est nul d'ordre public lorsqu'il est établi en partie ou en totalité sur une partie du domaine privé de l'Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme public, en violation de la réglementation* »⁷⁴.

Page | 761

Le problème que pose la nullité d'ordre public des titres de propriété établis sur les dépendances du domaine privé de l'Etat et des autres personnes morales de droit public est moins celui de l'appropriation privée que celui du respect du droit en vigueur. Autrement dit, il n'est pas interdit de s'approprier les biens du domaine privé de l'Etat et des autres personnes morales de droit public, mais c'est la nature du propriétaire qui pose problème. Ce qui naturellement oblige la personne publique propriétaire de son domaine privé à l'orienter vers la satisfaction de l'intérêt général quand bien même, elle souhaite donner un tel bien en jouissance ou en pleine propriété.

Plus encore, l'absence d'autorisation la rend coupable de sanction en raison de l'atteinte à l'intérêt général. Le législateur pose que : « *lorsque l'occupation illégitime concerne une dépendance du domaine privé de toute autre personne morale de droit public, le Préfet procède, sur requête du représentant qualifié de ladite personne morale, à la démolition des réalisations effectuées sur le terrain en cause, dans les formes prévues à l'article 5 de la présente loi* »⁷⁵. De même, « *L'occupant est en outre passible des peines prévues à l'article 2 ci-dessus* »⁷⁶.

On doit pouvoir relever que « *dès lors qu'un bien appartient à une personne publique, il ne peut être considéré comme étranger à l'intérêt général et sa gestion n'est pas exactement assimilable à celle des biens des particuliers* »⁷⁷. Ce qui implique que « *l'administration n'agira jamais de la même façon que la personne privée* »⁷⁸ dans la gestion de son patrimoine, même privé.

⁷³ Article 19 du décret n° 2008/0740/PM du 23 avril 2008 fixant le régime des sanctions applicables aux infractions et aux règlements d'urbanisme.

⁷⁴ Article 2 alinéa 6 du décret n° 76 /165 du 27 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier, modifié et complété par le décret n° 2005/ 481 du 16 décembre 2005.

⁷⁵ Article 6 alinéa 1 de la loi n°80-22 du 14 juillet 1980 portant répression des atteintes à la propriété foncière et domaniale

⁷⁶ Article 6 alinéa 2 de la loi n°80-22 du 14 juillet 1980 portant répression des atteintes à la propriété foncière et domaniale.

⁷⁷ AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.), TERNEYRE (Ph.), *Droit administratif des biens*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 25.

⁷⁸ GODFRIN (Ph.), *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 146.

Elle peut certes demander à se faire établir un titre foncier sur sa propriété privée, mais elle ne peut pas reconnaître ce droit aux particuliers, sauf à supposer que ces biens ne peuvent plus servir l'intérêt général. La preuve de cette dernière affirmation étant difficile à rapporter.

En tant que « *le siège d'activités administratives d'intérêt général* »⁷⁹ les biens du domaine privé de l'Etat et de ses démembrements sont « *souvent dominés par des considérations d'intérêt général* »⁸⁰ ou « *comportent au moins à titre médiateur une destination d'intérêt général* »⁸¹. Page | 762

Toutefois, on ne saurait malgré la satisfaction de l'intérêt général que poursuivent les biens du domaine privé des personnes publiques au même titre que ceux du domaine public occulter le fait qu'ils puissent apporter une plus-value au patrimoine public.

2- La fonction patrimoniale des biens pour l'intérêt public

Que les biens soient destinés à satisfaire l'intérêt général lorsqu'ils intègrent le domaine privé de l'Etat et des autres personnes morales de droit public, il reste que la différence fondamentale d'avec les biens du domaine public reste l'admission de la fonction patrimoniale du domaine privé. En effet, si les biens du domaine public sont insusceptibles d'appropriation privée, il convient de relever que les biens du domaine privé de l'Etat et des autres personnes morales de droit public sont susceptibles d'appropriation privée. C'est d'ailleurs tout le sens du déclassement.

Cependant, la possibilité d'acquisition d'un bien du domaine privé des collectivités publiques ne doit pas faire considérer que de tels biens sont laissés à une gestion totalement privative, cela doit seulement laisser croire que le régime rigide de droit public est légèrement assoupli pour bien évidemment continuer de satisfaire le plus grand nombre.

Le juge administratif, dans la décision consécutive à l'affaire Etablissement '720'⁸², a explicitement exclu le caractère de droit privé du contrat de vente de gré à gré du domaine privé de l'Etat tout en retenant sa compétence.

⁷⁹ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », op. cit., p. 35. L'auteur cite en ce sens des travaux et contrats publics exécutés sur le domaine privé.

⁸⁰ Ibid., p. 41.

⁸¹ Ibid., p. 42.

⁸² CS/CA, jugement n°27/03-04 du 27 janvier 2004, Etablissement 720 c/ Etat du Cameroun : « *Que s'agissant de la vente qui se réalise par adjudication ou de gré à gré, les procédures prescrites par la loi sont particulières et différencient les contrats de vente du domaine privé de l'Etat de ceux conclus même implicitement sous l'empire du droit privé ;*

Le Commissaire du Gouvernement Savoie précise à ce titre que « *l'intérêt général qui doit être pris en compte par une collectivité publique, dans le cadre de la gestion de son domaine privé ne se segmente pas. Certes, il comprend de nombreuses facettes qui font éventuellement l'objet d'encadrements particuliers ; pour autant, (...) il forme un tout indivisible. Ainsi lorsqu'une collectivité publique prend une décision qui relève de sa compétence, cet acte doit être conforme à l'intérêt général sous tous ses aspects* »⁸³.

D'essence financière, le domaine privé a toujours été un patrimoine à préserver pour l'intérêt de tous. RIVERO l'a compris lorsqu'il souligne qu'« *il n'existe pas, en effet, d'intérêt privé de l'Administration ; (...) l'intérêt général est donc le mobile profond d'une gestion qui, traditionnellement, est conduite selon les règles du droit privé, cependant* »⁸⁴. Cet intérêt est de divers ordres et peut porter sur les produits des baux ou des aliénations⁸⁵, les revenus de valeurs mobilières⁸⁶ ; les revenus de vente aux enchères ou de gré à gré de tout matériel ou mobilier sorti des écritures des comptes publics⁸⁷ ; les loyers des immeubles bâtis appartenant à l'Etat⁸⁸ ; les produits forestiers et des chasses⁸⁹ ; les retenues pour logement⁹⁰.

C'est dans ce sens que le professeur GUESSELE ISSEME a pu écrire que ces produits concourent à l'alimentation des services publics. Ainsi précise-t-il : « *le trésor public ne connaît pas de caisses privées. C'est à partir de la règle de l'unité et de l'indivisibilité des caisses de l'Etat que s'établit cette justification d'un intérêt public. Ce dernier, lorsqu'il doit réaliser, à partir de ses finances des missions d'intérêt général, ne va pas opérer de distinction substantielle entre les fonds qui sont de l'origine de son domaine privé et ceux de l'origine de son domaine public. Il les emploie tous de manière indistincte au titre de ses finances publiques* »⁹¹. L'objectif est alors de rendre plus productifs les biens du domaine privé étant entendu que ceux du domaine public

Qu'en conséquence de tout ce qui précède, ce recours est bien relatif à un litige concernant un contrat tel que prévu par l'article 9 alinéa 2c de l'ordonnance n°72/6 du 26 août 1972 fixant l'organisation de la Cour Suprême et relève incontestablement de la compétence de la juridiction de Céans ».

⁸³ SAVOIE (H.), Conclusions sur CE, sect., 10 mars 1995, Ville de Digne, op. cit., p. 195.

⁸⁴ RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif », op. cit., p. 283.

⁸⁵ Cf. article 14 alinéa (a) de l'ordonnance n° 74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial.

⁸⁶ Cf. article 14 alinéas (c) de l'ordonnance n° 74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial.

⁸⁷ Cf. article 14 alinéa (e) de l'ordonnance n° 74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial.

⁸⁸ Cf. article 14 alinéas (g) de l'ordonnance n° 74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial.

⁸⁹ Cf. article 14 alinéas (h) de l'ordonnance n° 74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial.

⁹⁰ Cf. article 14 alinéas (i) de l'ordonnance n° 74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial.

⁹¹ GUESSELE ISSEME (L.P.), *L'apport de la cour suprême au droit administratif camerounais*, op.cit., p. 148.

jusqu'à une période relativement récente ne pouvaient rien apporter au budget des collectivités publiques pourtant ils nécessitent énormément de dépenses au titre de leur entretien⁹².

Conclusion

Page | 764

En définitive, le déclassement paraît être un acte administratif unilatéral par lequel un bien du domaine public est transféré au domaine privé de l'Etat et des autres personnes publiques, en raison de l'impossibilité pour ce bien de continuer à remplir sa fonction d'affectation à l'utilité publique. Toute chose susceptible de modifier, en tout ou partie, le régime juridique du bien en cause, sans toutefois changer le droit de propriété, mais seulement ses attributs.

Il en résulte des pouvoirs énormes entre les mains des personnes publiques, une fois le transfert du bien opéré, mais aussi un droit de regard encore plus corsé des juges administratif et judiciaire. Au vrai, on est en présence d'une mixité de régime juridique qui découle de la satisfaction de l'intérêt général.

Le déclassement serait donc une arme redoutable entre les mains de l'administration publique permettant de faire sortir du régime protecteur de droit public, des biens dont la fonction initiale ne peut plus être remplie. Mais encore, une épée de Damoclès sur la tête des autorités administratives, qui ne doivent se servir de tels biens que l'intérêt supérieur de l'Etat ou des autres collectivités publiques. C'est dire en un mot comme en mille, que le déclassement constitue à la fois une prérogative et en même temps une sujétion pour l'administration comme le dirait Jean RIVERO⁹³.

⁹² Voir sur ce point BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, op. cit., p. 271.

⁹³ RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », op. cit., p. 289.

La vicissitude de la Responsabilité internationale de protéger (R2P) et la sauvegarde des droits de l'Homme en période de conflit armé

The vicissitude of the international responsibility to protect and the safeguarding of human rights

in times of armed conflict Page | 765

DAOUDA IDRISOU

Docteur/Ph.D en droit public

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Maroua (Cameroun)

daoudaidrissou072@gmail.com

Résumé :

La responsabilité de protéger est un ensemble de conséquences liées à la violation des obligations internationales, soit le lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu, envers un ou plusieurs autres sujets, d'adopter un comportement déterminé ou de s'en abstenir. S'il y'a un comportement illicite, la communauté internationale peut intervenir, c'est ce que l'on dénomme souvent « droit d'ingérence ». Ce dernier a récemment évolué vers une nouvelle terminologie introduite dans le rapport de la Commission Internationale pour l'Intervention et la Souveraineté des États CIISE : « la Responsabilité de protéger ». C'est un concept selon lequel les Etats souverains ont l'obligation de protéger leurs propres populations contre la violation des droits de l'Homme, des catastrophes naturelles de grande ampleur. Dans la dynamique du dépassement de l'antagonisme entre le respect sacrosaint de la souveraineté Etat et l'intervention, nous analyserons le comportement de la communauté internationale face à la responsabilité de protéger la population en cas de violation grave et systématique des droits de l'Homme, sa mise en œuvre opérationnelle et ses limites.

Mots clés : Vicissitude, Responsabilité de protéger, sauvegarde, droits de l'Homme, conflit armé.

Abstract:

Related to the violation the responsibility to protect is a set of consequences related to the violation of international obligations or the legal link by which a subject international law is required towards one or more other subjects to adopt a specific behavior the international community can intervene this is what is often called the « right of interference ». The latter has recently evolved to a terminology introduced in the report of the international commission for the intervention and sovereignty of the CIISE States ‘ ‘ the responsibility to protect’ ’ It is a concept according to which sovereign states have the obligation to protect their own populations against the violation of human rights, large-scale natural disasters. In the dynamics of overcoming the antagonism between sacrosanct respect for state sovereignty and intervention, we will analyze the behavior of the international community towards the responsibility of protecting the population in the event of a serious and systematic violation of human rights, its operational implementation and its limits.

Keywords: vicissitudes, responsibility to protect, safeguarding human rights, conflict.

Introduction

La protection, le respect et surtout la sauvegarde des droits de la personne humaine sont des préoccupations majeures voire prioritaires de l'ensemble du système des Nations Unies. C'est d'ailleurs dans cet esprit qu'il faut comprendre les principes posés par la déclaration universelle des droits de l'Homme notamment en son article 1^{er} qui énonce : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité »¹.

Page | 767

La consécration solennelle de ce principe sacro-saint de défense de la valeur et de la dignité humaines, faite au lendemain du second conflit mondial, promettait un monde paradisiaque dans lequel les droits de la personne humaine seraient placés au premier rang des priorités de l'ensemble de la communauté internationale. Mais contrairement à ce qui est proclamé, la fin de la guerre froide ne fait pas apparaître un monde dans lequel la liberté et les droits de l'Homme sont respectés par toutes les nations². Et, de nos jours, le bilan reste mitigé et les droits de l'Homme sont loin d'être respectés, protégés et sauvegardés dans de nombreux pays, malgré les efforts consentis par l'ONU et les organismes internationaux. En effet, des progrès considérables ont été consentis dans le cadre de défense et de protection des droits de la personne humaine. Les évolutions considérables du droit international humanitaire ont assoupli la conception pure et rigide de la notion de souveraineté à tel point que cette dernière n'est plus aujourd'hui, un domaine réservé relevant de la compétence unique et exclusive de l'État et derrière laquelle l'État pouvait s'abriter pour commettre des exactions et atrocités impunies à l'encontre de sa population³. La notion de souveraineté exclusive de l'État a été désacralisée. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, préoccupé par les questions de violation des droits de l'Homme, l'ancien Secrétaire Général de l'organisation mondiale, lors de la présentation du rapport du millénaire se posait la question suivante : « (...) si l'intervention humanitaire constitue en fait une attaque inacceptable sur la souveraineté, comment devons-nous réagir face à un nouveau Rwanda, à un nouveau Srebrenica,

¹ ONU, *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 10 décembre 1948, article 1^{er}.

² CLÉMENTCE (A.), Willem DOISE et al. « La représentation sociale des droits de l'Homme : Une recherche internationale sur l'étendue et les limites de l'universalité » in *International Journal of Psychology*, 1995, vol. 30, no 2, pp. 181-212.

³ CONDORELLI (L.), & BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Quelques remarques à propos de l'obligation des états de respecter et faire respecter le droit international humanitaire 'en toutes circonstances' », in SWINARSKI (C.) (Ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean PICTET*, Genève : Comité International de la Croix-Rouge, 1984, pp. 17-35. Retrieved from <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:15023>.

à une violation flagrante et systématique des droits de l'homme qui porte atteinte à tous les préceptes de notre humanité commune⁴? ». Et pour répondre à cette exhortation de M. Koffi Annan, les travaux de B. Kouchner⁵ et de Marrio BETTATI⁶ et surtout le rôle du comité international de Croix Rouge en matière de défense des droits humains, ont permis à l'humanité de passer de la notion du « droit d'ingérence humanitaire⁷ » à celle de la « Responsabilité de protéger » (R2P)⁸.

Selon la commission, la responsabilité de protéger se définirait comme une obligation maîtresse qui incombe non seulement aux États mais aussi à la communauté internationale, de protéger les populations civiles du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du nettoyage ethnique, quand un État ou un gouvernement manque à ses obligations de protection envers sa population. En outre, ce principe est considéré comme « une obligation générale, de nature continue, incombant à tous, appelée à combiner un ensemble d'obligations de prévention, de réaction et de restauration dont l'objectif fondamental est la préservation de la paix civile lorsqu'elle est menacée en particulier par des violences criminelles de masse »⁹. C'est dire, en d'autres termes, que la responsabilité de protéger incombe en premier lieu à l'État dont les populations sont victimes de violations et d'exactions de guerre et aussi et surtout que la communauté internationale n'a qu'une « responsabilité subsidiaire activée lorsque tel ou tel État est manifestement soit incapable, soit peu désireux d'accomplir sa responsabilité de protéger ; ou est lui-même l'auteur effectif des crimes ou atrocités en question ; ou lorsque des personnes vivant à l'extérieur d'un État donné sont directement menacées par des actes qui se déroulent dans cet État »¹⁰.

⁴ Koffi ANNAN, *Rapport du Millénaire présenté à l'Assemblée Générale des Nations Unies*, « Le rôle des Nations Unies au XXI^{ème} siècle, Octobre 2000.

⁵ KOUCHNER (B) est un médecin et homme politique français né le 1er novembre 1939 à Avignon (Vaucluse, France), cofondateur de Médecins sans frontières et de Médecins du monde, ministre de différents gouvernements de gauche et de droite. Quant à BETTATI (M.), né le 7 novembre 1937 à Nice, agrégé de droit et de science politique en 1974, était professeur de droit international à l'université de Paris II de 1988 à 2006. Il en est professeur émérite et doyen honoraire depuis 2006. Ensemble, ils ont largement travaillé sur le droit d'ingérence humanitaire dont ils constituent les pionniers. Voir leur ouvrage collectif : *Le devoir d'ingérence*, Denoël, Paris, 1987.

⁶ BETTATI (M), « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger. », in *OutreTerre* 3/2007 (n° 20) pp. 381-389.

⁷ CORTEN (O) et KLEIN (P), « L'autorisation de recourir à la force à des fins humanitaires : droit d'ingérence ou retour aux sources », in *Eur. J. Int'l L.*, 1993, vol. 4, p. 506.

⁸ R2P est l'acronyme pour désigner la responsabilité de protéger en droit international : « Responsibility to protect » en anglais.

⁹ SZUREK (S.), « La responsabilité de protéger: Mauvaises querelles et vraies questions », *A.C.D.I.*, 2011, n. ° 4, pp. 47-69.

¹⁰ CIISE, « La responsabilité de protéger », p. 18.

La responsabilité de protéger puise ses racines dans le principe de la sécurité humaine¹¹, qui, elle-même, est une composante du système international des droits de l'Homme. En effet, elle met l'accent sur l'obligation de l'État et de la communauté internationale de mettre la priorité sur la sécurité de l'individu. Ainsi, en exprimant leur consentement à mettre en œuvre la responsabilité de protéger, les États adhèrent à une stratégie compréhensive de promotion de la sécurité humaine, comprenant le progrès de la démocratie, la bonne gouvernance et la stabilité économique. La responsabilité de protéger est donc liée aux actions qui visent à améliorer les politiques nationales, régionales et internationales en vue de la prévention des conflits et de la protection de la sécurité humaine telles que les campagnes pour arrêter la prolifération et l'abus des armes légères et l'utilisation des enfants soldats. Ce nouveau concept du droit international se pare ainsi d'un humanisme pleinement philanthropique espérant contribuer à l'avènement d'un monde meilleur en mettant l'individu au centre de toute intervention et en consolidant la protection de ses droits et, de surcroît, le principe reflète la prééminence des droits de l'Homme dans les relations internationales. Mais fort malheureusement, ce principe est bien plus critiqué dans son application. L'affaire Libyenne revêtait l'importance d'un test essentiel, la Responsabilité de protéger franchissait l'état prospectif qui était encore en partie le sien pour passer à l'état descriptif dans sa dimension la plus cruciale au regard du système juridique international. Le succès de son application pouvait confirmer son entrée dans le processus d'émergence d'une norme internationale en faveur de l'intervention afin de protéger les civils des massacres. Mais, le dépassement du mandat du Conseil de Sécurité lors de l'intervention en Libye en 2011 a suscité beaucoup de critiques et provoquer des réactions virulentes des Etats. Beaucoup pensent que l'intervention elle-même n'a pas été conduite dans l'esprit de la responsabilité de protéger. On assiste à un détournement du concept à des fins inavouées. D'où la difficulté actuelle pour les membres du Conseil de Sécurité des Nations-Unies de voter une résolution sur la Syrie plongée pendant des nombreuses années dans le chaos.

La question qui nous préoccupe dans la présente contribution est celle de savoir comment la doctrine de la Responsabilité de protéger est-elle mise en œuvre faces aux violations massives et systématiques des droits de l'Homme en période de conflit armé ? Autrement dit, quels sont les aléas de ce principe sacro-saint en matière de sauvegarde des droits de l'Homme en période de conflit armé ? Théoriquement, il y'a lieu de souligner que cette doctrine internationale fut imaginée

¹¹ Michel BELANGER, « Sécurité humaine et responsabilité de protéger : l'ordre humanitaire en question », p. 73.

depuis 2001 et consacrée en 2005, mais ce n'est qu'en 2011 qu'elle sera appliquée. Cette application a fait l'objet des vives controverses tant par certains membres du Conseil de Sécurité des Nations-Unies que par d'autres Etats. Elle a été qualifiée comme un instrument juridico-politique au service des plus puissants. Ce qui justifie sa mise en œuvre problématique et incertaine. Sur le plan pratique, cette contribution permet également d'effectuer une analyse sur la portée de cette doctrine face aux violations flagrantes, massives et systématiques des droits fondamentaux des individus pendant les hostilités.

L'application de la « responsabilité de protéger » n'a pas été, le plus souvent, à la hauteur de la résolution adoptée lors du *Sommet mondial de 2005* comme le montre certains événements actuels et les réactions ambiguës auxquelles ils ont donné lieu pour éviter les atrocités. Le recours à la notion de « Responsabilité de protéger » tel que définie au *Sommet Mondial de 2005*, nous permettrait d'éviter la répétition d'atrocités à grande échelle menées sous la bannière de l'ingérence humanitaire comme celles du Rwanda et de Srebrenica. Pourtant, sur les 191 pays qui approuvaient le principe en 2005, beaucoup expriment aujourd'hui des réserves sur la « Responsabilité de protéger », ils redoutent les buts auxquels elle peut donner lieu : qu'elle serve de prétexte, tels que pour favoriser les intérêts stratégiques d'autres pays (I) ou pour provoquer des changements de régime (II).

I- LE CONSTAT D'UNE APPLICATION À GÉOMÉTRIE VARIABLE DE LA « RESPONSABILITÉ DE PROTÉGER »

Les Nations Unies ont adopté plusieurs résolutions sur la « Responsabilité de protéger », examinant non seulement leur soutien à la doctrine, mais aussi leur volonté d'autoriser le déploiement de maintien de la paix et d'adopter des résolutions à l'appui de l'intervention militaire. Mais force est de constater que cette doctrine adoptée dans l'esprit de protéger les civils contre les atrocités commises pendant la guerre est déployée de manière sélective compte tenu des intérêts géopolitiques des puissances disposant le droit de veto au Conseil de Sécurité des Nations-Unies.

A- L'application discriminatoire de la « Responsabilité de protéger »

Sous couvert d'humanitaire, se cachent la plupart du temps des interventions militaires, décidées par certaines grandes puissances pour légitimer l'ingérence dans les affaires intérieures d'autres Etats, aussi imposer leur nouvel ordre mondial selon leurs propres intérêts politiques, économiques ou stratégiques. Les principales victimes de ces interventions, faites au nom du droit

d'ingérence humanitaire sont les civils, qu'on prétend protégés, mais qui sont les principales victimes de guerres meurtrières.

En revanche, si le Conseil de Sécurité ne décide pas d'agir, des populations restent négligées, et des interventions restent prohibées. D'autant que les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité peuvent exercer leur droit de veto dès qu'il y va de leurs intérêts géopolitiques stratégiques et économiques. Page | 771

Dans ce contexte, l'actualité internationale nous fournit les interventions Onusiennes en Bosnie-Herzégovine et au Rwanda et ignorant d'autres pays se trouvant dans le même contexte sous prétexte des intérêts géopolitiques.

Le 14 mars 1992 est considéré comme le jour où la République de Bosnie Herzégovine a accédé à l'indépendance après le référendum du 29 février 1992. Au moment où la République de Bosnie Herzégovine s'efforçait d'obtenir son indépendance et d'être reconnue comme Etat par la Communauté internationale, la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie (RSFY.) lançait contre elle une agression conduite par l'armée populaire Yougoslave, et par une partie de la population serbe résidant sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine. Cette agression peut être qualifiée de guerre la plus désastreuse, la plus inhumaine et la plus génocidaire depuis la seconde guerre mondiale. Un grand nombre de résolutions essayent de trouver des solutions à la tragédie de la Bosnie-Herzégovine, par le recours à différents moyens et actions.

L'établissement de la Force de protection des Nations Unies en ex-Yougoslavie (FORPRONU)¹², principalement en Croatie, répond initialement à une préoccupation classique : veiller à ce que les trois zones protégées par les Nations Unies (ZPNU)¹³ en Croatie soient démilitarisées, et à ce que la crainte d'une attaque armée soit épargnée à toutes les personnes.

L'extension de l'action de la FORPRONU à la Bosnie-Herzégovine a consacré une importante préoccupation humanitaire dans la définition du mandat. Le Conseil dans la résolution 757 (1992) du 30 mai 1992¹⁴, se dit « consterné de ce que les conditions pour la distribution

¹² La FORPRONU a été créée par la résolution 743 du Conseil de Sécurité de l'ONU le 21 février 1992 [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/743\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/743(1992)).

¹³ La création de ces zones de sécurité par le Conseil de Sécurité est liée, en grande partie à sa mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales. C'est un modèle spécifique pour assurer la protection des populations civiles menacées.

¹⁴ Résolution 757 du 30 mai 1992 « Bosnie-Herzégovine », [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/757\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/757(1992)).

effective et sans obstacle de l'aide humanitaire, y compris un accès sûr et protégé à l'arrivée et au départ de l'aéroport de Sarajevo et des autres aéroports de Bosnie-Herzégovine, n'aient pas encore été réunies » (para. 6 du préambule de la résolution). Il exige aussi que les parties créent les conditions nécessaires à la distribution...de fournitures humanitaires à Sarajevo et à d'autres localités de Bosnie-Herzégovine, y compris l'établissement d'une zone de sécurité qui englobe Sarajevo et son aéroport » (para.17 de la résolution).

Dans la résolution 758 (1992), du 8 juin 1992¹⁵, le Conseil de Sécurité se concentre sur l'aéroport de Sarajevo, notant que toutes les parties en Bosnie-Herzégovine ont donné leurs accords à la réouverture de l'aéroport de Sarajevo pour l'acheminement de l'aide humanitaire, et que cette ouverture constituerait un premier pas en vue de l'établissement d'une zone de sécurité Sarajevo, et que la continuation des combats rend impossible la distribution d'une aide humanitaire à Sarajevo et ses environs (le para 3,4 et 5 du préambule de la résolution). Par la suite, le Conseil de Sécurité décide de protéger militairement la fourniture de l'aide humanitaire par ses résolutions.

Dans la résolution 770 du 13 août 1992¹⁶, il précise que « la situation en Bosnie-Herzégovine constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales et que l'aide humanitaire à la Bosnie-Herzégovine représente un élément important de l'effort qu'il déploie en vue de rétablir la paix et la sécurité internationales dans la région » (para. 5 du préambule de la résolution). Il se dit ensuite profondément troublé par la situation qui a compliqué les efforts que déploie la FORPRONU pour assurer la sécurité et le fonctionnement de l'aéroport de Sarajevo ainsi que l'acheminement de l'aide humanitaire dans la région (para. 7 du préambule de la résolution), et consterné par la persistance des conditions qui empêchent l'acheminement des fournitures humanitaires à leur lieu de destination en Bosnie-Herzégovine et par les souffrances qui en découlent pour la population de ce pays (para. 8 du préambule de la résolution). Il s'affirme ensuite « être résolu à établir dès que possible les conditions voulues pour acheminer l'aide humanitaire partout où elle est nécessaire en Bosnie-Herzégovine ».¹⁷

Le Conseil de Sécurité, au sujet de l'activité de la FORPRONU, a également exhorté les Etats membres, en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU, à prendre toutes les mesures

¹⁵ Résolution 758 du 8 juin 1992 « Bosnie-Herzégovine », [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/758\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/758(1992)).

¹⁶ Résolution 770 du 13 mai 1992 « Bosnie-Herzégovine » [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/770\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/770(1992))

¹⁷ Para. 10 du préambule de la résolution.

nécessaires pour faciliter, en coordination avec les Nations Unies, l'acheminement par les agences humanitaires de l'aide humanitaire à Sarajevo et ailleurs en Bosnie-Herzégovine (para. 2), et prie tous les Etats d'apporter un appui approprié aux mesures prises en application de la présente résolution (para. 5).

Suite à cette résolution, un accord a été conclu dans le cadre de la Conférence internationale de Londres, du 26 et 27 août 1992, sur la distribution humanitaire par voie routière à travers la Bosnie-Herzégovine. Le Conseil de Sécurité exprime son accord par la résolution 776 (1992) du 14 septembre 1992¹⁸, et enregistre les offres faites par les Etats de mettre à sa disposition du personnel militaire afin de faciliter la distribution de l'assistance humanitaire (para. 4 du préambule). Il souligne dans ce contexte, l'importance de mesures aériennes, telles que l'interdiction des vols militaires à laquelle toutes les parties à la Conférence internationale de Londres, se sont engagées, dont la mise en œuvre rapide pourrait notamment renforcer la sécurité de l'action humanitaire en Bosnie-Herzégovine. Dans ce contexte, il autorise l'élargissement de la FORPRONU et son nouveau mandat en vue de la couverture des convois humanitaires, à la demande du Haut-Commissariat pour les réfugiés (HCR).

Un peu plus tard, le Secrétaire Général présente un rapport le 5 novembre 1992¹⁹ dans lequel il recommande l'élargissement de la FORPRONU pour qu'elle puisse mieux assurer le contrôle de l'interdiction. Toutefois, il paraît, dans une autre lettre adressée au Conseil de Sécurité datée du 6 novembre 1992²⁰ que des apparitions de quelques avions ou hélicoptères aient eu lieu dans l'espace aérien de la Bosnie-Herzégovine sans détermination de la nature des vols ni identification des aéroports de provenance. Il s'agit là d'une violation de la mesure d'interdiction des vols militaires. De ce fait, le Conseil de Sécurité se déclare gravement préoccupé par les indications contenues dans la lettre du Secrétaire général, et réaffirme son interdiction des vols militaires. Il se déclare de nouveau résolu à examiner d'urgence en cas de violation dont il lui serait

¹⁸ Résolution 776 du 14 septembre 1992 «Bosnie-Herzégovine »
[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/776\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/776(1992)).

¹⁹ S/24767, 5 novembre 1992.

²⁰ S/24783, 6 novembre 1992.

rendu compte ultérieurement en application de sa résolution 781 (1992)²¹, les mesures supplémentaires qui seraient nécessaires pour imposer le respect de l'interdiction... (Para. 6)²².

Dans la résolution 787 (1992)²³, le Conseil de Sécurité rappelle que la situation en Bosnie-Herzégovine constitue une menace contre la paix, il réaffirme que la fourniture d'une assistance humanitaire dans la région « constitue un élément important de l'effort du Conseil de Sécurité pour rétablir la paix et la sécurité dans la région. Il s'agit là d'une résolution innovante, par laquelle il « invite le Secrétaire général, en consultation avec le HCR et les autres organismes humanitaires internationaux concernés, les possibilités et les besoins touchant la promotion de zones de sécurité à des fins humanitaires » (para. 19 de la résolution).

L'action du Conseil de Sécurité de l'ONU en faveur du maintien de la paix en Bosnie-Herzégovine soulève des interrogations que nous résumons comme suit : Quels sont les fondements juridiques des décisions du Conseil de Sécurité de l'ONU en Bosnie-Herzégovine ? Dans quelles conditions le conseil a-t-il décidé d'intervenir ? En effet, le respect du droit international humanitaire entre dans les préoccupations du Conseil de Sécurité suite à la déclaration du Secrétaire général selon laquelle « tous les observateurs internationaux s'accordent à penser qu'on assiste actuellement à un effort concerté mené par les Serbes de Bosnie-Herzégovine avec l'assentiment de la JNA-et à tout le moins un certain appui de la part de celle-ci-pour créer des régions « ethniquement pures » dans le contexte des négociations sur la cantonisation » de la République de la Conférence de la CEE sur la Bosnie-Herzégovine, présidée par l'Ambassadeur Cutileiro. Les techniques utilisées consistent à saisir des territoires par la force militaire et à intimider la population non Serbe »²⁴. Dans ce contexte, le Conseil de Sécurité lance un appel, dans la résolution 752 (1992), « que toutes les parties et les autres intéressés à s'assurer que cessent immédiatement, où que ce soit dans l'ex-Yougoslavie, les expulsions forcées de

²¹ Par laquelle le Conseil de Sécurité détermine que « l'établissement d'une interdiction des vols militaires dans l'espace aérien de la Bosnie-Herzégovine constitue un élément essentiel de la sécurité de l'acheminement de l'aide humanitaire dans ce pays et une mesure décisive pour la cessation des hostilités en Bosnie-Herzégovine » (paragraphe 8 du préambule de la résolution 781 du 9 octobre. Ainsi, il s'engage à examiner « sans délai toutes les informations qui seraient portées à son attention concernant la mise en œuvre de l'interdiction et, en cas de violation, à examiner de toute urgence les mesures complémentaires qui seraient nécessaires pour imposer le respect de cette interdiction » (paragraphe 6 de la résolution, voir,

[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/781\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/781(1992))

²² Résolution 786 du 10 novembre 1992 « Bosnie-Herzégovine ».

[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/786\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/786(1992)).

²³ Résolution 787 du 16 novembre 1992 « Bosnie-Herzégovine »,

[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/787\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/787(1992)).

²⁴ Document UN. S/23900, 12 mai 1992, §5.

personnes de leur lieu de résidence et toute tentative visant à changer la composition ethnique de la population »²⁵. Par la suite, il rappelle dans la résolution 764 (1992) « les obligations découlant du droit humanitaire, en particulier des Conventions de Genève du 12 août 1949 ». Ainsi, il réaffirme que « toutes les parties sont tenues de s'y conformer... », et que les personnes qui commettent ou ordonnent de commettre de graves violations de ces Conventions sont individuellement responsables à l'égard de telles violations » (para. 10).

Dans la résolution 770 (1992), le Conseil de Sécurité se concentre sur les camps de détention ; il se dit préoccupé « par les informations faisant état d'exactions à l'encontre de civils emprisonnés dans des camps, des prisons et des centres de détention ». En vertu de cette résolution, le Conseil de Sécurité prescrit aux Etats, dans le cadre du chapitre VII, des obligations dont le contenu est déterminé par renvoi au droit international humanitaire (para. 3 de la résolution).

Encore plus loin, le Conseil de Sécurité dans la résolution 771 (1992) du 13 août 1992 répète la même formulation du paragraphe 10 de la résolution 764, ainsi il exige que les parties mettent fin à toute violation du droit international humanitaire et s'abstiennent de commettre de pareilles violations. Aussi, il demande aux Etats de mettre à sa disposition toutes les informations au sujet des violations de DIH. Dans cette résolution le Conseil de Sécurité condamne « toutes les violations du droit international humanitaire, y compris celles qu'implique la pratique de la purification ethnique ». Cela veut dire que le Conseil de Sécurité considère qu'une telle « pratique » est une violation du DIH²⁶. Il impose une nouvelle obligation aux parties, avec une possibilité de prendre de nouvelles mesures, en vertu de la Charte, contre ceux qui ne la respectent pas (para. 7 de la résolution). Ceci, dit « droit humanitaire est une matière qui peut être considérée comme couverte par le Chapitre VII de la Charte.

Finalement, ce n'est que dans la résolution 787 (1992), que le Conseil de Sécurité condamne les violations massives et systématiques des droits de l'homme et les violations graves du DIH et prie la Commission des droits de l'homme de continuer à enquêter activement sur la situation des droits de l'homme dans l'ex-Yougoslavie ». De plus, le Conseil de Sécurité a adopté

²⁵ Résolution 952 du 15 mai 1992 « Bosnie-Herzégovine »
[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/752\(1992\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/752(1992)).

²⁶ Le Conseil de Sécurité utilisait le terme « épuration ethnique » au lieu de celle de « génocide », Alors qu' à sa session spéciale de nov-déc 1992, la Commission des droits de l'homme dans l'ex-Yougoslavie a utilisé le terme de génocide « calls upon all states to consider the exact to while the acts committed in Bosnia and Herzegovina and in Croatia constitute genocide, in accordance with the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ».

la fameuse résolution 808 (1993) du 23 février 1993, prévoyant la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du DIH en ex-Yougoslavie depuis 1991. En vertu de cette résolution le Conseil demande au Secrétaire général de lui fournir un rapport analysant la question du tribunal sous tous ses aspects.

Ces résolutions montrent que le Conseil de Sécurité a essayé d'utiliser le chapitre VII de la Charte dans des domaines nouveaux, comme ceux du droit international humanitaire et de l'aide humanitaire.

Les événements de Bosnie-Herzégovine représentent un banc d'essai pour l'ONU, puisqu'ils mettent en lumière toutes les difficultés et les enjeux dont il faut absolument venir à bout pour que l'ONU apparaisse crédible à l'avenir.

B- L'inertie de la Communauté internationale face aux chaos syrien

La guerre civile syrienne perdure depuis 2011 et elle a déjà fait plus de 220.000 morts²⁷, et 1,1 millions de réfugiés syriens ont fui la guerre²⁸. Aujourd'hui, cette crise est comparée à celle de la Bosnie. Plus qu'un problème politique, il s'agit là d'une tragédie humaine que les générations futures pourraient se rappeler comme le pire drame du XXI^e siècle.

Inspirées des printemps arabes tunisien et égyptien, des manifestations populaires pacifiques, le 15 mars 2011, pour plus de libertés ont lieu dans le pays, gouverné d'une main de fer depuis 40 ans par le régime Bachar el Assad. Leur répression sanglante entraîne un durcissement et une militarisation de l'opposition, et déclenche une guerre civile entre anti régime et pro-régime.

En juillet et septembre 2012, l'Armée syrienne libre (ASL) puis le Conseil National Syrien (CNS) sont créés. L'ASL, composée de rebelles civils, vise à lutter contre les forces armées du régime. Le CNS a lui pour objectif de coordonner la lutte politique contre le régime depuis la Turquie.

Le gouvernement syrien est soutenu par l'Iran, le Venezuela, l'Algérie, la Chine et la Russie, la rébellion est soutenue par la Ligue arabe et certains pays occidentaux, et peu à peu l'ASL soutenue et armée par la Turquie, l'Arabie Saoudite et le Qatar. Le soutien populaire à la rébellion,

²⁷ Journal le Monde, « Plus de 220 000 morts dans la guerre en Syrie ». 16/04/2015 (consulté le 04/05/2024).

²⁸ DUBUC (B), « Le Liban face aux défis de l'afflux de réfugiés syriens », Le journal 20 minutes, 3/3/2015 (Consulté le 05/04/2024)

surtout issu de la communauté sunnite oblige le régime à recourir au Hezbollah et à des milices irakiennes chiïtes²⁹.

Devant la férocité de la répression menée par le gouvernement syrien contre son peuple, l'Allemagne, la France, le Portugal et le Royaume-Uni ont présenté un projet de résolution au Conseil de Sécurité des Nations Unies « condamnant fermement la répression et les violations des droits de l'homme commises par les autorités syriennes, appelant à la fin des violences, et menaçant également la Syrie d'éventuelles sanctions à l'avenir³⁰. Le préambule du document a fait référence au concept de « Responsabilité de protéger » : *Rappelant* la responsabilité qui incombe au premier chef au gouvernement syrien de protéger sa population.

Au final, la résolution n'a pas été approuvée par le Conseil de Sécurité en raison de vote négatif de la Chine et de la Russie. Ces deux représentants permanents ont déclaré que la résolution n'aiderait pas à retrouver la paix en Syrie mais risquerait au contraire d'exacerber les tensions³¹. D'autres pays, l'Afrique du Sud en particulier, ont évoqué un manque de confiance envers les pays qui ont proposé et soutenu le projet de résolution, estimant qu'à d'autres occasions ces pays avaient dépassé les limites fixées par les mandats du Conseil de Sécurité, comme c'était le cas pour la Libye.

Le Conseil de Sécurité sera saisi d'un second projet de résolution le 4 février 2012 proposé par le Maroc, représentant du monde arabe au Conseil de Sécurité et coparrainé par 14 pays, dont la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis, appelant à mettre fin à la répression en Syrie et endossant le plan de sortie de crise et de transition pacifique établi par le Conseil de la Ligue arabe³². Le texte précise que le Conseil veut « résoudre la crise politique actuelle en Syrie de manière pacifique, afin de dissiper toute analogie avec l'affaire libyenne »³³. Ainsi, il propose une transition politique, avec un transfert du pouvoir du Président Bachar Al-Assad à l'instauration

²⁹ BARTHE (B), « Des milices chiïtes venues d'Irak combattent désormais aux côtés de l'armée de Bachar ». Le Monde, 06/01/2014 ; FAUSTINE (V), « Quel rôle joue le Hezbollah libanais en Syrie ? ». Le journal 20 minutes, le 29/05/2013 (consulté le 04/05/2024).

³⁰ Projet de Résolution relatif à la situation en Syrie, du 4 octobre 2011, Doc. S/2011/612 : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2011/612.

³¹ Centre d'actualités de l'ONU, « Une résolution sur la Syrie bloquée au Conseil de Sécurité ». Les dépêches du Service d'information de l'ONU :

<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=26532#.VUie0suKDip>.

³² Résolution n°7444 (2012) relative à la crise syrienne, adoptée au Caire par le Conseil de la Ligue des Etats arabes, le 22 janvier 2012

³³ Journal Le Monde « Le Conseil de Sécurité votera samedi un nouveau projet de résolution », le 3 février 2012

d'un régime politique démocratique et pluraliste. L'aboutissement serait « un départ pacifique de l'actuel régime »³⁴.

Ce texte connaîtra le même sort du fait du veto négatif des mêmes membres permanents (treize voix en faveur et deux votes négatifs : Chine et Fédération de la Russie)³⁵ qui ont considéré que ce document était déséquilibré, même s'il se contente, comme le précédent, de recommander un certain nombre de mesures pour amener le gouvernement syrien à s'acquitter de son obligation de protéger sa population, sans qu'il évoque d'aucune façon le recours à la force pour imposer une telle obligation.

Il convient de rappeler également l'adoption des résolutions 2042 (2012)³⁶ et 2043 (2012)³⁷ du Conseil de Sécurité de l'ONU souscrivant respectivement le plan de paix en six points de l'envoyé spécial Kofi Annan et à l'établissement de la Mission de supervision des Nations Unies en Syrie (UNSMIS). Le plan vise à mettre fin immédiatement à toute violence et à toute violation des droits de l'homme, à garantir l'accès des organismes humanitaires et à faciliter une transposition politique démocratique et pluraliste, fondée sur l'égalité des citoyens quelles que soient leurs appartenances politiques ou ethniques ou leurs religions, à la faveur notamment de l'ouverture d'un dialogue politique général entre le gouvernement syrien et l'ensemble des forces d'opposition syrienne. Quant à l'UNSMIS, elle a pour mandat de surveiller et d'appuyer la mise en œuvre de ce plan.

On perçoit les limites de la « Responsabilité de protéger » dont la mise en œuvre dépend étroitement des marges de manœuvre d'un organe politique (le Conseil de Sécurité), où les cinq membres permanents bénéficient du droit de veto.

En outre, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté une résolution le 16 février 2012 relative à « la situation en République arabe Syrienne », présentée par le Groupe arabe et coparrainée par 72 Etats, examinant le plein soutien de la Communauté internationale au plan de sortie de crise de la Ligue arabe. La résolution exige aussi du gouvernement syrien qu'il fasse

³⁴ Pour de plus amples informations, consulter VINOGADOFF (L), « Syrie : La Communauté internationale face au blocage russe ». *Le Monde*, 30 janvier 2012.

³⁵ Doc. S/PV.6711, 4 février 2012 : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/PV.6711.

³⁶ S/RES/2042 (2012), 14 avril 2012.

³⁷ S/RES/2043 (2012), 21 avril 2012.

cesser toutes les violences et protège sa population. Cette résolution a reçu 137 votes pour, 12 votes contre et 17 abstentions.

L'ensemble de ces efforts politiques et diplomatiques régionaux et internationaux ne sont malheureusement pas couronnés de succès. Autrement dit, la Communauté internationale ne s'est toujours pas acquittée de sa responsabilité de protéger envers la population syrienne qui fait l'objet d'atrocités innommables. A ce propos, Robert MARDINI, chef des opérations du CICR pour le Proche et le Moyen Orient estime que : « Des centaines de personnes meurent chaque jour en Syrie. Des millions ont été déplacées à l'intérieur du pays, tandis que d'autres ont fui vers des pays voisins et vivent dans une grande précarité (...). Des dizaines de milliers de personnes sont détenues ou portées disparues. Les familles qui sont sans nouvelles de leurs proches cherchent désespérément à savoir ce qu'il est advenu d'eux. Les services de santé se sont fortement dégradés, des structures médicales sont prises pour cibles et des membres personnel de santé sont tués, menacés ou placés en détention alors qu'ils tentent de sauver des vies. Les biens et les infrastructures ont subi d'importants dégâts, et des zones entières sont en ruine »³⁸. D'où l'idée de la nécessité d'une intervention militaire en Syrie. A cet égard, plusieurs pays occidentaux, les Etats-Unis en tête, évoquent, une attaque militaire contre le régime syrien, qu'ils accusent aussi d'avoir utilisé des armes chimiques contre des civils le 21 août 2013 près de Damas.

Récemment, le conflit syrien a connu une évolution complexifiant sa problématisation et sa lecture. Il prend une dimension armée nationale, régionale, puis internationale. 2013 est réellement un tournant puisqu'il voit l'arrivée de nouveaux acteurs important dans le conflit, comme l'arrivée du Daesh (l'Etat islamique, ou l'organisation de l'Etat islamique)³⁹.

³⁸ Communiqué de presse 13/45 du CICR, le 15 mars 2013.

³⁹ L'Etat islamique (Daesh ou organisation de l'Etat islamique) est une organisation armée djihadiste de confession Sunnite, particulièrement hostile aux Chiites et aux Kurdes, qui prône le rétablissement du Califat des Abbassides. La création de celui-ci remonte au mois d'octobre 2006, en Irak, lorsqu'Al-Qaïda forme cinq autres groupes djihadiste le Conseil consultatif des moudjahidines. Le 15 octobre 2015, celui-ci proclame l'Etat islamique d'Irak (EII) qui se considère comme le véritable Etat de l'Irak. En avril 2013, l'EII déclare s'entendre jusqu'en Syrie et devient l'Etat islamique en Irak et au Levant (EIIIL). Finalement, le 29 juin 2014, le mouvement change son nom pour celui d'Etat islamique, témoigna la Mission de supervision des Nations Unies en Syrie (UNSMIS) de la volonté d'établir le rétablissement d'un Califat universel sur le monde musulman ; voir CHAMPAGNE (M), Entretien avec Romain CAILLET- « Qu'est-ce-que l'Etat islamique ? » Les Clés du Moyen-Orient, 8 juillet 2014, en ligne <http://www.lesclesdumoyenorient.com/Entretien-avec-Romain-CailletQu.html> (consulté le 30/10/2024); MONT-REYNAUD (A), « L'Etat islamique et le cadre légal d'une intervention militaire en Syrie ». 24 novembre 2014, en ligne <http://www.journalobiter.com/letat-islamiquecadre-legal-dune-intervention-militaire-en-syrie/>

Au départ, le mouvement s'allie aux rebelles contre le régime de Bachar al-Assad et jouit d'une certaine popularité auprès de la population. Plusieurs combattants, dont le Front AlNusra, groupe salafiste djihadiste affilié à Al-Qaïda, rejoignent le mouvement et l'Etat islamique commence à s'implanter dans le nord du pays. Celui-ci prend le contrôle de la ville de Rakka, à l'aide du Front Al-Nosra, où il établira postérieurement sa capitale politique et militaire en Syrie⁴⁰. Daesh réussit à s'emparer rapidement de vastes territoires en Irak et en Syrie où il devient l'acteur principal parmi les ennemis du régime Assad. Cependant, en janvier 2014, la violence extrême du mouvement, des offensives ont lieu contre l'Etat islamique regroupant plusieurs mouvements rebelles, dont le Front islamique, le Front révolutionnaire syrien et le Front Al-Nosra et autres groupes rebelles, lui déclarent la guerre. Malgré l'opposition des rebelles, l'Etat islamique gagne du terrain et occupe une grande partie du territoire Nord-est de la Syrie⁴¹.

La guerre en Syrie a pris un véritable tournant depuis octobre 2015. Les forces armées syriennes ont commencé « une vaste offensive » terrestre avec le soutien de bombardements de l'aviation russe. D'après le général Ali Abdallah Ayoub, cette opération a pour but « d'écraser les groupes terroristes et libérer les régions et localités qui ont souffert du terrorisme »⁴² et qui s'oppose au régime de Bachar al-Assad. Quant au Président russe Vladimir Poutine, il a affirmé que l'intervention sur le territoire syrien est sollicitée par Bachar-al-Assad d'« aide militaire »⁴³. Or, la France est intervenue sur le territoire syrien sans consentement de ce dernier⁴⁴, pour se protéger par avance contre les attaques terroristes sur son propre territoire (le droit à la légitime défense).

Toutefois, les doutes et les critiques vont rapidement surgir sur les frappes militaires. A ce propos, l'Otan a fait part de ses craintes face à ce qu'elle qualifie « *d'escalade inquiétante* »

⁴⁰ Journal le Monde, « L'Etat islamique tue une cinquantaine de soldats près de Rakka », 26 juillet 2014, en ligne http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2014/07/26/syrie-l-etat-islamique-tue-une-cinquantaine-desoldats-pres-d-ar-raqqa_4463177_3218.html (consulté le 31 octobre 2015).

⁴¹ A titre illustratif, l'Etat islamique, selon l'Observatoire syrien des droits humains (OSDH), pris le contrôle de 95 % à 98% de la province de Deir ez-Zor, région orientale du pays ; voir Journal Radio France internationale (RFI), « Syrie : l'Etat islamique contrôle désormais la moitié de Deir Ezzor ». 14 juillet 2014, en ligne <http://www.rfi.fr/moyen-orient/20140714-syrie-etat-islamique-controle-desormais-moitie-deir-ezzor>.

⁴² Journal Direct Matin, « L'occident s'inquiète depuis l'offensive des Russes. Le brûlant conflit syrien ». 9 octobre 2015.

⁴³ L'armée française a mené de premières frappes en Syrie, annoncée officiellement le 27 septembre 2015. Pour de plus amples informations consulter GUIBERT (N), « La France a mené ses premières frappes en Syrie ». Le Monde, 27 septembre 2015.

⁴⁴ Journal Ouest-France, « Syrie. L'Otan dénonce l'escalade inquiétante de l'intervention russe ». 8 octobre 2015, en ligne <http://www.ouest-france.fr/otan-reunion-des-ministres-de-la-defense-sur-fond-d-interventionrusse-3749245> (consulté le 11/11/2024).

l'activité militaire russe en Syrie⁴⁵. Son Secrétaire général, Jean Stoltenberg, a regretté que Moscou « ne vise pas principalement Daesh. Quant au Secrétaire américain à la Défense Ashton Carter les a qualifiés « *d'erreur fondamentale* ».

L'intervention russe en Syrie, en effet, répond à un certain nombre d'explications. Il s'agit pour Vladimir Poutine d'éviter une plus grande porosité des frontières entre la Syrie et la Russie qui ne veut pas d'une remontée des djihadistes vers son territoire. L'absence d'une réelle intervention américaine en Syrie et l'indécision européenne, nous permet de conclure que cette intervention est un retour de la Russie dans le grand jeu diplomatique, en lui donnant un rôle incontournable sur le dossier du Proche-Orient.

En définitive, il faut signaler que pour un certain nombre d'acteurs, sur la scène internationale, il est certain que la crise syrienne a été l'occasion de rappeler l'illégalité de toute intervention militaire qui n'aurait pas au préalable autorisé par le Conseil de Sécurité. Mais, elle illustre également les limites de la Responsabilité de protéger lorsque les autorités établies persistent dans l'utilisation de la force contre leurs populations occasionnant des milliers de victimes, ce qui est clairement contraire aux principes de la Charte des Nations Unies. A partir de là, l'on ne peut qu'avoir des regrets de constater que le système des alliances au sein du Conseil de Sécurité continue de vider la « Responsabilité de protéger » de son contenu.

II-LA MISE EN ŒUVRE CHAOTIQUE DE LA « RESPONSABILITÉ DE PROTÉGER » EN LIBYE

Suite à la guerre civile qui a ravagé la Libye en 2011, la communauté internationale a jugé nécessaire d'activer le principe sacro-saint de la « Responsabilité de protéger » pour assurer la protection de la population faces aux multiples violations par le régime en place des droits fondamentaux. Pour ce faire, le Conseil de Sécurité a ordonné le déploiement des forces armées de l'OTAN au nom de la préservation de la paix internationale conformément au chapitre VII de la Charte de l'ONU. Mais fort malheureusement, le résultat escompté au départ a connu des conséquences désastreuses pour le cas Libyen.

⁴⁵ Journal Direct Matin, « L'occident s'inquiète depuis l'offensive des Russes », op, cit.

A- L'intervention militaire musclée de l'OTAN en Libye

Le Conseil de Sécurité a également ajouté la Libye aux problèmes à traiter. Il rappelle, dans sa résolution 1970 (2011)⁴⁶, que les autorités libyennes ont la responsabilité de protéger le peuple libyen, ce qui est réaffirmé dans la résolution 1973 (2011)⁴⁷.

Page | 782

En effet, des manifestations dans plusieurs villes de Libye, inspirées des révoltes tunisiennes et égyptiennes, réprimées violemment par le régime du Colonel Kadhafi, débouchent sur une rébellion armée autour de Benghazi. La répression des opposants provoque l'émotion de la Communauté internationale et suscite la dénonciation des attaques contre la population civile par l'Union africaine, les États-Unis, les pays européens et la Ligue arabe, laquelle réclame une intervention internationale destinée à protéger les populations civiles menacées.

Partant de là, le Conseil de Sécurité a fait la première référence à la « Responsabilité de protéger » au terme d'une réunion tenue le 22 février 2011, dans une déclaration à la presse sur la Libye : « les membres du Conseil de Sécurité se sont déclarés gravement préoccupés par la situation en Libye. Ils ont condamné la violence et l'usage de la force contre des civils (...) les membres du Conseil ont exhorté le gouvernement libyen à s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe de protéger le peuple libyen »⁴⁸. Une autre référence peut être trouvée dans la Déclaration de l'Union européenne tenue le 23 février sur la Libye : « Nous condamnons fermement le recours à la violence et à la force contre les civils (...) nous nous félicitons de la déclaration du Conseil de Sécurité des Nations Unies [...] qui exhorte le gouvernement libyen à s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe de protéger le peuple libyen »⁴⁹. On peut également citer la Déclaration des Conseillers spéciaux pour la prévention du génocide et pour la responsabilité de protéger⁵⁰.

Par la suite, le Conseil de Sécurité a adopté la résolution 1970 (2011) le 26 février 2011 à l'unanimité des quinze membres du Conseil de Sécurité. Ce dernier, dans sa résolution, rappelle

⁴⁶ Résolution 1970 du 26 février 2011 « Lybie » <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/59/PDF/N1124559.pdf?OpenElement>.

⁴⁷ Résolution 1973 du 17 mars 2011 « Lybie » <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/268/40/PDF/N1126840.pdf?OpenElement>

⁴⁸ Déclaration du Conseil de Sécurité de l'ONU à la presse sur la Libye, 22 février 2011. Doc. SC/10180- AFR/2120.

⁴⁹ Déclaration de la Haute représentante, Catherine Ashton, au nom de l'Union européenne, sur la Libye, 23 février 2011. Doc. 6966/1/11 Rev 1, Presse 36 : http://europa.eu/rapid/press-release_PESC-11-36_fr.htm.

⁵⁰ Déclaration des Conseillers spéciaux du Secrétaire général de l'ONU chargé de la prévention du génocide et pour la responsabilité de protéger, New York, 19 janvier 2011.

le principe de base de « la Responsabilité de protéger la population » qui incombe à chaque Etat et à la Communauté internationale d'intervenir lorsque les Etats manquent à leur devoir.

On constate que le Conseil de Sécurité ne qualifie à aucun moment la situation en Libye de « menace contre la paix » dans la résolution 1970. Par conséquent, l'absence de référence à cette qualification pourrait dénoter une intention politique, de la part des négociateurs du texte, de ne pas « enfermer » l'action du Conseil de Sécurité dans le chapitre VII de la Charte⁵¹. Cela peut s'expliquer par le fait qu'au moment où le texte fut rédigé, le message politique sous-tendu par cette démarche était de ne pas exclure prématurément l'hypothèse d'une sortie de crise négociée et pacifique en Libye⁵².

Déplorant ce qu'il appelait la violation flagrante, systématique et généralisée commise contre la population civile libyenne, le Conseil de Sécurité a exigé qu'il soit immédiatement mis fin à la violence, rappelant la responsabilité de protéger qui s'impose aux autorités libyennes et la responsabilité individuelle des auteurs ou des dirigeants des auteurs d'attaques perpétrées contre des civils, et demande que des mesures soient prises pour satisfaire les revendications légitimes de la population.

Dans ce contexte, la résolution 1970 énonce que les « attaques systématiques « **et** » généralisées actuellement commises en Jamahiriya arabe libyenne contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité ». Or, l'art 7§1 du Statut de la Cour définit le crime contre l'humanité comme « une attaque généralisée « **ou** » systématique » Apparemment, la définition retenue par la résolution est incompatible à celle de l'art. 7§1 du Statut de la CPI. Autrement dit, les termes de la résolution 1970 (2011) semblent suggérer que, pour être constitutifs d'un crime contre l'humanité, les caractères généralisés et systématiques des attaques devraient être cumulatifs, plutôt qu'alternatifs. Partant de là, le Conseil de Sécurité prend une certaine liberté avec les termes du Statut de la CPI. La résolution permet au Conseil de Sécurité de mettre en exergue la gravité des attaques perpétrées contre la population libyenne⁵³.

Suite à la résolution 1970, le Procureur de la CPI⁵⁴ a ouvert une enquête sur la situation libyenne le 3 mars 2011. La Cour concentrera ses investigations sur les allégations de crime contre

⁵¹ HAJJAMI (N), *La responsabilité de protéger*, op, cit, p. 365.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Cour Pénale Internationale.

l'humanité commis en Libye. En revanche, le Conseil de Sécurité saisit de la CPI uniquement des actes commis depuis le 15 février 2011 (point 4). On a pu regretter que la Cour ne s'intéresse pas à l'ensemble des crimes dont est accusé le régime libyen depuis l'arrivée au pouvoir de Mouammar Kadhafi en 1969. Ce serait oublier que la compétence de la CPI est restreinte *ratione temporis* aux actes commis depuis le 1^{er} juillet 2002 (date d'entrée en vigueur du Statut de la CPI).

L'enquête de la CPI devrait se focaliser sur les plus hauts responsables des exactions commises en Lybie, tels que Mouammar Kadhafi, ses fils, ainsi que le ministre des Affaires étrangères, le chef de la sécurité du régime et du renseignement militaire, le chef de la sécurité personnelle de M. Kadhafi. La qualité de chef d'Etat en exercice ne protège pas M. Kadhafi d'éventuelles poursuites⁵⁵. Toutefois, le Conseil de Sécurité, a décidé, dans sa résolution, que la CPI n'exercerait pas sa compétence sur les ressortissants, responsables ou personnels en activité d'un Etat autre que la Jamahiriya arabe libyenne qui n'est pas Partie au Statut de Rome de la CPI (point 6). Le but de cette restriction est d'éviter que les poursuites puissent viser des membres des forces armées américaines en cas d'intervention militaires des Etats-Unis (ne sont pas Parties au Statut de Rome de la CPI) en Libye. Sans cette restriction, les Etats-Unis auraient très certainement utilisé leur veto à la saisine de la CPI.

En outre, la résolution 1970 oblige la Libye à « coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance voulue » (point 5). La Libye n'a en effet aucune obligation envers la CPI elle-même, mais elle est tenue juridiquement par la résolution du Conseil de Sécurité prise conformément au Chapitre VII de la Charte de l'ONU.

Au regard de tous ces éléments, on constate que la CPI a joué un rôle non négligeable à l'égard de la crise libyenne. Aussi, l'absence de financement de l'enquête par les Nations Unies, fruit du compromis trouvé au sein du Conseil de Sécurité pour pouvoir adopter la résolution 1970 et la mise en œuvre efficace de la « Responsabilité de protéger ».

La résolution 1970 est passée relativement inaperçue dans la presse, elle a toutefois permis la mise en place des premières sanctions à l'égard des autorités libyennes, comme l'embargo imposé sur les exportations d'armement vers la Libye, d'une interdiction de voyager pour un certain nombre de dirigeants libyens et d'un gel des avoirs de différentes personnes⁵⁶. Ces mesures

⁵⁵ Article 27 du Statut de la CPI.

⁵⁶ Annexe II de la résolution 1970 (2011) sur la Libye. <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/59/PDF/N1124559.pdf?OpenElement>

s'imposent juridiquement à l'ensemble des Etats membres des Nations Unies au titre des articles 25 et 41 de la Charte. Donc, il s'agit de mesures qui n'impliquent pas le recours à la force armée. En revanche, si les choses se dégradaient encore, cette possibilité pourrait être envisagée par le Conseil. Dans le même sens, le Secrétaire général de l'ONU estime que « les mesures prises aujourd'hui sont sévères et, si les choses ne s'améliorent pas sur le terrain dans les jours à venir, des mesures encore plus audacieuses pourront être prises »⁵⁷.

En somme, toutes les mesures prévues par le Chapitre VII de la Charte de l'ONU n'ont pas pour autant freiné Kadhafi, ce qui à terme a entraîné l'adoption de la résolution 1973 (2011) autorisant le recours à la force pour protéger la population civile libyenne.

Le Conseil de Sécurité, sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies (art. 39- 51, intitulé « *Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression* »), a adopté la résolution 1973 le 17 mars 2011 par 10 voix pour (Afrique du Sud, la Bosnie-Herzégovine, la Colombie, les Etats-Unis, la France, le Gabon, le Liban, le Nigeria, le Portugal et le Royaume-Uni) et 5 abstentions (la Russie, la Chine, l'Allemagne, le Brésil et l'Inde).

Il faut également remarquer que la résolution 1973 n'aurait pas été soumise au vote sans le soutien formulé par la Ligue arabe. Le Secrétaire général de l'OTAN souligne l'importance de ce soutien en ces termes : « Le soutien régional, en particulier, est d'une importance cruciale. C'est pourquoi je poursuivrai mes consultations avec la Communauté internationale et nos partenaires dans la région, notamment avec l'ONU, l'Union européenne, la Ligue arabe et l'Union africaine, dont nous devons avoir le soutien pour que nos actions, à court comme à long terme, soient perçues comme une aide au règlement de la situation et un appui à la vague démocratique qui déferle sur la région »⁵⁸.

La résolution suit la même logique que la résolution 1970 (2011), rappelant la responsabilité qui incombe aux autorités libyennes de protéger sa propre population et réaffirmant au premier chef aux parties à tout conflit armé de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la protection des civils.

⁵⁷ Communiqué de presse du 26/02/2011. <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2011/CS10187.doc.htm>.

⁵⁸ Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, « L'OTAN est prête à appuyer les efforts internationaux concernant la Lybie », 11 mars 2011. http://www.nato.int/cps/fr/SID-07F6F3F1-EAA4C282/natolive/news_71446.htm.

Le Conseil de Sécurité invoque d'abord le fait que la Libye n'a pas respecté sa résolution 1970 (2011), qui avait exigé que soit mis fin aux violences, notamment contre les civils et les étrangers. Il constate la détérioration de la situation, l'escalade de la violence et les lourdes pertes civiles et que les autorités libyennes commettent constamment une « violation flagrante et systématique des droits de l'homme, y compris les détentions arbitraires, disparitions forcées, torture et exécutions sommaires », et que des actes de violences et d'intimidations sont commis contre les journalistes, des attaques généralisées et systématiques menées contre la population civile, et que celles-ci « peuvent constituer des crimes contre l'humanité ».

Il reproche à la Libye de ne pas avoir écouté l'appel à cessez-le-feu immédiat lancé par le Secrétaire général de l'ONU le 16 mars 2011. Il souligne que la CPI a été saisie de la situation en Libye soulignant que « les auteurs d'attaques, y compris aériennes et navales, dirigées contre la population civile, ou leurs complices doivent répondre de leurs actes ».

Cette résolution fait référence à la résolution 1738 (2006)⁵⁹ du Conseil de Sécurité qui rappelle les règles du droit international humanitaire prohibant les attaques dirigées intentionnellement contre des civils et rappelant que pareilles attaques constituent des crimes de droit international. Elle ajoute que le fait de prendre délibérément pour cible des civils (...) et de commettre des violations systématiques, flagrantes et généralisées du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme en période de conflit armé peut constituer une menace contre la paix.

En revenant à cette nouvelle résolution, le Conseil de Sécurité met en évidence une situation de conflit armé avec toutes les conséquences qui en découlent, dans la mesure où elle caractérise le conflit. Il constate que la situation en Libye reste une menace pour la paix et la sécurité internationale.

Dans le cadre des mesures d'application au chapitre VII de la Charte, qui comprennent l'usage de la force, le Conseil de Sécurité demande l'établissement immédiat d'un cessez-le feu et l'arrêt complet des violences et de toutes les attaques contre les civils et exige des autorités libyennes qu'elles respectent leurs obligations en vertu du droit international, y compris le D OIH, le DIDH et le droit des réfugiés.

⁵⁹ Résolution 1738 du 23 décembre 2006, « la protection des civils dans les conflits armés », [http://daccessdds-un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/681/61/PDF/N0668161.pdf?OpenElement](http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/681/61/PDF/N0668161.pdf?OpenElement).

Confirmant les principes énoncés dans la résolution 1970 (2011), la résolution 1973 (2011) ouvre la voie à l'intervention militaire en Libye à travers l'instauration d'une zone d'exclusion aérienne (*no-fly zone* en anglais) au-dessus de la Libye dans le but de protéger la population des attaques opérées par le régime⁶⁰. L'exigence du mandat du Conseil de Sécurité et les demandes préalables des libyens et des pays de la région avait fait l'objet de plusieurs divisions au sein de l'UE comme l'exposent certains hommes d'Etat. Pour J. Asselborn, le vice-premier ministre et ministre des Affaires étrangères luxembourgeois, le souligne « quant à l'établissement d'une zone d'exclusion aérienne, les approches de l'Union Européenne sont « plus nuancées ». Mais il y a un accord que l'établissement d'une telle zone, qui équivaut à une action militaire, dépend de plusieurs facteurs : un mandat du Conseil de Sécurité, une demande de la Ligue arabe et des acteurs de la région, et de la poursuite des bombardements du régime de Mouammar Kadhafi contre sa propre population, une telle approche de la question d'une intervention militaire concerne également l'idée de « frappes aériennes ciblées » que le Président français Nicolas Sarkozy s'apprêtait à proposer à ses partenaires de l'UE⁶¹.

Quelques jours plus tard, donnant suite à la résolution, les frappes de l'opération internationale qui est menée sous le nom « *Aube de l'Odyssée* » interviennent le 19 mars 2011 avec l'objectif de faire respecter une zone d'exclusion aérienne, depuis le 31 mars, elle est conduite par l'OTAN et baptisée sous le nom « *Protecteur unifié* » pour « sauver des vies ». Il s'agit d'une cause juste, conforme à l'un des critères de l'intervention militaire au titre de la « Responsabilité de protéger ».

L'une des attaques dirigées contre Kadhafi a été justifiée par la plupart des pays membres de l'OTAN par l'idée que « les populations civiles ne pourront être en sécurité qu'une fois Kadhafi parti »⁶². Cet argument développé est fondé sur une interprétation large de l'expression « *toutes les mesures nécessaires* » contenue dans la résolution 1973(2011). Une telle expression est

⁶⁰ Cette zone consiste à interdire le survol aérien du pays, les avions voulant quitter le territoire libyen devraient demander l'autorisation avant de décoller. En absence de l'autorisation, ces avions seraient considérés comme des avions ennemis et pourraient être abattus. La mise en œuvre de la zone d'exclusion aérienne et les frappes en Libye ont été menées par la France, le Royaume-Uni et les Etats Unis, d'autres pays comme le Canada, Belgique, Norvège, ainsi que des pays arabes (Qatar, Emirats arabes unis, Egypte) ont fourni une aide militaire ou logistique. Journal 20 Minutes.fr, « Libye : l'intervention militaire en question ? ». 17 mars 2011.

⁶¹ ASSELBORN (J), « Libye : les 27 confirment l'adoption de sanctions renforcées contre le régime Kadhafi ». Politique étrangère de défense. 10 Mars 2011 : <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/03/conseillibye-asselborn/index.html>. (Consulté le 03/02/2025).

⁶² ANICET TAYO (R), L'opération « Protecteur unifié » en Libye : un détournement de la responsabilité de protéger ? Points de mire, Centre d'Etude Pluridisciplinaire en sécurité et Société (CEPES), Vol 12, N°613, 13 septembre 2011 : http://www.ieim.uqam.ca/spip.php?page=article-turmel&id_article=694. Consulté le 03/02/2025.

suffisamment « floue » pour laisser la place à des interprétations différentes de l'usage de la force militaire. Cela, en réalité autorise les Etats ainsi que leurs dirigeants politiques et militaires à agir en dehors de tout contrôle et dans une totale impunité.

Dans le cadre des mesures d'application du Chapitre VII (qui autorise le recours à la force), l'expression « *toutes mesures nécessaires* », invite effectivement les membres autoproclamés d'une « coalition de volontaires » à agir de manière unilatérale. C'est quelque chose qui non seulement subvertit mais pervertit la logique de sécurité collective des Nations Unies au service d'une politique impérialiste masquée derrière des motifs humanitaires comme ceux proclamés à l'aide du slogan « Responsabilité de protéger »⁶³. Page | 788

L'interdiction stipulée à l'article 4-2 de la Charte, aura perdu son sens si, au moyen d'une résolution en rapport du Chapitre VII, tout Etat membre peut réellement recourir à la force pour poursuivre un but abstrait de manière unilatérale et sans aucun contrôle⁶⁴. A ce propos, Olivier CORTEN souligne que la pratique du Conseil de Sécurité prouve que cette formule ne saurait être « assimilée à un chèque en blanc » donné aux Etats intervenants⁶⁵. La portée accordée par le Conseil doit être appréciée au cas par cas, en tenant compte à la fois la validité juridique de la résolution pertinente et la conformité de cette action avec le texte de la résolution⁶⁶.

Cependant, le cas de la Libye ne doit pas occulter le fait que la Responsabilité de protéger demeure hautement polémique. Cette dernière est souvent identifiée comme le synonyme d'une « intervention militaire coercitive ». Alors que le recours à la force armée ne constitue, en principe, que la forme d'intervention la plus extrême et en dernier recours au titre de la « Responsabilité de protéger », il s'avère que la seule référence au devoir de protection sous-entend automatiquement la possibilité de mesures coercitives ultérieures. C'est pourquoi d'aucuns craignent que celle-ci ne « pollue », ou ne fragilise, les débats plus larges concernant la protection des civils, thématique incluse à l'agenda du Conseil de Sécurité depuis 1999⁶⁷.

⁶³ KOCHLER (H), « La résolution 1973 et l'intervention en Libye sont-elles légales ? ». International Progress Organization, 26 mars 2011. Traduit de l'anglais par Horizons et débats (16/05/2011) ; <http://www.horizons-etdebats.ch/index.php?Id=2662> et repris par le Réseau Voltaire (27/05/2011), consulté le 27/02/2025.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ CORTEN (O), *Le droit contre la guerre, l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*. 2ème édition, Paris, A. Pedone, 2014, p.545.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ GLUME (G), « Responsabilité de protéger ». Réseau de recherche sur les opérations de paix, Canada, 12 mai 2011 : <http://www.operationspaix.net/102-resources/details-lexique/responsabilite-de-protager.html>.

Il faut ensuite remarquer que la façon dont fut mise en œuvre la résolution 1973 (2011) donna lieu à un nombre particulièrement élevé de protestations diplomatiques. Dans ce contexte, certains Etats ont exprimé des réserves sur certaines dispositions de la résolution de l'ONU ; la Chine a émis de « *sérieuses réserves* » au sujet de la résolution expliquant avoir renoncé à son veto du fait de la demande d'intervention formulée par la Ligue arabe. Le porte-parole chinois a déclaré : « La Chine s'était toujours opposée au recours à la force armée dans les relations internationales, le Conseil de Sécurité doit chercher à résoudre la crise en cours en Libye par la négociation et par d'autres moyens pacifiques ». Ajoutant que : « La Chine, même si elle reconnaît la légitimité de la demande de la Ligue des Etats arabes que soit établie une zone d'exclusion aérienne, éprouve toujours de grandes difficultés à l'égard de plusieurs dispositions importantes du texte de la résolution »⁶⁸. La Chine a jugé insuffisantes les explications fournies par les promoteurs de la résolution, concernant les règles du recours à la force et les moyens à mettre en œuvre pour instaurer une zone d'exclusion aérienne.

Pour la Fédération de Russie, son Ambassadeur Vitaly Churkin a indiqué que son pays n'avait pas obtenu de réponse sur les moyens permettant de mettre en place le régime d'exclusion aérienne. « Non seulement nos questions n'ont reçu aucune réponse pendant les délibérations, mais nous avons aussi vu passer sous nos yeux un texte dont le libellé n'a cessé de changer, suggérant même par endroit la possibilité d'une intervention militaire d'envergure », a-t-il expliqué. Il a estimé que « la voie la plus rapide pour assurer la sécurité du peuple libyen est l'instauration d'un cessez-le feu immédiat »⁶⁹.

De même, l'Allemagne s'est abstenue de voter en faveur de la résolution parce qu'elle ne souhaite pas s'engager dans une confrontation militaire, en estimant qu'elle constituerait un risque et un danger considérable.

A cela, il faut également ajouter que les opérations militaires de l'OTAN ont visé les hauts responsables libyens et des infrastructures socio-économiques. Il semble que la notion de protection des civils a été étendue au-delà de sa conception initiale telle que déclarée dans la

⁶⁸ Communiqué de presse du 17/03/2011 <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2011/CS10200.doc.htm>

⁶⁹ Libye : le Conseil de Sécurité décide d'instaurer un régime d'exclusion aérienne afin de protéger les civils contre des attaques systématiques et généralisées », 17 mars 2011. CS/10200 : <http://www.un.org/press/fr/2011/CS10200.doc.htm>. (Consulté le 03/02/2025)

résolution, pour atteindre aussi des objectifs militaires et politiques qui n'avaient qu'un lien indirect avec les menaces pesant sur la population civile.

Dans cet ordre d'idée, la question qui se pose est la suivante : ce principe sacro-saint de « Responsabilité de protéger » n'encourage-t-il pas la politique de changement du régime ?

Page | 790

B- Le dérapage de l'action militaire de l'OTAN en Libye et ses désastreuses conséquences

Il est apparu, en effet, qu'une partie des opérations militaires visait à soutenir les forces ralliées au Conseil National de Transition (CNT-organe représentatif de l'opposition Libyenne) dans leurs efforts pour mettre en déroute les éléments déloyaux au régime. Une fois la menace de massacre à Benghazi écartée mais devant la poursuite des actions des troupes de Kadhafi contre d'autres cités, les opérations confiées à l'OTAN se sont poursuivies, la ligne de partage entre la prévention de massacres et une campagne aérienne de démantèlement systématique de l'appareil militaire, dont l'objectif ultime serait un changement de régime se brouillant de plus en plus⁷⁰. L'objectif de la coalition était l'effondrement du régime, en considérant finalement cet objectif comme un des moyens nécessaires à mettre en œuvre pour protéger les civils.

A ce propos, le Figaro⁷¹ affirme, dans son édition du 29 juin, la France a parachuté des armes à destination des rebelles libyens au Sud de Tripoli pour les aider à faire tomber la capitale. Ce changement d'objectif, non prévu expressément par la résolution 1973 (2011), peut être vu comme « contradictoire avec l'essence de la Responsabilité de protéger »⁷². Certains Etats ont, de manière constante, critiqué la conduite de l'opération en Libye. Par exemple, Cuba, le Nicaragua le Paraguay ou le Venezuela ont entendu dénoncer ce qui était, à leurs yeux, un détournement de la résolution 1973 (2011). De la même manière, la Norvège, qui était pourtant l'un des 18 pays membres de la coalition de l'opération en Libye, n'a pas non plus hésité à exprimer ses inquiétudes et ses critiques à l'encontre d'un usage déformé du concept de « Responsabilité de protéger »⁷³.

⁷⁰ POMMIER (B), « Le recours à la force pour protéger les civils et l'action humanitaire : le cas libyen et au-delà », *RICR*, Vol. 93, 2011/3, pp. 171-193, p. 177.

⁷¹ Journal Le Monde, « La France aurait livré des armes aux rebelles libyens », 29 juin 2011.

⁷² ANICET TAYO (R), L'opération « *Protecteur unifié* » en Libye : un détournement de la responsabilité de protéger ?, op. cit..

⁷³ Se référant ainsi à la résolution 1973 (2011), ce pays a souligné combien il était nécessaire que les mandats confiés par le Conseil de Sécurité soient « exécutés strictement pour protéger les civils et qu'il n'ait pas au-delà ».

De même, Jacob ZUMA, mandaté par l'Union Africaine, a déclaré dans un discours au parlement : « Nous croyons fermement que cette résolution est détournée pour obtenir un changement de régime, pour des assassinats politiques et pour une occupation militaire étrangère »⁷⁴. Amr Moussa, le Secrétaire Général de la Ligue des Etats arabes, critiqua également les frappes aériennes de la coalition en Libye, en estimant qu'« elles s'écartaient du but qui est d'imposer une zone d'exclusion aérienne ».

Fin octobre 2011, M. Boisard, ancien sous-Secrétaire Général de l'ONU, déclare : « rien n'a été respecté. Aucun cessez-le-feu n'a été véritablement négocié. La domination exclusive du ciel utilisée pour appuyer les insurgés. La protection des civils fut le prétexte pour justifier n'importe quelle opération (...) Il ne s'agit plus de protéger, mais de changer de régime... Le principe de « Responsabilité de protéger est mort en Libye, comme celui de l'intervention humanitaire » avait péri en Somalie, en 1992 »⁷⁵.

Au regard de tous ces éléments, on constate que la mise en œuvre de la Responsabilité de protéger semble, dans le cas libyen, poursuivre deux agendas : le premier est la protection des civils qui relève de la responsabilité de protéger pour laquelle un mandat de l'ONU a été voté. Le dernier est la chute du régime qui demeure inavouable dans le cadre de la « Responsabilité de protéger », car il remet en cause la souveraineté étatique. Or, considérée sous cet angle, la guerre contre la Libye ne respecte pas le cadre fixé par la résolution 1973 (2011). Elle est donc tout simplement illégale. A ce propos, R. Merkel, spécialiste du droit pénal international et philosophe du droit, souligne « Le but légalisé de protéger la population a été sacrifié, sans ambages, au but non légalisé de renverser le régime »⁷⁶.

Dans ce même ordre d'idées, il convient de signaler que le pays, libéré de son dictateur, ce dont on ne peut que se réjouir, est aujourd'hui une « zone non-droit » où les populations sont soumises à l'arbitraire de milices armées sur lesquelles le CNT n'a aucune autorité. A Tripoli

⁷⁴ BROUSSEAU (F), LAMLOUN (I) et *al*, « L'OTAN outrepassa la résolution du Conseil de Sécurité en Libye ». Agence France Presse, Journal au fait de Casablanca, Société Radio-Canada information, 14, 22, 23, 24 juin 2011. <http://meteopolitique.com/fiches/guerre/Libye/559/otan.htm>.

⁷⁵ BOISARD (M), « La responsabilité de protéger, un principe jetable et à usage unique ». Dans *Le Temps*, 28 Octobre 2011 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/fa40afd6-00c4-11e1-95f7-a5210b071bb0/La_responsabilit%C3%A9_de_prot%C3%A9ger_un_principe_jetable_et_%C3%A0_usage_uniq ue..

⁷⁶ MERKEL (R), « L'intervention de l'OTAN en Libye : quels fondement juridique ? ». *Institut de la Démocratie et de la Coopération*, 16/01/2012 ; <http://www.idc-europe.org/fr/--Intervention-de-l-OTAN-enLibye--> avait-elle-les-fondements-juridiques. (Consulté le 04/02/2025).

même, Hélène Bravin, journaliste, spécialiste du Maghreb a décompté 124 milices « armées jusqu'aux dents ». Tout aussi favorable au régime déchu, Patrick Haimzadeh, ancien diplomate en Libye, déclare « L'Etat n'existe plus. Les gens sortent la kalachnikov au moindre problème »⁷⁷.

En ce qui concerne les violations des droits de l'homme en Libye, on consultera le rapport d'Amnesty Internationale du 16 février 2012. On peut lire : « Des milices armées en activité à travers la Libye se rendent responsables d'atteintes massives aux droits humains en toute impunité alimentant l'insécurité et freinant la reconstruction des institutions de l'Etat »⁷⁸. Les moyens de torture utilisés sous Kadhafi ont toujours cours et le vice premier ministre libyen, Mustafa Abushagur, a reconnu que le gouvernement ne contrôlait que 40% des prisons du pays, celles visitées par Amnesty Internationale. Que se passe-t-il dans les autres prisons ? L'arbitraire répressif est renforcé par le chaos que connaît la Libye, devenue pays de tous les trafics, qu'il s'agisse de drogue, d'armes- il y'a quelques jours les forces égyptiennes ont saisi 40 missiles sol-sol et d'autres armes lourdes en provenance de Libye destinées à un mouvement du Sinaï-, mais aussi de trafic d'esclaves, acheminés de Somalie ou du Bangladesh, par la frontière égyptienne⁷⁹.

Conclusion

Toute action de l'État sur sa population est désormais contrôlée par la communauté internationale. Car la souveraineté est en même temps ce qui bloque et ce qui protège la sécurité humaine. Ainsi, issu du droit d'ingérence, un droit individuel, le principe de la responsabilité de protéger est conçu comme un concept lien qui met en présence l'intervention et la souveraineté, contrairement aux principes qui l'ont précédée tels que le droit d'ingérence lesquels rendaient antagonistes ces deux notions, mais aussi et surtout comme une obligation collective, juridiquement contraignante, dont les bases sont désormais multiples et variées. La Responsabilité de protéger impose une réaction qui passe avant tout par la prévention et, à défaut, par l'intervention des Etats.

⁷⁷ Journal Le Point, « La Libye libre sombre dans le chaos ». 24/01/2012 : http://www.lepoint.fr/monde/lalibye-sombre-dans-le-chaos-23-01-2012-1422726_24.php. (Consulté le 06/02/2025).

⁷⁸ Amnesty Internationale : « Libye : un an après le soulèvement, des milices au comportement « anarchique » commettent des violations massives ». 19/02/2012 : <http://www.amnesty.fr/Nos-campagnes/Crises-et-conflitsarmes/Actualites/Libye-un-apres-le-soulevement-des-milices-commettent-des-violations-massives-4673>.

⁷⁹ ANDERSON (N), *intervention lors de la Conférence-débat CETIM, CUAÉ*, Le courrier, Genève, 5 juillet 2012, p, en ligne: <http://www.cetim.ch/fr/documents/conference-nils-andersson-mai2012.pdf>. : Voir aussi ANDERSON (N), *Entre droit d'ingérence humanitaire et responsabilité de protéger, où passe la frontière ?* », op, cit..

Cependant, bien que très novateur et résolument progressiste, le concept de la responsabilité de protéger n'en reste pas moins très limité du point de vue de son efficacité. Sa mise en œuvre est largement tributaire des calculs politiques et stratégiques menés par les membres permanents au sein même du Conseil de sécurité. Ces derniers empêchent fréquemment son déploiement en recourant à leur droit de veto. Celui-ci se présente dès lors comme le principal obstacle qui se dresse sur le chemin de la responsabilité de protéger. Toutefois, la contradiction de principe qui peut être notée entre les deux notions n'annihile pas pour autant l'exercice du devoir de protéger des populations en détresse qui pèse sur la communauté internationale. Cette dernière arrive, quelque fois, par le biais d'intenses négociations ponctuées de concessions, à se convaincre de la nécessité d'une intervention militaire afin d'apaiser les souffrances d'une population en proie à des violations massives et systématiques des droits de l'Homme. Malheureusement, les situations de conflit armé où l'Organisation des Nations Unies n'agit pas semblent être plus importantes que celle dans lesquelles sa réaction est effectivement constatée. L'inertie de l'ONU face à des crimes de masse pose de sérieux problèmes éthiques en ce sens qu'elle est de nature à saper les fondements les plus élémentaires de sa charte des Nations Unies et du droit international humanitaire. Il conviendrait alors de trouver des voies et moyens indiqués pour permettre au Conseil de sécurité, principalement chargé du maintien de la paix et de la sécurité internationales, de s'acquitter de ses obligations avec la rapidité qui sied.

Il serait judicieux voire plus que nécessaire de trouver des solutions pour éviter que les droits des individus soient violés et sacrifiés sur l'autel des intérêts économiques et stratégiques de certains États avides d'assouvir leur suprématie sur les autres. Ces solutions, il faut le rappeler, consisteraient en l'amélioration de l'ensemble du système international de protection des droits fondamentaux de la personne humaine dans le but exclusif de donner de nouvelles chances à la notion de Responsabilité de protéger et éviter aux populations civiles, des traitements inhumains et dégradants, des violations flagrantes et massives de leurs droits⁸⁰.

⁸⁰ VON SPONECK (H.N), *La responsabilité internationale de protéger: introduction et mise en œuvre, méfiance et abus*, op.cit, p.234.

Digitalisation du service public et égalité des usagers devant l'administration publique en Afrique de l'ouest

Digitalization of public service and equality of users in public administration in west Africa

Par: Page | 794

GANDONOU O. M. Diane

Faculté de Droit et de Science Politique, Université de Parakou (BENIN).

Résumé :

La transition numérique en cours dans les administrations publiques à travers le monde en général et l'Afrique en particulier, sont annoncées comme porteuses d'innombrables avantages dans le service à la communauté ; plaçant ainsi les usagers au cœur de la transformation numérique du service public à laquelle on assiste. Pour bénéficier de ces innombrables avantages l'utilisateur doit faire partie du monde connecté ; et c'est là toute la difficulté. En effet, dans une Afrique où le dernier État n'a été connecté qu'en 2000, et une Afrique de l'ouest où le taux de pénétration d'internet est loin de la connexion universelle et où la qualité de la connexion internet disponible n'est pas toujours optimale, il apparaît que la digitalisation du service public devient un facteur de renforcement des inégalités sociales aboutissant à la violation du principe d'égalité des usagers, un principe cardinal de fonctionnement de l'administration.

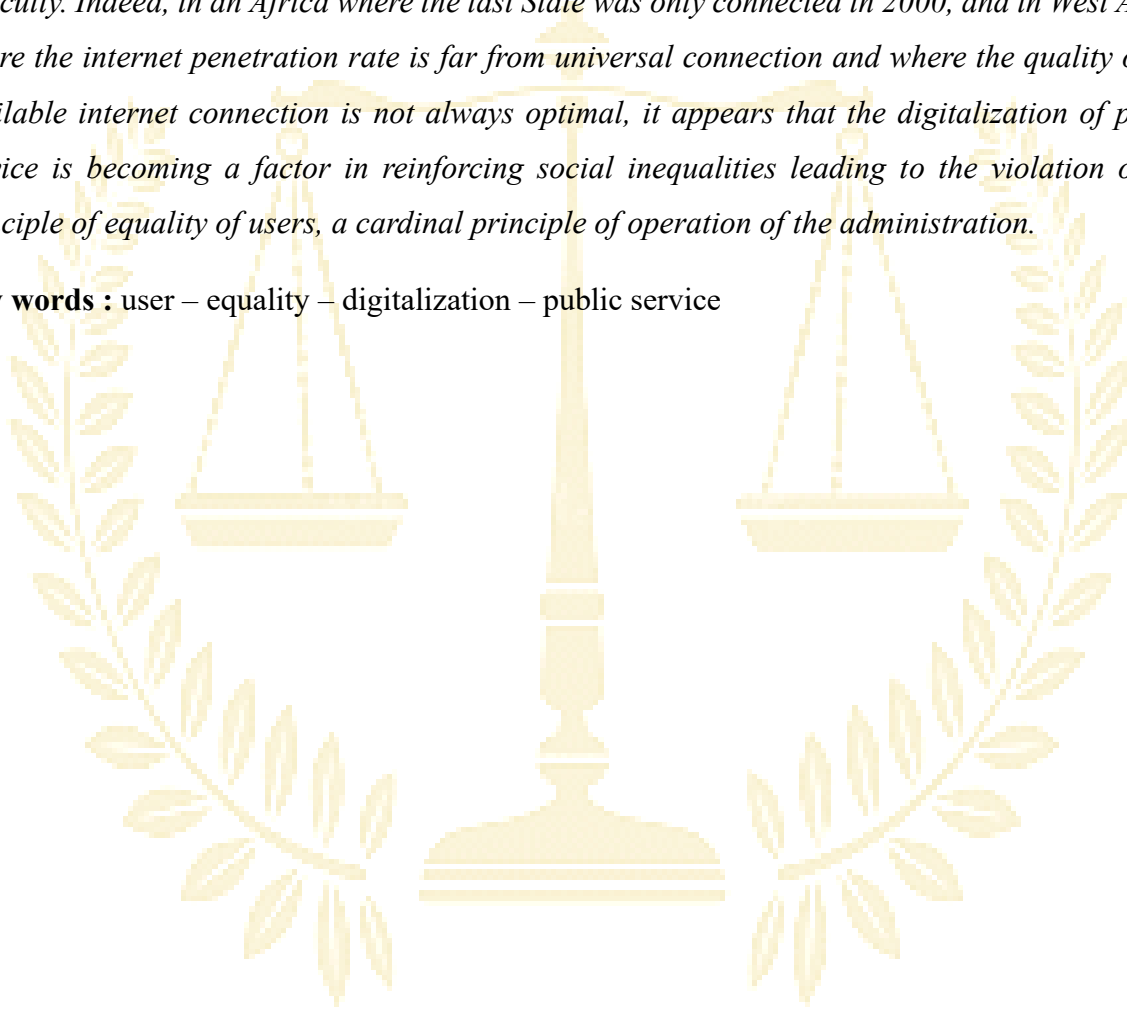
Mots clés : usager – égalité - digitalisation – service public

Abstract :

The digital transition underway in public administrations across the world in general and Africa in particular, is heralded as bringing countless benefits in community service; thus placing users at the heart of the digital transformation of public service that we are witnessing. To benefit from these countless advantages, the user must be part of the connected world; and that is the difficulty. Indeed, in an Africa where the last State was only connected in 2000, and in West Africa where the internet penetration rate is far from universal connection and where the quality of the available internet connection is not always optimal, it appears that the digitalization of public service is becoming a factor in reinforcing social inequalities leading to the violation of the principle of equality of users, a cardinal principle of operation of the administration.

Page | 795

Key words : user – equality – digitalization – public service



Introduction

Le futur sera digital ou ne sera pas ! est-on tenté d'affirmer !

En effet, la technologie numérique a impacté tous les domaines de la vie, que cela soit sur le plan social, administratif, économique. Aucun service public n'y échappe. Cette avancée vers le tout numérique dont les premiers bénéficiaires sont les usagers ne manque pas d'entraîner quelques interrogations notamment quant au respect des droits de ceux-ci ; ce qui nous suscite cette réflexion sur le thème « Digitalisation du service public et égalité des usagers devant l'Administration publique en Afrique de l'Ouest ».

Page | 796

L'utilisateur, est « (...) la personne qui bénéficie effectivement et directement de la prestation qu'elle offre le service et utilise, à cette fin, les installations de celui-ci »¹. Il est vrai que la définition soulève toutefois quelques difficultés quant à certains services tels que ceux de l'armée, de la défense nationale, des services publics industriels et commerciaux. C'est pourquoi d'autres appellations comme « clients », « utilisateurs », « consommateurs » sont préférées selon le cas. En Afrique de l'ouest, la législation définit l'utilisateur comme « toute personne physique ou morale ayant recours aux prestations d'un service public »².

Selon CHEVALLIER, l'utilisation du terme usager remonte au « (...) début du siècle pour qualifier la situation de celui qui bénéficie de prestations administratives ». Et cette « (...) substitution du terme << usager > à celui d'administré > pour désigner les destinataires de l'action administrative n'est pas, (...) vaine incantation [mais] exprime bien une perception nouvelle des rapports entre l'administration et son public (...) » ; « (...) la volonté explicite de (...) promouvoir une relation nouvelle fondée sur l'échange et le dialogue ». Ainsi, « (...) le service public ne connaît que des usagers, et les usagers ne sont tels que parce qu'ils recourent aux services publics »³. Pour WELLER, c'est toutefois à partir de 1980 que la notion d'utilisateur s'est généralisée avant de s'imposer comme « (...) comme une entité incontournable de l'action publique »⁴, ceci à la faveur de l'adhésion au *New Public Management*⁵. Au-delà des différentes

¹ LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.) et DEFFIGIER (C.), *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, 2018, 793 pages, pp. 675-676.

² Article 1^{er}, Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration

³ CHEVALLIER (J.), Figures de l'utilisateur. *Psychologie et science administrative*, 1985, pp. 35-69, pp. 35-36.

⁴ WELLER (J.-M.), Les figures de l'utilisateur dans les réformes de modernisation des services publics. *Informations sociales*, 2018, vol. 198, no 3, pp. 48-56, p. 49.

⁵ UBALDI (B.), « L'administration électronique, support de l'innovation des services publics », *Revue française d'administration publique*, n°146, 2013, pp. 449-464, p. 450.

figures de l'utilisateur qui apparaissent (l'utilisateur-citoyen, l'utilisateur-partenaire, l'utilisateur-client et l'utilisateur-expert)⁶ et de ce changement de paradigme, cette évolution a aussi entraîné la reconnaissance de droits au profit des usagers face à une administration devenue de service public, chargée de la satisfaction des besoins de la collectivité autrement dit de l'intérêt général. Dès lors, cette dernière est soumise à un régime tributaire des trois grands principes de fonctionnement que sont le principe de continuité, de mutabilité et d'égalité⁷.

Le principe de mutabilité ou d'adaptabilité selon GUGLIELMI et KOUBI, « indique, au plan juridique la nécessité consubstantielle de la mutation de l'activité du service public selon les variations de son environnement »⁸. Il « revient à imposer aux gestionnaires une obligation de vigilance pour repérer les variations des besoins de la collectivité »⁹. La transformation du service public pour se conformer aux évolutions de la société que cela soit en matière sociale, économique ou technique est tributaire de l'évolution de l'intérêt général tel qu'apprécié par les pouvoirs publics. Elle s'est notamment traduite ces dernières années par la mutation opérée d'une administration classique vers une administration électronique qui place l'utilisateur au cœur même de la transformation digitale du service public à laquelle on assiste.

La digitalisation renvoie à la numérisation qui est l'action de convertir une ressource analogique (document, produit de connaissance) en ressource numérique¹⁰. La digitalisation du service public en appelle à une transformation de celui-ci à travers un usage de plus en plus accéléré du numérique dans les procédures administratives.

La transition numérique encore appelée transformation digitale, transformation numérique ou e-transformation, est une mutation liée à l'essor du numérique, d'internet et des réseaux sociaux. Mise en œuvre dans les administrations publiques, on parle d'administration électronique, d'administration numérique, de la dématérialisation des services publics, de la digitalisation du

⁶ WELLER (J.-M.), Les figures de l'utilisateur dans les réformes de modernisation des services publics, *op. cit.*, p. 53.

⁷ CHEVALLIER (J.), Figures de l'utilisateur, *op. cit.*, pp. 37 et suivants.

⁸ GUGLIELMI (G. J.) et KOUBI (G.), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2011, 804 pages, p. 629.

⁹ *Idem*, p. 633.

¹⁰ DIOUF (A. B.), « Enjeux théoriques et pratiques de la numérisation en contexte africain de périphérie », in TREMBLAY (E.), DORCE (R.) et CAILLE (F.), *Les classiques des sciences sociales : 25 ans de partage des savoirs dans la francophonie*, Québec, ESBC, 2018, en ligne, <https://scienceetbiencommun.pressbooks.pub>, consulté en mars 2025.

service public. C'est un processus dans lequel se sont pratiquement inscrites toutes les administrations des Etats de l'Afrique de l'Ouest¹¹.

En ce qui concerne le service public, notion purement fonctionnelle, la doctrine le considère comme toute « *Activité d'intérêt général assumée directement ou indirectement par une personne publique et qui est soumise, à des degrés variables suivant les cas, à un régime exorbitant de droit privé* »¹². Sur le plan communautaire, aux termex de l'article 1^{er} de la Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration, le Service public est « *tout service ou activité d'intérêt public placés sous l'autorité de l'Administration* ». La législation béninoise en ce qui la concerne le définit comme « *Toute activité d'intérêt public placé sous l'autorité d'une administration publique* »¹³.

La digitalisation des services publics dont il est question ici, vise la mise en place des outils numériques et la dématérialisation des processus administratifs. Elle est à la fois « *inter-administrations* » et « *vers les citoyens* »¹⁴ c'est-à-dire les usagers. C'est ce dernier volet qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de cette étude et qui porte sur la numérisation et la dématérialisation du processus administratif vis-à-vis des usagers. Celles-ci sont considérées comme porteuses d'innombrables avantages en matière de service à la communauté. En effet, le numérique regorge d'opportunités illimitées. Il est censé rendre plus rapide et plus accessible les procédures ou démarches administratives. On considère depuis plusieurs années que la digitalisation du service public est la solution de modernisation de l'administration publique dans le sens de plus d'efficacité, d'efficience, de simplification, de flexibilité de rapidité, de transparence, de mutualisation, d'accessibilité, au bénéfice de l'utilisateur.

La transition vers l'administration électronique est en réalité envisagée en vue de la satisfaction optimale de l'intérêt général. La digitalisation des services publics et leur mise en ligne sur des plateformes accessibles aux usagers en est l'illustration.

¹¹ Voir la Stratégie Togo Digital 2025, <https://numerique.gouv.tg>; pour le Bénin, « Mise en œuvre de l'administration intelligente ou « *smart gouv* », <https://numerique.gouv.bj>; pour le Sénégal « Stratégie Sénégal numérique 2025 », www.undp.org; etc.

¹² LACHAUME (J-F.), PAULIAT (H.) et DEFFIGIER (C.), *op.cit.*, p. 15.

¹³ Article 1^{er}, Décret N° 388 du 13 juillet 2022, portant approbation du code d'éthique et des valeurs de l'Administration publique en République du Bénin.

¹⁴ La digitalisation inter-administrations a consisté entre autres à la création d'espaces de travail collaboratifs virtuels au sein des ministères et entre les ministères. Voir DJOSSOU (N. G.) et *alii*, Digitalisation des services publics au Bénin : challenges et opportunités, pp. 1-49, pp. 15 et 16 ; <https://includeplatform.net>; septembre 2022, consulté en février 2024.

Au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Togo ou au Sénégal, le nombre de services mis en ligne ne cessent d'augmenter. A ce titre, il faut faire remarquer qu'au Bénin en 2024, afin de « *Renforcer le service aux citoyens (...)* », plus de 210 e-services entièrement dématérialisés ont été mis en place¹⁵. Au Sénégal, ce sont environ 800 procédures administratives qui sont dématérialisées en 2023¹⁶, au Togo, dans « *l'objectif de digitaliser les services publics et sociaux pour rapprocher les usagers de l'administration publique* », on recense 74 services mis en ligne sur la plateforme dédiée à cet effet¹⁷. En Côte d'Ivoire, dans le cadre du projet e-démarche, ce sont 300 procédures qui sont visées pour être dématérialisées et mise en ligne à terme dans l'objectif de faciliter la vie des citoyens en éliminant les tracas souvent associés aux démarches administratives traditionnelles¹⁸.

Pour bénéficier de ces avantages annoncés et attendus, l'utilisateur doit déjà être détenteur d'un terminal (ordinateur, tablette, téléphone, etc.). Mais cela ne suffit pas ; il faut qu'il soit aussi et surtout lié à la connexion internet. La connexion à l'internet devient donc un facteur clé pour la réussite de la digitalisation des services publics.

Si dans les pays développés¹⁹, l'accès à l'internet est plus ou moins généralisé et facile, ce n'est pas le cas en Afrique de l'Ouest où les Etats font face à un défi sérieux en matière de connectivité. En effet, au sein de ces États, l'accès à l'internet est limité par diverses conjonctures liées à la situation sociale, géographique des usagers, leurs connaissances ou maîtrise des outils numériques, à la complexité des procédures d'utilisation. Par exemple, une plateforme de service disponible en ligne peut ne pas être accessible ou accessible mais non utilisée. Ainsi, la difficulté d'accès à l'internet est non seulement liée à la disponibilité de la connexion mais aussi à l'aptitude de pouvoir l'utiliser. Dans le premier cas, les auteurs parlent de fracture numérique et dans le second de l'illectronisme.

« La fracture numérique est le fossé entre ceux qui utilisent les potentialités des TIC pour leur accomplissement personnel ou professionnel et ceux qui ne sont pas en état de les exploiter »

¹⁵ BÉNIN NUMÉRIQUE N°003 - Déc. 2024 *Magazine d'information du secteur du numérique*, 52 pp ; p. 3. Sur <https://numerique.gouv.bj>.

¹⁶ « Sénégal numérique : près de 800 procédures administratives documentées », le 21 janv. 2023, www.rts.sn, consulté le 7 mars 2025.

¹⁷ www.service-public.gouv.tg, consulté le 7 mars 2025.

¹⁸ <https://eda.edemarches.gouv.ci>, consulté le 8 mars 2025.

¹⁹ 93 % de la population utilise l'Internet, voir Rapport « FAITS ET CHIFFRES 2024 », Union Internationale de Télécommunication, consulté le 1^{er} mars 2025, www.itu.int.

faute d'accès aux équipements et de sensibilisation ou de formation pour les maîtriser convenablement », ²⁰. Elle revêt différentes formes et concerne à la fois l'accès, l'usage, le contenu et la prise de décision. La fracture numérique, c'est-à-dire l'écart entre les « nantis » et les « démunis » de technologie de l'information et des communications est donc un réel problème à solutionner dans les pays africains.

Quant à l'illectronisme, selon le Larousse, c'est l'« *État d'une personne qui ne maîtrise pas les compétences nécessaires à l'utilisation et à la création des ressources numériques. (On distingue dans l'illectronisme les lacunes liées à l'utilisation des outils numériques (ordinateurs, téléphones intelligents, etc.) et celles liées à l'usage des contenus disponibles sur Internet [remplir un formulaire en ligne, acheter sur un site Web, etc.])* » ²¹. Autrement dit, il est synonyme d'illettrisme en électronique et en tant que tel composante de la fracture numérique. Selon ZAVAZAVA C., Directeur du Bureau de développement des télécommunications de l'Union Internationale de la Télécommunication (UIT), l'aperçu annuel de l'état de la connectivité numérique mondiale révèle « (...) *des lacunes importantes au-delà des capacités de communication de base* » ²².

Que cela soit la facture numérique ou l'illectronisme, ils posent la question des *non-usages* ²³ des services publics en ligne et sont renforcés par la précarité sociale de l'utilisateur puisque le règlement de l'un comme de l'autre est tributaire aussi de question de finance. La conséquence c'est qu'on se retrouve face à des disparités d'un usager à l'autre. Or, qu'il soit bénéficiaire d'un service public administratif ou d'un service public industriel et commercial, l'utilisateur dispose du droit à être traité de la même façon que les autres usagers. Il y a donc lieu, dans le cadre de cette étude, de soulever un questionnement fondamental : la digitalisation du Service Public ne remet-elle pas finalement en cause, en dépit de tous les avantages qu'on lui attribue, l'égalité des usagers devant l'administration publique ? Tenant compte de ce que le principe d'égalité est l'un des principes cardinaux de fonctionnement de l'Administration, comment alors replacer la

²⁰ KOUASSI (S. K.), Fracture numérique : essai de définition et regard critique sur quelques stratégies déployées pour sa réduction en Afrique de l'Ouest francophone, *FRONTIERES NUMERIQUES ET SAVOIRS*, 2015, 978-2-343-07572-3, hal-01591752, consulté le 01/08/2023. Ce dernier relève cinq dimensions de la fracture numérique en Afrique à savoir : la disponibilité d'infrastructures, l'abordabilité, l'adaptabilité, la compétence en TIC et l'appropriation sociale.

²¹ www.larousse.fr, consulté le 17 septembre 2024.

²² ZAVAZAVA (C. L.), Avant-propos, Rapport « FAITS ET CHIFFRES 2024 », Union Internationale de Télécommunication, consulté le 1^{er} mars 2025, www.itu.int.

²³ WILKIN (L.), « Introduction des outils numériques pour améliorer le fonctionnement de l'Etat : solutions ou problèmes ? », *Pyamides* [en ligne], 26/27/ 2016, <http://journal.openedition.org>, consulté le 17 janvier 2024.

digitalisation au cœur du traitement égalitaire des usagers du service public ? A travers une démarche déductive, nous chercherons à explorer dans une première partie, la digitalisation du service public comme frein à la pleine application du principe d'égalité entre usagers de l'Administration publique (I) et dans une seconde partie, à réfléchir sur les modalités d'une digitalisation du service public facteur de renforcement du principe d'égalité entre usagers de l'Administration publique (II).

I- LA DIGITALISATION DU SERVICE PUBLIC : UN FREIN A LA PLEINE APPLICATION DU PRINCIPE D'EGALITE ENTRE USAGERS DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Le principe d'égalité est l'un des principes fondamentaux de fonctionnement du service public. Consacré en France par l'arrêt *Coutéas* en 1923²⁴, il est un principe constitutionnel en République du Bénin²⁵ où il est défini par la Cour constitutionnelle comme « (...) *un principe général selon lequel la loi doit être la même pour tous dans son adoption et dans son application et ne doit comporter aucune discrimination injustifiée ; qu'il en résulte que les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination (...)* »²⁶. Il s'agit de l'égalité devant la loi, les règlements, les charges publiques, les tarifs, l'accès aux emplois publics, de l'égalité des usagers devant l'administration publique. Dans le cadre de la digitalisation du service public, cette égalité suppose que les usagers puissent accéder tous pareillement aux procédures administratives digitalisées quels que soient leurs revenus, leur niveau intellectuel, leur zone géographique. Or, le constat est fait que tous les usagers ne bénéficient pas des mêmes facilités ni opportunités numériques. Les raisons en sont nombreuses et concernent l'inégal accès aux terminaux (A), d'une part, et à la connexion internet, d'autre part (B).

²⁴ C.E. 30 NOV 1923, LONG M. et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2015. N° 38.

²⁵ Article 26 nouveau, Constitution du Bénin : « *l'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale* ».

²⁶ Cour constitutionnelle béninoise, DCC 08-181 du 11 décembre 2008. Voir aussi Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 ; <https://courconstitutionnelle.bj>.

A- De l'inégal accès aux terminaux

La digitalisation ou dématérialisation du service public induit un usage de plus en plus élevé de l'informatique²⁷ et de l'internet pour bénéficier de l'offre du service public. Il s'agit donc pour l'utilisateur de pouvoir accéder aux terminaux connectés à internet à savoir les ordinateurs (*laptop* ou *desktop*), les tablettes, les téléphones notamment les « *smartphone* » (android ou iPhone) pour pouvoir utiliser les services en ligne.

Page | 802

Dans ce domaine, les statistiques font clairement apparaître un inégal accès des usagers, inégalité plus renforcée en Afrique puisque celle-ci, de façon générale, apparaît très en retard sur le reste du monde. Ainsi, si 58,3% de la population mondiale de plus de 16 ans utilisatrice d'internet est propriétaire d'un ordinateur, selon le Digital global report 2025²⁸, en Afrique, environ 28% seulement des ménages sont équipés d'un ordinateur en 2022 selon le rapport annuel 2023 de Afrobaromètre²⁹. Autrement dit, plus de 70% des ménages ne disposent pas de ce terminal.

Quant au téléphone portable, quatre personnes sur cinq en possèdent dans le monde avec une variation pour l'Afrique où 66 % de la population possède un téléphone portable, soit plus de 30% qui n'en possèdent pas. Il est vrai que ce taux est légèrement supérieur à celui des économies à faible revenu, où seulement 56 % de la population âgée de 10 ans et plus possède un téléphone portable ; mais il est bien inférieur au taux de 95 %, dans les économies à revenu élevé³⁰. De façon plus spécifique, au Bénin, selon l'Autorité de régulation, 67.3% de la population dispose d'un abonnement à la téléphonie mobile³¹ mais c'est 61.3% de la population qui sont créditées d'un téléphone mobile par l'union internationale des télécommunications ; ce qui signifie que plus de 38% de la population n'en possède pas. A titre comparatif, au Burkina Faso, c'est 45% de la population qui ne possèdent pas un téléphone mobile ; en Côte d'Ivoire, c'est 34%³², au Sénégal, 21% ; au Togo, 41% ; au Niger, 36% ; au Burkina Faso, 45% ; au Nigeria, 28% et au Ghana, 26%³³.

²⁷ L'informatique peut être définie comme la science du traitement automatique et relationnel de l'information en tant que support des connaissances et des communications. C'est aussi l'ensemble des applications de cette science, mettant en œuvre des matériels (ordinateurs) et des logiciels. In le Petit Larousse illustré, 2008.

²⁸ *Digital 2025 : global overview report*, p. 27, <https://datareportal.com>, consulté le 8 mars 2025.

²⁹ www.afrobarometre.org, « Fossé numérique : Qui est connecté et qui ne l'est pas en Afrique », *Dépêche Afrobarometer*, No. 582, Libuseng Malephane, consulté le 18 septembre 2024.

³⁰ www.itu.int, Rapport « Faits Et Chiffres 2024 », Union Internationale de Télécommunication, p. 19, consulté le 1^{er} mars 2025.

³¹ Voir www.arcep.bj, Rapport d'activités annuel 2023, pp. 85 et 87, consulté le 15 mars 2024.

³² De façon plus précise, en 2022, 75% des ménages possèdent au moins un smartphone mais moins de 40 % de la population a un accès individuel à ce terminal intelligent. Voir « Inclusion numérique en Côte d'Ivoire : où en est-on » ?, www.artci.ci, p. 6.

³³ *Universal and Meaningful connectivity*, <https://datahub.itu.int>, consulté le 8 mars 2025.

Même si le taux du Bénin n'est pas le plus bas en Afrique de l'Ouest, il n'est pas non plus le plus élevé.

Il importe de relever que ces taux cachent d'autres disparités notamment une faible parité d'un sexe à l'autre concernant la possession d'un téléphone mobile. Ainsi, parmi ceux qui ne possèdent pas de téléphone portable, les femmes sont 31 % plus nombreuses que les hommes et l'écart est plus accentué dans les pays à faible revenu notamment les Pays les moins avancés (PMA) même si les progrès y sont plus rapides. Sur le plan communautaire, en Afrique, sur les 66% de propriétaires de téléphone mobile, 73% sont des hommes et 69% de femmes³⁴. Mais la réalité des chiffres par pays montre que certains ont atteint la parité numérique : le Togo, le Sénégal, la Côte d'Ivoire entre autres³⁵.

Ces statistiques sur le taux de possession de téléphonie mobile montrent une vue plus positive que pour les ordinateurs ; ce que souligne le rapport « *Measuring digital development Facts and Figures 2024* » de l'UIT qui constate que « *Les téléphones mobiles sont la porte d'entrée la plus courante vers Internet* » et donc vers les procédures administratives digitalisées³⁶. Néanmoins, il convient de relever au Bénin que ce sont plus de 70% des ménages qui ne disposent pas d'ordinateurs et plus de 38% de la population qui n'a pas de téléphone mobile, ce qui constitue un nombre significatif de d'utilisateurs qui ne pourront pas accéder aux solutions numériques en matière de service public.

Une autre problématique est celle de savoir si tous les 28% de ménages nantis d'ordinateur et les 66% de personnes possédant un téléphone mobile ont les compétences nécessaires pour en user de façon à profiter de la digitalisation du service public. Quelques chiffres interrogent, en comparant les données de quelques pays entre ceux qui disposent d'internet à domicile et ceux qui utilisent internet : au Niger par exemple, il est décompté 23% d'utilisateurs d'internet dans la population alors qu'ils sont 50% à disposer d'internet à domicile ; au Togo, 46% disposent d'internet à la maison mais le pays compte un taux de 37 % d'utilisateurs d'internet ; en Côte d'Ivoire, 74% a accès à internet à domicile mais seulement 40% des plus de 15 ans utilisent internet³⁷. Ces écarts posent entre autres la problématique de l'illectronisme d'une partie des

³⁴ www.itu.int, Rapport « Faits Et Chiffres 2024 », *op. cit.*, p.21, consulté le 1^{er} mars 2025.

³⁵ *Universal and Meaningful connectivity, op. cit.*

³⁶ 96.3% de ceux qui se connectent utilisent leur téléphone mobile pour le faire selon le *Digital 2025 : global overview report*, p. 46, <https://datareportal.com>, consulté le 8 mars 2025

³⁷ *Universal and Meaningful connectivity, op. cit.*

détenteurs de terminaux qui manquent de compétences ou de connaissances techniques ; ou qui sont déroutés par la complexité supposée des systèmes numériques ou la peur de l'inconnu. Toutefois, selon l'UIT « *les données restent très rares* » car peu de pays fournissent les informations sur les compétences en technologie de l'information, et de la communication (TIC). Néanmoins dans son « Rapport mondial sur la connectivité 2022 », elle relève *l'analphabétisme numérique* dont il convient de combler le fossé. Ce qui est certain, « *Les compétences numériques sont essentielles pour une utilisation judicieuse, mais les données révèlent des lacunes importantes au-delà des capacités de communication de base. Même dans les pays à revenu élevé, les compétences numériques limitées limitent la capacité de nombreuses personnes à tirer pleinement parti des ressources en ligne* »³⁸. Le rapport d'ailleurs relève comme l'une des causes du déficit de connexion dans les régions du monde, ce manque de compétences en TIC. Une étude menée dans les pays à faible et moyens revenus en 2021 révèle que les raisons du non usage d'internet sont multiples : 10% ne savent pas utiliser internet, 11.5% n'ont pas accès aux terminaux et surtout, 59% ne savent même pas ce que c'est qu'internet³⁹.

Malgré tout, la détention d'un terminal et les compétences pour l'utiliser peuvent être effectives sans que l'utilisateur puisse accéder au service public digitalisé en raison d'une autre inégalité, celle-ci concernant la couverture internet.

B- De l'inégale couverture de la connexion internet

En Afrique de l'ouest, il existe encore un nombre significatif d'utilisateurs qui n'ont pas accès à Internet. Il convient de mentionner d'entrée de jeu que la téléphonie fixe ne représente qu'une part marginale de la connexion internet mondiale soit 38 abonnements pour 100 habitants dans les pays à revenu élevé, mais 1 pour 100 habitants en Afrique⁴⁰. Au Bénin, ce taux est de 0.23% au 30 septembre 2024⁴¹. Concernant par contre la téléphonie mobile, les chiffres sont plus optimistes :

³⁸ ZAVAZAVA C. L. : « *Digital skills are essential for meaningful use, yet data reveal significant skill gaps beyond basic communication capabilities. Even in high-income countries, limited digital skill sets constrain many individuals' ability to fully benefit from online resources* » in Foreword, Measuring digital development :Facts and Figures 2024, Report, Union Internationale de Télécommunication, consulté le 1^{er} mars 2025, www.itu.int.

³⁹ *These findings are consistent with the results of a survey of 22 low- and middle-income countries (Chen 2021). The study found that for those who did not use the Internet at all, the most cited reasons were related to digital literacy, including do not know what Internet is (59 per cent) and do not know how to use the Internet (10 per cent). No access to a device (computer or mobile phone) was another barrier (11.5 per cent). Other factors such as lack of local language content or data privacy concerns did not appear to be key obstacles.* Voir www.itu.int, « Rapport mondial sur la connectivité 2022 », p. 29, consulté le 1^{er} mars 2025.

⁴⁰ *Measuring digital development :Facts and Figures 2024*, p. 9 ; International Télécommunication Union, consulté le 1^{er} mars 2025, www.itu.int.

⁴¹ www.arcep.bj, Tableau de bord au 3 septembre 2024, Observatoire de l'internet, consulté le 2 mars 2024

91% des propriétaires de téléphone mobile utilisent internet en Europe, 87% en Amérique et 70% dans les pays arabes. En Afrique, ils sont 66% à posséder de téléphone mobile mais seulement 38% qui utilisent internet ; ce qui représente un taux excessivement faible comparé aux autres continents et par rapport au taux mondial qui est de 68%. Des disparités sont aussi à relever ici : ainsi, le Ghana par exemple est à 69.9% d'utilisateurs d'internet alors que le Nigeria est à 39.2%, le Togo à 37%, le Niger à 23.2%⁴² ; la Côte d'Ivoire à 40% ; le Sénégal à 60% et le Burkina Faso, 17%⁴³. Concernant le Bénin, même si le taux de pénétration de la téléphonie mobile est de 67.3% en 2023, la pénétration internet mobile est de 55,4% en 2023⁴⁴. En Afrique donc, il y a un écart conséquent entre posséder un terminal et utiliser internet puisque moins de 40% des détenteurs de téléphone mobile utilisent internet et vont donc pouvoir accéder au service public en ligne sur les plateformes numériques.

Plusieurs raisons peuvent expliquer cet écart entre les taux de possession et d'utilisation. Les détenteurs peuvent être propriétaires de plusieurs appareils mobiles et utilisateurs de plusieurs abonnements internet. Mais cela résulte aussi de la fracture numérique qui nous semble la réelle cause. Celle-ci se situe ici à un double niveau : entre ceux qui possèdent les terminaux et les utilisent et ceux qui possèdent les terminaux et ne les utilisent pas, pour diverses raisons.

Entre ceux qui possèdent les terminaux et les utilisent, la fracture numérique est perceptible selon le genre, selon la génération et selon la zone géographique. Selon le genre, dans le monde, 70 % des hommes utilisent Internet, contre 65.7% des femmes en 2025⁴⁵ et en Afrique ce sont 31% des femmes qui utilisent internet alors que les hommes sont 43% à le faire. Concernant le Bénin, selon le *Tableau de bord*' au 31 mars 2022 de l'Observatoire de l'internet publié par l'Autorité de régulation (ARCEP BENIN), le taux de pénétration d'internet concerne environ 33% des femmes sur les 69% relevés⁴⁶. Selon l'UIT, la parité s'améliore sauf dans les PMA où elle a plutôt diminué⁴⁷. Selon la génération, la fracture existe ici aussi où on constate que les jeunes de 15 à 24 ans sont de gros utilisateurs d'internet comparés aux autres groupes d'âge. En Afrique, 53% des

⁴² Rapport « FAITS ET CHIFFRES 2024 », *op. cit.*, p. 20.

⁴³ *Universal and Meaningful connectivity*, <https://datahub.itu.int>, consulté le 8 mars 2025.

⁴⁴ www.arcep.bj, Rapport d'activités annuel 2023, pp. 85 et 87, consulté le 15 mars 2024.

⁴⁵ « *Digital 2025 : global overview report* », p. 46, <https://datareportal.com>, consulté le 9 mars 2025.

⁴⁶ www.arcep.bj, *Tableau de bord*' au 31 mars 2022, Observatoire de l'internet, consulté le 2 mars 2024.

⁴⁷ « La parité entre les sexes a été atteinte dans les Amériques, en Europe et dans la région de la CEI. Dans la région Asie-Pacifique, les progrès sont rapides, le score étant passé de 0,89 en 2019 à 0,95 en 2024. Dans les États arabes, en revanche, le score de parité entre les sexes ne s'est pas amélioré, restant à 0,86 au cours de la même période. Enfin, il y a des progrès en Afrique, mais la région est encore loin derrière les autres régions » in Rapport « FAITS ET CHIFFRES 2024 », *op. cit.* pp. 3 à 5.

jeunes utilisent internet contre 34% pour le reste de la population (ils sont 90% en Europe et 85% en Amérique)⁴⁸. L'inégal accès à la connexion internet est donc ici renforcée selon le genre (femme) et la génération (adulte) de l'utilisateur.

Autres est le cas de ceux qui possèdent les terminaux et ne les utilisent pas. Les raisons sont souvent relatives au défaut de connexion donc à la fracture numérique à raison de la zone géographique, à la qualité de la connexion disponible. Paradoxalement ce sont dans les pays à faible revenus que les plus grandes avancées ont été relevées concernant la réduction de la fracture numérique entre les zones urbaines et rurales. Traditionnellement, les régions rurales et les zones péri urbaines sont moins bien desservies par les infrastructures de télécommunication. Ainsi, au plan mondial, 83 % des utilisateurs d'Internet en 2024 sont des citadins alors que 48% sont des ruraux. Cet écart variable selon les régions (il est presque nul dans les régions à revenus élevés) est le plus élevé dans les pays à faible revenu où un habitant de la campagne sur six (16 %) utilise Internet, soit à peine un tiers du chiffre des citadins et qui signifie surtout que cinq habitants sur six n'utilisent pas internet en zone rurale. De façon générale, en Afrique, 23% d'utilisateurs d'internet sont dans les zones rurales contre 57% en ville soit un ratio de 2.52⁴⁹. Certes, ces taux sont également à nuancer car les pourcentages varient aussi d'un Etat à l'autre. Tout compte fait, il y apparaît ici aussi un inégal accès à la connexion internet à raison de la zone géographique.

Quant à la qualité de l'internet, il est également l'une des causes du déficit de connexion observé. En effet, moins la vitesse de connexion est élevée, plus l'instabilité de la connexion est grande avec des fluctuations souvent causées par différents facteurs tels que le faible débit, la congestion du réseau, les pannes techniques ou encore les pannes d'électricité. En 2024, le réseau 5G⁵⁰ a atteint 67 % des citadins contre seulement 29% des ruraux avec la précision que dans les pays à faible revenu, la 5G n'est pratiquement pas disponible dans les zones rurales et n'atteint que 10 % de la population urbaine⁵¹. Et le Bénin fait malheureusement partie des pays où cette fameuse 5G n'est pas encore opérationnelle même si le taux de pénétration de la 4G, tourne autour

⁴⁸ *Idem*, p. 6.

⁴⁹ Rapport *Measuring digital development :Facts and Figures 2024*, op. cit., pp. 7 et 8.

⁵⁰ La 5G ou 5^{ème} génération qui a succédé à la 4G qui elle-même a succédé à la 3G et ainsi de suite, permet d'avoir accès à des début de connexion largement au-dessus de ceux de la 4G.

⁵¹ Rapport *Measuring digital development :Facts and Figures 2024*, op. cit., p. 27.

de 25%⁵² pour une couverture mobile de plus de 90% selon la ministre du numérique et de la digitalisation⁵³.

Il semble que les écarts observés entre les taux des utilisateurs d'internet et des propriétaires de téléphone mobile en ville peuvent être justifiés par la disponibilité d'une connexion de qualité moyenne. En revanche, entre les utilisateurs des cités et ceux des zones rurales, il faudra en outre y ajouter l'indisponibilité totale de la connexion puisque la couverture n'est pas intégrale. A titre d'exemple, en 2024, en Afrique, plus de 40% des citoyens n'utilisaient pas internet ; plus de 70% des ruraux ne sont pas connectés et 14 % de la population n'a pas accès à un réseau mobile et ne peut donc pas avoir accès à l'Internet⁵⁴. Dans toutes les régions du monde, les écarts se creusent davantage quand l'on se trouve en zone rurale considérées comme non économiquement attractives, en ce domaine ; ce que confirme l'Union internationale des télécommunications qui constate que *les zones urbaines sont généralement privilégiées pour le déploiement des infrastructures, car elles sont plus densément peuplées et donc plus rentables*⁵⁵.

Le coût de la connexion est également une cause de l'inégalité des usagers. En 2024, au Bénin, le coût du panier de données mobiles et voix basse s'élevait à 5.67% du RNB/habitant, de 8.17% au Togo et 11.3% au Niger⁵⁶ ; ce qui est énorme comparé à d'autres Etats comme le Ghana où il est de 0.62% du RNB/habitant, de 0.24% au Burkina Faso et de 1.73 au Nigeria.

Que cela soit l'inégal accès aux terminaux ou l'inégale couverture en internet, tous entraînent l'inégal accès aux services publics digitalisés et donc l'impossibilité pour une catégorie d'usagers de pouvoir accéder à ces services ; d'où la rupture de l'égalité des usagers. Et c'est en cela que la digitalisation du service public se transforme paradoxalement en un frein à la pleine application du principe d'égalité des usagers devant l'administration publique.

Les conséquences de cette rupture d'égalité peuvent s'analyser sur plusieurs plans. Sur le plan économique, l'accès à internet contribue au développement par son action dans les domaines

⁵² www.arcep.bj, Tableau de bord' au 31 mars 2022, Observatoire de la téléphonie mobile, consulté le 2 mars 2024.

⁵³ In *Bénin numérique*, Magazine d'information du secteur du numérique, N°003, décembre 2024, pp. 34 et suivant.

⁵⁴ Rapport *Measuring digital development :Facts and Figures 2024*, op. cit., p. 23.

⁵⁵ « Urban areas are generally prioritized for infrastructure roll-out, being more densely populated and hence more profitable », in *Measuring digital development :Facts and Figures 2024*, op. cit., p. 23.

⁵⁶ Le panier comporte 70 mn d'appel par mois, 20 SMS et 500 Mo de données avec au moins la 3G. Voir [HTTPS://datahub.itu.int](https://datahub.itu.int). Consulté le 2 mars 2024. Toutefois, la ministre du numérique et de la digitalisation annonce plutôt que l'accès au haut débit coûte moins de 2% du RNB par habitant au Bénin. In *Bénin numérique*, Magazine d'information du secteur du numérique, N°003, décembre 2024, pp. 39. <https://numerique.gouv.bj> , consulté le 28 février 2025.

de l'éducation, de la recherche, de la communication, de l'emploi, de la formation. Il permet de désenclaver les zones reculées puisqu'elles peuvent virtuellement avoir accès à tous les services publics dématérialisés et mis en ligne. Le non accès à l'internet entraîne ainsi une exclusion des opportunités relatives à ces différents domaines ; ce qui renforce les inégalités sociales entre usagers du service public et donc entre les citoyens.

Comment inverser la tendance pour que la digitalisation du service public qui vise à la satisfaction optimale de l'intérêt général contribue réellement à l'effectivité du principe d'égalité entre les usagers devant l'Administration publique ?

II-LA DIGITALISATION DU SERVICE PUBLIC : UN FACTEUR DE RENFORCEMENT DU PRINCIPE D'EGALITE ENTRE USAGERS DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Sur le plan juridique, la dichotomie qui apparaît entre les usagers du service public digitalisé du fait de toutes les causes analysées ci-dessus viole l'un des grands principes de fonctionnement de l'administration : le principe d'égalité des citoyens devant l'Administration publique ; ce qui est paradoxal car la digitalisation des procédures administratives a, entre autres pour objectif de rendre l'administration plus performante en la rapprochant des usagers. Quelles pourraient alors être les modalités d'une digitalisation du service public qui au lieu de davantage creuser le fossé entre les usagers, le renforcerait plutôt en contribuant à rendre effectif le principe d'égalité ? Il semble que rendre effectif, le service universel des communications électroniques serait déjà une première réponse (A). Mais au-delà de tout, une administration entièrement digitalisée nous paraît un leurre. Il conviendrait alors de maintenir les services publics traditionnels tout en les réaménageant (B).

A- De la mise en place effective du service universel en communication électronique

Comment réussir le pari de la démocratisation des procédures administratives par la digitalisation des services publics ? Par la possibilité offerte à tout usager du service public, quel que soit sa zone géographique et sa situation économique de pouvoir bénéficier des services en ligne de l'administration pour ses différentes procédures et démarches.

Le service public est par définition une activité d'intérêt général. Exercée dans le but de satisfaire les besoins de la collectivité et dépourvu de considération de rentabilité à l'origine, l'activité de service public a évolué faisant également évoluer la notion comme critère du droit

administratif⁵⁷. Depuis plusieurs années et quelques arrêts⁵⁸, il est admis que le service public puisse être une activité industrielle et commerciale. Avec la mise en œuvre du droit communautaire européen, le service public a entamé une autre mue. En effet, le droit communautaire par essence économique est venu tempérer la vision du service public à la française par des restrictions et réaménagements justifiés par la libre concurrence qui ont entraîné la fin de plusieurs monopoles⁵⁹ : sont alors nés les services d'intérêt général.

Les services d'intérêt général, (SIG) sont les « *services tant économiques que non économiques que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* »⁶⁰. Il leur est reconnu un rôle de cohésion sociale ; ce qui permet aux États de prendre des mesures pour leur fonctionnement sur la base de principes et dans des conditions leur permettant d'accomplir leur mission (dérogations aux règles de marché permises : possibilité d'avantages particuliers). A titre d'exemple, le maintien d'une activité déficitaire en est une caractéristique. Il existe deux catégories de SIG : les services d'intérêt économique général (SIEG) qui sont des services marchands et les services non économiques d'intérêt général (SNEIG). Les services non économiques d'intérêt général sont des services soumis à des obligations de service public mais qui ne présentent pas un caractère marchand. *Contrario*, les services d'intérêt économique général sont définis comme « *les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public* »⁶¹. Ils peuvent avoir un caractère collectif ou viser des prestations individualistes et dans ce dernier cas, on se réfère à la notion de service universel.

Le service universel suppose *un service de base, offert à tous, dans l'ensemble de la communauté, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard* »⁶². Selon le *Livre vert*, sur les infrastructures de 1994, le service universel est défini comme « *un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié*

⁵⁷ GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2015, 540pp, pp. 40 à 48.

⁵⁸ Notamment l'arrêt Société commerciale de l'ouest africain de 1920 rendu en 1921 par le Tribunal des conflits : les faits se sont déroulés dans la colonie de la Côte d'Ivoire. LONG M. et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2015. N° 35.

⁵⁹ GAUDEMET (Y.), *op. cit.*, pp. 50-55.

⁶⁰ LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.) et DEFFIGIER (C.), *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 16.

⁶¹ GAUDEMET (Y.), *op. cit.*, p. 55.

⁶² LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.) et DEFFIGIER (C.), *op. cit.*, p. 23.

et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable ». Il « (...) correspond à un niveau incompressible de prestations données dans un secteur donné à un moment donné »⁶³. C'est à ce dernier service que nous nous intéressons particulièrement dans le cadre présent car son effectivité dans les pays de l'Afrique de l'ouest en particulier pourrait contribuer à rétablir le principe d'égalité des usagers devant le service public digitalisé.

En effet, il s'agit d'un service public minimum, une sorte de service public résiduel accessible à tous les usagers quels que soient leur revenus, leurs compétences, leur zone géographique ; un service institué dans le but de maintenir un minimum de cohésion sociale au sein de la société. Le droit communautaire européen ne s'y est pas trompé en le rendant obligatoire dans certains domaines tels que la poste, l'électricité, les télécommunications, ce dernier domaine dans lequel justement la notion a pris corps aux Etats-Unis⁶⁴.

Dans l'espace communautaire ouest africain, la question de l'interconnexion de tous les usagers à des tarifs abordables et accessibles est une préoccupation saisie par les pouvoirs publics au point où l'accès au service universel en matière de télécommunication y a été instauré. Ainsi, dans l'espace CEDEAO⁶⁵, il est a été retenu entre autres comme solution aux défis du développement, la digitalisation. A cet effet, l'Acte Additionnel A/SA/6/01/07 du 19/01/2007 relatif à l'accès universel/ service universel a été adopté le 19 janvier 2007. Il définit dans son article premier, l'accès ou le service universel comme « *l'accès à un ensemble de service minimal (...) sur le territoire des États Membres de la CEDEAO à l'ensemble de la population, indépendamment de leur localisation géographique et à des conditions tarifaires abordables* ». Quant à l'UEMOA⁶⁶, à travers l'article premier de la DIRECTIVE N° 04/2006/CM/UEMOA, elle définit le Service Universel comme un « *Ensemble minimal des services définis de bonne qualité, qui, indépendamment de la localisation géographique, est accessible à l'ensemble de la population* ».

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ BASLE (M.) et alii, Service universel versus service public dans le cadre de l'Union européenne. In : *Science de la société*, n°42, 1997. Le service public en crise (1). Question en débat. pp. 95-115. Voir p. 96 et suivants.

⁶⁵ La communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), créée à la suite de la signature du Traité de Lagos en mai 1975 par quinze Etats de l'Afrique de l'Ouest. Il est actuellement composé de douze membres suite au retrait en 2025 du Burkina -Faso, du Mali et du Niger. Il a pour objectif de promouvoir la coopération et l'intégration dans la perspective d'une union économique de l'Afrique de l'Ouest, en vue d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'accroître la stabilité économique, de renforcer les relations entre les États membres et de contribuer au progrès et au développement du continent africain.

⁶⁶ Union Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) : créée le en 1994, elle regroupe huit Etats : Bénin, Togo, Mali, Sénégal, Côte d'Ivoire, Niger, Burkina Faso, Guinée Bissau.

dans des conditions tarifaires abordables »⁶⁷. Ces services sont la Fourniture du service de télécommunications, l'accès aux Annuaire et services de renseignements téléphoniques, aux Services d'urgence, l'accès à des cabines téléphoniques aux non abonnés. Des mesures particulières sont prévues en faveur de groupes vulnérables tels que les utilisateurs handicapés et ceux ayant des besoins sociaux spécifiques. La directive prévoit même la création d'un Fonds de financement du service universel dans chaque Etat membre dont l'objectif sera de promouvoir le développement du service universel. Le Fonds aura notamment pour objet l'indemnisation de toute entreprise chargée de fournir le service universel s'il s'avère que cela lui crée une charge injustifiée⁶⁸. Que ce soit l'article 2 de la DIRECTIVE N° 04/2006/CM/UEMOA ou de l'Acte Additionnel A/SA/6/01/07 du 19/01/2007 ils imposent aux Etats membres l'obligation de fournir un tel service universel. Mieux, l'article 2 de la DIRECTIVE UEMOA précise que la fourniture du service universel doit se faire « (...) *dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité.* ».

Au Bénin, la loi 2017-20 du 20 avril 2018 portant code du numérique en République du Bénin telle que modifiée par la loi 2020-35 du 6 janvier 2021, intègre ces obligations. Ainsi, les articles 91 à 112 contiennent les dispositions relatives à l'accès au service universel ainsi que de la création d'un organe chargé de sa mise en œuvre : l'Agence Béninoise de Service Universel, des Communications électroniques et de la Poste (ABSU.CEP). Ainsi, aux termes de l'article 92, « *Toute personne a droit à la communication électronique et aux services postaux. L'Agence béninoise de service universel (...) veille à la fourniture de l'accès/service universel de qualité à des conditions tarifaires accessibles à tous* ». Et l'Etat compose avec le secteur privé pour atteindre cet objectif en prenant des mesures incitatives (article 93). Il en est de même au Togo, au Sénégal en Côte d'Ivoire, etc. où l'accès au service universel est également une obligation⁶⁹.

Tel que défini, le service universel en matière de télécommunication est un service qui doit être disponible partout et à un coût abordable pour l'utilisateur quel que soit son revenu. Il doit donc pouvoir avoir accès à internet qu'il soit en ville ou au village, à grand ou petit revenu. C'est cela qui lui permettra de pouvoir accéder aux procédures administratives en ligne et donc à un service

⁶⁷ DIRECTIVE N° 04/2006/CM/UEMOA RELATIVE AU SERVICE UNIVERSEL ET AUX OBLIGATIONS DE PERFORMANCE DU RESEAU de 23 mars 2006, voir <https://arcep.bj/textes-de-références>, le 12 mars 2025.

⁶⁸ Articles 7 et 8, DIRECTIVE N° 04/2006/CM/UEMOA, *op. cit.*

⁶⁹ Ils sont en effet membres de la CEDEAO où l'Acte Additionnel A/SA/6/01/07 du 19/01/2007 relatif à l'accès universel/ service est applicable dès sa publication.

public digitalisé. Comme on peut le constater, l'arsenal juridique et le mécanisme d'appui nécessaire à la réalité du service universel existe. Le défi est d'alors de le rendre effectif en pratique.

Concrètement, il faut noter que des initiatives et projets sont menés dans les Etats dans ce sens même si les efforts s'avèrent insuffisants jusque-là. Ainsi au Bénin, l'installation des Points Numériques Communautaires (PNC) et des classes numériques sont, quelques solutions mises œuvre. En 2023, sur les soixante-dix-sept (77) communes, quarante-et-trois (43) disposent de PNC. Ceux-ci permettent l'accès aux terminaux pour ceux qui ne peuvent en acquérir ainsi que l'accès à internet sans aucun frais par la borne wifi ou l'accès à des prix abordable dans le cyber »⁷⁰. Mieux, les PNC sont devenus en pratique des points d'accès aux services publics en ligne où les usagers se font assister pour y accéder⁷¹. En 2023, ce sont douze (12) classes numériques qui ont été mis en service dans les collèges⁷². Il en est de même au Sénégal, où ce sont environ quarante-cinq Espaces services qui sont déployés à travers le territoire afin de contribuer au désenclavement numérique des territoires grâce au projet Smart Territoires de l'Etat dont l'objectif est d'améliorer l'accès aux services publics et d'impulser le développement territorial par l'utilisation du numérique. Ils comportent des espaces de travail partagés où les usagers sont accompagnés dans leurs différentes démarches⁷³. En Côte d'Ivoire également où la réduction de la fracture numérique dans les zones rurales est inscrite dans le projet pour l'e-agriculture visant à améliorer l'accès aux services numériques pour les habitants des zones rurales en élargissant l'accès à la connectivité internet. Grace à cela, en 2023, ce sont plus de 221.000 habitants en milieu rural qui ont accès à l'internet⁷⁴.

Néanmoins, tous ces efforts ramenés à l'échelle des populations qui n'ont pas de téléphone mobile et qui n'utilisent pas internet⁷⁵ demeurent modestes et démontrent qu'il existe encore une frange importante des usagers qui sont des démunis du service public digitalisé. La situation est d'autant plus préoccupante que certains services ne sont dorénavant disponibles qu'en ligne.

⁷⁰ 150 FCFA de l'heure, voir « Les points numériques communautaires : une révolution dans les communes », *MAGAZINE BÉNIN NUMÉRIQUE*, N°001, Février 2023, pp. 26-27.

⁷¹ DOSSOU (P.), « Bénin/Point numérique communautaire : un pilier de la connectivité locale à Ouidah », <https://lechasseurinfos.net>, 27 janvier 2025, consulté le 14 mars 2025.

⁷² « Facilité d'accès à l'éducation et aux formations : un bilan élogieux pour les classes numériques », in *MAGAZINE BÉNIN NUMÉRIQUE*, N°002, octobre 2023, pp. 44-45.

⁷³ <https://senegalservices.sn>, consulté le 15 mars 2025.

⁷⁴ « Du champ au marché : le rôle des plateformes numériques dans le succès de l'agriculture ouest-africaine », Fiches de résultats, 4 mars 2025, in www.banquemonddiale.org, consulté le 15 mars 2025.

⁷⁵ Voir les statistiques ci-dessus dans le I.

L'inégalité persiste et est donc la preuve que le service universel en matière électronique reste à réaliser ; ce qui nous semble t'il prendra encore quelques années. Pour ce faire, et en attendant d'atteindre l'effectivité du service universel en communication électronique, il apparaît nécessaire de maintenir les services publics traditionnels tout en les réaménageant.

B- Du maintien des services publics traditionnels réaménagés

Pour rappel, en Afrique, 34% de la population ne disposent pas de téléphone mobile alors que ce dernier est aujourd'hui le premier terminal par lequel on accède à internet ; et plus de 65% des propriétaires de téléphone mobile n'utilisent pas internet. En zone rurale, ils sont plus de 75% qui ne sont pas connectés et plus de 40% en zone urbaine⁷⁶. De façon plus spécifique en Afrique de l'Ouest, au Bénin, ce sont plus de 70% des ménages qui ne disposent pas d'ordinateurs, plus de 38% de la population qui n'a pas de téléphone mobile et 68% des plus de 15 ans qui n'utilisent pas internet. Au Togo, ils sont 41% à ne pas posséder de téléphone mobile et 63% des plus de 15 ans qui n'utilisent pas internet. Au Niger, c'est 36% de la population qui est dépourvu de téléphone mobile et 77% des plus de 15 ans qui n'utilisent pas internet. Au Nigeria ils sont 28% de la population qui ne disposent pas de ce terminal et 61% qui n'utilisent pas internet. En Côte d'Ivoire, 34% ne possèdent pas de téléphone mobile et 60% des plus de 15 ans n'utilisent pas d'internet. Au Burkina Faso, 45% de la population ne possèdent pas de téléphone mobile et 83% des plus de 15 ans n'utilisent pas internet⁷⁷.

Rien que pour le Bénin, sur une population totale estimée à environ 14.598.632 en 2024⁷⁸ ces chiffres représentent des millions d'utilisateurs qui ne sont pas connectés et ne peuvent accéder aux services publics digitalisés ; à l'échelle de l'Afrique de l'Ouest, ce sont des dizaines de millions d'utilisateurs que cela représente. Avec un service universel qui peine à être réalisé (43 points numériques communautaires pour le Bénin, 45 espaces services pour le Sénégal), la digitalisation des procédures administratives devrait être repensée. Il ne s'agit certes pas de remettre en cause le processus, mais de gérer la phase transitoire actuelle précédant la généralisation du service universel en communication électronique toujours en s'appuyant sur les services publics traditionnels mais en les réaménageant.

⁷⁶ Rapport *Measuring digital development : Facts and Figures 2024*, op. cit., p. 7.

⁷⁷ Universal and Meaningful connectivity, <https://datahub.itu.int>, consulté le 8 mars 2025.

⁷⁸ <https://worldpopulationreview.com>, consulté le 9 mars 2025.

Ce qui est entendu par le maintien des services publics traditionnels réaménagés c'est d'abord que les services publics péri-urbains ou ruraux ne disparaissent pas pour cause de digitalisation. C'est ensuite le rôle d'accompagnateur, de facilitateur ou d'assistance qui sera dorénavant celui de l'administration publique dans l'accès aux procédures digitalisées. Il s'agit d'un changement de paradigme qui consistera à ne plus dire aux usagers « *faites votre demande en ligne* » mais plutôt « *si vous ne pouvez pas faire votre demande en ligne, venez à telle administration, à tel bureau et on vous accompagnera dans la demande* ». Bien sûr, cela suppose la mise à disposition de chaque service concerné par une procédure digitalisée, d'un espace adéquat, de terminaux, de la connexion internet et du personnel formé à cet effet. L'utilisateur dans le besoin mais ne qui ne possède pas un téléphone mobile connecté, pourra se rendre simplement dans l'administration comme il le faisait avant et pourra quand même avoir satisfaction.

Dans ce rôle d'assistant numérique, l'Administration publique pourrait également envisager la mise en route de services publics mobiles qui seraient par exemple des caravanes numériques itinérantes ou des salles numériques mobile pour les zones où les usagers sont les plus « oubliés » numériquement parlant. L'installation des bornes wifi gratuites dans les administrations publiques, pour les usagers détenteurs de terminaux aussi semble être une solution.

D'autres solutions seraient aussi que les administrations publiques se dotent de services de soutien et d'accompagnement ou centres d'assistance technique à distance pour aider ceux qui disposent à la fois des terminaux et de l'accès à internet mais qui éprouvent des difficultés à utiliser les plateformes numériques de service public. Qu'elle rende disponibles des tutoriels en toutes les langues nationales ainsi que la possibilité d'utiliser les plateformes de services en ligne vocalement pour les analphabètes.

Concernant l'accès facile aux outils numériques, les terminaux c'est-à-dire les ordinateurs, les smartphones et les tablettes, sont devenus indispensables pour interagir avec les services publics en ligne, tels que les démarches administratives, les consultations médicales à distance, l'accès à l'information et bien plus encore. Les administrations en charge de l'éducation et du numérique pourraient promouvoir des politiques visant à rendre les outils numériques abordables pour tous les citoyens à travers des subventions gouvernementales pour l'achat des terminaux, des politiques de recyclage des équipements obsolètes, des programmes tels que « un écolier, une tablette » ou « un étudiant, un ordinateur ».

Conclusion

Les États ouest africains font face à des défis élevés liés la digitalisation du service public. En effet, à côté des effets positifs de la transformation numérique qui s'opère, il apparaît de nombreuses disparités. Des écarts sont observés en matière de possession d'ordinateur, de téléphones mobiles, d'accès à la connexion à internet. Ceux-ci s'expliquent dans la plupart des cas par des questions financières liées aux investissements de l'Etat ou aux revenus de l'utilisateur. Cela entraîne l'apparition de deux catégories d'utilisateurs : ceux qui tirent tous les bénéfices de cette mutation du service public parce que les investissements sont réalisés et qu'ils peuvent accéder aux services en lignes, et ceux qui en sont juste les spectateurs pour insuffisance ou défaut d'investissement dans leur zone géographique ou par manque de moyens. Dans un cas comme dans l'autre, la rupture du principe d'égalité entre les utilisateurs est consommée.

Pour remédier à cette rupture du principe d'égalité qui est un principe cardinal de fonctionnement de l'Administration, il est essentiel de garantir pour tous les utilisateurs du service public un accès égal par la mise en œuvre effective du service universel en matière d'électronique ainsi que le maintien des services publics traditionnels réaménagés avec de nouveaux rôles qui incluent par ailleurs, la mise en application de politiques offensives en vue de créer un environnement numérique inclusif où tous les citoyens pourront bénéficier des opportunités offertes par la digitalisation du service public.

**La réception de la jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions
des juridictions constitutionnelles africaines**

The Reception of Foreign Jurisprudence in the Reasoning of Decisions of African Constitutional

Courts Page | 816

Par :

Afo Sabi Kasséré

Maître-assistant en Droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Lomé (Togo)





Introduction

« Le recours au précédent étranger est certainement la manifestation la plus aboutie du dialogue transnational des juges et de l'ouverture (de la porosité diront certains) des systèmes juridiques »¹. Ces propos de Fabrice Hourquebie sont certainement l'expression d'une présentation à la fois élogieuse et très générale du contexte et/ou de la raison d'être du recours aux décisions étrangères dans le contentieux, notamment constitutionnel. Au regard parfois de la singularité de l'expérience africaine de la justice constitutionnelle, il devient tout aussi légitime qu'incontournable de confronter cette pratique du recours au droit étranger à l'épreuve de l'Afrique. C'est sans doute dans ce sens qu'il faut appréhender la présente réflexion sur « La jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines ».

Page | 818

La notion de jurisprudence, largement usitée et même popularisée, peut être appréhendée de différentes façons. Du point de vue fonctionnel, on peut considérer la jurisprudence comme « l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit »². Elle est classiquement définie comme ensemble de décisions de justice³. Mais, cette définition paraît plate et tend à faire appréhender la jurisprudence comme un catalogue de décisions. La jurisprudence n'est véritablement constituée que quand cet ensemble de décisions pose une règle de droit. Accolée à l'adjectif « étrangère », la jurisprudence ne sera pas appréhendée dans le sens de règle de droit, mais dans sa définition la plus générique, c'est-à-dire simplement comme décision de justice, isolée ou non, rendue par une juridiction constitutionnelle étrangère, à l'exclusion des celles des juridictions ordinaires. Fort justement, c'est cette jurisprudence étrangère qui se retrouve dans le prétoire du juge constitutionnel en Afrique⁴. Pendant longtemps, les

¹ Hourquebie (F.), « La réception des décisions étrangères », <http://v1.ahjucaf.org/La-reception-des-decisions.html> p. 73.

² Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige-PUF, 2024, 15^e éd., p. 677.

³ Selon le dictionnaire de Droit administratif, « dans une acception large, (la jurisprudence), c'est l'ensemble des solutions posées par une juridiction. (En revanche,) dans une acception restrictive, mais non moins courante, la jurisprudence désigne un ou plusieurs arrêts parfaitement identifiés, qui marquent une étape importante par leur apport au droit existant, à la différence des décisions d'espèce (sic). [...] La jurisprudence découle donc des arrêts dits « de principe », qui définissent une notion ou posent une règle nouvelle en termes abstraits et généraux ». Voir, Van Lang (A.), Gondouin (G.) et Inseguet-Brisset (V.), *Dictionnaire du droit administratif*, Dalloz, 2025, p. 333.

⁴ Selon notre présentation de cette justice constitutionnelle, elle « a fait l'objet de plusieurs définitions très intéressantes ». Elle a été au cœur d'un colloque international de haut niveau. V. Grewe (C.) & autres (dir.), *La notion de justice constitutionnelle : actes du colloque*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2005. On pense toujours à cette définition de Charles Eisenmann qui en 1928 dans sa thèse intitulée : *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, (1903-1980)*, avançait que « la justice constitutionnelle est cette sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles », c'est-à-dire « l'ensemble des institutions et

juridictions constitutionnelles ont fait l'objet de nombreuses réflexions, les unes relatives aux différentes fonctions, notamment celle de régulation⁵, les autres touchant aux garde-fous⁶ contre ces juges très présents, mais qui, heureusement, ne déversent, ni dans le gouvernement des juges, ni dans le gouvernement par les juges. Aujourd'hui, l'occasion est offerte de questionner leurs techniques juridictionnelles, parmi lesquelles la motivation occupe une place centrale⁷, car, comme le souligne Mastor Wanda, c'est « *le nerf du raisonnement* »⁸.

De façon générale, la « *motivation est l'expression des motifs d'une décision* »⁹. Elle renvoie à une opération consistant à exprimer formellement les motifs de fait ou de droit qui sous-tendent une décision. Il est vrai, ainsi que le souligne Frédéric Zenati-Castaing, que le « *champ de la motivation est (...) beaucoup plus étendu qu'il n'y paraît à première vue* »¹⁰, mais le domaine où la motivation est une obligation générale reste celui de l'acte juridictionnel. Sans doute est-ce la raison pour laquelle dans sa définition de la motivation, Gérard Cornu la rattache directement à la décision juridictionnelle¹¹. Ce n'est donc pour rien qu'au regard de l'histoire, la décision juridictionnelle soit le « *berceau et matrice de la motivation* »¹². Cela signifie que la motivation est inhérente à l'activité juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle et elle est « *consubstantielle à une bonne administration de la justice* »¹³. On comprend dès lors les propos de Deny de Bechillon pour qui, « *l'axe du progrès, en matière de justice, suit de près le souci de s'expliquer* »¹⁴. En droit public, la motivation joue un rôle important d'élucidation mais surtout de contrôle de la décision

techniques grâce auxquelles est assurée, sans restriction, la suprématie de la Constitution ». V. Favoreu (L.) et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis Droit public, science politique », Paris, 2015, p. 237 et s. V., Afo Sabi (K.), « La garde des gardiens de la constitution », *Les Annales de l'Université de Parakou*, vol.3 n°1, 2020, p. 182.

⁵ Narey (O.) (dir.), *La justice constitutionnelle : actes du colloque de l'ANDC*, L'Harmattan, 2015.

⁶ Gnamou-Petauton (D.), « La cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? ». In, *La constitution béninoise...*, idem, p. 687 et s ; ég., Afo Sabi (K.), « La garde des gardiens de la constitution », *Les Annales de l'Université de Parakou*, Série « Droit et Science Politique », vol. 3, n°1, 2020, pp. 181-206.

⁷ Cormick (N. M.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996, p. 117. Troper (M.), Champeil-Desplats (V.) et Grzegorzczak (G.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005. Troper (M.), « La motivation des décisions constitutionnelles ». In, *La motivation des décisions de justice*, Sous la direction de Chaim Perelman et Paul Foriers, Bruxelles, Bruylant 1978, pp. 296 et s.

⁸ Mastor (W.), « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », *AJJC*, 2012, p. 12.

⁹ Duhamel (O.) & Meny (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 645.

¹⁰ Zenati-Castaing (F.), « La signification, en droit, de la motivation ». In, *La motivation en droit public*, sous la direction de Sylvie Claudal, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 40.

¹¹ Cornu (G.), *op. cit.*,

¹² Zenati-Castaing (F.), « La signification... », *idem*.

¹³ Claudal (S.), « Rapport introductif ». In, *La motivation en droit public*, sous la direction de Sylvie Claudal, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 13.

¹⁴ De Bechillon (D.), « Le juge et son œuvre », In, *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, 2006, p. 359.

du juge¹⁵. Mais alors, comme l'a formulé le président Guy Canivet, qu'est-ce qui, « pour une juridiction constitutionnelle, (justifie que) s'impose une obligation de motiver » ? Euh bien, « l'impératif existe incontestablement : toutes les décisions des juridictions constitutionnelles sont motivées. Elles le sont (...) parce qu'elles sont des juridictions et que tout juge doit justifier sa décision par une argumentation logique destinée à la légitimer et la faire comprendre. Mais il y a (...) un supplément d'exigence d'élucidation de nature démocratique »¹⁶. Dans le même sens et, selon Igartua Salaverria, « l'obligation de motivation est devenue un moyen par lequel les sujets et les organes investis du pouvoir judiciaire sont responsables de leurs décisions d'où découle leur légitimité »¹⁷. Il est vrai que, selon les propos de Sylvie Claudal, quel que soit le domaine où la motivation existe, elle revêt « une fonction commune de légitimation »¹⁸. Néanmoins, pour une juridiction constitutionnelle et en raison de son positionnement institutionnel, cela revêt davantage une signification démocratique particulière, car, très souvent à travers une décision, le juge constitutionnel s'adresse certes aux parties mais par-delà les parties, à la société tout entière.

D'une fonction technique de la motivation, consistant à combler les lacunes des textes, à régler leur contradiction ou à permettre le contrôle, source de l'idée « d'un droit vivant »¹⁹, on en arrive ainsi à une fonction qui ne vaut plus simplement d'expliquer, mais encore de justifier, voire de convaincre. On peut même plus loin s'intéresser à la qualité de la motivation, car il s'agit dorénavant pour le juge constitutionnel, de surcroît, de mieux motiver ses décisions au nom d'une exigence démocratique forte²⁰. Le magistère du juge n'est plus mécanique ; il ne s'agit plus simplement d'appliquer la loi mais il faut faire la démonstration que la décision retenue est la meilleure, la seule qui mérite d'être prise et justifier que le juge mérite sa place.

En principe, la jurisprudence étrangère n'a aucun rôle à jouer dans la motivation d'une quelconque décision d'une juridiction constitutionnelle. Et pourtant, il n'est pas rare que des décisions de ces juridictions portent la marque ou à tout le moins les indices d'une décision étrangère. Il arrive même que certaines règles transcrites dans les textes soient issues de la

¹⁵ Zenati-Castaing (F.), « La signification... », *idem*.

¹⁶ Canivet (G.), « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel ». In, *La motivation en droit public*, sous la direction de Sylvie Claudal, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 231.

¹⁷ Cité par Le Quinio (A.), « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel au prisme du modèle ibéro-américain », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 55-56 – 2017, p. 34.

¹⁸ Claudal (S.), « Rapport introductif », *idem*, p.13.

¹⁹ Amrani-Mekki (S.), « La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires : dire le droit et être compris ». In, VIIème Congrès de l'AHJUCAF www.ahjucaf.org 30 juin & 1er juillet 2022 - Palais des Congrès de Cotonou, Bénin, p.

²⁰ Mastor (W.), « La motivation des décisions... », *op. cit.*, p. 14.

jurisprudence d'un pays. On peut citer l'exemple de la diffusion du modèle du procès équitable qui, à l'origine était une création du juge britannique et qui s'est diffusée aujourd'hui dans la plupart des textes internationaux et transposés dans les droits nationaux, au point où aujourd'hui, on a fini par oublier cette origine et on considère dans la littérature que le principe du procès équitable découle de l'article 6-1 de la convention EDH²¹, alors qu'en réalité, à en croire Guy Canivet, il aurait une origine anglaise²².

Après avoir affirmé dans un arrêt *Printz c/ Etats-Unis* de 1997, que les analyses comparatives sont déplacées pour l'interprétation de la Constitution des Etats-Unis, elle a opéré un renversement spectaculaire, elle l'a fait par un arrêt remarqué, *Lawrence c/ Texas*, le 26 juin 2003, au sujet de la répression pénale des pratiques homosexuelles. Ce faisant, comme le souligne Soraya Amrani-Mekki, « [o]util de contrôle, la motivation devient ainsi un outil de légitimation pour le juge : se justifier pour légitimer son propre pouvoir »²³ ou, comme l'a souligné Ambroise M. Adandédjan, un « instrument de crédibilité du discours du juge »²⁴. Le juge ne peut pas ne pas motiver sa décision. C'est d'ailleurs une obligation inhérente à la décision juridictionnelle à la différence de la décision administrative²⁵. C'est une obligation résultant de ce principe du procès équitable²⁶. A supposer même qu'il n'y ait pas d'obligation dans ce sens qui s'impose au juge, pour une juridiction constitutionnelle, elle devrait, d'elle-même, se l'imposer. La singularité de

²¹ Il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, abrégée Convention EDH. Cette convention a été signée sous l'égide du Conseil de l'Europe, une organisation internationale différente de l'Union européenne. Elle dispose en effet que : « ».

²² Selon le 1^{er} Président de la Cour de cassation française, « l'observation des circuits de transfert du standard du procès équitable montre qu'à partir des principes développés par les juridictions de Common Law anglaises, depuis le XIII^e siècle, puis transposés dans la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, le modèle du procès équitable s'est développé dans la jurisprudence nord-américaine puis dans celle de tous les grands systèmes, après son inscription dans la Charte des Nations Unies précisée dans le Pacte sur les droits civils et politiques, dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme dans d'autres instruments de protection régionaux des droits de l'homme ainsi que dans les constitutions et les chartes des droits fondamentaux de nombreux Etats, dans le monde entier ». Voir, Canivet (G.), « L'influence réciproque... », *op. cit.*,

²³ Amrani-Mekki (S.), « La motivation des décisions des cours... », *idem*.

²⁴ Adandédjan (A. M.), « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone », *Afrilex*, p.30.

²⁵ La motivation est une obligation pour le juge alors qu'il ne l'est pour l'administration que pour les décisions défavorables. Voir, à souhait, Frier (P.-L.) & Petit (J.), *Droit administratif* ; ég., Lombard (M.), *Droit administratif* ; aussi, Plessix (B.), *Droit administratif*...

²⁶ La notion de « procès équitable » a été semble-t-il une invention des juridictions britannique avant de voyager à travers le monde et de trouver un accueil retentissant dans le cadre du Conseil de l'Europe dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Difficile de ne pas croire que c'est la convention EDH qui en a la paternité. En tout cas, c'est un ensemble de principes et règles qui encadrent la procédure juridictionnelle. C'est un principe qui s'est pratiquement universalisé. Parmi ces principes, les plus connus sont : l'indépendance et l'impartialité de toute juridiction, le délai raisonnable et la motivation. Il y en a d'autres. Pour une illustration doctrinale, se référer aux sources relatives aux contentieux, notamment, ...

son rôle et son positionnement au sein des institutions, ainsi surtout que l'objet de même de son office qui l'oblige souvent à devoir, en permanence, faire preuve de sa légitimité, commandent que la position du juge soit la plus claire possible pour les destinataires de ses décisions, lesquels, bien au-delà des saisissants, intéresse l'ordre juridique tout entier. Et pensant légitimer sa décision, le juge fait appel à la jurisprudence étrangère. Ainsi que le souligne Fabrice Hourquebie, « *[r]éceptionner les décisions des juridictions étrangères relève d'une double justification. D'abord sur le terrain de la légitimité du juge. À l'heure de la juris-globalisation, il importe que les juges nationaux ne donnent pas le signal d'un isolement qui les conduirait à être en dehors du dialogue juridictionnel transnational émergent. L'argument du précédent étranger est alors pensé comme un outil de légitimation* »²⁷. Dans cette perspective, cela infère l'idée qu'une décision étrangère utilisée comme élément de motivation, en viendrait à légitimer une décision d'une juridiction constitutionnelle nationale.

Au demeurant, le recours au droit étranger dans le prétoire du juge et considéré comme une « *véritable service public* »²⁸ ne date pas d'aujourd'hui. Et pour cause, René David renseigne que « *les cours de droit comparé (...) ont existé (...) dans les facultés de droit françaises depuis 1839* »²⁹. Le premier numéro d'une revue qui lui est consacrée remonte à, au moins, l'année 1949³⁰. Un bilan de la méthodologie comparatiste³¹ révèle que l'approche comparée est bien établie, comme en témoigne des études structurantes³² et ce, nonobstant les critiques qui persistent³³. Dans le domaine du droit constitutionnel, en particulier, on peut relever divers apports du droit comparé³⁴, ainsi que son expansion. Nombreuses sont les juridictions de nombreux pays européens, américains ou autres qui utilisent l'argument de droit comparé. L'évolution de la pratique britannique est assez symptomatique à ce sujet et qui, comme l'a souligné Lord Bingham

²⁷ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *op ; cit.*, p. 73.

²⁸ Gélard (P.), « Le droit comparé, un véritable service public ». In, *Espace du service public : mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Sous la coordination de Ferdinand Mélin-Soucramanien, p.

²⁹ David (R.), « Le droit comparé, enseignement de culture générale », *RIDC*, vol. 2, n°4, 1950, p. 682.

³⁰ Voir, *RIDC*, vol. 1, n°4, Octobre-décembre 1949. pp. 551-553.

³¹ Jaluzot (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, vol. 57, 2005, pp. 29-48.

³² Voir, notamment, Delmas-Marty (M.) (dir.), *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2004, 330 p.

³³ Ponthoreau (M.-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, vol. 57, n°1, 2005. pp. 7-27.

³⁴ Tap (F.), « L'apport du droit comparé à la scientificité du discours constitutionnaliste », *RIDC*, vol. 70 n°1, 2018, pp. 7-25.

of Cornhill, laquelle montre de plus en plus des signes d'une grande ouverture³⁵. Et, les juges ordinaires, qu'ils soient administratifs ou judiciaires, y ont recours³⁶. C'est donc tout logiquement que le phénomène n'a pas épargné les juridictions constitutionnelles en Afrique³⁷. En effet, dans l'environnement juridictionnel africain, notamment, les milieux juridictionnels sont souvent alertés par des décisions « miroir » d'une jurisprudence étrangère. Aujourd'hui, la pratique s'est quasiment généralisée en Afrique, corroborant la positivité et peut-être la pérennité du dialogue transnational³⁸.

Entendons-nous bien ! Cette pratique juridictionnelle n'est pas en soi un drame. Elle est le résultat de l'influence de ce qu'il est devenu habituel d'appeler le droit comparé. Ce droit fait aujourd'hui office de science, bien sûr au sens où l'entend Marie-Claire Ponthoreau, c'est-à-dire un droit comparé en matière constitutionnelle ou tout simplement un droit constitutionnel comparé³⁹. Ce droit paraît irrésistible, ainsi qu'il a été développé plus tôt. On penserait alors que le fait pour les juridictions africaines de se référer au contentieux constitutionnel comparé dans leurs motivations est toute logique ; que cela n'a rien d'étonnant. Toutefois, dans le cadre de la présente réflexion et pour une cohérence dans l'analyse, seules les décisions des juridictions constitutionnelles retiendront l'attention. Il est vrai que les juridictions constitutionnelles ne sont pas au sommet de la hiérarchie des ordres juridictionnels. Il reste que sur le plan constitutionnel, c'est à elles que revient de fixer le socle normatif pertinent de l'Etat.

Et donc, le recours à la jurisprudence étrangère serait, de ce point de vue, le signe d'un dialogue des juges. Il est vrai que la communicabilité des systèmes juridiques⁴⁰ de par le monde et la circulation des savoirs et expériences ne sont plus à démontrer. La porosité des frontières étatiques est, en tout état de cause, une réalité autorisant par exemple le juge français à s'inspirer de ses homologues européens ou le juge malgache à s'adosser à une jurisprudence française. Cette posture se généralise certes. On serait tenté de parler une « *aide juridictionnelle* »⁴¹ que certains

³⁵ Initialement circonscrit aux jurisprudences des pays de la *Common Law*, la pratique est aujourd'hui étendue aux décisions des pays non membres de cette famille de droit. Voir, Bingham of Cornhill (L.), « L'ouverture des cours britanniques à la mondialisation », *Les cahiers de la justice*, 2010, p. 25.

³⁶ Voir, les décisions des Cours suprêmes camerounais, burkinabè, etc., *préc.*

³⁷ Tchagna (A.), « L'internationalisation des Constitutions africaines : l'exemple des Constitutions d'Afrique subsaharienne francophone », *RIDC*, vol. 70, n°3, 2018, pp. 509-542.

³⁸ Canivet (G.), « Dialogue trans-judiciaire ... », *op. cit.*, p. 31.

³⁹ Ponthoreau (M.-C.), « Le droit comparé en question(s)... », *idem*.

⁴⁰ Voir, Balde (S.), *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, Thèse Université Montesquieu Bordeaux IV, Bordeaux, 2009,

⁴¹ Avvenire (H.), « Vers une aide juridictionnelle universelle ? », *AJDA*, 2024, p. 1821 & s.

juges apporteraient à leurs homologues étrangers. Néanmoins, celle du juge constitutionnel africain interroge sur un certain nombre de points. Elle interpelle en raison non seulement de la fréquence mais aussi de l'intensité ou du degré avec lesquels cette référence à la jurisprudence étrangère est faite. C'est justement sur ce point qu'il paraît légitime de se demander si une telle posture relève d'une philosophie générale, d'une politique jurisprudentielle ou d'une conjoncture. Il faut reconnaître que, selon Didier Maus, « [l]'expression « dialogue des juges » est néanmoins utilisée de manière commune pour décrire le phénomène qui conduit certaines juridictions à prendre en considération, selon des modalités à examiner, les précédents de juridictions non nationales, que ceux-ci émanent d'un État étranger ou d'une juridiction transnationale. Il s'agit, à travers les décisions jurisprudentielles nationales, de confirmer, nuancer, ou rejeter des solutions adoptées ailleurs »⁴².

La référence à la jurisprudence étrangère relèverait ainsi d'un dialogue fructueux entre les juges. En raison de la réalité d'un tel dialogue, on ne saurait, dans l'absolu, nier le phénomène. Il est dès lors irréfutable que la réception de la jurisprudence étrangère en elle-même ne semble pas poser de problème en tant que telle. Il est tout de même permis de douter que cette pratique résulte du dialogue des juges. On sait que le droit comparé a vocation à servir de source d'inspiration pour des systèmes juridiques. Dans le même temps, l'autonomie des systèmes juridiques, les uns par rapport aux autres, est érigée en un principe. En fait, la part du doute provient du fait qu'une telle réception concerne le seul système français qui ne peut raisonnablement représenter à lui seul le droit comparé. Pour que la thèse du droit comparé puisse justifier la posture du juge constitutionnel en Afrique, il eut dû exister un « esprit du dialogue »⁴³. Or, l'analyse de la démarche du juge constitutionnel en Afrique ne permet pas d'identifier cet esprit de dialogue.

Ce qui pose donc problème, c'est plutôt la place, trop grande, que le recours aux précédents étrangers occupe dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles. En Afrique, le droit comparé ne sert pas simplement de source d'inspiration ; il est pratiquement une norme de référence du contentieux ; la décision étrangère est un élément de la décision du juge. Et, comme il a été souligné plus tôt, elle est parfois citée dans le corps même de la motivation, avec toutes les références de publications comme pour rapporter la preuve d'avoir déféré à une obligation. Cette situation alimente l'idée d'un mimétisme juridictionnel. On aurait pu, pour alimenter le dialogue

⁴² Maus (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC*, n° 80, 2009, pp. 675-696.

⁴³ Tusseau (G.),

des juges, penser également à l'influence des familles de droits, de la tradition juridique romano-germanique ou *Common Law* dont se réclament certaines juridictions constitutionnelles africaines. Ici, encore, on peut objecter que la France n'appartient pas seule à une famille juridique. On peut s'interroger sur la pertinence de ne recourir qu'à la seule jurisprudence française ou presque. Une fois de plus, l'hypothèse d'un mimétisme devient de plus en plus plausible comme justificative de cette pratique des juridictions constitutionnelles en Afrique.

Le sujet présente dès lors irréfutablement un intérêt scientifique ; d'abord, au regard du droit comparé qu'il implique nécessairement et à propos duquel René David estime qu'une « *étude des droits étrangers et la comparaison des droits présentent des intérêts multiples* »⁴⁴. Certes, la présente réflexion ne préjuge pas d'un bilan des juridictions constitutionnelles pour lesquelles une abondante littérature existe⁴⁵. En outre, cette pratique n'est pas le fait des seules juridictions constitutionnelles. Une pratique similaire est perceptible au niveau des juridictions ordinaires à l'étranger⁴⁶ comme en Afrique dans la plupart des pays. On peut citer l'exemple de la Cour Suprême du Burkina Faso qui ne se contente pas seulement de citer intégralement la décision étrangère mais reproduit, dans le corps des motifs, les références de l'arrêt, y compris même parfois le recueil dans lequel la publication a eu lieu⁴⁷. Très justement, la présente réflexion ambitionne, en se positionnant comme peu d'études sous l'angle des techniques du juge constitutionnel, d'analyser les motivations des juridictions constitutionnelles qui éclairent une telle pratique. Il y a des Etats dont le constituant fait obligation à la juridiction constitutionnelle de recourir aussi bien au droit qu'à la jurisprudence étrangers. L'exemple topic, largement documenté, est celui de

⁴⁴ David (R.), *op. cit.*, p. 682.

⁴⁵ D'abord, de façon générale, « la plupart des ouvrages de contentieux constitutionnel s'interrogent, de façon assez classique, sur les « missions » ou les « fonctions » de la justice constitutionnelle. (Ici, il s'agit d'une réflexion basée sur) la notion de finalité du contrôle de constitutionnalité ». Voir, Vidal-Naquet (A.), Préface, Padovani (J.), *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle. Pour une approche téléologique du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2022, 606p. Concernant plus spécifiquement, Voir, pour une réflexion structurelle, l'introduction générale intitulée : « La justice constitutionnelle vue d'Afrique », Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 2 & s ; ég., Kpodar (A. M.), « Bilan sur une demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique de noire francophone », *Afrilex*, Janvier 2013, p. 4. Voir, aussi, Moderne (F.), « L'évolution des juridictions constitutionnelles ». In, *Les institutions constitutionnelles d'Afrique francophone et de la République malgache*, Economica, Paris, 1979, p. 185 ; ég., Favoreu (L.), « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique ». In, *Les Cours suprêmes en Afrique*, tome 2, Economica, Paris, 1989, p. 40.

⁴⁶ Voir, Blanquet (P.), « Le juge administratif et les jugements étrangers », *RFDA*, 2021, n°2, pp. 329-339.

⁴⁷ Cf. CS...

l’Afrique du Sud⁴⁸. Ces cas, contrairement au choix de Ferdinand Diène Faye⁴⁹, ne sauraient être discutés ici, car il est impossible, en dehors de l’obligation constitutionnelle, de comprendre les ressorts d’une politique jurisprudentielle éventuelle de recours aux précédents étrangers. Ainsi donc, l’étude cherche à comprendre comment un droit étranger qui n’a pas été la source d’inspiration du texte constitutionnel est utilisé pour motiver le droit national ; ce droit étranger lui était peut-être complètement ignorant du texte national mais c’est lui qui va justifier le texte national.

C’est alors qu’il en découle quelques préoccupations tout à fait légitimes principalement dans deux directions. D’une part, la réception ou parfois la reproduction des décisions étrangères dans la motivation de leurs décisions est-elle justifiée ? D’autre part, qu’à cela ne tienne, le juge constitutionnel en Afrique a-t-il besoin d’aller jusqu’à la reproduction des décisions étrangères dans la motivation de ses propres décisions pour mettre à profit le droit comparé ? Bref, la question centrale qui se pose est de savoir si de par cette pratique dans cette mesure-là, le juge constitutionnel en Afrique ne remet pas finalement en cause sa propre autonomie décisionnelle.

La réponse à cette question commande de procéder, directement ou à travers une analyse documentaire et symétriquement en se basant sur le droit constitutionnel comparé, à une analyse de quelques jurisprudences pertinentes des juridictions constitutionnelles africaines.

Au demeurant, ces interrogations renvoient à une réflexion sur la place de la jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines. Ainsi, émerge l’idée forte selon laquelle, cette place est anormale. Evidemment, cela ne remet pas en cause la pertinence dogmatique ou abstraite de la réception d’une décision d’une juridiction constitutionnelle étrangère. Il est difficile de condamner, dans l’absolu, cette posture et de voir dans cette rhétorique la négation automatique de l’autonomie décisionnelle du juge constitutionnel en Afrique. Dès lors, en se plaçant du côté du juge, dans ses motivations profondes, il est possible que cette façon de faire du juge constitutionnel relève sans équivoque d’un choix et donc d’une démarche. Cette démarche reposant sur la réception des décisions étrangères est portée par une

⁴⁸ D’après les propos de Fabrice Hourquebie, à propos de l’Afrique du Sud, aussi bien pour la « constitution intérimaire, dans sa section 35(1), (que pour) la constitution définitive dans sa section 39(1)(a), (b), (c), (la constitution) fixe moins une possibilité (« may have regard ») qu’une certaine impérativité ». Voir, Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *idem*.

⁴⁹ Faye (F.), « Les précédents étrangers dans la jurisprudence constitutionnelle en Afrique : une justice constitutionnelle naissante à l’épreuve de la méthode comparative », *RDP*, Mars 2025, pp. 123-136.

ambition légitimatrice, celle assurément de légitimer son office (I). Il reste que, sur de nombreux points relatifs à l'étendue d'une telle réception, cette démarche est discutable (II).

I- UNE DEMARCHE A AMBITION LEGITIMATRICE

L'analyse de posture du juge constitutionnel africain consistant à reproduire la jurisprudence étrangère dans la motivation de ses décisions s'inscrit dans un souci de légitimation de son office. Plusieurs explications sont possibles. On peut considérer ce que Marie Claire Ponthoreau qualifie de « *globalisation et mondialisation du droit* »⁵⁰. Cette globalisation repose sur certains préceptes à l'aune desquels se dégagent certaines interprétations, parmi lesquelles, la « *thèse de la convergence des droits* »⁵¹ mais également la « *thèse de la domination d'un modèle juridique* »⁵². Cette globalisation appelle, dans une relation de cause à effet, au dialogue des juges, presque'unanimentement reconnu comme facteur de légitimation du juge constitutionnel (A). Il reste que cet argument ne peut tout justifier à lui seul, en tout cas pour ce qui concerne les Etats africains. Un autre argument est perceptible en approfondissant l'hypothèse de la domination⁵³ mais aussi en considérant les cercles d'influence dans lesquels agissent les juridictions constitutionnelles, on peut remarquer que ces caractéristiques du schéma constitutionnel des Etats africains imposent la recherche d'une certaine cohérence qui constitue, on le verra, le facteur le plus décisif de légitimation (B).

Page | 827

A- UNE LEGITIMATION RECHERCHEE AU MOYEN DE L'ARGUMENT DU DROIT COMPARE

La référence par le juge constitutionnel à la jurisprudence étrangère dans la motivation sa décision révèle le juge dans sa volonté de s'inscrire dans le sens du droit comparé dans la mesure où cet emprunt juridique favorise, entre autres, une « *amélioration constitutionnelle* »⁵⁴. Il est vrai que pour certains auteurs, c'est en vertu du dialogue des juges que celui-ci se réfère à la jurisprudence étrangère. Il est possible, dans l'absolu, d'accréditer une telle thèse. Et pourtant, il

⁵⁰ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006, p. 20 & s.

⁵¹ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *idem*.

⁵² Cornu (G.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*,

⁵³ Cette hypothèse répond à une idée de « mimétisme qui pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants, c'est-à-dire le modèle libéral qui renvoie au triptyque « droits de l'homme - démocratie pluraliste - Etat de droit ». Voir, Ponthoreau (M. C.), « Trois interprétations... », *op. cit.*, p. 20.

⁵⁴ Voir, Gélard (P.), « Quelques conseils au constitutionnaliste de droit comparé ». In, *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 705-711.

semble que la question va au-delà du dialogue, car c'est de la volonté du juge de solliciter le droit comparé qu'est né le dialogue des juges, notamment. Le droit comparé a précédé le dialogue des juges. Ce droit comparé s'exprime dans un contexte de mondialisation de de globalisation du droit⁵⁵. L'explication fondamentale que l'on peut formuler tient donc à cette posture comparatiste. Il donc utile de démontrer, ici, comment le droit comparé peut légitimer la décision du juge constitutionnel. La question revêt une connotation particulière, d'autant que la référence au droit comparé recèle quelque anxiété quant à son évocation (1). On comprendra néanmoins, la dimension légitimatrice du droit comparé (2).

1- Une large acceptabilité scientifique de la référence au droit comparé

L'argument comparatiste paraît mieux accepté aujourd'hui au sein de la jurisprudence constitutionnelle ; plus qu'une illustration ponctuelle, il s'affirme progressivement comme une méthode d'interprétation⁵⁶ supplémentaire du juge constitutionnel⁵⁷. Certains auteurs révèlent même qu'il y a des juridictions constitutionnelles qui se dotent « *de structures internes spécialisées dans le droit comparé chargées d'apporter un éclairage supplémentaire lors du contrôle de constitutionnalité : c'est notamment le cas de l'Italie* »⁵⁸.

Malgré cette large acceptabilité de l'argument du droit comparé, subsistent encore hésitations traduisant une certaine anxiété à son propos. Faire reposer un raisonnement sur l'argument de droit comparé peut s'avérer parfois risqué. En effet, le droit comparé ne semble pas encore servir de manière absolue d'argument justificatif. Cependant, lorsqu'il est admis, le droit comparé devient une source très utile. C'est certainement la raison pour laquelle la plupart des juridictions constitutionnelles s'y sont adonnées. Même les juridictions les plus réticentes ont fini par céder au droit comparé, car à en croire Fanny Jacquelot, « *[l]'ouverture du juge constitutionnel au droit comparé apparaît alors comme une dynamique commune aux juridictions*

⁵⁵ Selon Marie-Claire Ponthoreau, « l'internationalisation du droit a désormais acquis une grande visibilité puisqu'elle touche le droit public et donc le droit par nature solidaire de la formation de l'Etat. Le droit international public s'intéresse de plus en plus aux individus et donc ne se limite plus aux seules relations interétatiques. Pendant longtemps, l'internationalisation du droit est un thème qui avait surtout occupé les privatistes ». Voir, Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *idem*.

⁵⁶ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *op. cit.*

⁵⁷ JACQUELOT (F.), « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *LPA*, 16 janv. 2007, p. 8 & s.

⁵⁸ ACQUELOT (F.), *idem*.

constitutionnelles européennes à laquelle la Cour suprême des États-Unis n'est pas restée indifférente »⁵⁹.

On a toujours évoqué le conservatisme de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique sur un certain nombre de sujets de société mais également sur des thématiques liées à l'activité juridictionnelle de cette Cour. Ce conservatisme justifie souvent qu'elle soit fermée à certains débats, à l'instar du recours au droit comparé. Et pour cause, Guy Canivet expliquait l'hostilité manifesté par la Cour des affaires dont la plus répandue est l'affaire *Stanford v/ Kentucky* où la Cour rejeta l'utilisation de l'argument comparatiste. Le célèbre juge Scalia laissa entendre dans les motifs exprimés dans cette décision que ne sont décisives que les seules conceptions américaines, excluant ainsi toute référence normative externe. Dans ce sens, le Congrès américain corsa encore l'équation en adoptant en 2004 ligne ainsi qu'il suit : « *dans l'interprétation de la Constitution des États-Unis, une Cour des États-Unis ne pourra se prévaloir d'une Constitution, d'une loi, d'un règlement administratif, d'un ordre exécutif, d'une directive, d'une politique, d'un arrêt, ou de tout autre acte d'un pays étranger ou d'une organisation ou d'une agence internationale, en dehors du droit constitutionnel et de la Common Law britannique* »⁶⁰.

Fort heureusement, la plupart des auteurs soulignent l'ouverture, quoique moyenne, dont la Cour suprême américaine fait preuve. Dès lors que la plus conservatrice des juridictions constitutionnelles entre dans le jeu de l'utilisation des décisions étrangères, non plus des seules juridictions de la Common Law britannique, il va sans dire qu'il devient difficile d'imaginer une autre juridiction résister à ce patrimoine juridictionnel commun. Dans l'arrêt précité, « *la Cour suprême semble sortir de cette logique d'isolement, (puisque) récemment elle a utilisé explicitement le droit comparé au soutien de son interprétation* »⁶¹.

Au fond, le rejet du droit comparé se justifie par une certaine prudence que le juge entend observer. Certes, la référence est tentante mais pour se référer à une jurisprudence extérieure, il faut partager les valeurs dominantes de cette juridiction et même les valeurs que véhicule l'État dont elle est la juridiction. Le rejet peut aussi surtout se justifier par la préservation de l'indépendance de la juridiction constitutionnelle. Dans les deux cas, on se retrouve sur des questions analogues. Ainsi par exemple, on voit la réticence de la Cour Suprême des États-Unis

⁵⁹ JACQUELOT (F.), *idem*.

⁶⁰ JACQUELOT (F.), *op. cit.*, p. 8 & s.

⁶¹ JACQUELOT (F.), *idem*.

s'est manifestée à propos des questions assez sensibles et de débats hautement sociaux. On connaît le conservatisme habituel de la Cour Suprême des Etats-Unis qui ne voudra surtout pas s'imposer une valeur qu'elle ne partagerait pas. Les questions relatives à la peine de mort, à l'avortement ou au droit des personnes de mêmes sexes sont celles à l'égard desquelles la Cour Suprême a toujours entendu marquer son recul par rapport aux autres juridictions étrangères. Quand on se réfère à une jurisprudence, on n'importe pas exclusivement qu'une décision, on importe certainement aussi les valeurs que véhicule la juridiction auteure de la décision. Elle rejettera une telle référence non pas forcément parce que la décision ne serait pas bonne mais plutôt justement par rejet de ces valeurs.

Les juridictions constitutionnelles africaines ne semblent pas réticentes à l'argument du droit comparé si l'on en juge par la récurrence de ces références dans la motivation de leurs décisions. Et même s'il en avait été autrement, rien n'interdirait aujourd'hui aux juridictions africaines de se référer au contentieux constitutionnel comparé dans la mesure où on le verra tout à l'heure, sa fonction légitimatrice ne saurait être sérieusement mise en doute.

2- Une fonction légitimatrice indéniable du droit comparé

Une fois ces difficultés précisées et levées, il est utile de prendre ses distances vis-à-vis d'elles, car il s'agissait-là de considérations fortement dogmatiques qui, dans l'abstrait ne rapportent pas grand-chose ; il faut s'attacher au concret, c'est-à-dire à l'apport inhérent au droit comparé. Qu'à cela ne tienne, une querelle dogmatique⁶² n'est pas décisive ; ce qui compte, c'est la réalité. Et, cette réalité est favorable à l'usage du droit comparé. En fait, cette démarche témoigne de la communicabilité des systèmes juridiques qui ne sont plus de nos jours étanches, comme cela a pu se concevoir par le passé. De la sorte, il y a comme une sorte de circulation ou de diffusion internationale des décisions des juridictions à l'usage d'une communauté des juridictions, celle notamment des juridictions constitutionnelles. Les juridictions africaines en ont justement usé, que ce soit au Sénégal ou au Togo ou ailleurs⁶³.

Le juge ne doit pas faire fi de cette importante source de documentation qui peut s'avérer intéressante ou, en tout cas, salubre pour le juge plutôt que de s'obstiner à un repli sur soi alors même que, comme il peut en être parfois le cas, il se trouverait dans une sorte de « désert »

⁶² Ponthoreau (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Coll. « Corpus droit public », 2010, p. 33 & suiv.

⁶³ Pour le Togo, voir au moins, Avis n° AV - 001/21 du 30 Septembre 2021. Pour le Sénégal, voir, CC, « Décision N° 9712007. AFFAIRE N° 1/C/2007 du 27 avril 2007, Parité sur les listes de candidats aux législatives ». In, Fall (I. M.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, pp. 523-528.

jurisprudentiel. Ainsi que l'explique Didier Maus, quand il arrive qu'une juridiction constitutionnelle soit « *confrontée à une difficulté juridique sérieuse, qu'elle ne dispose pas dans sa propre jurisprudence de précédents et que les normes constitutionnelles qu'il convient d'interpréter sont relativement ambiguës, il est intellectuellement et juridiquement intéressant de regarder ce que d'autres cours, dans des situations analogues, ont pu adopter comme raisonnement et, le cas échéant, comme solution* »⁶⁴. Cet intérêt documentaire de la référence à la jurisprudence étrangère ne saurait être mis en doute.

Le juge peut tout aussi bien se retrouver parfois dans des situations où il sait quoi dire, quelle décision prendre ; cependant, il estime plus utile de s'adosser à une jurisprudence étrangère analogue ; le juge préfère se référer et, au besoin, faire dire à un juge étranger ce qu'il pense au fond ; cela paraîtrait plus acceptable et susciter moins de rejet. Quand un juge étranger consacre ce à quoi on pense, cela paraît non comme un caprice mais comme une donnée importante dont il faut tenir compte. Il trouve plus légitime que ce soit la bouche d'un juge étranger qui le dise.

Quand, par ailleurs, le juge se retrouve, comme on le verra plus loin, face à des questions universelles, la solution adoptée par une étrangère peut être intéressante pour un juge. Très souvent dans ce genre de situations, la solution ne peut certainement pas être exclusivement locale. Et pour cause, selon Fabrice Hourquebie, « *[l']importation des décisions étrangères permet ainsi de donner à la communauté internationale un gage d'ouverture réelle, mais aussi d'inscrire la nouvelle société en construction dans une logique de mise en conformité avec les exigences universelles en matière de suprématie (constitutionnelle) et de garantie des droits fondamentaux* »⁶⁵.

On mesure également certaines influences de certains cercles dans lesquels sont engagées des membres des juridictions constitutionnelles. Il peut s'agir par exemple de l'influence de la formation. Un juge formé aux Etats-Unis par exemple aura certainement tendance à convaincre ses pairs du recours aux décisions anglosaxonnes ou du droit mixte⁶⁶ et vice-versa. Il peut également s'agir des cercles dans lesquels interagissent certains membres des juridictions constitutionnelles, notamment africaines. Le président Canivet évoque certains réseaux ou

⁶⁴ MAUS (D.), *op. cit.*, p. 683.

⁶⁵ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *op. cit.*, p.73.

⁶⁶ MAUS (D.), *op. cit.*, p. 685 & s.

associations, dans lesquelles sont impliquées des juridictions constitutionnelles⁶⁷. C'est aussi souvent quand le juge entend apporter des changements majeurs que le droit comparé est sollicité ; cela permet d'amortir le choc et donc d'atténuer les divergences ou réticences. Car les sociétés d'où le juge veut tirer le référent deviennent un peu comme témoin ou manifestation du changement. On peut rappeler à souhait la démarche de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique dans les affaires « *Roper c/ Simmons ou Lawrence c/ Texas* »⁶⁸.

Quoi qu'il en soit et peu importe la motivation pour laquelle le juge se réfère à la jurisprudence étrangère, certaines juridictions africaines sont assez utilisatrices de l'argument inhérent au droit comparé. Et, c'est justement au regard de ses finalités plus largement admises qu'il est permis de douter que la démarche des juges constitutionnels africains s'inscrive dans une logique comparatiste. Au total, ces démarches s'inscrivent dans une logique de dialogue des juges. Fort justement, dans le contexte africain le dialogue est absent en raison même de l'absence de l'esprit du dialogue. L'esprit du dialogue les aurait inscrits dans une logique de débat ouvert, concurrentiel jusqu'à ce que, comme l'a souligné Guillaume Tusseau, se dégage la bonne interprétation de la règle de droit et la bonne solution des litiges⁶⁹. Si dialogue, il y a, il ne s'agit que d'un dialogue imparfait.

B- Une légitimation fondée sur l'idée d'une cohérence juridique

L'analyse de la démarche du juge peut révéler, au-delà de l'argument du droit comparé, une attitude tout à fait logique, inspirée par la recherche d'une certaine cohérence au regard du schéma constitutionnel. Ce serait donc en pure logique que le juge constitutionnel africain s'adonne à la pratique de la citation ou, plus généralement, du recours à la jurisprudence étrangère. L'habitude du juge semble s'être instaurée à l'égard d'un type de jurisprudence. La force de

⁶⁷ Selon Guy Canivet, on peut dénombrer « (15) Association africaine des Hautes Juridictions francophones [...], (17) Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français [...] ; Association des institutions supérieures de contrôle ayant en commun l'usage du français ». Voir, Canivet (G.), « Les influences croisées... », *op. cit.*, p. 11. Il en existe en Occident, surtout en Europe, comme on peut le constater avec cette liste encore surprenante, à savoir : « (13) Réseau des présidents des cours suprêmes de l'Union européenne [...] ; (14) Association canadienne des juges des cours provinciales (ACJCP) - Association canadienne des juges des cours supérieures (ACJCS) ». Canivet (G.), « Les influences croisées... », *idem*. Comme on peut le constater, la liste est très longue et le phénomène est donc planétaire et peut receler une influence insoupçonnée sur la conception des uns et des autres.

⁶⁸ Régis Bismuth a identifié un certain nombre de décisions pertinentes. Entre autres, on peut citer les « arrêts *Roper c/ Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) ; *Lawrence c/ Texas*, 539 U.S. 558 (2003) ». Voir, Bismuth (R.), « L'utilisation de sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n°1, 2010, p. 107 & s. Voir, ég., Canivet (G.), « Les influences croisées... », *op. cit.*, p.

⁶⁹ Tusseau (G.), *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 1256-1257.

l'argument du droit comparé n'aurait imposé aucune limite quant au recours en question. Et si le juge africain semble de manière mécanique se tourner vers la jurisprudence d'un pays en particulière, on doit comprendre qu'il y a d'autres mobiles qui inspireraient le juge. La logique dont il s'agit ici peut être recherchée dans deux directions. Les Etats d'Afrique francophone s'inscrivent largement dans un schéma constitutionnel, dans une certaine tradition juridique. C'est ce choix de système qui semble justifier la posture des juges constitutionnels africains (1). On peut aussi y voir une conséquence logique du procès en mimétisme constitutionnel dont les Etats africains ont largement fait l'objet (2).

1- Une expression certaine de l'appartenance à une tradition juridique

La reprise des décisions étrangères apparaît étrange mais s'inscrit au contraire dans la continuité du système, de cette tradition juridique. Dans cette perspective, Fabrice Hourquebie considère que décider de « *réceptionner une décision de justice est lié à la culture judiciaire et est donc largement tributaire de l'appartenance à l'un ou l'autre des deux grands systèmes de droit* »⁷⁰. On changerait ainsi de pays que la logique du système imposerait le même raisonnement ou, en tout cas, une démarche analogue. Et c'est ce qui apparaît comme une reprise ou une reproduction de précédents juridiques. Au fond, ce serait le système qui l'impose. Les juridictions constitutionnelles africaines le reconnaissent expressément⁷¹.

Il faut se rappeler qu'il existe globalement deux grandes traditions juridiques ont souvent été présentées. Il s'agit de la tradition gréco-romaine et la tradition anglo-saxonne. Il est très important de réaliser à quel point le choix d'une tradition juridique donnée façonne les règles structurant les systèmes juridiques de différents Etats. Dans cette mesure, sans même qu'un juge sache ce que son homologue partageant la même tradition juridique aurait pris comme décision, les outils d'analyses, d'interprétation et autres seraient, dans l'abstrait, transposables d'un système juridique à un autre. C'est cette convergence de postulat qui donnerait à penser qu'un juge donné aurait reproduit la décision d'un autre.

⁷⁰ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *op. cit.*, p.73.

⁷¹ En effet, à une question consistant à savoir si la jurisprudence constitutionnelle étrangère avait une influence significative sur leur jurisprudence, la Haute Cour constitutionnelle malgache répond en ces termes : « Le droit malgache étant de tradition romano-germanique, les juridictions malgaches s'inspirent de la jurisprudence française, du droit comparé en cas de vide juridique. La Haute Cour constitutionnelle malgache ne fait pas exception à cette pratique ». Voir, la fiche questionnaire remplie par la Haute Cour constitutionnelle malgache à l'occasion du 8^e congrès de l'ACCF, p. 481.

Le renforcement des liens à travers séminaires et tables-rondes communs entre les Etats partageant la même tradition juridique rend de plus en plus incontournable cette reproduction. A l'instar de l'ACCPUF⁷², ce sont des acteurs du contentieux constitutionnel, notamment, qui se retrouvent régulièrement et participent aux mêmes réflexions, favorisées, cette fois-ci, soit par la proximité linguistique mais surtout par la proximité de système juridique. Il devient alors compréhensible que la philosophie soit la même, ainsi que les méthodes d'analyse et de solution des litiges soumis à leur magistère. D'ailleurs, la déclaration de principe de l'AHJUCAF du 1^{er} juillet 2022, assez éloquente, ne laisse guère de doute à ce sujet : « *Les Cours suprêmes judiciaires tiennent une place essentielle dans l'État de droit, par l'importance de leurs décisions largement diffusées à l'attention des autres juridictions nationales et internationales, de tous les professionnels du droit et de l'ensemble des citoyens* »⁷³.

De plus, il est significatif de relever le nombre croissant de Cours constitutionnelles qui s'impliquent dans des programmes communs de recherche ou qui multiplient les visites et les échanges⁷⁴. L'appartenance à une tradition juridique partagée peut tout à fait justifier cette posture du juge africain. Ce serait tout aussi élégant que légitime. Cet argument est sérieux. Ainsi, Djibril Abarchi parle d'une « culture juridique commune (...) culture juridique entretenue grâce aux mêmes sources doctrinales et jurisprudentielles rendues plus accessibles par la communauté de langue et facilitée par la circulation des supports d'information »⁷⁵. Et, Delphine Pollet-Panoussi renchérit en explicitant davantage la pensée de celui-ci : « *[s]a réflexion concerne les normes législatives mais elle est naturellement transposable aux normes constitutionnelles. Il explique que les pays d'Afrique noire francophone ont la même culture juridique que la France* »⁷⁶.

Cependant, pour aussi légitime que pourrait s'avérer l'appartenance à une même famille juridique et corrélativement l'influence qu'une appartenance peut avoir, cette influence devrait être réciproque ; on aurait dû la constater au sein des familles de droit et à l'égard de tous ou presque. Or, l'influence semble s'exprimer à sens unique. Parfois même, quand certains mécanismes originaux africains semblent avoir influencé des réformes françaises, la France

⁷² ACCPUF, c'est... Elle a été transformée en AHJUCAF (Association des Hautes Juridictions de Cassation ayant en partage l'usage du Français).

⁷³ AHJUCAF,

⁷⁴ JACQUELOT (F.), *op. cit.*, p. 8 & s.

⁷⁵ Abarchi (D.), « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Rec. Penant*, 2003, n° 842, p. 94. (cité par Pollet-Panoussi).

⁷⁶ Cité par Pollet-Panoussi (D.), « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, 2008/3, n° 75, p. 455.

semble brouiller la lecture pour ne pas rattacher la réforme à une influence africaine. Cet argument apparaît dès lors comme suffisamment faible pour que prospère plutôt l'argument tiré de la poursuite du procès en mimétisme constitutionnel ; une sorte de survivance de ce procès.

2- Un reliquat inévitable du « procès » en mimétisme constitutionnel

Page | 835

Lorsqu'un système juridique impose sa domination aux autres, d'après la « thèse de la domination » évoquée par Mme Ponthoreau, les systèmes dominés se retrouvent dans une situation de mimétisme juridique. Et, c'est dans une situation semblable qu'on retrouve les juges constitutionnels africains qui peuvent donner l'impression d'exploiter le droit comparé alors qu'en réalité il s'agit d'une forme de mimétisme. La citation des décisions étrangères dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines se présente donc comme une poursuite du procès en mimétisme constitutionnel des Etats d'Afrique.

Le procès en mimétisme constitutionnel a, on s'en souvient, suscité de vives controverses. On se souvient que deux tendances ont fondamentalement caractérisé ce débat, l'une défendant la réalité de ce mimétisme⁷⁷ ou, plus grave, d'« un mimétisme de camouflage »⁷⁸ et l'autre soutenant l'idée d'une identité constitutionnelle africaine⁷⁹. A dire le vrai, il existe des arguments sérieux pour étayer l'une ou l'autre des thèses⁸⁰.

Pour les tenants du mimétisme, à l'instar d'Albert Bourgi, « l'influence de la V^e République sur les systèmes politiques africains francophones, plus de quarante après la promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958, renvoie inévitablement aux origines mêmes

⁷⁷ Un auteur est catégorique : « quel que soit le modèle d'importation choisi, le cadre constitutionnel demeure généralement celui de la Constitution du 4 octobre 1958 ». Voir, Dargent (F.), « Les échecs du mimétisme constitutionnel en Afrique noire francophone », *RDP*, 2017, n°5, p. 1347 & s. Albert Bourgi opinait, avant elle dans le même sens, car il parlait de l'idée que « *Les liens avec la France restent très forts, la culture politique et juridique des nouveaux dirigeants africains étant avant tout française (...), les premières Constitutions africaines furent le plus souvent, à quelques variantes près, un simple décalque du texte de 1958* ». Voir, Bourgi (A.), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, 52, 2002, p. 722 ; ég. Pollet-Panoussis (D.), « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, 2008, 75, pp. 451-498.

⁷⁸ Voir, Dargent (F.), *op. cit.*, p. 1347 & s.

⁷⁹ Ngango Youmbi (E.) & Ngando Sandjè (R.), « Existe-t-il une identité constitutionnelle africaine ? », *RDP*, 2021, n°5, p. 1315. Maurice Kamto est même formellement et catégoriquement contre la thèse de mimétisme en écrivant que « la thèse du mimétisme constitutionnel es historiquement et factuellement fausse ». Voir, Kamto (M.), « Sur la notion de droit constitutionnel africain ». In, *Droit constitutionnel des Etats africains*, Sous la direction de Maurice Kamto et Jean Matringe, Editions Pedone, Paris, 2024, p. 31.

⁸⁰ Aux dires de Fleur Dargent, « l'influence de la puissance colonisatrice n'explique pas, à elle seule, le choix fait par les constituants ». Voir, Dargent (F.), *idem*.

du constitutionnalisme africain »⁸¹. Pour les défenseurs d'une identité constitutionnelle africaine, on ne peut nier l'originalité africaine dans le débat constitutionnel aujourd'hui. Certains auteurs parlent d'ailleurs l'Afrique comme « *un véritable laboratoire de droit constitutionnel (qui) multiplie les expériences cliniques de nouvelles pratiques constitutionnelles, (faisant trembler sans rompre*⁸²) le normativisme kelsénien »⁸³. Les droit(s) constitutionnel(s) africain(s) ne sont pas, il est vrai, une reproduction parfaite du système juridique français, au cœur de ce procès en mimétisme. Nombre de mécanismes juridiques ont en effet d'abord figuré dans les constitutions africaines avant que la France ne les consacre dans son corpus juridique. On peut citer sans hésitation l'exemple le plus remarquable reste sans doute celui du mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois consacré depuis les années 1990 sous le vocable d'« *exception d'inconstitutionnalité* »⁸⁴ et qui se présente en France sous une forme « génétiquement modifiée » de question « *prioritaire de constitutionnalité* »⁸⁵. Elle n'a été consacrée en France qu'à la faveur des réformes issues des travaux du Comité Balladur et qui ont abouti à révisions de la Constitution française. Ce mécanisme juridique apparaît comme une copie déguisée et certainement imparfaite des constitutions africaines. On peut citer l'exemple d'autres mécanismes dans les constitutions africaines qui ne sont pas une copie ou une reproduction du système français. Ces originalités africaines sont d'ailleurs qualifiées pour certains d'entre eux de « *dispositions atypiques* »⁸⁶ et pour d'autres mettant en exergue la place de Dieu dans les constitutions africaines⁸⁷.

Pour autant, il semble que la thèse de la réalité du mimétisme, à un certain degré, est susceptible de l'emporter. Et pour cause, les dispositions qu'on pourrait tenir pour originales sont, de loin, minimes comparativement aux éléments résultant de la reproduction du système français. La réalité du mimétisme est donc plus forte. Fort justement, on retrouve encore dans le système

⁸¹ Bourgi (A.), « L'évolution du constitutionnalisme ... », *Idem*.

⁸² La théorie kelsénienne de la normativité a fait l'objet d'une diversité de critiques. Voir, notamm. dans ce sens, Amselek (P.), « Réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19 ; Barraud (B.), *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, 172p. Malgré les critiques, Michel TROPER considère que « La pyramide est toujours debout ». Voir, Troper (M.), « La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536.

⁸³ Tuekam Tatchum (C.), « Les normes supraconstitutionnelles dans le constitutionnalisme de crise en Afrique noire francophone », *Afrilex*, Juillet 2024, p. 2.

⁸⁴ Voir, par exemple, la constitution togolaise du 14 octobre 1992 remplacé au forceps par une constitution du 6 mai 2024, en son article..., la constitution béninoise du 11 mai 1990 en son article.....

⁸⁵ Cf, l'article 61-1 de la constitution française du 4 octobre 1958.

⁸⁶ Sy (D.), « De quelques dispositions atypiques dans les Constitutions africaines ». In, *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glele*, Sous la direction de Frédéric Joël Aïvo, Edition L'Harmattan, 2014, p. 273-274.

⁸⁷ Karagiannis (S.), « Dieu dans les préambules. L'invocation du divin en droit constitutionnel comparé », *RDP*, 2017, n°3, p. 625 & s.

juridique des Etats africains des éléments qui rappellent ce mimétisme juridique. Cette fois, il est d'ordre juridictionnel.

Ce nouveau phénomène paraît être la continuité de la thèse du mimétisme constitutionnel ; il en est une conséquence logique. Ainsi, il semble qu'au mimétisme constitutionnel, succède, comme dans une sorte de prolongement du procès, un mimétisme juridictionnel. Les similitudes entre certaines décisions des juges français et celles des juges africains interrogent frontalement sur la question du mimétisme. En réalité, le système juridique dont les règles et mécanismes ont été reproduits dans un autre système devrait logiquement fournir les outils d'application de ces règles et mécanismes juridiques. A partir du moment où les Etats africains francophones ont notamment fait l'objet d'un procès en mimétisme constitutionnel, le fait de reproduire les décisions françaises devient sinon une obligation, du moins une nécessité.

Cette idée, au demeurant, ne remet pas en cause les créations jurisprudentielles originales de certaines juridictions constitutionnelles africaines. On peut citer quelques exemples : il s'agit, « pour le juge tanzanien, de « la présomption de constitutionalité », béninois, du « consensus national », nigérien, du « serment supra constitutionnel »⁴¹ et malgache, de « l'ordonnance transitionnelle »⁸⁸.

Au total, la démarche du juge visant à recourir aux décisions étrangères dans la motivation de leurs propres décisions peut reposer sur une démarche par laquelle le juge entend légitimer son office. Il reste que, dans le contexte africain et au regard des termes dans lesquels cette démarche s'inscrit, il est permis de douter d'une volonté de légitimation. La dimension mimétique de cette démarche du juge semble plus l'emporter. Quoi qu'il en soit, de ces deux points de vue, si la motivation ou l'ambition du juge ne souffre pas de critique en tant que telle, les modalités suivant lesquelles il inscrit cette démarche sont sujettes à discussion, la portée de sa démarche est clairement discutable.

II- UNE DEMARCHE A PORTEE DISCUTABLE

La démonstration de la portée légitimatrice du droit comparé a, certes, été faite et, à l'épreuve des faits il est perceptible que son usage s'est progressivement généralisé. En réalité,

⁸⁸ Cité par Sobze (S. F.), « Emergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique Subsaharienne », *Revue Constitution et consolidation de l'Etat de droit, de la démocratie et des libertés fondamentales en Afrique (RCC)*, 2022, n° 7, p. 14 & suiv.

une telle démarche reposant sur le recours aux décisions des juridictions étrangères ne souffre, dans son principe, d'aucune ambiguïté particulière. Il peut même s'élever méritoire de s'inspirer des autres juges, à une ère où le monde devient un village planétaire. Et pourtant, la réception de la jurisprudence étrangère dans le contexte africain suscite des critiques. A y voir de près, si une telle démarche ne pose pas de problème dans son principe, c'est donc au regard du contexte et surtout de la façon dont les juges constitutionnels le font en Afrique que naissent des critiques. Les modalités de la réception soulèvent, assurément, quelques interrogations, notamment celle relative à l'indépendance de la magistrature constitutionnelle africaine vis-à-vis de son homologue interne et étranger. Il faut reconnaître que la pratique présente, elle-même, quelques paradoxes, lesquels sont renforcés par la manière dont le juge constitutionnel y a recours en Afrique (A). En outre, on est frappé par la propension de ce juge constitutionnel à se référer immodérément aux décisions juridictionnelles étrangères (B).

A- Un recours débouchant sur des paradoxes

Une coupe transversale de la méthode du droit comparé révèle inéluctablement que celle-ci débouche, par nature, sur une contradiction. C'est d'ailleurs ce qui a fait, en quelque sorte le lit des interrogations sur sa pertinence. Elle a suscité naturellement des réserves, certains la trouvant un peu risquée. Ainsi que le révèle Mme Ponthoreau, les « *juges semblent conscients que la citation de précédents étrangers est une pratique risquée (...). C'est qui ressort en particulier de l'opinion séparée de certains juges qui invitent à la prudence* »⁸⁹. Il est vrai que cette situation reste incontournable. C'est plus le résultat recherché, après une balance des intérêts, en recourant aux décisions étrangères qui doit en définitive l'emporter. Or, l'observation de la pratique en Afrique ne semble pas manifester une prise de conscience d'une telle dimension par le juge constitutionnel en Afrique. Concrètement, ce dont il faut rendre conscience est double ; c'est que la démarche aboutit à faire interpréter une constitution par un argument étranger à son adoption (1) et débouche sur l'application à un système juridique d'une décision conçue pour un autre (2).

1- L'interprétation d'une constitution par un argument étranger à son adoption

Il est vrai que le recours au droit étranger peut paraître paradoxal en ceci que le contexte et l'histoire constitutionnels ne sont pas les mêmes. Il est même théoriquement aberrant qu'un

⁸⁹ Ponthoreau (M.-C.), « La globalisation du droit constitutionnel en question(s) ». In, *L'espace du service public : mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, sous la coordination de Ferdinand Mélin-Soucramanien, p. 558.

décision étrangère serve d'élément d'interprétation de la règle constitutionnelle. Qu'importe finalement ! Néanmoins, fort de ce qu'une décision étrangère est utilisée pour interpréter un texte constitutionnel local, cela comporte, comme le souligne Fabrice Hourquebie, « *un certain nombre de contraintes (qui) pèsent aussi sur la recherche (d'un précédent étranger). Le juge doit en être conscient et les intégrer dans sa démarche* »⁹⁰.

Et pour cause, le litige constitutionnel dont le juge constitutionnel est appelé à connaître est normalement lié à la constitution. Pour trancher un tel litige, le juge est nécessairement conduit à livrer interpréter la constitution. Ce faisant, en recourant au droit étranger, cela donnerait à penser que le précédent sollicité faisait partie de l'ordre constitutionnel. Or, les règles et les contextes ne sont pas les mêmes certes, mais ce sont les hommes qui y seront assujettis. Et on peut parler d'un patrimoine constitutionnel commun diffus ou latent dont le juge constitutionnel peut s'inspirer. Il reste que cette thèse a ses limites. Pour mieux cerner le paradoxe, il est loisible de considérer l'hypothèse extrême où la décision aurait été prise après que l'interprète se soit appuyé sur ce qu'on qualifie de « *travaux préparatoires* »⁹¹. Il arrive en effet que le juge ne puisse prendre de décision qu'en recourant aux travaux préparatoires pour interpréter la règle qu'il a à appliquer. Il est indéniable que, comme le souligne Léa Navel, « *les travaux préparatoires semblent revêtir une place peu importante, voire insignifiante, dans la jurisprudence. Mais cette insignifiance n'est qu'apparence. Au-delà se cache une réalité plus nuancée. Les travaux préparatoires peuvent aussi être d'une importance significative dans le processus interprétatif* »⁹². Sans que l'on cherche à s'intéresser à la normativité des travaux préparatoires, il faut reconnaître qu'on assiste à un recours croissant auxdits travaux. Peu importe le juge, qu'il soit administratif⁹³ ou judiciaire⁹⁴ ; peu importe également qu'il soit externe, comme en témoigne la démarche de la Cour européenne de

⁹⁰ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *op. cit.*, p. 74.

⁹¹ Selon le lexique de droit constitutionnel, par « Travaux préparatoires », il faut entendre un « ensemble des documents publiés au Journal officiel et retraçant les différentes phases par lesquelles une loi ou une constitution a été élaborée par une assemblée. Par extension, les documents relatifs à l'élaboration de la Constitution de 1958 ont été publiés sous ce titre ». Voir, Avril (P.) et Gicquel (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2024, p. 118-120.

⁹² Navel (L.), « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2016, n°5, p. 1547.

⁹³ L'expression est bien connue : « il résulte de la combinaison de ces dispositions, éclairées par les travaux préparatoires de la loi... » comme il ressort de l'arrêt de Section du contentieux du Conseil d'Etat français en date du 05 décembre 2011, ou alors, « ces dispositions, interprétées à la lumière des travaux préparatoires de la loi », ainsi qu'on peut le lire dans la décision du Conseil d'Etat français du 09 juin 2020,

⁹⁴ Le juge judiciaire belge précise : « Cassation, 16 avril 1980. N° 581Que, sans doute, les travaux préparatoires de cette loi indiquent que... ». Voir dans ce sens, ... « Limites du recours aux travaux préparatoires dans l'application de la loi », ... p. 215 & s.

justice, « dans l'interprétation constitutionnelle, le recours aux données matérielles et aux faits revêt également une importance particulière pour une autre raison »⁹⁵. C'est dire que les travaux préparatoires sont devenus comme un instrument d'interprétation, car, « bien qu'ils aient eux-mêmes une valeur purement subsidiaire d'interprétation, (ils) peuvent certes fournir des éléments utiles à l'identification du sens régulateur de certaines dispositions normatives et de la logique qui les justifie »⁹⁶.

Ce faisant, en recourant à une décision étrangère prise sur la base des travaux préparatoires, cela revient dans une certaine mesure à dire qu'on étend l'effet de ces travaux préparatoires au contexte local d'importation de la décision et qu'on les incorporait dans le corpus normatif local. Il y a donc transfert des travaux préparatoires. Du coup, la question légitime est de savoir si le juge national peut importer aussi lesdits travaux préparatoires, ce qui est techniquement impossible. Pour autant, la décision étant éclairée par les travaux préparatoires, elle fait corps avec eux. Dès lors, importer la seule décision n'aurait pas de sens. Dans le même temps, importer la décision avec sa source d'inspiration, à savoir les travaux préparatoires, ce serait certainement aberrant, car le contexte d'émergence de la décision et le contexte d'importation de la décision ne sont résolument pas les mêmes.

C'est à ces paradoxes que l'on est confronté chaque fois que se pose la question de recours aux décisions étrangères dans la motivation des décisions des juges constitutionnels. Cela aboutit à interpréter une constitution avec un argument qui lui est étranger, totalement étranger à son adoption. Cependant, c'est l'exercice auquel se livrent les juridictions constitutionnelles africaines. Un des exemples marquants reste une décision du Conseil Constitutionnel sénégalais de 2007⁹⁷. Dans cette décision, en effet, la haute juridiction sénégalaise en matière constitutionnelle, se réfère explicitement et intégralement à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), la célèbre déclaration française. Il est vrai que le Conseil a commencé à rappeler les dispositions de la Constitution sénégalaise et c'est dans cette foulée qu'il s'est référé à la DDHC. On penserait que c'est évidemment un texte sénégalais, alors qu'il s'agit bien de la déclaration française.

⁹⁵ Luciani (M.), « Itinéraires constitutionnels de la mémoire », Table ronde : constitution, histoire et mémoire, *AJJC*, 2014, p. 515.

⁹⁶ Cass civ. Sect trav. ; 3 mars 2022, n°7053, *AJJC*, 2022, *Economica*, PUAM

⁹⁷ Il s'agit de la Décision n° 97/2007, Affaire n° 1/C/2007 relative à la Parité sur les listes de candidats aux législatives, Voir, Fall (I. M.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008, n° 98.1, p. 523 & s.

La différence entre cette pratique, discutable, des juges africains avec celle du juge japonais par exemple, c'est que quand ce dernier se référait dans une décision, à cette même déclaration, il en a précisé la source, marquant l'idée que le juge ne reproduit pas le droit étranger mais il s'en inspire⁹⁸. Si l'on se place sur le terrain de l'application pure, on conviendra du même paradoxe, à savoir que l'importation d'une jurisprudence étrangère implique qu'on applique une décision issue d'un système juridique et conçue sur la base de ce système à un autre.

2- L'application à un système juridique d'une décision conçue pour un autre

Selon Zweigert, « *Tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérés indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique...* »⁹⁹. Les cultures et les valeurs ne sont pas les mêmes pour qu'un argument utilisé dans un Etat se justifie automatiquement dans toute autre société. Cette démarche comparatiste a logiquement vocation à être utilisée dans une société qui partage les mêmes valeurs que dans celle où la décision a été prise. Il paraît, de ce point de vue, peu compréhensible qu'un argument utilisé dans une société juridique donnée puisse justifier une décision dans une autre société juridique dont elle ne partage pas les mêmes valeurs.

On verra que la démarche prospère assez amplement dans les sociétés de la Common Law dont c'est à peu près le propre que de s'ouvrir à des arguments qui lui sont étrangers. La souplesse de ces règles y contribue largement. Fort justement, la décision sénégalaise précitée¹⁰⁰ est une reproduction de la décision du Conseil constitutionnel rendue dans le contexte français pour un litige en France et qui a naturellement fait une application du droit français¹⁰¹. La motivation adoptée par le juge qui a rendu la décision importée a certainement été développée pour non seulement justifier sa décision mais également la légitimer au regard des destinataires de sa décision. A partir du moment où le juge importe cette décision sans trop de ménagement, il est permis de douter de ce que la légitimation que cette motivation lui aurait assurée soit la même, vis-à-vis du pays d'origine.

C'est normalement dans la mesure où cela est utile ou nécessaire que le juge doit réaliser son importation, à la manière dont la juridiction britannique le fait. En effet, selon Lord Bingham

⁹⁸ Voir, dans ce sens, Yamamoto (), *AJIC*, 2022, p.

⁹⁹ Zweigert (K.), Cité par Ponthoreau (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s)...*, p. 46.

¹⁰⁰ Décision n° 97/2007, *idem*.

¹⁰¹ Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux*, JORF, n°16, 20 janvier 1999.

of Cornhill, « *Les cours britanniques ont toujours accepté de citer, lorsqu'elle était pertinente, la jurisprudence d'autres pays* »¹⁰². Le juge une fois alerté sur l'existence d'une décision d'une juridiction doit prendre de recul par rapport à cette jurisprudence, l'examiner, en juger la pertinence avant de l'utiliser. Le juge doit prendre conscience du « *relativisme culturel* »¹⁰³ déclinée par Madame Ponthoreau, d'autant que, à la base, même au sein d'une communauté nationale, les cultures peuvent varier en ceci que « *les cultures juridiques ne sont ni homogènes, ni immuables* »¹⁰⁴. Ce relativisme culturel lui permet de comprendre que la décision étrangère peut être une opportunité ; mais il doit l'adapter au contexte et surtout au cas auquel il va l'appliquer. Au fond, ainsi que le rapporte Madame Ponthoreau, « *la manière particulière par laquelle les valeurs, la pratique et les concepts sont intégrés dans l'activité des institutions juridiques et dans l'interprétation des textes juridiques* »¹⁰⁵. Parfois, il faut que le juge mette à profit la démarche « *conséquentialiste* »¹⁰⁶ avant de se déterminer à importer une décision étrangère, en évaluant l'impact que cette importation pourrait avoir sur le système juridique national, sur les droits protégés, etc. Il faut qu'il tienne compte de la culture juridique du pays d'importation, ainsi que sa propre culture juridique. Or, tel ne semble pas être le cas des juges constitutionnels africains.

Dans le même temps, les notions de tradition, de valeur ou de culture juridiques ne doivent pas devenir « *un énorme bouillon gris dans lequel tout et n'importe quoi peuvent être jetés* » et que finalement cela serve d'« *alibi pour résister* »¹⁰⁷ aux décisions intéressantes pour renforcer l'argumentation du juge.

En tout état de cause, la référence à la décision d'une juridiction étrangère est sujette à discussion dès lors que le juge constitutionnel ne prend pas de recul par rapport aux précédents étrangers. En considérant que ce risque est presque qu'automatique, on se convaincra à l'idée que le plus grave sera sans doute lorsqu'il ne se montre pas sélectif quant à l'usage d'une jurisprudence étrangère déterminée. Cette critique sera remise au goût du jour quand on s'aperçoit que le juge reproduit à l'intégrale la décision d'une juridiction étrangère. Dans ces conditions, il est permis de

¹⁰² Bingham of Cornhill (L.),

¹⁰³ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *op. cit.*

¹⁰⁴ Bell (J.), « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe », cité par Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *idem.*

¹⁰⁵ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *idem.*

¹⁰⁶ Hourquebie (F.), « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les cahiers de la justice*, 2014, p. 199 ; - « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law ». In, *La motivation des décisions des Cours suprêmes et constitutionnelles*, Sous la direction de Fabrice Hourquebie et Marie-Claire Ponthoreau, Bruylant, 2012, pp. 25-46.

¹⁰⁷ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *idem.*

douter de ce que le juge constitutionnel en Afrique cherche à s'inscrire dans une démarche comparatiste. On pourrait légitimement se demander s'il n'y a pas là la preuve d'une certaine paresse du juge constitutionnel en Afrique, en termes de construction, c'est qui semble une meilleure justification de cette propension du juge constitutionnel en Afrique à une sorte de recours immodéré aux décisions étrangères.

B- Un recours immodéré à la jurisprudence étrangère

La réception de la décision étrangère dans le contentieux constitutionnel en vue de motiver les décisions suscite beaucoup de réserves, car les modalités suivant lesquelles le recours est fait semble donner l'image d'un juge constitutionnel très peu capable d'asseoir son propre raisonnement, suscitant des interrogations quant à capacité à se détacher de son homologue étranger, bref, à faire preuve d'indépendance. On l'a vu dans les cas où le juge fait référence aux jugements étrangers, c'est normalement avec une sélectivité. Le recours aux précédents étrangers doit, pour être acceptable, être d'un usage limité. On comprend alors toute l'impertinence d'un usage à la fois généralisé (1) et intensif (2), auquel semble s'adonner les juges constitutionnels en Afrique.

1- L'impertinence d'un usage généralisé de l'argument de droit comparé

La pertinence de l'argument du droit comparé, en soi, ne fait l'ombre d'aucun doute. C'est la portée du recours à cet argument qui semble plus discutable. La généralisation de l'argument du droit comparé suscite beaucoup de réserves. En analysant la pratique juridictionnelle africaine, il ne semble pas y avoir des domaines dont les caractéristiques incitent sinon forcent à l'emprunt. La démarche du droit comparé a, en effet, des domaines favoris, dans lesquels son usage est largement compréhensible. Cela implique que la validité d'une telle démarche doit prioritairement être appréciée au regard de certains domaines où elle doit être cantonnée. On peut tout aussi comprendre l'intérêt pour le juge de se référer au droit étranger quand il est confronté à certaines thématiques qui imposeraient presque mécaniquement le recours aux décisions étrangères. Ces domaines peuvent avoir en commun d'être portés par des valeurs universelles, universalisantes ou autres. Il importe dès lors de déterminer quels sont ces domaines qui véhiculent de telles valeurs.

L'un des domaines par excellence où le juge peut être confronté à certaines thématiques qui imposeraient presque mécaniquement le recours aux décisions étrangères reste sans doute prioritairement celui des droits de l'homme. Il est vrai que les instruments juridiques

internationaux de promotion et/ou de protection des droits de l'homme ne reposent pas sur une conception univoque des droits de l'homme. Si l'on considère l'exemple le plus marquant de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), il est clair qu'il y avait, dans le processus de son élaboration, une opposition principale entre la conception individualiste et la conception collectiviste des droits de l'homme. Pour autant, la Déclaration est, elle-même, présentée comme le résultat d'un compromis entre les deux conceptions. Quoi qu'il en soit, la thématique pure des droits de l'homme semble au moins de portée universelle et, transcender les différentes conceptions qui la soutiennent. Par suite, les décisions juridictionnelles à ce sujet peuvent légitimer tout recours au droit comparé pour mieux appréhender les questions que donnent à trancher les litiges qui peuvent être soumis à leur sujet.

On peut aussi identifier un autre domaine ouvert ou attractif d'une telle démarche renvoie au cas où une juridiction constitutionnelle est appelée à se prononcer sur une question qui revêt une importance juridique commune. C'est un peu le cas dans le cadre des espaces d'intégrations régionales¹⁰⁸. Dans ce contexte, le droit applicable étant au moins harmonisé, sinon uniformisé par endroits, et que le juge national étant le juge droit commun du droit communautaire, le recours à une jurisprudence au sein de cet espace d'intégration sera même souhaitable. Fort justement, le juge applique presque le même droit s'il est harmonisé et exactement le même droit s'il est uniformisé.

En dehors de ces quelques domaines, lorsque le recours au droit étranger ne repose sur aucune trame de difficulté, ne manifeste aucune idéologie, ni aucune logique dans l'emprunt, c'est-à-dire quand un tel recours est systématique, cela devient effectivement aberrant. Ainsi qu'il a déjà été souligné, ce n'est plus l'emprunt au droit étranger en lui-même qui est critiqué ici mais sa généralisation, le fait que presque dans tous les domaines, ces emprunts sont réalisés. Il y a des emprunts passerelles, et cela ne saurait être condamné. En revanche, le fait qu'il ne soit pas perceptible dans cette démarche une volonté de se forger soi-même sa propre jurisprudence, même si c'est à partir des emprunts. Alors que comme le précise M. Jouannet, « *La motivation apparaît aujourd'hui comme étant la traduction d'une sorte de conjonction contre-nature entre un besoin de logique formelle et celui d'une plus grande liberté de rédaction, entre une volonté du juge de*

¹⁰⁸ MAUS (D.), *op. cit.*, p.

faire progresser le droit et la justice et celle de s'affirmer comme un pouvoir qui compte face aux autres juridictions et aux différents pouvoirs internationaux »¹⁰⁹.

2- L'impertinence d'un usage intensif de l'argument de droit comparé

L'expérience des juridictions semble montrer que l'emprunt a souvent été pratiqué. Seulement, la pratique était discrète et modérée ; elle n'était pas affichée comme une idéologie. C'est certainement sur cet aspect que la question apparaît comme nouvelle. Jusqu'à présent, il y a des juridictions qui empruntent toujours discrètement et n'arborent pas les habits d'emprunt mais les références sont bien présentes au moins dans les dossiers d'instructions des affaires, comme le révèle René Barué-Belou dans une réflexion consacrée au Conseil constitutionnel français¹¹⁰. Il explique que ces références exercent une influence parfois décisive sur la décision, au point même d'apparaître comme en quelque sorte des actes détachables de la décision juridictionnelle¹¹¹. Quand le désir ou le besoin prend un juge d'emprunter à un autre, il semble qu'il doit savoir emprunter. Ce qui est donc impertinent, ce n'est encore une fois pas la référence en elle-même mais le degré de l'emprunt, c'est-à-dire l'intensité avec laquelle le juge applique la décision étrangère.

En effet, il est possible de s'inspirer d'une décision ; cela peut être légitime. En revanche, le fait de citer carrément une décision étrangère dans le corps de la motivation et donc le fait que la décision étrangère soit les motifs d'une décision constitutionnelle n'est pas admissible. Il n'est pas établi, de façon absolue, que les faits soient exactement les mêmes. Une décision constitutionnelle est avant tout une solution à un cas constitutionnel bien déterminé. Il n'est pas davantage sûr que même dans l'environnement du droit où la décision a été prise, la même décision soit reproduite. En effet, il est courant que le juge ne reproduise pas toujours exactement ses propres décisions de principe. Ce qui justifie qu'on parle de l'application d'un principe posé dans un arrêt antérieur, c'est le fait que la substance du principe posé par le juge soit reprise, ce n'est pas forcément la copie conforme des termes de l'arrêt de principe. A fortiori dans un

¹⁰⁹ Jouannet (M.), « La motivation ou le mystère de la boîte noire ». In, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Sous la direction d'Hélène Ruiz Fabri et de Jean-Marc Sorel, Pedone, 2008, pp. 251 et s., spéc. 252.

¹¹⁰ Baruet-belou (R.), *op. cit.*, p.

¹¹¹ Voir, dans ce sens, BARRUE-BELOU (R.), « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *RFDC*, 106, 2016, p. 259 & s. é.g. JACQUELOT (F.), *op. cit.*, p. 8 & s.

environnement totalement différent, par une juridiction différente, une telle démarche se comprend largement moins.

La notion d'indépendance des législations, notion fondamentale de préservation de l'autonomie décisionnelle, notamment des juridictions, en serait largement affectée.

Le silence du droit national sur une question donnée pourrait justifier le recours à une décision étrangère, quand bien même cela ne serait pas strictement nécessaire ; cela peut même pousser le juge à une ingénierie sans précédent¹¹². Néanmoins, même dans le cas du silence, si le juge se détermine à emprunter, il reste que cet emprunt doit être opéré en guise de documentation et donc de source d'inspiration et non comme une vérité absolue et irréfutable d'évangile juridique. De plus, le fait que l'emprunt ne soit pas tout à fait diversifié, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs¹¹³, renforce la conviction que la démarche du juge constitutionnelle africain, en tout cas dans les cas où il emprunte, n'est pas sous-tendue par la recherche d'une source d'inspiration et donc par l'argument de droit comparé. En effet, l'emprunt semble stéréotypé et se réaliser à l'égard des seules juridictions françaises. Même si on doit emprunter, est-ce à la seule France que l'emprunt doit-il se réaliser ? L'interrogation n'a rien d'anodin, ni de contestation du modèle français. Au fond, l'idée soutenue ici consiste à dire que si l'on tente de justifier cette démarche du juge africain par le dialogue des juges, c'est une façon assez généreuse ou assez clémentine de considérer le problème de la référence au droit étranger. L'analyse minutieuse de la situation oblige à opiner dans un tout autre sens. DU coup, fondamentalement, n'y a-t-il pas abdication de la part du juge africain ? Ainsi que le souligne avec force un auteur, « *(en) toutes hypothèses, la réception des solutions étrangères repose, en dernière instance, sur une démarche finaliste. Il faut que le recours au précédent apporte une valeur ajoutée à la décision ; ce qui*

¹¹² Il suffit de considérer la naissance et l'évolution du droit administratif français pour comprendre cette assertion. En effet, on se souvient des exploits du juge administratif français face à l'insuffisance, voire parfois l'absence des textes pour son office. Il a dû s'enfermer dans l'ordre juridique français pour y trouver les éléments sur lesquels il a édifié tout le droit administratif. Ce qui a conféré à ce droit son caractère prétorien d'antan mais qui subsiste encore, c'est-à-dire fondamentalement jurisprudentiel, selon les dires du doyen Chapus (Voir, Chapus (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, p.). CE caractère subsiste encore aujourd'hui, car malgré le foisonnement des textes qui tendent à imprimer à ce droit un caractère écrit ou en tout cas de plus en plus écrit, la place de la jurisprudence semble irréversible comme elle faisant partie de l'ADN même de ce droit administratif. Et dire que, a fortiori, nos Etats, n'étant pas aujourd'hui dans une telle situation de quasi-vide juridique, n'auraient pas de légitimité à recourir automatiquement au droit comparé.

¹¹³ Dargent (F.), *op. cit.*, p. 1347 & s.

posera, inévitablement, la question de l'autorité juridique du précédent étranger auquel le juge recourt (un argument à l'autorité simplement informative ou plus persuasive ?) »¹¹⁴.

Il faut encore solliciter la décision du Conseil constitutionnel sénégalais pour réaliser qu'il s'agit d'une reproduction de la décision de son homologue français. Il est vrai que Ismaïla Madior Fall considèrerait que le juge s'est inspiré « *de la jurisprudence française* »¹¹⁵ et il est également vrai que la décision ne reprend pas mécaniquement la syntaxe de la décision en ce sens que le passage est travaillé en subissant quelques expressions coupées. Cependant, il n'y a aucun doute sur le fait qu'il s'agit d'une reproduction presque mot pour mot. Le fond de la décision sénégalaise reste identique au fond de la décision française, les modifications n'étant intervenues que sur des aspects mineurs de la décision. A titre d'exemple, au lieu de l'expression « *la règle (...) est contraire aux principes constitutionnels* »¹¹⁶ utilisée dans la décision française, la décision sénégalaise laisse lire « *la loi (...) est contraire à la Constitution* ». Pour le reste, il y a une forte identité entre les deux décisions.

On peut également solliciter l'avis donné par la Cour constitutionnelle du Togo sur saisine du Premier ministre à propos du projet d'ordonnance relative à la présentation d'une preuve de vaccination contre la COVID-19 pour accéder aux bâtiments publics. Il est vrai que les avis ne sont pas des décisions mais ils n'en comportent pas moins une influence normative¹¹⁷. Quoi qu'il en soit, cela permet d'apprécier la posture du juge par rapport au problème analysé dans la présente réflexion. Ce faisant, dans cet avis, la Cour argumente « *qu'il est de jurisprudence établie que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » »¹¹⁸. Comme on peut le voir, la Cour reprend la décision étrangère entre guillemets, un peu comme si son titre de compétence l'obligeait à démontrer qu'elle a cité une jurisprudence étrangère et qu'elle n'a pas forgé elle-même les motifs en question. Pire, c'est qu'il s'agit de la jurisprudence d'une juridiction administrative.

¹¹⁴ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁵ Fall (I. M.), *Les décisions et avis...*

¹¹⁶ Voir, Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers...*, *préc.*

¹¹⁷ Mel (A.), « La compétence générale du Conseil constitutionnel en matière consultative », *RJP*, 2010, vol. 64/4, pp. 410-442 ; Monenbou (C.), « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone : les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *RIDC*, vol. 69 n°1, 2017, pp. 177-210.

¹¹⁸ Voir, AVIS N° AV - 001/21 du 30 Septembre 2021.

On peut encore « citer à la barre » une décision de la Haute cour constitutionnelle malgache. Selon le commentaire des milieux des juridictions constitutionnelles, il est possible de juxtaposer les deux décisions « malgache » et française qu'il est possible de lire en continu les mêmes mots et expressions.

La liste n'est pas moins longue...

Conclusion

La présente réflexion a permis de démêler dans les références des juridictions constitutionnelles à leur homologue étrangères. Il est apparu que la référence à une décision d'une juridiction étrangère est devenue une pratique qui s'élargit sans cesse. Elle a d'ailleurs toujours existé mais sous une forme inaperçue. Existence des raisons qui justifient une telle pratique. Les juridictions constitutionnelles africaines ne sont donc pas les seules à s'adosser à une jurisprudence étrangère.

Il est vrai que la compétence accordée aux juridictions constitutionnelles en Afrique ne les prédestine pas à devoir rendre régulièrement des décisions, car l'effervescence n'est pas la même partout. On peut s'en rendre compte avec certains cas où la mission du juge est définie assez largement, comme c'est le cas au Bénin, comme en témoigne Gille Badet avec ce qu'il qualifie d'« *attributions originales* »¹¹⁹ de la cour. Non seulement, la cour bénéficie d'une compétence d'autosaisine, il est vrai limitée ; en plus, les citoyens peuvent saisir par voie d'action le juge constitutionnel qui enfin s'est même déclaré compétent de connaître des litiges en matière administrative, faisant office d'un juge administratif, bien qu'il existe une Cour suprême compétente en matière administrative¹²⁰. Et la définition de ces compétences de manière quelque peu avare peut être déformant, donnant l'impression que le problème sous étude était mineur. Or, si on fait un rapport de proportion, même empiriquement, on s'apercevra de son ampleur.

Quand on dit alors que le juge constitutionnel en Afrique cite les jurisprudences étrangères, il s'agit-là en réalité d'un euphémisme. Le risque est élevé d'aboutir à accuser ce juge constitutionnel de désinvolture, qui manque d'initiative ou qui ne veut pas s'assumer, alors qu'il est au sommet de l'ordre juridique et qu'il est censé assurer une bonne régulation des institutions

¹¹⁹ Badet (G.), *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Friedrich Erbert Stiftung, Cotonou, 2013, 481p.

¹²⁰

de la République. Qu'on ne se le cache point, le droit comparé est un vivier assez important de connaissances et d'expériences juridictionnelles à l'usage des juridictions constitutionnelles, quelle que soit leur appellation. Ce serait dommage que le juge constitutionnel rende en vase clos des décisions dans un monde de plus en plus ouvert, car, comme le souligne avec force Guy Canivet, « *une communauté internationale des juges est en voie de constitution (et sa) dynamique est irréversible* »¹²¹. C'est pourquoi, il faut souligner avec force, que le phénomène de réseaux et associations de juges et autres n'est pas anodin¹²² ; il est à encourager. C'est dire que, dans l'absolu, le recours par le juge constitutionnel en Afrique à une décision étrangère n'est pas le vrai problème. C'est cependant l'expérience des décisions qui apparaissent comme un clonage parfait ou, en tout cas subtil, de la jurisprudence étrangère. Cette situation se déteint sur l'autonomie du juge constitutionnel et l'on est en droit de se poser la question de savoir comment le juge peut assurer l'une des plus fondamentales de sa mission de garde de la constitution, sa raison d'être¹²³ si lui-même se cherche, s'il doit dépendre de l'argumentation des autres tout le temps. Et si aucune juridiction n'a rendu de décision dans le sens attendu par ce juge ? L'Afrique a besoin de juges fort, non pas arbitraire mais de juge qui soient en mesure de façonner l'Etat pour le bonheur citoyen, car un juge faible refusera toujours de prendre ses responsabilités, comme ce fut le cas au Togo en 2024 où le juge s'est déclaré incompétent sur des questions qui relèvent de son office¹²⁴. On risque d'assister à un déni incontestable de justice constitutionnelle !

¹²¹ Canivet (G.), « Dialogue trans-judiciaire... », *op. cit.*, p.

¹²² Voir, Canivet (G.),

¹²³ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 35, pp. 197-257. FROMONT (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, Paris, 2013, 512p. GUSY (Ch.), « Juge constitutionnel et gardien de la Constitution ». In, *La notion de justice constitutionnelle...*, *idem.*, pp. 161-172. ABDOURAHMANE (B. I.), *Les Cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique*, Thèse de l'Université de Bordeaux, Bordeaux, 2002. KOKOROKO (K. D.), « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, 2007 ; MBORANTSUO (M.-M.), *La contribution des cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Economica, Paris, 2007.

¹²⁴ La Cour constitutionnelle du Togo a été saisie d'un recours tendant à ce qu'elle se prononce sur le remplacement de la constitution de 1992, sans qu'il y ait eu un référendum, alors même qu'au-delà de la méconnaissance de la portée de la théorie constitutionnelle du pouvoir constituant, l'article 59 faisait obligation de recourir au référendum en cas de modification du mode de désignation du président de la République. En vertu de la constitution de 1992, celui-ci est élu au suffrage universel direct. Mais, la constitution de la V^e République le fait désigner par l'Assemblée nationale et le Sénat. Le mode de désignation du Président de la République a manifestement changé, alors même qu'il n'y a pas eu de référendum. Saisie par le président d'un groupe parlementaire sur le sens de cet article, de ce que prescrit cet article, la Cour a estimé que « cette question ne fait pas partie de ses attributions ». Si une Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour ce genre de questions, quelle autre institution de la République est-elle compétente, car le Peuple a certainement besoin de réponse ? Lire, avec intérêt, Adoua-Mbongo (A. S.), « Le juge constitutionnel africain et le silence de la constitution », *Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques*, n° spécial Janvier 2021, pp. 70-105.

Il est donc devenu impératif d'appeler de tous ses vœux que le juge fasse preuve de magistère, marque ses décisions de ses empreintes. Il peut utiliser le droit comparé mais ne doit en faire une parole d'évangile. Chaque juge constitutionnel doit être à la hauteur de sa mission, être un juge imperturbable qui n'admette de jurisprudence étrangère dans son office que quand cela s'avère pertinent. Cela en appelle à un sursaut du juge lui-même. La marge de manœuvre que le juge manifeste à l'égard des influences extérieures constitue au fond le curseur d'appréciation de la capacité du juge, car la pression qu'il est appelé, à l'aune des conflits, à gérer en interne devrait être assez forte. En effet, dans l'usage que le juge peut faire du droit comparé, il semble fondamental que la décision d'une juridiction étrangère ne puisse pas exercer une influence décisive sur le juge, contrairement à ce que soutient Lord Bingham of Cornhill lorsqu'il dit que « *[s]i une décision rendue dans notre pays heurte le sens premier de la justice et s'il ressort de la consultation de la jurisprudence étrangère que la plupart des cours adopteraient une solution différente mais plus acceptable, quelle que soit la tradition à laquelle elle appartient, cela devrait nous commander une révision de notre position. Dans un monde qui chancelle, il y a une vertu à adopter des solutions identiques quelle que soit la diversité des chemins par lesquels on y arrive* »¹²⁵.

Parfois, le juge peut, tout en s'inspirant d'une décision étrangère, voire en exploitant cette décision, se conforter dans un sens opposé. C'est dire que si le juge, après avoir consulté la jurisprudence étrangère, est malgré tout convaincu de sa décision, il devrait pouvoir s'en tenir à sa décision. L'existence de cette décision étrangère lui aura permis, à tout le moins, de mieux se justifier, de mieux argumenter et donc de légitimer son office de manière assez appréciable. Ainsi, un juge qui sait se départir de ces influences est certainement un juge en mesure de montrer à la hauteur de sa mission de régulation du bon fonctionnement des institutions de la République.

Il ne s'agit pas toutefois que le juge déverse dans un entêtement stérile, c'est-à-dire comme le qualifie Guy Canivet, l'hypothèse des décisions « *élaborées en autarcie, par des instances confinées dans leur propre système de droit et qui se prononcent selon les procédures, les raisonnements qu'elles isolent et se réservent pour l'application d'un droit autosuffisant, selon des*

¹²⁵ Bingham of Cornhill (L.), cité par Canivet (G.), « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005 p. 799.

*processus fermés, par des juges narcissiques ou introvertis, imperméables à tout effet exogène »*¹²⁶.



¹²⁶ Canivet (G.), « Les influences croisées... », *idem*.

La performance dans la régulation des marchés publics : réflexions à partir du droit camerounais

Performance in Public Procurement Regulation: Insights from Cameroonian Law

Par : Page | 852

HAMBOA ZONGA Mbissa Valérie

Docteure en Droit Public

Résumé :

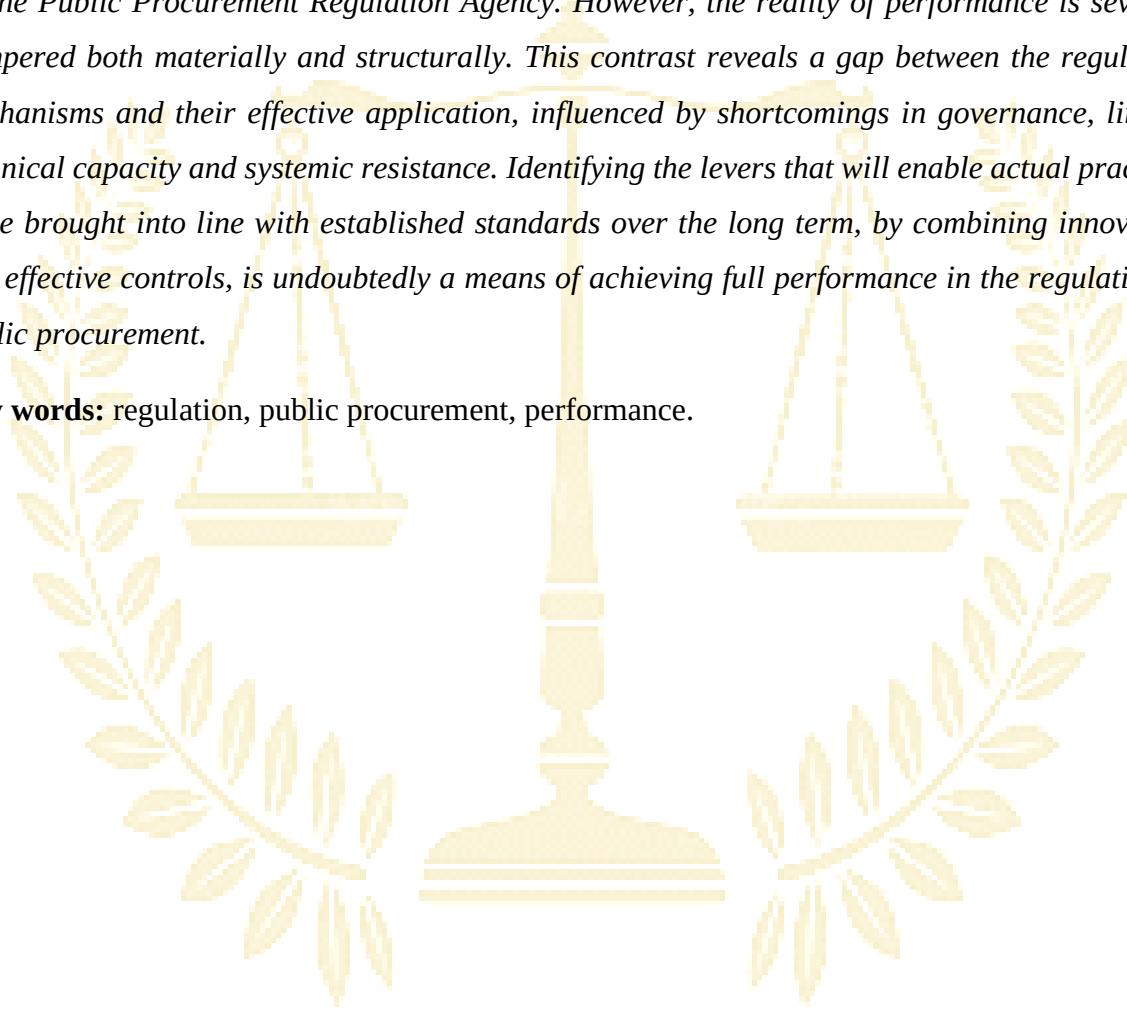
La performance dans la régulation des marchés publics au Cameroun constitue un enjeu central pour optimiser l'efficacité des dépenses publiques, renforcer la transparence et stimuler le développement socio-économique. Elle apparaît comme un objectif avérée dans la régulation des marchés publics à travers son exigence dans la réforme de la réglementation en la matière et sa quête via le rôle joué par l'Agence de Régulation des Marchés Publics. Toutefois, la réalité de la performance est fortement freinée tant sur le plan matériel que sur le plan structurel. Ce contraste révèle un écart entre les mécanismes réglementaires et leur application effective, influencé par des lacunes en gouvernance, des capacités techniques limitées et des résistances systémiques. L'identification des leviers permettant d'aligner durablement les pratiques réelles sur les normes établies, en articulant innovation et effectivité des contrôles constitue sans doute un moyen de réalisation d'une performance intégrale dans la régulation des marchés publics.

Mots clés : régulation, marchés publics, performance.

Abstract:

Performance in the regulation of public procurement in Cameroon is a central issue in optimising the efficiency of public spending, strengthening transparency and stimulating socio-economic development. It appears to be a proven objective in the regulation of public procurement through its requirement in the reform of the relevant regulations and its pursuit via the role played by the Public Procurement Regulation Agency. However, the reality of performance is severely hampered both materially and structurally. This contrast reveals a gap between the regulatory mechanisms and their effective application, influenced by shortcomings in governance, limited technical capacity and systemic resistance. Identifying the levers that will enable actual practices to be brought into line with established standards over the long term, by combining innovation and effective controls, is undoubtedly a means of achieving full performance in the regulation of public procurement.

Key words: regulation, public procurement, performance.



Introduction

Le droit de la régulation est une discipline juridique qui rassemble les règles destinées à encadrer des secteurs incapables d'atteindre seuls un équilibre, tels que les marchés publics, l'énergie, l'audiovisuel ou les télécommunications¹. Il a pour mission d'établir, de superviser et de préserver les grands équilibres nécessaires à leur bon fonctionnement. C'est dans ce sens qu'il a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'Etat et son organisation administrative².

Page | 854

Le droit de la régulation entretient des liens étroits avec le droit des marchés publics, car tous deux visent à encadrer les activités économiques pour garantir transparence, concurrence et efficience. Le droit de la régulation supervise les secteurs stratégiques tels que l'énergie, les marchés publics en imposant des règles pour corriger les défaillances de marché, tandis que le droit des marchés publics organise la passation des contrats publics pour assurer une allocation optimale des ressources. Le droit des marchés publics constitue l'une des composantes du droit de la régulation, en ce que les autorités régulatrices interviennent notamment dans des appels d'offres sectoriels, comme dans les infrastructures publiques, où les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement s'appliquent. De plus, les régulateurs peuvent imposer des obligations spécifiques aux entreprises soumissionnaires, renforçant ainsi l'équilibre entre intérêt général et libre concurrence.

Le terme « régulation » peut être défini selon trois approches principales : Premièrement, la régulation désigne la fonction exercée par les Autorités Administratives Indépendantes³. Cette conception, bien que souvent perçue comme traditionnelle voire dépassée, reste largement reprise dans la doctrine contemporaine. Elle s'applique principalement en France et dans certains États africains, où les régulateurs ont ce statut juridique spécifique. Sous cet angle, la régulation correspond à la mission confiée à ces Autorités Administratives Indépendantes, des établissements publics créés par l'État⁴. Deuxièmement, la régulation est souvent présentée comme une forme de

¹ Marie-Arme Frichon-Roche, « Le droit de la régulation », Le Dalloz, 2001, n°7, p. 610.

² *Ibidem*

³ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse de Droit Public, Université de Paris-I Panthéon – Sorbonne, 11 octobre 2011, p.18.

⁴ PEKASSA NDAM (G.-M.), « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol 2, n, °1, pp.153-178 ; MONEMBOU (C.), « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif Camerounais », *Revue béninoise de Sciences Juridiques et Administratives*, n°38, 2017, pp 223-263.

normativité hybride, située entre la régulation étatique et celle du marché. Elle se caractérise par son approche souple et dialogique, une fonction majoritairement assumée par les Autorités Administratives Indépendantes⁵. Enfin, la régulation peut être envisagée comme une fonction à dominante économique⁶. Au-delà de sa dimension économique, elle apparaît surtout comme une fonction de conciliation entre des impératifs économiques et non économiques.

Associé aux marchés publics, la régulation joue un rôle essentiel pour la réalisation des projets d'infrastructures et la fourniture de services publics. C'est à ce propos que la performance dans les marchés publics dépend en grande parties d'une régulation rigoureuse, afin d'éviter les dérives généralement observées. C'est dans ce sens que le Cameroun s'est doté d'un cadre juridique renouvelé à travers le Code des marchés publics de 2018 afin à moderniser et optimiser la passation et l'exécution des contrats publics⁷.

Selon l'article 5 (w) du décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics dispose que « *le marché public est un contrat écrit, passé conformément aux dispositions réglementaires, par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'engage envers l'État, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou para public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix* » . Il peut également être compris comme « *un contrat conclu à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux de fournitures ou de service* »⁸. C'est dans ce sens que les marchés publics renvoie, selon la doctrine, à « *un contrat écrit, passé dans les conditions prévues par un texte réglementaire particulier, par lequel, une personne de droit public ou de droit privé s'engage envers une collectivité publique, un établissement public ou un organisme para- public à participation majoritaire des intérêts publics, à réaliser un ouvrage pour leur compte ou sous leur surveillance ou à leur fournir des biens ou services moyennant un prix* »⁹.

Pour ce qui est de la performance, L'unanimité ne semble pas être acquise quant à la définition de la notion de performance. Ainsi, tout dépend du camp où l'on se situe c'est-à-dire selon qu'on est du côté des financiers ou de la doctrine de management public¹⁰. Mais sans

⁵ BOY (L.), « Régulation et sécurité juridique », in L. Boy, J. B. RACINE, F. SIIRIAINEN (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp.335-338.

⁶ TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public*, Lexinexis, Paris, 2017, p.424.

⁷ PHILIP (L.), « Moderniser la dépense et la gestion publique », RFFP n°73, LGDJ, 2001, pp. 83 et s.

⁸ MORAND-DEVILLER (J.), 2003, cours de droit administratif, Montchrestien, 8e éd, p402.

⁹ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Edicef, Paris, 1985, p. 136.

¹⁰ LANNEAU (R.), « Qu'entend-on par la maîtrise de la dépense publique », *RGFP N° 11/2013.*, p. 16 et s.

toutefois revenir sur des différentes positions nous allons simplement dire que, apprécier la performance de la dépense publique consistera alors à se demander si l'objectif qu'on s'est fixé à l'avance est atteint et si cet objectif a été atteint dans des meilleures conditions¹¹. Ainsi dira WEULASSAGOU, le contrôle de la performance revient à jauger « les trois E » c'est-à-dire, « l'efficacité », « efficience » et « économie ». Ainsi, chacun de ces mots répond à une question précise. « L'efficacité » répond à la question de savoir si l'objectif est atteint¹². L'efficacité¹³ est donc la capacité d'obtenir des résultats socio-économique conforme aux objectifs poursuivis¹⁴. Répondant à la question de savoir si l'objectif a été atteint par l'utilisation exclusive des crédits alloués à cet effet, l'efficience consiste pour un même niveau de ressources, accroître les produits des activités, à nécessiter moins des moyens. Enfin, l'économie dans le cas d'espèces, est l'acquisition à, moindre coût et en temps réel ou opportun des ressources financières, humaines et matérielles en quantité et en qualité appropriée. Elle répond ainsi à la question de savoir si la réalisation du résultat n'a pas été profitable pécuniairement en générant un bénéfice part apport aux crédits prévus au départ.

Malgré l'absence de l'unanimité dans la définition, la performance dans le cadre de notre sujet renvoie à la capacité de mener une action pour obtenir des résultats conformément à des objectifs fixés préalablement, en minimisant le coût des ressources et des processus mis en œuvre¹⁵.

Quoiqu'il en soit, la performance d'une dépense publique ne s'apprécie pas uniquement en aval mais aussi et surtout en amont de cette opération financière. Autrement dit, la performance

¹¹ AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF - collection droit fondamental, 1997, pp. 196 et s

¹² PARIENTE (A.), « La démarche de performance issue de la LOLF : quelle perspective ? », *RDP*, N°1-2006., pp. 37-41.

¹³ « En matière de régulation, au sens technique du terme, la fin justifie et crée les moyens. La méthode requise est donc avant tout guidée par l'efficacité, ce qui est le corollaire de l'instrumentalisation du droit L'efficacité est un principe alternatif à celui de conformité. Un exemple de ce type de raisonnement peut être trouvé dans l'arrêt rendu le 28 avril 1998 par la Cour d'appel de Paris. Celle-ci valida l'usage par l'ART d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'opérateur historique, alors même que la loi ne lui avait pas conféré une telle prérogative, pour le motif que celui-ci était nécessaire à l'autorité pour remplir l'office que la loi lui avait confié. », Voir Marie-Arme Frichon-Roche, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 613.

¹⁴ MINCKE (C.), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* n° 40, 1999, pp. 115 et s.

¹⁵ BILOUNGA (S-Th.), *Le contrôle des dépenses issues de l'initiative en faveur des pays pauvres très endettés au Cameroun*, Mémoire DEA, Université de Yaoundé II, 2005, p.36.

s'apprécie aussi au terme de la réalisation de la dépense¹⁶. Et il faut bien le dire, la dépense publique camerounaise, à l'instar de plusieurs autres pays obéit à deux circuits complémentaires au cours de son exécution. Un circuit administratif qui va jusqu'à la réalisation physique des projets et programmes de dépense en mobilisant une gamme variée d'acteurs, et un circuit comptable tout à fait complexe à concrétiser par la production de plusieurs documents chiffrés retraçant les mouvements opérés par la dépense dès l'engagement jusqu'à son paiement, appelé compte.

La performance dans la régulation des marchés publics au Cameroun soulève des enjeux majeurs liés à la transparence, à l'efficacité économique et à la lutte contre la corruption¹⁷. En encadrant les procédures d'achats publics, le Cameroun cherche à optimiser l'utilisation des deniers publics tout en garantissant une concurrence équitable entre les soumissionnaires. L'exigence de performance vise à améliorer la qualité des projets et services publics, en réduisant les délais et les coûts. Cependant, les défis persistent, notamment en raison de la lourdeur administrative, des pratiques frauduleuses et du manque de contrôle efficace. Une régulation rigoureuse est essentielle pour renforcer la confiance des investisseurs et assurer le développement socio-économique. Par ailleurs, l'harmonisation des textes juridiques avec les normes internationales reste un défi pour moderniser le système. Enfin, la performance dans la régulation des marchés publics dépend aussi de la formation des acteurs et de la digitalisation des procédures, afin de limiter les risques de détournements et d'inefficacité¹⁸. A ce propos, la question se pose de savoir quelle considération peut-on avoir à l'égard de la performance dans la régulation des marchés publics au Cameroun ? La réponse à cette interrogation n'est pas évidente compte tenu des intérêts parfois contradictoires qui gravitent autour des marchés publics. D'un côté, il y a l'intérêt de l'Etat dans la maîtrise de la dépense publique pour assurer une bonne croissance économique et un développement socio-économique durable. D'un autre côté, il y a l'intérêt du prestataire de service à garantir face à certains manquements de la part des institutions étatiques impliquées dans la régulation et la gestion des marchés publics.

L'étude sur la performance dans la régulation des marchés publics au Cameroun présente un intérêt tout particulier. Elle est liée à l'évolution historique même du Cameroun. On peut

¹⁶ BOUVIER (M.), « Culture de la performance, équité et espace financier public durable » RFFP, n° 99, septembre 2007, pp. 3 et s.

¹⁷ HERVET (J.), « Corruption et marchés publics : connivences et compérages sur la base des fonds publics », RFFP, n° 69, mars 2000, pp 47 et s.

¹⁸ PARIENTE (A.) et COULIBALI (A. S.), « Programme et mesure de la performance en France et dans les pays africains », *op. cit.*, pp. 35 et s.

d'ailleurs relever les différentes mutations qui viennent consolider le système des marchés publics en mettant l'accent sur la performance tant dans la passation que dans l'exécution des marchés publics. Bien plus, cette étude rend compte de l'évolution du droit administratif camerounais que ce soit dans sa forme institutionnelle ou relationnelle. À cet égard, la réflexion permet d'apprécier les mutations continues qui grèvent les institutions et régulent les marchés publics au Cameroun¹⁹. Aussi, la présente étude découle de la ferme volonté affichée par les pouvoirs publics de lutter efficacement contre la corruption qui est à l'origine de la majeure partie des mauvaises pratiques qui ont trait dans la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics au Cameroun. Elle permet, bien plus, de creuser les aspects rénovateurs du nouveau code des marchés publics au Cameroun du 20 juin 2018 et les textes qui concourent à la performance dans le système des marchés publics au Cameroun.

Dès lors, cette étude prendra appui à la régulation des marchés publics de l'année 2001 jusqu'à nos jours. C'est partant de la réforme donnée par le décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics jusqu'à la récente réforme de 2018 portant code des marchés publics. L'année 2018 est marquée par la mise en œuvre de la dématérialisation de la passation des marchés publics au Cameroun à travers le décret signé le 05 janvier 2018 par le Premier ministre fixant les conditions et modalités de passation des marchés publics par voie électronique et le décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics au Cameroun. Ce nouveau code des marchés publics vient renforcer le rôle des contrôleurs dans le secteur.

Pour traiter de la performance dans la régulation des marchés publics au Cameroun, il importe de prendre en compte les différents intérêts qui s'opposent, tout en mettant l'accent sur les facteurs concrets qui permettant d'aboutir effectivement à la performance escomptée. C'est dans ce sens que la démonstration porte d'une part sur la performance en tant qu'un objectif avéré dans le contenu de la régulation des marchés publics en droit camerounais (I), et d'autre sur la performance en tant que réalité mesurée dans la concrétisation de la régulation des marchés publics en droit camerounais (II).

¹⁹ MOMO (C.), « Droit administratif et crise économique au Cameroun », *Solon Revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, n° 10, Vol. III, Juillet 2015, pp. 350 et s.

I- LA PERFORMANCE : UN OBJECTIF AVERE DANS LE CONTENU DE LA REGULATION DES MARCHES PUBLICS EN DROIT CAMEROUNAIS

L'intégration de l'exigence de performance dans la régulation des marchés publics en droit camerounais vise à moderniser la commande publique et l'exécution des marchés publics en privilégiant l'efficacité et la qualité des prestations²⁰. Le Cameroun, inspiré par des standards internationaux, a renforcé son cadre juridique²¹, notamment à travers le décret de 2018, pour exiger des soumissionnaires qu'ils démontrent leur capacité à réaliser des projets dans des délais optimaux et avec des résultats tangibles.

Cette approche tend à limiter les gaspillages, à améliorer la transparence et à maximiser l'impact socio-économique des investissements publics. Les acteurs publics doivent désormais justifier leurs choix en fonction de critères objectifs de performance, ce qui implique une meilleure formation des responsables et un contrôle accru. Cette évolution s'inscrit dans une logique de bonne gouvernance. Il n'est donc pas surprenant qu'il ait une exigence de la performance dans le cadre normatif de régulation des marchés publics (A), et la quête de la performance dans le cadre institutionnel de régulation des marchés publics (B).

A- L'exigence de la performance dans le cadre normatif de régulation des marchés publics: l'apport des innovations de la réforme de la réglementation des marchés publics

L'importance croissante de la performance comme critère essentiel dans la régulation des marchés, notamment dans le domaine des marchés publics est perceptible dans les réformes récentes de la réglementation ayant introduit des innovations visant à optimiser l'efficacité, la transparence et la qualité des procédures d'achat public. Ces innovations répondent à une double nécessité : d'une part, aligner les pratiques des acteurs publics sur des standards de performance élevée, et d'autre part, adapter le cadre normatif aux évolutions économiques et technologiques. A cet égard, la performance n'est plus un objectif secondaire²², mais devient une exigence intégrée dans les mécanismes de régulation, favorisant une gestion plus rationnelle des ressources publiques. Les réformes ont ainsi introduit des outils tels que les critères d'évaluation qualitative,

²⁰ PHILIP (L.), « Moderniser la dépense et la gestion publique », *op. cit.*, p. 85.

²¹ NGAKETCH TADOUM (J-M.) et MEBADA (G.), « Du dispositif de contrôle des marchés publics au Cameroun », communication à l'occasion de la 5e conférence internationale sur les marchés publics, Seattle, August, 2012, pp. 17 et s.

²² PARIENTE (A.) et COULIBALI (A. S.), « Programme et mesure de la performance en France et dans les pays africains », *op. cit.*, p. 34.

les procédures dématérialisées ou encore le recours à des indicateurs de résultats, renforçant la concurrence et la responsabilisation des parties prenantes²³.

Pour la dématérialisation des procédures notamment, l'intégration des technologies numériques pour digitaliser les processus de passation des marchés publics vise à améliorer la transparence, l'efficacité et la lutte contre la corruption. Initiée dans le cadre des réformes gouvernementales, cette transition vers des plateformes électroniques permet de simplifier les soumissions, les évaluations et les attributions des marchés. Elle réduit les coûts et les délais, tout en facilitant l'accès aux entreprises, y compris les PME. Cependant, des défis persistent, tels que la fracture numérique, le manque de formation des acteurs et les résistances au changement. Malgré cela, cette modernisation s'aligne sur les objectifs de bonne gouvernance²⁴.

Les innovations intervenues dans la régulation des marchés publics contribuent à une meilleure gouvernance des marchés publics, en conciliant respect des normes et recherche d'efficacité²⁵. Elles mettent en avant l'idée que la régulation ne se limite pas à encadrer les pratiques, mais vise aussi à les améliorer continuellement. Elles insistent sur l'interaction entre le cadre juridique et les attentes opérationnelles, montrant comment les réformes législatives peuvent servir de levier pour atteindre des objectifs économiques et sociaux plus larges. Cela démontre une approche dynamique de la régulation, où l'innovation normative devient un moteur pour la performance des marchés publics.

L'introduction au Cameroun d'une gestion des dépenses publiques fondée sur la performance, revêt un intérêt particulier car elle permet à l'Etat de marquer un pas considérable vers la modernité, en rejoignant ainsi certains autres pays ayant trouvé nécessaire de se démettre de la logique de gestion fondée sur la régularité, mais de la compléter par d'autres moyens utiles pour une meilleure maîtrise de finances publiques²⁶. En effet, fondé au préalable sur la régularité notre système de gestion des finances publiques en générale et de la dépense publique en particulier était fondé sur la régularité²⁷.

²³ METOUGUE NANG (P.), « Réformes économiques et dynamisme des marchés en Afrique subsaharienne », *Marché et organisations*, vol. 2, n° 14, 2011, p. 12.

²⁴ FENECH (G.) et PETIT (Ph.), *La moralisation des marchés publics*, PUF - collection *Que sais-je ?*, décembre 1998, p. 36 et s.

²⁵ MINCKE (C.), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, pp. 115 et s.

²⁶ SIMMONY (M.), « La démarche de performance dans le cadre des finances publiques », *op. cit.*, pp 25-32

²⁷ O'CONNOR, PAUWELS, « Les finalités du contrôle interne et du contrôle externe », in *Réforme du cadre Juridique pour une meilleure gestion des finances publiques au Cameroun*, *op. cit.*, p 111.

Autrement dit, les organes de contrôle recherchaient uniquement l'exacte application d'une réglementation financière générale et impersonnelle. Malgré certains mérites, ce système de gestion a assis une logique des moyens dans nos finances publiques. On avait ainsi l'impression que l'existence seule d'un système de gestion ou alors de contrôle était suffisante et son exercice importait peu²⁸. Par l'introduction de la performance, le système de gestion camerounais adopte une logique des résultats. Dorénavant, il faut produire de bons résultats en initiant le moindre projet de dépense. On partage la même impression que Bernard ABATE lorsqu'il affirme : « *à la gestion fondée sur la régularité des actes qui débouche à une obligation de moyens, on a substitué une gestion de la performance qui débouche sur une obligation des résultats* »²⁹. Une telle mutation ne devrait certainement pas laisser le système de gestion d'ensemble de l'Etat indifférent. En effet ce dernier doit consentir une évolution consistant à favoriser l'avènement d'un modèle de gestion enclin à la pratique des entreprises privées, pour remplacer celui purement bureaucratique ayant trahit ses limites. Il s'agit sous la plume de Jean Pierre LASSALE de « *passer d'un Etat administratif à un Etat stratège* »³⁰.

Par ailleurs, l'adoption d'une logique de gestion fondée sur l'esprit d'entreprise enclin à la concurrence, à la performance et évidemment à la transparence accélère le processus d'évolution vers la bonne gouvernance financière³¹. Bien qu'il y ait des problèmes dans la doctrine pour donner une signification précise au concept de gouvernance financière et a fortiori à celle qui se veut bonne, quelques éléments constants permettent d'esquisser ses contours dans la gestion des entreprises privées. Et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il importe pour l'Etat contemporain de s'inspirer de cette logique de gestion. Il est question de la performance qui est le corollaire de la compétitivité ou de la concurrence. Le plus important pour cet élément étant d'adopter une culture des résultats dont on appréciera l'efficacité, l'efficience et la rationalité. Le second élément est la transparence³². La gestion financière doit baigner dans un environnement propice à la traçabilité à la lisibilité, ou à la sincérité, afin que le circuit des dépenses publiques puisse être débarrassé des éléments favorables à l'opacité, que les comptes de l'Etat reflètent fidèlement la

²⁸ FENEON, « Le nouveau code des marchés publics gabonais », RJP, 2001, n°4., pp. 51 et s.

²⁹ ABATE (B.), « Faut-il changer la gestion de l'Etat ? », RFFP, n°73, LGDJ, 2001., p 188.

³⁰ LASSALE (J P), « De l'Etat administratif à l'Etat stratège », *op. cit.*, pp. 86-91.

³¹ LANNEAU (R.), « Qu'entend-on par la maîtrise de la dépense publique », *op. cit.*, p. 16 et s.

³² BRECHON-MOULENES (C.), « Transparence et marché public (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial, pp. 45-62.

situation du patrimoine financier, et que le public soit continûment informé de l'état et des différents mouvements des deniers publics qu'ils contribuent constituer³³.

L'adoption d'un contrôle de performance impose une transformation systématique de la logique ou même de la culture de gestion de l'Etat en matière financière. Par ce biais, l'évolution vers la modernité financière appréhendée actuellement à travers la bonne gouvernance financière se trouve initiée, sans toutefois débarrasser le système de gestion camerounais du contrôle de régularité conservant toute sa signification dans le contexte d'un Etat de droit. Ce contrôle doit avoir un corollaire sur le plan comptable afin de mieux jauger de la qualité des résultats de tout le processus de la dépense publique.

La considération de la performance dans la régulation des marchés publics traduit l'importance d'intégrer des critères d'efficacité et de résultats dans la gestion des contrats publics au Cameroun. Elle reflète une évolution du droit des marchés publics, traditionnellement centré sur la conformité procédurale, vers une approche axée sur la performance et la qualité des prestations. Cette exigence s'inscrit dans une logique de modernisation et d'optimisation des dépenses publiques, visant à garantir que les projets réalisés offrent un meilleur rapport coût-efficacité. Le cadre juridique camerounais, notamment à travers le Code des marchés publics et les réformes récentes, vise à encadrer cette dimension pour améliorer la transparence et la responsabilisation des acteurs.

La prise en compte de performance dans la gestion des finances publiques a tout son sens dans la mesure où elle permet non seulement l'examen, l'analyse et l'évaluation de la mise en œuvre et de l'efficacité des mesures gouvernementales mais aussi la coordination du traitement approprié des résultats. Autrement dit, l'introduction au Cameroun d'une gestion des dépenses axée sur la performance revêt une importance toute particulière dans la mesure où elle permet à ce dernier de marquer un pas décisif vers la modernité en privilégiant le cadre institutionnel de régulation des marchés publics.

B- La quête de la performance dans le cadre institutionnel de régulation des marchés publics : le rôle central de l'Agence de Régulation des Marchés Publics

La quête de la performance dans le cadre institutionnel de régulation des marchés publics au Cameroun s'articule autour du rôle central de l'Agence de Régulation des Marchés Publics

³³ AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, op. cit., 1997, pp. 198 et s

(ARMP)³⁴. Créée pour garantir transparence, efficacité et équité dans les procédures de passation des marchés, l'ARMP veille au respect des normes légales et à l'optimisation des ressources publiques. Elle met en œuvre des mécanismes de contrôle et de suivi pour assurer la conformité des acteurs aux dispositions du Code des marchés publics³⁵. En promouvant des outils modernes comme la dématérialisation des procédures, l'agence renforce l'intégrité et la compétitivité des processus. L'ARMP joue également un rôle clé dans la formation des acteurs publics et privés, afin d'améliorer leur maîtrise des règles et des bonnes pratiques. Son action contribue à réduire les risques de fraudes et de corruption³⁶, tout en favorisant une allocation optimale des fonds publics. Par ses missions de supervision, elle assure un équilibre entre les impératifs économiques et les objectifs de développement durable.

En effet, la performance des marchés publics au Cameroun repose ainsi sur une régulation dynamique et adaptée, pilotée par l'ARMP, qui s'efforce d'aligner les pratiques locales sur les normes internationales. Son engagement en faveur de la modernisation et de la professionnalisation du secteur témoigne de sa volonté d'améliorer continuellement le cadre des marchés publics.

L'ARMP est l'organisme chargé de la régulation des marchés publics au Cameroun. Son rôle principal est de veiller à ce que les marchés publics soient passés dans le respect du Code des Marchés Publics, un texte juridique qui fixe les règles de la passation des marchés.

D'après l'article 48 du décret de 2018, l'organe de régulation des marchés publics est « le surveillant et le facilitateur du système des marchés publics »³⁷. A ce titre, il propose des réformes dans le domaine des marchés publics³⁸. A cet effet, il formule des avis à l'autorité chargée des marchés publics pour la définition et l'amélioration des politiques en la matière, veille à l'application des principes de bonne gouvernance, notamment par la mise en œuvre de moyens

³⁴ L'Agence de Régulation des Marchés Publics a été par le décret n° 2001/048 du 23 février 2011 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics, modifiée et complétée par le décret n° 2012/076 du 08 mars 2012

³⁵ NGAKETCH TADOUM (J.-M.) et MEBADA (G.), « Du dispositif de contrôle des marchés publics au Cameroun », *op. cit.*, pp. 12 et s.

³⁶ HERVRT (J.), « Corruption et marché publics : connivences et compérages sur la base des fonds publics », *op. cit.*, pp. 47 et s.

³⁷ Article 48 du code des marchés publics.

³⁸ SEYNABOU (S.), « Le droit des marchés publics en Afrique à l'épreuve de la mondialisation économique : une analyse à partir des réformes dans L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, volume 71, n°2, 2017, p. 254 et s.

préventifs permettant de lutter contre les mauvaises pratiques dans les marchés publics en général et l'exécution des marchés publics en particulier.

Bien plus, L'ARMP veille à la bonne application des règles par tous les acteurs à travers les avis et les recommandations, propose des réformes dans le domaine des marchés publics³⁹ à l'autorité chargée des marchés publics, définir les politiques et les stratégies de formation en matière des marchés publics et développe un cadre professionnel et institutionnel en la matière.

Par ailleurs, il assure aussi l'animation et l'alimentation du système d'information des marchés publics et en assurer la surveillance, d'agréer les experts dans le domaine des marchés publics, d'effectuer les audits spécifiques⁴⁰.

Les décisions relatives aux dispositions et actions de répression de la fraude et de la corruption sont publiques. Par contre, elles ne font pas l'objet d'une aussi large diffusion que les autres informations relatives aux marchés publics. L'ARMP tient une liste des entreprises dont les contrats ont été résiliés et qui, conformément à la disposition 102 du Code des marchés publics, ne peuvent, sauf dérogation spéciale exclusivement accordé par l'Autorité chargée des marchés publics, soumissionner pour un nouveau marché public avant une période de 2 ans à compter de la date de notification de la résiliation.

Ainsi, l'ARMP recommande aux maîtres d'ouvrage d'inclure dans la liste des pièces administratives à fournir par les soumissionnaires lors des appels d'offres une attestation de non-exclusion des marchés publics délivrée par le Directeur de l'ARMP.

L'accès à l'information est efficace et rendu possible grâce à différents supports écrits et électroniques. En ce domaine, selon les conclusions de la revue réalisée en 2005 (CPAR) par la Banque Mondiale, le Cameroun fait figure de pionnier et mérite que l'on souligne ce fait. Les avis d'appel d'offres, les résultats d'attribution, les montants des marchés signés et les autres informations relatives aux marchés publics sont régulièrement publiés dans le Journal des marchés publics⁴¹ et organes de presse habiletés et sur le site web de l'ARMP. Comme on l'a souligné au point précédent, la transparence du système requiert que l'on ait la même approche en ce qui concerne les plaintes des soumissionnaires et leur traitement.

³⁹ METOUGUE NANG (P.), « Réformes économiques et dynamisme des marchés en Afrique subsaharienne », *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰ BRECHON-MOULENES (C.) et RICHER (L.), « Chronique de législation. Marchés de services. Décrets 98-111, 98-112 et 98-113 », *AJDA*, 20 juillet 1998., pp. 610 et s.

⁴¹ BILONG (S.), « Bilan de la réception du droit administratif au Cameroun : malaise ou décrépitude ? », dans KAMTO Maurice, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, MIRANDA METOU Brusil (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique*, Mélanges en l'honneur du doyen Joseph Marie Bipoun Woum, Paris, L'Harmattan, 2016., p. 173 et s.

Un autre point important à mentionner est la grande difficulté qu'a l'ARMP à obtenir toutes les informations et documents des diverses commissions. Pour pallier ce problème, elle a constitué une équipe pour collecter l'information⁴². Ce système n'est certainement pas pérenne et il est impératif de prendre les mesures afin que les présidents de commissions se conforment à l'obligation de transmettre tous les documents pertinents à l'ARMP. Il est certain que les commissions n'ayant pas de secrétariat éprouvent des difficultés à transmettre les informations à temps. Les auditeurs indépendants ont formulé des recommandations intéressantes en vue de remédier à ces problèmes qui sont toujours d'actualité⁴³.

Par ailleurs, l'Agence adresse au Président de la République, un rapport annuel sur l'efficacité et la fiabilité du système de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics, assorti de toute proposition susceptible de l'améliorer⁴⁴. En effet, l'ARMP est tenue d'obligation d'informer le chef de l'Etat sur la santé des marchés publics au Cameroun. Après transmission de l'état des marchés publics au président de la République, ce dernier peut prendre des mesures dans le cas d'améliorer ou de renforcer la réglementation en la matière⁴⁵.

L'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) dans son rôle d'organisme de régulation est chargée de veiller à l'application du code par tous les acteurs et de saisir l'Autorité des marchés publics en vue de la proposition d'améliorations des politiques en la matière et des sanctions de procédures⁴⁶. L'ARMP est un assistant technique auprès du ministère des marchés publics, à cet effet, son rôle est également crucial dans la surveillance du contrôle de l'exécution des marchés publics⁴⁷. Il procède par les audits indépendants pour s'assurer de la bonne exécution des marchés. Toutefois, la performance reste une réalité mesurée dans la concrétisation de la régulation des marchés publics.

⁴² MBARGA NYATTE (D.), « Évolution du droit administratif camerounais », dans KAMTO Maurice, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, MIRANDA METOU Brusil, (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique*, Mélanges en l'honneur du doyen Josphe Marie Bipoun Woum, Paris, L'Harmattan, 2016., p. 212 et s.

⁴³ MICHON (J.), *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Le moniteur, 2001., p. 18.

⁴⁴ Décret n° 2012/076 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement de l'agence de régulation des marchés publics.

⁴⁵ OKALLA BANA (E.-C.), « Les entreprises françaises de travaux publics face au développement économique de l'outre-mer : la mise en place du réseau ferré au Cameroun (1945-1972) », *Outre-mers*, Tome 98, n° 372-373, 2011, p. 278 et s.

⁴⁶ TALBOT (J.), *L'évolution de la réglementation des marchés de travaux et de fournitures de l'Etat*, Thèse Paris, 1958., pp. 16 et s.

⁴⁷ DOUENCE (J.-C.) et TERNEYRE (Ph.), « Marchés publics et délégations de service public : Nouvelles modifications législatives », *RFDA*, septembre 1995, n° 5., pp. 972 et s.

II-LA PERFORMANCE : UNE REALITE MESUREE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA REGULATION DES MARCHES PUBLICS EN DROIT CAMEROUNAIS

La régulation des marchés publics vise à optimiser leur performance en garantissant transparence, efficacité et rentabilité. Elle repose sur des mécanismes de contrôle, d'évaluation et d'adaptation pour répondre aux objectifs économiques, sociaux et environnementaux. En intégrant des critères stricts et des indicateurs de performance, cette approche cherche à améliorer la qualité des achats publics, à réduire les risques de corruption et à maximiser l'impact des dépenses publiques, tout en alignant les procédures sur les besoins des parties prenantes. Cependant, il existe des entraves matérielles à la concrétisation de la performance (A), et des entraves structurelles à la manifestation de la performance (B) dans la mise en œuvre de la régulation des marchés publics.

Page | 866

A- Les entraves matérielles à la concrétisation de la performance dans la mise en œuvre de la régulation des marchés publics

La concrétisation de la performance se heurte à des entraves matérielles dans la mise en œuvre de la régulation des marchés publics.

Premièrement, l'insuffisance des infrastructures technologiques limite le déploiement de plateformes numériques pour la gestion transparente des appels d'offres, exacerbant les retards et les opacités. Les zones rurales, souvent privées d'accès à internet et à l'électricité, peinent à adopter les procédures dématérialisées, renforçant les inégalités territoriales.

Deuxièmement, le manque de moyens logistiques affecte les organes de contrôle, tels que l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), qui disposent de ressources limitées pour auditer les chantiers ou vérifier les livraisons. Les équipements obsolètes, couplés à une maintenance défaillante, compromettent la supervision des contrats et par ricochet le contrôle de la dépense publique. Il est à préciser que la conception du contrôle de la dépense publique comporte des limites à plusieurs niveaux. Au Cameroun, ce contrôle est voué exclusivement vers la régularité sur le plan téléologique⁴⁸. Autrement dit, il n'a pour finalité unique que la réalisation d'une dépense conforme au cadre légale et réglementaire qui la prévoit⁴⁹. Il s'agit là d'une situation bien grave d'autant plus qu'un tel dessein résume uniquement une seule facette de la régularité, à

⁴⁸ MBARGA NYATTE (D.), « Évolution du droit administratif camerounais », dans KAMTO Maurice, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, MIRANDA METOU Brusil, (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique*, op. cit., p. 215 et s.

⁴⁹ BARILARI (A), *Les contrôles financiers comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques*, LGDJ, Paris, 2003, pp 149 et s.

savoir la régularité formelle⁵⁰. Celle-ci s'intéresse aux règles, et laisse de côté une facette non moins importante, et déterminante de la régularité à savoir la régularité substantielle⁵¹. Cette dernière est quant à elle mue par des considérations d'effectivité des prestations afférentes aux opérations financières réalisées⁵². Par ailleurs une chose est de réaliser la dépense publique en toute légalité et effectivité, mais une autre est de s'intéresser à la qualité des réalisations, afin de se demander si cela a été en toute efficacité, efficience, bref en toute performance. Autrement dit, l'on se préoccupe de savoir si la dépense réalisée, ou à réaliser satisfait ses initiateurs et ses destinataires en répondant favorablement à tous les critères quantitatifs et qualitatifs qui devraient fonder sa performance⁵³. Une telle approche du contrôle de la dépense publique est malheureusement absente du système financier camerounais.

Par ailleurs, les dysfonctionnements bureaucratiques, liés à des archives physiques surchargées et à une faible numérisation des dossiers, ralentissent les processus décisionnels. Les acteurs publics, souvent sous-équipés en matériel informatique et en logiciels spécialisés, recourent à des méthodes manuelles, sources d'erreurs et de corruption. En outre, les contraintes financières freinent l'acquisition de technologies innovantes et la formation continue des agents, pourtant cruciale pour maîtriser les normes réglementaires. Les budgets alloués à la modernisation des marchés publics restent insuffisants face à l'ampleur des besoins, tandis que les fonds détournés aggravent les lacunes. Ces obstacles matériels, en interaction avec des facteurs structurels et culturels, perpétuent des pratiques non concurrentielles, découragent les investisseurs et minent la confiance dans l'action publique⁵⁴.

Malgré des réformes initiées avec l'appui de partenaires internationaux, leur résorption requiert une volonté politique accrue, un investissement soutenu dans les infrastructures et une gouvernance inclusive, sans quoi la performance demeurera un idéal inatteignable au regard des entraves structurelles.

⁵⁰ BANDET (D.) et PIGNON (S.), « Le nouveau code des marchés publics : quelques éclairages pratiques », *op. cit.*, pp. 378 et s.

⁵¹ DOUENCE (J.-C.) et TERNEYRE (Ph.), « Marchés publics et délégations de service public : Nouvelles modifications législatives », *op. cit.*, pp. 972 et s.

⁵² OKALLA BANA (E.-C.), « Les entreprises françaises de travaux publics face au développement économique de l'outre-mer : la mise en place du réseau ferré au Cameroun (1945-1972) », *Outre-mers, Tome 98, n° 372-373, 2011.*, p. 282 et s.

⁵³ PHILIP (L.), « Panorama du contrôle des finances publiques dans le monde », RFFP, n°101, mars 2008, pp.15-28.

⁵⁴ MINCKE (C.), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », RIEJ n° 40, 1999, pp. 115 et s.

B- Les entraves structurelles à la manifestation de la performance dans la mise en œuvre de la régulation des marchés publics

Structurellement, le système souffre d'une fragmentation institutionnelle, où plusieurs entités comme l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP), les ministères sectoriels et les organes de contrôle coexistent avec des mandats souvent redondants, générant des conflits de compétences et un manque de synergie. Cette dispersion dilue les responsabilités, ralentit les processus décisionnels et entrave l'harmonisation des procédures. C'est le cas notamment du rapport entre le MINMAP et l'ARMP. Selon le décret n°2012/074 le MINMAP est responsable de l'organisation et du bon fonctionnement des marchés publics. Ce texte lui confère ainsi un rôle de garant et d'arbitre de l'ensemble du dispositif. C'est ainsi que, depuis la création du MINMAP, on observe une double régulation de fait du système des marchés, laquelle est assurée aussi bien par ce dernier que par l'ARMP.

En effet, bien que ce rôle soit expressément dévolu à l'ARMP par les textes, y compris par le décret portant organisation du MINMAP, ce dernier tend dans la pratique à s'imposer comme le régulateur et l'arbitre de l'ensemble du dispositif⁵⁵. Cette posture est facilitée par la taille du MINMAP et son maillage territorial. Ces chevauchements sont à l'origine d'interminables conflits de compétences, sources de retards et d'appauvrissement de la qualité des marchés réalisés⁵⁶. Comme le MINMAP, l'ARMP dispose de services déconcentrés au niveau des régions et des départements. Il dispose également d'un important budget porté par un compte d'affectation spéciale⁵⁷, pour la gestion duquel le ministre des finances délègue ses pouvoirs d'ordonnateur des comptes spéciaux du trésor au Directeur général de l'ARMP. Cette gestion obéit aux règles de la comptabilité publique. Le décret n°2005/5155/PM du 30 novembre 2005 fixe les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale pour la régulation des marchés publics. Ainsi, l'ARMP est aussi solidement implantée dans le paysage de la commande publique camerounaise

⁵⁵ MBARGA NYATTE (D.), « Évolution du droit administratif camerounais », dans KAMTO Maurice, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, MIRANDA METOU Brusil, (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique*, op. cit., p. 211 et s.

⁵⁶ OKALLA BANA (E.-C.), « Les entreprises françaises de travaux publics face au développement économique de l'outre-mer : la mise en place du réseau ferré au Cameroun (1945-1972) », op. cit., p. 279 et s.

⁵⁷ Article 3 Les dépenses supportées par le compte d'affectation spéciale comprennent les dépenses de fonctionnement et d'investissement de l'ARMP ; le paiement des prestations des observateurs indépendants ; le paiement des prestations relatives aux audits des marchés publics ; le coût des études sectorielles dans le domaine des marchés publics ; les contributions de l'agence de régulation des marchés publics aux organismes internationaux.

que le MINMAP. Les rôles et missions de ces deux acteurs centraux du système des marchés méritent donc d'être clarifiés, pour une plus grande lisibilité et prévisibilité du système⁵⁸.

Le décret n°2012/075 du 08 mars 2012 portant organisation du MINMAP, bien qu'abrogeant toutes les dispositions antérieures contraires, ne s'est pas prononcé expressément sur l'identité de l'autorité en charge des marchés publics. Cette abstention laisse logiquement penser que le Premier ministre reste l'autorité des marchés. Mais dans la pratique, celui-ci tend à se dessaisir au profit du MINMAP toutes les fois qu'il est interpellé par les acteurs du système des marchés⁵⁹.

En tout état de cause, cette situation tend à semer le doute/la confusion dans l'esprit des acteurs des marchés publics, qui ne savent pas toujours auprès de qui, du MINMAP ou du Premier ministre, adresser leurs recours et requêtes⁶⁰. Une telle situation ajoute à la complexité des procédures et en rallonge la durée. D'autant que, selon le décret n°2008/0115/PM du 24 janvier 2008 précisant les modalités d'application de la loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant régime général des contrats de partenariat, notamment son article 2, le Premier ministre assure la haute autorité sur les contrats de partenariat et dispose à cet égard du pouvoir d'adjudication.

Par ailleurs, le contrôle externe de l'exécution des marchés publics fait face à des lacunes. Malgré que ce contrôle présente l'avantage de garantir l'indépendance du contrôleur (contrôle de légalité, juridictions pénales et financière), il pose le problème crucial de son information. Car celle-ci apparaît à la fois tardive et insuffisante.

Tardive, car, en principe, le contrôle externe est un contrôle a posteriori, ce qui implique le plus souvent que lorsqu'il intervient les violations de la réglementation ont déjà été commises, au point que, non seulement la procédure de dévolution n'a pas été respectée, mais de plus le marché illégal peut être complètement exécuté. En pareil cas, le contrôle n'a finalement plus qu'un caractère pédagogique. Au pire, il est répressif, mais en tout état de cause il ne permettra pas de prévenir l'illégalité et de protéger les intérêts de la collectivité.

Le contrôle de légalité des actes des collectivités locales illustre assez bien ce problème. De plus, indépendamment des moyens, la procédure de contrôle demeure ce qu'elle est : en cas de

⁵⁸ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, op. cit., p. 151 et s.

⁵⁹ TALBOT (J.), *L'évolution de la réglementation des marchés de travaux et de fournitures de l'Etat*, op. cit., pp. 144 et s.

⁶⁰ SEYNABOU (S.), « Le droit des marchés publics en Afrique à l'épreuve de la mondialisation économique : une analyse à partir des réformes dans L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine », op. cit., p. 229 et s.

déferé la censure du juge administratif interviendra généralement après l'exécution totale du contrat⁶¹.

Le caractère insuffisant de l'information tient quant à lui au fait que le contrôle externe s'exerce a posteriori, il se bornera à un contrôle sur pièce. Mais alors l'illégalité devra résulter du contenu des documents transmis, ce qui pose inévitablement le problème de sa sincérité et de son exhaustivité⁶². Ainsi, comment savoir que des contacts préalables à la mise en concurrence ont eu lieu, que les offres des entreprises ont été « retravaillées », alors même que seuls sont transmis que les documents finaux ? Que dire encore des critères de choix illégaux, lorsque n'apparaissent consignés sur le procès-verbal que ceux que la réglementation autorise ? Pour ne pas parler de la falsification ou de la substitution des pièces contractuelles, à commencer par l'acte d'engagement.

En réalité, pour conserver son efficacité, le contrôle sur pièce nécessite d'être relayé par une présence « en temps réel » sur le terrain. Celle-ci est en partie assurée du fait de la participation des agents de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes aux différentes commissions. Bien que disposant d'une voix délibérative, ces représentants peuvent prévenir les illégalités en temps réel, au sein même de l'instance délibérante, et, s'ils ne sont pas entendus, en référer aux services aux services chargés du contrôle de légalité.

En plus du contrôle externe de l'exécution des marchés publics, le contrôle parlementaire contient également des insuffisances. Selon JEAN-PIERRE CAMBY, le pouvoir budgétaire du parlement est un principe fondamental de démocratie et constitue un nécessaire pour sa consolidation⁶³. Dans ce sens, « la démocratie c'est aussi le droit de savoir d'autoriser par le biais de représentant la perception de l'impôt et la dépense et d'en contrôler l'efficacité »⁶⁴. Mais, dans la pratique, l'exercice du contrôle de l'exécution des finances publiques⁶⁵ est étouffé par la paralysie des moyens d'information et les obstacles politiques qui rendent la mise en jeu de la

⁶¹ DELI (H.), La faute de l'administration dans l'exécution des marchés publics au Cameroun, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de master, Université de Ngaoundéré, 2014-2015., p.36.

⁶² BOLMIN (Ph.), « Pour un nouveau partenariat public-privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de co-développement », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 2, 1er mars 1999., p. 151 et s.

⁶³ ANTOINE SOUNBAI (J-B), Le contrôle de la qualité de la dépense publique au Cameroun, mémoire de master 2 recherche, université de Ngaoundéré, 2012-2013, p. 14 et s.

⁶⁴ CAMBY (J-P), « Les finances publiques et la démocratie : quel rapport du conseil constitutionnel ? », dans « acte de la 1ere université du printemps des finances publiques du groupement Européen de recherches en finances publiques » publié sous la direction de BOUVIER (M), p.111, 2004.

⁶⁵ SIMMONY (M.), « La démarche de performance dans le cadre des finances publiques », RFFP, N° 98, juin 2007, pp 25 et s.

responsabilité du gouvernement difficile⁶⁶. Parlant de la paralysie des moyens d'information, la pratique parlementaire au Cameroun montre que la séance hebdomadaire⁶⁷ réservée aux questions orales reste insuffisante car elle ne permet pas aux ministres de répondre à toutes les questions posées⁶⁸. Ainsi, les moyens d'informations des parlementaires se voient paralysés du fait de l'inadaptation de la fonction de contrôle au moment de vote du budget et la dépendance du parlement à l'égard de l'exécutif ainsi que de la maîtrise de l'ordre du jour par l'exécutif⁶⁹. Les obstacles politiques aussi rendent la mise en jeu de la responsabilité du gouvernement difficile⁷⁰.

Il arrive trop souvent que, pour des raisons de contrainte, les parlementaires se trouvent dans l'incapacité de participer efficacement au processus budgétaire⁷¹. De nombreux obstacles les empêchent de jouer le rôle qui doit être le leur. On citera, par exemple : la non maîtrise de la chose financière et l'impact du fait majoritaire. En effet, La dimension technique de la loi de finances, pèse lourdement sur le débat budgétaire. Les niveaux intellectuels approximatifs de certains parlementaires ne permettent pas à leur immense majorité de maîtriser la chose financière. En effet, la formation ou le niveau de culture des députés camerounais en matière financière est souvent mis en question⁷². On se pose la question de savoir s'ils peuvent agir en toute connaissance de cause lors du contrôle de l'exécution du budget⁷³. Mais bien que pertinente cette question et surtout sa réponse ne saurait justifier ce qu'on appelle l'inertie des parlementaires dans leur fonction de contrôle financier⁷⁴. Ainsi, seuls quelques députés et sénateurs, spécialistes des problèmes financiers prennent part au débat et cette situation n'est d'ailleurs pas propre à l'Afrique puisque

⁶⁶ LLORENS (F.), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics - contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, RMC, 1989., p. 20 et s. ; LE DIVELLEC (A.), « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p.189 et s.

⁶⁷ Article 35 loi constitutionnelle du 18 janvier 1996.

⁶⁸ BOLMIN (Ph.), « Pour un nouveau partenariat public-privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de co-développement », *op. cit.*, p. 146 et s.

⁶⁹ AVRIL (P.), « La séparation des pouvoirs et la Ve République : le paradoxe de 1958 », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 79 et s.

⁷⁰ WEULASSAGOU (C.), « L'information sur la performance : économie, efficience- efficacité », in *La réforme du cadre juridique pour une meilleure gestion des finances publiques au Cameroun*, *op. cit.*, pp. 137 et s.

⁷¹ NZOUANKEU (J. M.), « L'impact des stratégies et réforme des procédures budgétaires sur la performance des fonctions publiques dans l'espace franco-africain », *op. cit.*, pp 101-109

⁷² BILOUNGA (S-T), *La réforme du contrôle de la dépense publique au Cameroun*, Thèse du droit public, Université de Yaoundé II, 2008-2009, p. 228.

⁷³ SIMMONY (M.), « La démarche de performance dans le cadre des finances publiques », *op. cit.*, p. 27.

⁷⁴ CHITOU (M. A.), « Le renforcement des contrôles : le rôle des juridictions financières africaines : l'exemple du Bénin », *op. cit.*, pp.138 et s.

les parlementaires français par exemple, rencontrent les mêmes difficultés⁷⁵. Mais, Le phénomène est beaucoup plus accentué en Afrique et particulièrement au Cameroun où la lourdeur et la lenteur des débats budgétaires découragent la présence de nombreux parlementaires. Beaucoup d'entre eux, lorsqu'ils sont présents, jouent simplement un rôle de figurants et sont souvent pris dans la tourmente des chiffres et autres difficultés qui entourent l'examen du projet de loi de finances. Même ceux qui prennent part aux débats, limitent souvent leur intervention à des points de détail du projet de loi de finances, à certaines corrections sémantiques de telle ou telle ligne budgétaire. En plus, Le phénomène majoritaire est pour une large part responsable de cet affaiblissement de la fonction parlementaire en général et de sa fonction financière en particulier⁷⁶. Bien qu'à l'origine, les Parlements aient été créés pour contrôler les dépenses du gouvernement même si, au fil du temps, ils se contentent généralement d'approuver le budget tel que le gouvernement le lui présente ou de n'y apporter que des amendements mineurs.

Conclusion

La régulation des marchés publics au Cameroun place la performance au cœur de ses objectifs, tant sur le plan normatif qu'institutionnel. La réforme récente a introduit des innovations majeures visant à renforcer l'efficacité, la transparence et la concurrence, via des procédures simplifiées, des outils digitaux et un cadre juridique modernisé. L'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) joue un rôle central dans cette dynamique, en supervisant les procédures, formant les acteurs et sanctionnant les manquements, ce qui consolide la crédibilité du système. Cependant, la concrétisation de cette performance se heurte à des défis tant matériels que structurels. Pour atteindre une performance durable, il est essentiel de renforcer les capacités des acteurs, d'améliorer l'accès aux ressources, et de promouvoir une culture d'intégrité.

⁷⁵ LASCOMBE (M), VANDENDRIESSCHE (X), Les finances publiques, 4ème édition, 2001, 191p ; PHILIP (L), L'exercice du pouvoir financier du parlement, Théorie, Pratique et Evolution, Economica, mars 1996, pp. 10 et s.

⁷⁶ HERTZOG (R), "L'avenir du pouvoir financier du Parlement : miroir des ombres ou garant de l'équilibre du 'gouvernement général'", in L. Philip. (dir.), L'exercice du pouvoir financier du Parlement. Théorie, pratique et évolution, Paris, Aix-en-Provence, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, p. 136.



La réception de la jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines

The reception of foreign case law in the motivation of decisions of African constitutional courts

Par: Page | 873

Afo Sabi Kasséré

Maître-assistant en Droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Lomé (Togo)
sabiafo@gmail.com

Résumé :

Le recours à la jurisprudence étrangère est aujourd'hui une réalité agissante dans le prétoire du juge constitutionnel en Afrique. C'est une pratique qui s'est généralisée de par le monde. Il n'y a presque aucun continent qui échappe à ce mouvement d'internationalisation de la justice constitutionnelle. Il est vrai que le recours aux décisions étrangères n'est pas si nouveau qu'on pourrait se l'imaginer. Ce qui est nouveau néanmoins, c'est évidemment la généralisation de la pratique qui s'apparente à une forme de dialogue des juges. De pratique, il est devenu une technique ou une méthode de raisonnement du juge. Toutefois, à l'épreuve de l'Afrique, cette technique a tendance à revêtir une autre connotation. La pratique africaine semble se tourner presque exclusivement vers les jurisprudences françaises. Fort justement, compte tenu du passé de ces États avec la France, cette posture impose de chercher à voir si la pratique des juridictions africaines s'inscrit dans une logique de droit comparé comme une méthode de raisonnement, auquel cas, le recours serait tout à fait normal, car, au regard du double phénomène de globalisation et de mondialisation du droit, cela légitimerait davantage l'office du juge. Cette hypothèse est tout de même assez faible au regard de l'intensité avec laquelle les juridictions africaines recourent à la jurisprudence étrangère, en fait française. On ne saurait nier la force de la proximité des États africains francophones avec la France en termes par ailleurs d'appartenance à une même famille du droit ou à une même tradition juridique. Cependant, étant donné que cette pratique pour l'essentiel est unidirectionnelle, cela alimente l'idée d'un mimétisme juridictionnel, conséquence inévitable du mimétisme constitutionnel, même si la réalité d'un tel mimétisme est controversée.

Mots-clés : Justice constitutionnelle – citation des décisions étrangères – motivation des décisions – légitimation – dialogue des juges – mondialisation du droit – mimétisme juridictionnel.

Abstract:

The use of foreign case law is now a reality in the courtroom of constitutional judges in Africa. It is a practice that has become widespread throughout the world. Almost no continent is immune to this movement toward the internationalization of constitutional justice. It is true that the use of foreign decisions is not as new as one might imagine. What is new, however, is obviously the widespread use of this practice, which resembles a form of dialogue between judges. From a practice, it has become a technique or method of reasoning for judges. However, when applied to Africa, this technique tends to take on a different connotation. African practice seems to turn almost exclusively to French case law. Quite rightly, given these states' history with France, this stance requires us to seek to determine whether the practice of African courts is part of a logic of comparative law as a method of reasoning. In this case, recourse would be entirely normal, since, given the dual phenomenon of globalization and the globalization of law, this would further legitimize the role of the judge. This hypothesis is nevertheless rather weak given the intensity with which African courts resort to foreign, and in fact French, jurisprudence. The strength of the proximity of French-speaking African states to France, moreover, in terms of belonging to the same legal family or legal tradition, cannot be denied. However, given that this practice is essentially unidirectional, it fuels the idea of jurisdictional mimicry, an inevitable consequence of constitutional mimicry, even if the reality of such mimicry is controversial.

Page | 874

Keywords : Constitutional justice – citation of foreign decisions – motivation of decisions – legitimization – dialogue between judges – globalization of law – jurisdictional mimicry.

Introduction

« Le recours au précédent étranger est certainement la manifestation la plus aboutie du dialogue transnational des juges et de l'ouverture (de la porosité diront certains) des systèmes juridiques »¹. Ces propos de Fabrice Hourquebie sont l'expression d'une présentation à la fois élogieuse et très générale du contexte et/ou de la raison d'être du recours aux décisions étrangères dans le contentieux, notamment constitutionnel. Au regard parfois de la singularité de l'expérience africaine de la justice constitutionnelle², il devient tout aussi légitime qu'incontournable de confronter cette pratique du recours au droit étranger à l'épreuve de l'Afrique. C'est dans ce sens qu'il faut appréhender la présente réflexion sur « La jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines ».

Page | 875

La notion de jurisprudence, largement usitée et même popularisée, peut être appréhendée de différentes façons. Gérard Cornu définit la jurisprudence comme « l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit »³. Mais, elle est plus cernée comme l'ensemble de décisions de justice⁴. Seulement, la jurisprudence n'est véritablement constituée que quand cet ensemble de décisions pose une règle de droit. Cependant, accolée à l'adjectif « étrangère », la jurisprudence ne sera pas appréhendée, ici, dans le sens de règle de droit, mais dans sa définition la plus générique, c'est-à-dire simplement comme une décision de justice, isolée ou non, rendue par une juridiction constitutionnelle étrangère, à l'exclusion de celles des juridictions ordinaires. C'est justement cette jurisprudence étrangère qui se retrouve dans le prétoire du juge constitutionnel en Afrique. Depuis longtemps, les juridictions constitutionnelles

¹ Hourquebie (F.), « La réception des décisions étrangères ». In, *Internationalisation du droit, internationalisation de la Justice*, Troisième Congrès des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Ottawa, juin 2010, p. 95.

² Voir, particulièrement, Diallo (I.), « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *RIDC*, 20-2004, 2005, pp. 93-120. ; Grewe (C.) & al (dir.), *La notion de justice constitutionnelle : actes du colloque*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2005. On pense toujours à cette définition de Charles Eisenmann en 1928 dans sa thèse, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, (1903-1980)*, avançant que « la justice constitutionnelle est cette sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles », c'est-à-dire « l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restriction, la suprématie de la Constitution ». V. Favoreu (L.) et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis Droit public, science politique », Paris, 2015, p. 237 et s.

³ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Quadriga-PUF, 2024, 15^e éd., p. 677.

⁴ Selon le dictionnaire de Droit administratif, « dans une acception large, (la jurisprudence), c'est l'ensemble des solutions posées par une juridiction. (En revanche,) dans une acception restrictive, mais non moins courante, la jurisprudence désigne un ou plusieurs arrêts parfaitement identifiés, qui marquent une étape importante par leur apport au droit existant, à la différence des décisions d'espèce (sic). [...] La jurisprudence découle donc des arrêts dits « de principe », qui définissent une notion ou posent une règle nouvelle en termes abstraits et généraux ». Voir, Van Lang (A.), Gondouin (G.) et Inseguet-Brisset (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Dalloz, coll. « Lefebvre Dalloz », 9^e éd., 2024, p. 333.

font l'objet de nombreuses réflexions, les unes relatives aux différentes fonctions, notamment celle de régulation⁵, les autres touchant aux garde-fous⁶ contre ces juges très présents, mais qui, heureusement, ne déversent, ni dans le gouvernement par les juges, ni dans le gouvernement des juges⁷. Aujourd'hui, l'occasion est offerte de questionner leurs techniques juridictionnelles, parmi lesquelles la motivation occupe une place centrale⁸, car, comme le souligne Mastor Wanda, c'est « *le nerf du raisonnement* »⁹.

De façon générale, la « *motivation est l'expression des motifs d'une décision* »¹⁰. Elle désigne l'opération consistant à exprimer formellement les motifs de fait ou de droit qui sous-tendent une décision. Il est vrai que, comme le souligne Frédéric Zenati-Castaing, le « *champ de la motivation est (...) beaucoup plus étendu qu'il n'y paraît à première vue* »¹¹, mais le domaine où la motivation est une obligation générale reste celui de l'acte juridictionnel, à la différence de la décision administrative¹². Sans doute est-ce la raison pour laquelle Gérard Cornu la rattache directement à la décision juridictionnelle¹³. Ce n'est donc pour rien que la décision juridictionnelle soit le « *berceau et matrice de la motivation* »¹⁴. Elle est inhérente à l'activité juridictionnelle, y compris celle quasi-juridictionnelle et « *consubstantielle à une bonne administration de la justice* »¹⁵. On comprend dès lors les propos de Denys de Béchillon pour qui, « *l'axe du progrès, en matière de justice, suit de près le souci de s'expliquer* »¹⁶. En droit public, la motivation joue un rôle important d'élucidation mais surtout de contrôle de la décision du juge¹⁷. Mais alors,

⁵ Sy (D.), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique ». In, *La justice constitutionnelle : actes du colloque de l'ANDC*, Sous la coordination du Professeur Narey, L'Harmattan, 2015, p. 56.

⁶ Gnamou-Petauton (D.), « La cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? ». In, *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Études coordonnées par Frédéric-Joël Aïvo, L'Harmattan, Paris, p. 687 et s.

⁷ Voir, Lambert (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois*, Marcel Girard, Paris, 1921.

⁸ Cormick (N. M.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996, p. 117. Troper (M.), Champeil-Desplats (V.) et Grzegorzczak (G.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005. Troper (M.), « La motivation des décisions constitutionnelles ». In, *La motivation des décisions de justice*, Sous la direction de Chaïm Perelman et Paul Foriers, Bruxelles, Bruylant 1978, pp. 296 et s.

⁹ Mastor (W.), « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », *AJJC*, 2012, p. 12.

¹⁰ Zuhamel (O.) & Meny (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 645.

¹¹ Zenati-Castaing (F.), « La signification, en droit, de la motivation ». In, *La motivation en droit public*, sous la direction de Sylvie Claudal, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 40.

¹² Voir, de Gaudemar (H.), « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français ». In, *La motivation en droit public*, *idem*, p. 70-71.

¹³ Cornu (G.), *op. cit.*, p. 677.

¹⁴ Zenati-Castaing (F.), *ibidem*.

¹⁵ Claudal (S.), « Rapport introductif ». In, *La motivation en droit public*, *idem*, p. 13.

¹⁶ De Béchillon (D.), « Le juge et son œuvre ». In, *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 359.

¹⁷ Zenati-Castaing (F.), *art. préc.*

comme l'a formulé le président Guy Canivet, qu'est-ce qui, « pour une juridiction constitutionnelle, (justifie que) s'impose une obligation de motiver » ? Euh bien, « l'impératif existe incontestablement : toutes les décisions des juridictions constitutionnelles sont motivées. Elles le sont (...) parce qu'elles sont des juridictions et que tout juge doit justifier sa décision par une argumentation logique destinée à la légitimer et la faire comprendre. Mais il y a (...) un supplément d'exigence d'élucidation de nature démocratique »¹⁸. Dans le même sens et, selon Igartua Salaverría, « l'obligation de motivation est devenue un moyen par lequel les sujets et les organes investis du pouvoir judiciaire sont responsables de leurs décisions d'où découle leur légitimité »¹⁹. Il est vrai que, selon les propos de Sylvie Claudal, quel que soit le domaine où la motivation existe, elle revêt « une fonction commune de légitimation »²⁰. Néanmoins, pour une juridiction constitutionnelle, et, en raison de son positionnement institutionnel, cela revêt davantage une signification démocratique particulière. Il en est ainsi parce que, très souvent à travers une décision, le juge constitutionnel s'adresse certes aux parties. Mais par-delà les parties, il s'adresse à la société tout entière, surtout en Afrique où l'Etat est en grande partie sinon en construction, du moins en consolidation.

D'une fonction technique de la motivation²¹, on en arrive ainsi à une fonction de justification, voire de persuasion. Le débat s'intensifie de plus en plus dans le sens de la qualité de la motivation, car il s'agit dorénavant pour le juge constitutionnel, de surcroît, de mieux motiver ses décisions²² au nom d'une exigence démocratique forte²³. Le magistère du juge n'est plus mécanique ; il ne s'agit plus simplement d'appliquer la loi mais il faut faire la démonstration que la décision retenue est la meilleure, la seule qui mérite d'être prise et de justifier l'utilité de l'institution constitutionnelle.

¹⁸ Canivet (G.), « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel ». In, *La motivation en droit public*, op. cit., p. 231.

¹⁹ Cité par Le Quinio (A.), « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel au prisme du modèle ibéro-américain », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 55-56, 2017, p. 34.

²⁰ Claudal (S.), « Rapport introductif », art. préc., p.13.

²¹ Elle consiste à expliquer et parfois à combler les lacunes des textes, à régler leur contradiction ou à permettre le contrôle, source de l'idée « d'un droit vivant ». Voir, Amrani-Mekki (S.), « La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires : enjeu fondamental, entre traditions juridiques et exigences Contemporaines ». In, *La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires : dire le droit et être compris : actes du Congrès de Cotonou des 30 juin et 1^{er} juillet 2022*, Lexbase, Paris, 2022, p. 25 & s.

²² Mastor (W.), « La motivation des décisions des cours constitutionnelles ». In, *La motivation en droit public*, op. cit., p. 251-254.

²³ Mastor (W.), art. préc., p. 14.

En principe, la jurisprudence étrangère n'a aucun rôle à jouer dans la motivation d'une quelconque décision d'une juridiction constitutionnelle. Et pourtant, il n'est pas rare que des décisions de ces juridictions portent la marque ou à tout le moins les indices d'une décision étrangère. Il arrive même que certaines règles transcrites dans les textes soient issues de la jurisprudence d'un pays. On peut s'intéresser par exemple à la diffusion du modèle du procès équitable²⁴ qui, à l'origine était, selon Guy Canivet, une création du juge britannique²⁵ est plus rattaché aujourd'hui à la convention EDH²⁶.

Ce faisant, comme le souligne Soraya Amrani-Mekki, « *outil de contrôle, la motivation devient ainsi un outil de légitimation pour le juge : se justifier pour légitimer son propre pouvoir* »²⁷ ou, comme l'a souligné Ambroise M. Adandédjan, un « *instrument de crédibilité du discours du juge* »²⁸. Et, pensant légitimer sa décision, le juge fait appel à la jurisprudence étrangère, à l'heure de la globalisation du droit²⁹. Dans cette perspective, une décision étrangère utilisée comme élément de motivation, en viendrait à légitimer une décision d'une juridiction constitutionnelle nationale. Sans doute est-ce dans ce sens que le recours au droit étranger dans le prétoire du juge, qualifié de « *véritable service public* »³⁰, ne date pas d'aujourd'hui. Et pour cause, René David renseigne que « *les cours de droit comparé (...) ont existé (...) dans les facultés de droit françaises depuis 1839* »³¹. Le premier numéro d'une revue qui lui est consacrée remonte à,

²⁴ La notion de « procès équitable » renvoie à un ensemble de principes et règles qui encadrent la procédure juridictionnelle. C'est un principe qui s'est pratiquement universalisé. Parmi ces principes, les plus connus sont : l'indépendance et l'impartialité de toute juridiction, le délai raisonnable et la motivation. Pour une étude complète, Voir, not., Picheral (C.) (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Anthemis, coll. « Droit & Justice », Paris, 2012, 342p.

²⁵ Selon le 1^{er} Président honoraire de la Cour de cassation française, « à partir des principes développés par les juridictions de Common Law anglaises, depuis le XIII^e siècle (...), le modèle du procès équitable s'est développé (...) dans la Charte des Nations Unies précisée dans le Pacte sur les droits civils et politiques, (etc.) ». Voir, Canivet (G.), « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005, p. 799.

²⁶ Il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, abrégée Convention EDH, spécifiquement son article 6-1. Cette convention é été signée sous l'égide du Conseil de l'Europe, une organisation internationale différente de l'Union européenne qui, elle, est une organisation communautaire.

²⁷ Amrani-Mekki (S.), *art. préc.*, p. 25 & s.

²⁸ Adandédjan (A. M.), « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone », *Afrilex*, Déc. 2019, p.30.

²⁹ Ainsi que le souligne Fabrice Hourquebie, « réceptionner les décisions des juridictions étrangères relève d'une double justification. D'abord sur le terrain de la légitimité du juge. À l'heure de la juris-globalisation, il importe que les juges nationaux ne donnent pas le signal d'un isolement qui les conduirait à être en dehors du dialogue juridictionnel transnational émergent. L'argument du précédent étranger est alors pensé comme un outil de légitimation ». Voir, Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *art. préc.*, p. 96.

³⁰ Gélard (P.), « Un véritable service public : le droit comparé ». In, *Espace du service public : mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Sous la coordination de Ferdinand Mélin-Soucramanien, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, Bordeaux, pp. 291-298.

³¹ David (R.), « Le droit comparé, enseignement de culture générale », *RIDC*, vol. 2, n°4, 1950, p. 682.

au moins, l'année 1949³². Un bilan de la méthodologie comparatiste³³ révèle que l'approche comparée est bien établie, comme en témoignent des études structurantes³⁴, et ce, nonobstant les critiques persistantes à son sujet³⁵. En droit constitutionnel, en particulier, les apports du droit comparé sont divers³⁶ favorisant son expansion. De nombreuses juridictions de plusieurs pays européens, américains ou d'autres utilisent l'argument de droit comparé. L'évolution de la pratique britannique est assez symptomatique à ce propos et qui, comme l'a souligné Lord Bingham of Cornhill, montre de plus en plus des signes d'une grande ouverture³⁷. Et, les juges ordinaires, qu'ils soient administratifs ou judiciaires, y ont également recours³⁸. C'est donc en toute logique que le phénomène n'a pas épargné les juridictions constitutionnelles en Afrique³⁹. En effet, l'environnement juridictionnel africain est souvent marqué par des alertes sur des décisions « miroir » de jurisprudences étrangères. Aujourd'hui, la pratique s'est quasiment généralisée en Afrique, corroborant peut-être la positivité et la pérennité du dialogue transnational⁴⁰.

Entendons-nous bien ! Cette pratique juridictionnelle n'est pas en soi un drame. Elle est le résultat de l'influence du droit comparé, bien sûr au sens où l'entend Marie-Claire Ponthoreau, c'est-à-dire un droit comparé en matière constitutionnelle ou tout simplement un droit constitutionnel comparé⁴¹. On penserait alors que le fait pour les juridictions africaines de se référer au contentieux constitutionnel comparé dans la motivation de leurs décisions est toute logique ; que cela n'a rien d'étonnant. Certes, cette pratique n'est pas le fait des seules juridictions

³² Voir, *RIDC*, vol. 1, n°4, Octobre-décembre 1949. pp. 551-553.

³³ Jaluzot (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, vol. 57, 2005, pp. 29-48.

³⁴ Voir, notamment, Delmas-Marty (M.) (dir.), *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2004, 330 p.

³⁵ Ponthoreau (M.-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, vol. 57, n°1, 2005. pp. 7-27.

³⁶ Tap (F.), « L'apport du droit comparé à la scientificité du discours constitutionnaliste », *RIDC*, vol. 70 n°1, 2018, pp. 7-25 ; - « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques ». In, *L'interprétation constitutionnelle*, Sous la direction de Ferdinand Mélin-Soucramanien, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2005, p. 178.

³⁷ Initialement circonscrit aux jurisprudences des pays de la *Common Law*, la pratique est aujourd'hui étendue aux décisions des pays non membres de cette famille de droit. Voir, Bingham of Cornhill (L.), « L'ouverture des cours britanniques à la mondialisation », *Les cahiers de la justice*, 2010, p. 25.

³⁸ La pratique est la même partout en Afrique, qu'il s'agisse de la Cour suprême camerounaise, de celle burkinabè ou d'une autre. A titre d'exemple, dans l'affaire *Conombo Jean-Baptiste* du 28 1974, aux termes de l'arrêt de la Cour suprême du Burkina Faso, « Mais attendu qu'une jurisprudence constante (CE, 26 octobre 1945, Rec. 213... ». Voir, Yonaba (S.), *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè. Droit administratif*, Presses africaines, coll. « Précis de droit burkinabè », 2^{ème} édition, Décembre 2013, p. 330.

³⁹ Tchagna (A.), « L'internationalisation des Constitutions africaines : l'exemple des Constitutions d'Afrique subsaharienne francophone », *RIDC*, vol. 70, n°3, 2018, pp. 509-542.

⁴⁰ Canivet (G.), « Dialogue trans-judiciaire ... », *art. préc.*, p. 31.

⁴¹ Ponthoreau (M.-C.), « Le droit comparé en question(s)... », *ibidem*.

constitutionnelles africaines⁴², car des exemples existent, pas forcément glorieux⁴³. Cependant, dans le cadre de la présente réflexion et pour une cohérence dans l'analyse, seules les décisions des juridictions constitutionnelles retiendront l'attention. Il est vrai que les juridictions constitutionnelles ne sont pas au sommet de la hiérarchie des ordres juridictionnels. Il reste que sur le plan constitutionnel, c'est à elles que revient de fixer le socle normatif pertinent de l'Etat. Les juridictions constitutionnelles sénégalaise et togolaise prêteront leur pratique à la présente réflexion pour la facilité d'accès à leurs décisions et leur disponibilité. Cela n'exclue en rien de se référer à une autre juridiction. Dès lors, le recours à la jurisprudence étrangère serait, de ce point de vue, le signe d'un dialogue des juges⁴⁴. Il est vrai que la communicabilité des systèmes juridiques⁴⁵ de par le monde et la circulation des savoirs et expériences constitutionnels ne sont plus à démontrer. La porosité des frontières étatiques est, en tout état de cause, une réalité autorisant par exemple le juge français à s'inspirer de ses homologues européens ou le juge malgache à s'adosser à une jurisprudence française. On serait tenté de parler d'une « *aide juridictionnelle* »⁴⁶ entre les juridictions constitutionnelles.

Néanmoins, la posture du juge constitutionnel africain interroge sur un certain nombre de points, en raison non seulement de la fréquence mais aussi de l'intensité ou du degré avec lesquels cette référence à la jurisprudence étrangère est faite. C'est justement sur ce point qu'on commence à soupçonner une certaine hérésie. On ne saurait, dans l'absolu, nier l'utilité du phénomène. Au mieux des cas, la référence à la jurisprudence étrangère relèverait ainsi d'un dialogue fructueux entre les juges. Il est dès lors irréfutable que la réception en Afrique de la jurisprudence étrangère ne semble pas poser de problème en tant que telle. Mais, il est permis d'en douter. On sait que le droit comparé a vocation à servir de source d'inspiration pour des systèmes juridiques. Dans le même temps, l'autonomie des systèmes juridiques, les uns par rapport aux autres, est érigée en un principe. En fait, la part du doute provient du fait qu'au regard du passé colonial, une telle réception

⁴² Voir, Blanquet (P.), « Le juge administratif et les jugements étrangers », *RFDA*, 2021, n°2, pp. 329-339 ; ég., Melleray (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007.

⁴³ On peut citer l'exemple de la Cour Suprême du Burkina Faso qui ne se contente pas seulement de citer intégralement la décision étrangère mais reproduit, dans le corps des motifs, les références de l'arrêt, y compris même parfois le recueil dans lequel la publication a eu lieu. Cf, CS aff. *Conombo*, *préc.*

⁴⁴ Selon Didier Maus, « l'expression « dialogue des juges » est (...) pour décrire le phénomène qui conduit certaines juridictions à prendre en considération, selon des modalités à examiner, les précédents de juridictions non nationales (...) ». Voir, Maus (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC*, n° 80, 2009, pp. 675-696.

⁴⁵ Voir, Balde (S.), *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, Publibook, Paris, 2011, 538p.

⁴⁶ Expression d'Avvenire (H.), « Vers une aide juridictionnelle universelle ? », *AJDA*, 2024, p. 1821 & s.

concerne le seul système français qui ne peut raisonnablement représenter à lui seul le droit comparé. Pour que la thèse du droit comparé puisse justifier la posture du juge constitutionnel en Afrique, il eut dû exister un « *esprit du dialogue* »⁴⁷. Or, cet esprit de dialogue semble difficile à identifier.

Ce qui pose donc problème, c'est plutôt la place, trop grande, que le recours aux précédents étrangers occupe dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles. En Afrique, le droit comparé ne sert pas simplement de source d'inspiration ; il est pratiquement une norme de référence du contentieux ; la décision étrangère est un élément de la décision du juge. Et, comme il a été souligné plus tôt, elle est parfois citée dans le corps même de la motivation, avec toutes les références de publications comme pour rapporter la preuve d'avoir déféré à une obligation. Cette situation alimente l'idée d'un mimétisme juridictionnel. On aurait pu, pour alimenter le dialogue des juges, penser également à l'influence des familles de droits, de la tradition juridique romano-germanique ou *Common Law* dont se réclament certaines juridictions constitutionnelles africaines. Ici, encore, on peut objecter que la France n'appartient pas seule à une famille juridique. On peut s'interroger sur la pertinence de ne recourir qu'à la seule jurisprudence française ou presque. Une fois de plus, l'hypothèse d'un mimétisme devient de plus en plus plausible comme justificative de cette pratique en Afrique.

Le sujet présente dès lors irréfutablement un intérêt scientifique ; d'abord, au regard du droit comparé qu'il implique nécessairement et à propos duquel René David estime qu'une « *étude des droits étrangers et la comparaison des droits présentent des intérêts multiples* »⁴⁸. Certes, la présente réflexion ne préjuge pas d'un bilan des juridictions constitutionnelles pour lesquelles une abondante littérature existe⁴⁹. Très justement, la présente réflexion ambitionne, en se positionnant

⁴⁷ Tusseau (G.), *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 1256-1257.

⁴⁸ David (R.), *art. préc.*, p. 682.

⁴⁹ D'abord, de façon générale, « la plupart des ouvrages de contentieux constitutionnel s'interrogent, de façon assez classique, sur les « missions » ou les « fonctions » de la justice constitutionnelle. (Ici, il s'agit d'une réflexion basée sur) la notion de finalité du contrôle de constitutionnalité ». Voir, Vidal-Naquet (A.), Préface, Padovani (J.), *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle. Pour une approche téléologique du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2022, 606p. Voir, pour une réflexion structurelle, l'introduction générale, Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 2 & s ; é.g., Kpodar (A. M.), « Bilan sur une demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique de noire francophone », *Afrilex*, Janvier 2013, p. 4. Voir, aussi, Moderne (F.), « L'évolution des juridictions constitutionnelles ». In, *Les institutions constitutionnelles d'Afrique francophone et de la République malgache*, Economica, Paris, 1979, p. 185 ; é.g., Favoreu (L.), « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique ». In, *Les Cours suprêmes en Afrique*, tome 2, Economica, Paris, 1989, p. 40.

comme peu d'études sous l'angle des techniques du juge constitutionnel, d'analyser les motivations des juridictions constitutionnelles qui éclairent une telle pratique. Il y a des juridictions constitutionnelles pour lesquelles le recours aussi bien au droit qu'à la jurisprudence étrangers découle d'une obligation constitutionnelle. L'exemple topic, largement documenté, est celui de l'Afrique du Sud⁵⁰. Ces cas, contrairement au choix de Ferdinand Diène Faye⁵¹, ne sauraient être discutés ici, car il est impossible, en dehors de l'obligation constitutionnelle, de comprendre les ressorts d'une telle éventuelle politique jurisprudentielle de recours aux précédents étrangers. Ainsi donc, l'étude cherche à comprendre comment un droit étranger, qui n'a pas été la source d'inspiration du texte constitutionnel, peut être utilisé pour motiver une décision du juge national.

C'est alors qu'il en découle quelques préoccupations tout à fait légitimes principalement dans deux directions. D'une part, la réception ou parfois la reproduction des décisions étrangères dans la motivation de leurs décisions est-elle justifiée ? D'autre part, qu'à cela ne tienne, le juge constitutionnel en Afrique a-t-il besoin, pour mettre à profit le droit comparé, d'aller jusqu'à la reproduction des décisions étrangères dans la motivation de ses propres décisions ? La question centrale qui en découle est de savoir quelles sont les incidences du recours à la jurisprudence étrangère par le juge constitutionnel sur la construction de son raisonnement.

La réponse à cette question commande de procéder, directement ou à travers une analyse documentaire et symétriquement, en s'appuyant sur le droit constitutionnel comparé, à une analyse de quelques jurisprudences pertinentes des juridictions constitutionnelles africaines.

Au demeurant, ces interrogations renvoient à une réflexion sur la place de la jurisprudence étrangère dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines. Ce recours est, à n'en pas douter, une technique ou une méthode⁵² de raisonnement de raisonnement du juge. En revanche, sa place est assez mitigée. Evidemment, cela ne remet pas en cause la pertinence dogmatique ou abstraite de la technique de réception d'une décision étrangère. On ne saurait donc voir dans cette rhétorique la négation automatique et absolue de l'autonomie décisionnelle du juge.

⁵⁰ D'après les propos de Fabrice Hourquebie, à propos de l'Afrique du Sud, aussi bien pour la « constitution intérimaire, dans sa section 35(1), (que pour) la constitution définitive dans sa section 39(1)(a), (b), (c), (la constitution) fixe moins une possibilité (« may have regard ») qu'une certaine impérativité ». Voir, Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *art. préc.*, p. 99.

⁵¹ Faye (F.), « Les précédents étrangers dans la jurisprudence constitutionnelle en Afrique : une justice constitutionnelle naissante à l'épreuve de la méthode comparative », *RDP*, Mars 2025, pp. 123-136.

⁵² Une difficulté à les distinguer (V, Guèye (B.), « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone ». In, *L'interprétation constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 158), on emploiera donc indifféremment l'un ou l'autre de ces termes.

Pour autant, en se plaçant du côté du juge, dans ses motivations profondes, on s'aperçoit que cette technique est convoquée pour asseoir la légitimité du raisonnement du juge, mais neutralise par contre l'autonomie décisionnelle du juge. En pensant s'appuyer sur le droit comparé pour tenter de légitimer son raisonnement (I), le juge constitutionnel « africain » a fini par être pris au piège du comparatisme qui tend à menacer, voire à annihiler son autonomie décisionnelle (II).

I- UNE METHODE AU SECOURS DE LA LEGITIMITE DU RAISONNEMENT DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Le juge constitutionnel africain tente, en recourant à la jurisprudence étrangère dans la motivation de ses décisions, de légitimer son raisonnement et donc sa décision s'inscrit dans un souci de légitimation de son office. Ainsi, la « *globalisation et mondialisation du droit* »⁵³ reposant sur certains préceptes de « *convergence des droits* »⁵⁴ ou de « *domination d'un modèle juridique* »⁵⁵ appellent nécessairement un dialogue des juges, presque'unaniment reconnu comme facteur de légitimation du juge constitutionnel (A). Il reste que cet argument ne peut tout justifier à lui seul, surtout concernant les Etats africains. En approfondissant la thèse de la domination⁵⁶ et au regard de certaines influences structurelles de l'ordre juridique des Etats africains, le recours à une certaine jurisprudence étrangère peut être justifié par la recherche d'une certaine cohérence et qui peut s'avérer être le facteur le plus décisif de légitimation (B).

A- Une légitimation recherchée au moyen de l'argument du droit comparé

La référence à la jurisprudence étrangère révèle la volonté de s'inscrire dans le cadre du droit comparé, étant donné qu'il favorise une « *amélioration constitutionnelle* »⁵⁷. Elle est donc une forme de dialogue des juges. On peut expliquer la pratique des juridictions constitutionnelles africaines par ce dialogue auquel elles entendent participer au moyen du droit comparé qui, longtemps sujet de débat et encore sujet à débats, fait l'objet aujourd'hui d'une plus large acceptabilité (1). Ce droit comparé s'exprime dans un contexte de mondialisation de de

⁵³ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006, p. 20 & s.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Cornu (G.), *Op. cit.*, p. 677.

⁵⁶ Cette hypothèse répond à une idée de « mimétisme qui pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants, c'est-à-dire le modèle libéral qui renvoie au triptyque « droits de l'homme - démocratie pluraliste - Etat de droit ». Voir, Ponthoreau (M. C.), « Trois interprétations... », *art. préc.*, p. 20.

⁵⁷ Voir, Gélard (P.), « Quelques conseils au constitutionnaliste de droit comparé ». In, *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 705-711.

globalisation du droit⁵⁸. La raison fondamentale du recours au droit comparé réside essentiellement dans sa dimension légitimatrice (2).

1- Une large acceptabilité scientifique de la référence au droit comparé

L'argument comparatiste paraît mieux accepté aujourd'hui au sein de la jurisprudence constitutionnelle ; plus qu'une illustration ponctuelle, il s'affirme progressivement comme une méthode d'interprétation⁵⁹ supplémentaire du juge constitutionnel⁶⁰. Certains auteurs révèlent même qu'il y a des juridictions constitutionnelles qui se dotent « *de structures internes spécialisées dans le droit comparé chargées d'apporter un éclairage supplémentaire lors du contrôle de constitutionnalité : c'est notamment le cas de l'Italie* »⁶¹.

Malgré cette large acceptabilité de l'argument du droit comparé, subsistent encore des hésitations traduisant une certaine anxiété à son propos. Fonder un raisonnement sur l'argument de droit comparé peut s'avérer parfois risqué. En effet, le droit comparé ne semble pas encore servir de manière absolue d'argument justificatif. Cependant, lorsqu'il est admis, le droit comparé devient une source très utile. C'est certainement la raison pour laquelle la plupart des juridictions constitutionnelles s'y sont adonnées. Même les juridictions les plus réticentes ont fini par céder au droit comparé, car à en croire Fanny Jacquelot, « *l'ouverture du juge constitutionnel au droit comparé apparaît alors comme une dynamique commune aux juridictions constitutionnelles européennes à laquelle la Cour suprême des États-Unis n'est pas restée indifférente* »⁶². C'est en tout cas au droit comparé, celui de l'Union européenne que la Cour constitutionnelle togolaise doit ses motifs les plus rigoureux dans l'affaire *Maître AKAKPO AssignonKokouda c/ Ordre des Avocats du Togo*⁶³.

On a souvent évoqué le conservatisme de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique sur un certain nombre de sujets de société mais également sur des thématiques liées à l'activité juridictionnelle de cette Cour. Ce conservatisme justifie en partie qu'elle soit fermée à certains

⁵⁸ Selon Marie-Claire Ponthoreau, « l'internationalisation du droit a désormais acquis une grande visibilité puisqu'elle touche le droit public et donc le droit par nature solidaire de la formation de l'Etat. Le droit international public s'intéresse de plus en plus aux individus et donc ne se limite plus aux seules relations interétatiques. Pendant longtemps, l'internationalisation du droit est un thème qui avait surtout occupé les privatistes ». *Ibidem*.

⁵⁹ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *art. préc.*, p. 20 & s.

⁶⁰ JACQUELOT (F.), « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *LPA*, 16 janv. 2007, p. 8.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Ce n'est pas au droit de l'UEMOA mais à l'article 288 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) que la Cour doit son argumentation. Voir, DECISION N°C-003/20 DU 13 MAI 2020.

débats. Parmi eux, on peut mentionner le droit comparé dont la Cour rejeta l'utilisation dans plusieurs affaires dont les plus marquantes sont les affaires *Stanford v/ Kentucky*⁶⁴ et *Printz c/ Etats-Unis* de 1997. Fort heureusement, après avoir rejeté les arguments comparatistes pour l'interprétation de la Constitution américaine, la Cour a opéré un revirement spectaculaire dans un arrêt remarqué, *Lawrence c/ Texas*, le 26 juin 2003, au sujet de la répression pénale des pratiques homosexuelles. Dès lors que la plus conservatrice des juridictions constitutionnelles entre dans le jeu de l'utilisation des décisions étrangères, non plus des seules juridictions de la Common Law, il va sans dire qu'il est difficile d'imaginer une autre juridiction résister à ce patrimoine juridictionnel commun. En tout cas, un avis de la Cour constitutionnelle togolaise de 2020 rappelle étrangement la décision *Maîtrise de l'immigration* du juge français⁶⁵.

Au fond, le rejet du droit comparé se justifie par une certaine prudence que le juge entend observer et marquer son autonomie décisionnelle. Ce conservatisme serait en apparence isolé mais il est en phase avec la société américaine avec ses valeurs et sa culture. Certes, la référence au droit étranger est tentante mais pour se référer à une jurisprudence extérieure, il faut partager les valeurs dominantes de cette juridiction et même les valeurs que véhicule l'Etat dont relève la juridiction. Le rejet peut aussi surtout se justifier par la préservation de l'indépendance de la juridiction constitutionnelle. Dans les deux cas, on se retrouve sur des questions analogues. Ainsi, on a vu la réticence de la Cour Suprême des Etats-Unis se manifester à propos des questions assez sensibles et de débats hautement sociaux. On connaît le conservatisme habituel de cette Cour qui ne veut surtout pas s'imposer une valeur qu'elle ne partagerait pas. Les questions relatives à la peine de mort, à l'avortement ou au droit des personnes de mêmes sexes sont celles à l'égard desquelles elle a toujours entendu marquer son recul par rapport aux juridictions étrangères. Quand on se réfère à une jurisprudence, en effet, on n'importe pas exclusivement que la décision, on en importe certainement aussi les valeurs sous-jacentes. Elle rejettera une telle référence non pas forcément

⁶⁴ Le célèbre juge Scalia laissa entendre dans les motifs exprimés dans cette décision que ne sont décisives que les seules conceptions américaines, excluant ainsi toute référence normative externe. Dans ce sens, le Congrès américain corsa encore l'équation en adoptant en 2004 une ligne ainsi qu'il suit : « dans l'interprétation de la Constitution des États-Unis, une Cour des États-Unis ne pourra se prévaloir d'une Constitution, d'une loi, d'un règlement administratif, d'un ordre exécutif, d'une directive, d'une politique, d'un arrêt, ou de tout autre acte d'un pays étranger ou d'une organisation ou d'une agence internationale, en dehors du droit constitutionnel et de la Common Law britannique ». Voir, JACQUELOT (F.), *art. préc.*, p. 8 & s.

⁶⁵ L'avis N°AV-003/2020 du 08 avril 2020 a beaucoup tiré de la décision du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, où Conseil constitutionnel français a affirmé que « la protection de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle qu'il faut concilier avec la protection des droits et libertés ».

parce que la décision ne serait pas intéressante pour elle mais plutôt justement par rejet de ces valeurs.

Les juridictions constitutionnelles africaines ne semblent pas réticentes à l'argument du droit comparé si l'on en juge par la récurrence de ces références dans la motivation de leurs décisions. Et même s'il en avait été autrement, rien n'interdirait aujourd'hui aux juridictions africaines de se référer au contentieux constitutionnel comparé dans la mesure où on le verra, sa fonction légitimatrice ne saurait être sérieusement mise en doute.

2- Une fonction légitimatrice indéniable du droit comparé

Une fois ces difficultés précisées et levées, il est utile de prendre ses distances vis-à-vis d'elles, car il s'agissait-là de considérations fortement dogmatiques qui, dans l'abstrait n'apportent pas grand-chose ; il faut s'attacher au concret, c'est-à-dire à l'apport inhérent au droit comparé. Qu'à cela ne tienne, une querelle dogmatique⁶⁶ n'est pas décisive ; ce qui compte, c'est la réalité, favorable à l'usage du droit comparé. En fait, cette démarche témoigne de la communicabilité des systèmes juridiques qui ne sont plus de nos jours étanches, comme cela a pu se concevoir par le passé. De la sorte, il y a comme une sorte de circulation ou de diffusion internationale des décisions des juridictions à l'usage d'une communauté des juridictions, celle notamment des juridictions constitutionnelles. Les juridictions africaines en ont justement usé, comme en témoignent les décisions du Conseil constitutionnel sénégalais⁶⁷ ou de la Cour constitutionnelle togolaise⁶⁸.

Le juge ne doit pas faire fi de cette importante source de documentation qui peut s'avérer intéressante ou, en tout cas, salubre pour lui. Plutôt que de s'obstiner à un repli sur soi alors même que, comme il peut en être parfois le cas, il se trouverait dans une sorte de « désert » jurisprudentiel. En effet, comme l'explique Didier Maus, lorsqu'il arrive qu'une juridiction constitutionnelle soit *« confrontée à une difficulté juridique sérieuse, qu'elle ne dispose pas dans sa propre jurisprudence de précédents et que les normes constitutionnelles qu'il convient d'interpréter sont relativement ambiguës, il est intellectuellement et juridiquement intéressant de regarder ce que d'autres cours, dans des situations analogues, ont pu adopter comme raisonnement et, le cas*

⁶⁶ Ponthoreau (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Coll. « Corpus droit public », 2010, p. 33 & s.

⁶⁷ Voir, CC, « Décision N° 9712007. AFFAIRE N° 1/C/2007 du 27 avril 2007, Parité sur les listes de candidats aux législatives ». In, Fall (I. M.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008, n° 98.1pp. 523-528.

⁶⁸ Pour le Togo, voir au moins, Avis n° AV - 001/21 du 30 Septembre 2021.

échéant, comme solution »⁶⁹. Cet intérêt documentaire de la référence à la jurisprudence étrangère ne saurait être mis en doute.

Le juge peut tout aussi bien se retrouver parfois dans des situations où il sait quoi faire, quelle décision prendre. Cependant, il préfère s'adosser à une jurisprudence étrangère analogue et, au besoin, lui faire dire ce qu'il pense au fond. Cela paraîtrait, en fonction des circonstances, plus acceptable et à même de susciter moins de rejet. Quand un juge étranger consacre une solution à laquelle adhère le juge national, cela paraît plus crédible. Dans ce cas, le juge national trouve plus légitime que ce soit la bouche de son homologue étranger qui l'exprime.

Quand, par ailleurs, le juge se retrouve, comme on le verra plus loin, face à des questions universelles, la solution adoptée par une juridiction étrangère peut être intéressante pour lui. Très souvent dans ce genre de situations, la solution ne peut pas être exclusivement locale, car *« l'importation des décisions étrangères permet ainsi de donner à la communauté internationale un gage d'ouverture réelle, mais aussi d'inscrire la nouvelle société en construction dans une logique de mise en conformité avec les exigences universelles en matière de suprématie (constitutionnelle) et de garantie des droits fondamentaux »*⁷⁰.

On mesure également l'influence de certains cercles de réflexions et de partages dans lesquels sont engagées des membres des juridictions constitutionnelles. Il peut s'agir par exemple de l'influence de la formation. Un juge africain formé aux Etats-Unis par exemple aura plus tendance à convaincre ses pairs du recours aux décisions anglosaxonnes ou du droit mixte⁷¹. Il peut également s'agir de réseaux d'associations ou d'organisations dans lesquels sont impliqués des membres de ces juridictions⁷². C'est aussi souvent quand le juge entend apporter des changements majeurs qu'il sollicite le droit comparé. Cela permet éventuellement d'amortir le choc et d'atténuer les divergences ou réticences. Car les sociétés d'où le juge veut tirer le référent deviennent un peu comme témoins ou manifestations de ce changement. On peut, avec Régis

⁶⁹ Maus (D.), *art. préc.*, p. 683.

⁷⁰ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *art. préc.*, p. 95.

⁷¹ Maus (D.), *op. cit.*, p. 685 & s.

⁷² Selon le président Guy Canivet dressa une liste impressionnante de réseaux ou associations, soit des juridictions constitutionnelles elles-mêmes, soit de certains de leurs membres, aussi bien en Occident et, surtout en Europe qu'en Afrique. Voir, Canivet (G.), « Les influences croisées... », *art. préc.*

Bismuth, rappeler à souhait la démarche de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique dans les affaires « *Roper c/ Simmons ou Lawrence c/ Texas* »⁷³.

Quoi qu'il en soit et peu importe la motivation pour laquelle le juge se réfère à la jurisprudence étrangère, certaines juridictions africaines sont assez utilisatrices de l'argument inhérent au droit comparé. Et, c'est justement au regard de ses finalités plus largement admises qu'il est permis de douter que la démarche des juges constitutionnels africains s'inscrive dans une logique comparatiste. Au total, ces démarches s'inscrivent dans une logique de dialogue des juges. Fort justement, dans le contexte africain, le dialogue est absent en raison même du défaut de l'esprit du dialogue. L'esprit du dialogue les aurait inscrits dans une logique de débat ouvert, concurrentiel jusqu'à ce que, comme l'a souligné Guillaume Tusseau, se dégage la bonne interprétation de la règle de droit et la bonne solution des litiges⁷⁴. Si dialogue, il y a, il ne peut s'agir que d'un dialogue imparfait. La quête de légitimité par des efforts de mise en cohérence du raisonnement du juge au regard du schéma de l'ordre juridique semble plus marquée.

Page | 888

B- Une légitimation fondée sur l'idée d'une cohérence de l'ordre juridique

L'argument du droit comparé ne justifie que partiellement la pratique des juridictions constitutionnelles africaines du recours à la jurisprudence étrangère. Autrement, le juge constitutionnel africain ne se tournerait pas mécaniquement et presque exclusivement vers les seules jurisprudences françaises. La recherche d'une certaine cohérence de l'ordre juridique des Etats africains doit dès lors être prise en compte, voire être privilégiée pour comprendre cette pratique. Les Etats d'Afrique francophone, au regard de leur passé, s'inscrivent largement dans un schéma constitutionnel, dans une certaine tradition juridique. La réception de la jurisprudence étrangère devient le symbole ou l'expression d'une certaine appartenance (1). On peut aussi y voir une conséquence logique du mimétisme constitutionnel en procès (2).

1- Une expression certaine de l'appartenance à une tradition juridique

La reprise des décisions étrangères apparaît étrange mais s'inscrit au contraire dans la continuité du système, de cette tradition juridique. Dans cette perspective, Fabrice Hourquebie

⁷³ Régis Bismuth a identifié un certain nombre de décisions pertinentes. Entre autres, on peut citer les « arrêts *Roper c/ Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) ; *Lawrence c/ Texas*, 539 U.S. 558 (2003) ». Voir, Bismuth (R.), « L'utilisation de sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *RIDC*, vol. 62, n°1, 2010, p. 107 & s.

⁷⁴ Tusseau (G.), *Op. cit.* p. 1256.

considère que décider de « *réceptionner une décision de justice est lié à la culture judiciaire et est donc largement tributaire de l'appartenance à l'un ou l'autre des deux grands systèmes de droit* »⁷⁵. On changerait ainsi de pays que la logique du système imposerait le même raisonnement ou, en tout cas, une démarche analogue. Et c'est ce qui apparaît comme une reprise ou une reproduction de précédents juridictionnels. Au fond, ce serait le système qui l'impose. Les juridictions constitutionnelles africaines le reconnaissent expressément⁷⁶.

Il faut se rappeler qu'il existe globalement deux grandes traditions juridiques : la tradition romano-germanique et la tradition anglo-saxonne. Il est très important de réaliser à quel point le choix d'une tradition juridique donnée façonne les règles structurant les systèmes juridiques de différents Etats. Dans cette mesure, sans même qu'un juge sache ce que son homologue partageant la même tradition juridique aurait pris comme décision, les outils d'analyses, d'interprétation et autres seraient, dans l'abstrait, transposables d'un système juridique à un autre. C'est cette convergence de postulat qui donnerait à penser qu'un juge donné aurait reproduit la décision d'un autre.

Le renforcement des liens, à travers des séminaires et des tables-rondes communs entre les Etats partageant la même tradition juridique, rend de plus en plus incontournable cette reproduction. A l'instar de l'AHJUCAF⁷⁷, ce sont des acteurs du contentieux constitutionnel, notamment, qui se retrouvent régulièrement et participent aux mêmes réflexions, favorisées, cette fois-ci, soit par la proximité linguistique mais surtout par la proximité de système juridique. Il devient alors compréhensible que la philosophie soit la même, ainsi que les méthodes d'analyse et de solution des litiges soumis à leur magistère. D'ailleurs, la déclaration de principe de l'AHJUCAF du 1^{er} juillet 2022 au Congrès de Cotonou, assez éloquente, ne laisse guère de doute à ce sujet : « *Les Cours suprêmes judiciaires tiennent une place essentielle dans l'État de droit, par l'importance de leurs décisions largement diffusées à l'attention des autres juridictions nationales et internationales, de tous les professionnels du droit et de l'ensemble des citoyens* ».

⁷⁵ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *art. préc.*, p. 95.

⁷⁶ En effet, à une question consistant à savoir si la jurisprudence constitutionnelle étrangère avait une influence significative sur leur jurisprudence, la Haute Cour constitutionnelle malgache répond en ces termes : « Le droit malgache étant de tradition romano-germanique, les juridictions malgaches s'inspirent de la jurisprudence française, du droit comparé en cas de vide juridique. La Haute Cour constitutionnelle malgache ne fait pas exception à cette pratique ». Voir, la fiche questionnaire remplie par la Haute Cour constitutionnelle malgache à l'occasion du 8^e congrès de l'ACCF, p. 481.

⁷⁷ L'AHJUCAF est Association des Hautes Juridictions de Cassation ayant en partage l'usage du Français.

De plus, il est significatif de relever le nombre croissant de Cours constitutionnelles qui s'impliquent dans des programmes communs de recherche ou qui multiplient les visites et les échanges⁷⁸. L'appartenance à une tradition juridique partagée peut tout à fait justifier cette posture du juge africain. Ce serait tout aussi élégant que légitime. Cet argument est sérieux. Ainsi, Djibril Abarchi parle d'une « culture juridique commune (...) culture juridique entretenue grâce aux mêmes sources doctrinales et jurisprudentielles rendues plus accessibles par la communauté de langue et facilitée par la circulation des supports d'information »⁷⁹. Et, Delphine Pollet-Panoussi renchérit en explicitant davantage la pensée de celui-ci : « [s]a réflexion concerne les normes législatives mais elle est naturellement transposable aux normes constitutionnelles. Il explique que les pays d'Afrique noire francophone ont la même culture juridique que la France »⁸⁰.

Cependant, pour aussi légitime que puisse s'avérer l'appartenance à une même famille juridique et corrélativement l'influence qu'une telle appartenance peut avoir, cette influence devrait être réciproque ; on aurait dû la constater au sein des familles de droit et à l'égard de tous ou presque. Or, l'influence semble s'exprimer à sens unique. Parfois même, quand certains mécanismes originaux africains semblent avoir influencé des réformes françaises, la France semble brouiller la lecture pour ne pas rattacher la réforme à une influence africaine. Cet argument apparaît dès lors comme suffisamment faible pour que prospère plutôt l'argument tiré de la poursuite du procès en mimétisme constitutionnel, une sorte de survivance de ce procès.

2- Un reliquat inévitable du « procès » en mimétisme constitutionnel

Lorsqu'un système juridique impose sa domination aux autres, d'après la « thèse de la domination » évoquée par Mme Ponthoreau, les systèmes dominés se retrouvent dans une situation de mimétisme juridique⁸¹. Et, c'est dans une situation semblable qu'on retrouve les juges constitutionnels africains qui peuvent donner l'impression d'exploiter le droit comparé alors qu'en réalité il s'agit d'une forme de mimétisme. La citation des décisions étrangères dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles africaines se présente donc comme une poursuite

⁷⁸ JACQUELOT (F.), *op. cit.*, p. 8 & s.

⁷⁹ Abarchi (D.), « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Rec. Penant*, 2003, n° 842, p. 94. Cité par, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, 2008/3, n° 75, p. 455.

⁸⁰ Cité par Pollet-Panoussi (D.), *Ibidem*.

⁸¹ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *art. préc.*

du procès en mimétisme constitutionnel des Etats d'Afrique. Le procès en mimétisme constitutionnel a suscité de vives controverses.

Deux tendances ont fondamentalement caractérisé ce débat, l'une défendant la réalité de ce mimétisme⁸² ou, plus grave, d'« *un mimétisme de camouflage* »⁸³ et l'autre soutenant l'idée d'une identité constitutionnelle africaine⁸⁴. A dire le vrai, il existe des arguments sérieux pour étayer l'une ou l'autre des thèses⁸⁵. Pour les tenants du mimétisme, à l'instar d'Albert Bourgi, « *l'influence de la Vè République sur les systèmes politiques africains francophones, plus de quarante après la promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958, renvoie inévitablement aux origines mêmes du constitutionnalisme africain* »⁸⁶. Pour les défenseurs d'une identité constitutionnelle africaine, on ne peut nier l'originalité africaine dans le débat constitutionnel aujourd'hui. Certains auteurs parlent d'ailleurs de l'Afrique comme « *un véritable laboratoire de droit constitutionnel (qui) multiplie les expériences cliniques de nouvelles pratiques constitutionnelles, (faisant trembler sans rompre⁸⁷) le normativisme kelsénien* »⁸⁸. Les droit(s) constitutionnel(s) africain(s) ne sont pas, il est vrai, une reproduction parfaite du système juridique français, au cœur de ce procès en mimétisme.

⁸² Un auteur est catégorique : « quel que soit le modèle d'importation choisi, le cadre constitutionnel demeure généralement celui de la Constitution du 4 octobre 1958 ». Voir, Dargent (F.), « Les échecs du mimétisme constitutionnel en Afrique noire francophone », *RDP*, 2017, n°5, p. 1347 & s. Albert Bourgi opinait, avant elle dans le même sens, car il parlait de l'idée que « *Les liens avec la France restent très forts, la culture politique et juridique des nouveaux dirigeants africains étant avant tout française (...), les premières Constitutions africaines furent le plus souvent, à quelques variantes près, un simple décalque du texte de 1958* ». Voir, Bourgi (A.), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, 52, 2002, p. 722 ; ég. Pollet-Panoussis (D.), « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, 2008, 75, pp. 451-498.

⁸³ Voir, Dargent (F.), *op. cit.*, p. 1347 & s.

⁸⁴ Ngango Youmbi (E.) & Ngando Sandjè (R.), « Existe-t-il une identité constitutionnelle africaine ? », *RDP*, 2021, n°5, p. 1315. Maurice Kamto est même formellement et catégoriquement contre la thèse de mimétisme en écrivant que « la thèse du mimétisme constitutionnel est historiquement et factuellement fautive ». Voir, Kamto (M.), « Sur la notion de droit constitutionnel africain ». In, *Droit constitutionnel des Etats africains*, Sous la direction de Maurice Kamto et Jean Matringe, Editions Pedone, Paris, 2024, p. 31.

⁸⁵ Aux dires de Fleur Dargent, « l'influence de la puissance colonisatrice n'explique pas, à elle seule, le choix fait par les constituants ». Voir, Dargent (F.), *ibidem*.

⁸⁶ Bourgi (A.), « L'évolution du constitutionnalisme ... », *Idem*.

⁸⁷ La théorie kelsénienne de la normativité a fait l'objet d'une diversité de critiques. Voir, notamm. dans ce sens, Amselek (P.), « Réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19 ; Barraud (B.), *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'harmattan, 2012, 172p. Malgré les critiques, Michel TROPER considère que « La pyramide est toujours debout ». Voir, Troper (M.), « La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536.

⁸⁸ Tuekam Tatchum (C.), « Les normes supraconstitutionnelles dans le constitutionnalisme de crise en Afrique noire francophone », *Afrilex*, Juillet 2024, p. 2.

Nombre de mécanismes juridiques ont en effet d'abord figuré dans les constitutions africaines avant que la France ne les consacre dans son corpus juridique. On peut citer sans hésitation l'exemple le plus remarquable du mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois consacré par voie d'exception depuis les années 1990 sous le vocable d'« *exception d'inconstitutionnalité* »⁸⁹ et qui se présente en droit français sous une forme « génétiquement modifiée » de question « *prioritaire de constitutionnalité* »⁹⁰. Elle n'a été consacrée en France qu'à la faveur des réformes issues des travaux du Comité Balladur et qui ont abouti à des révisions de la Constitution française. Ce mécanisme juridique apparaît comme une copie déguisée et certainement imparfaite des constitutions africaines. On peut citer l'exemple d'autres mécanismes dans les constitutions africaines qui ne sont pas une copie ou une reproduction du système français⁹¹. Ces originalités africaines sont d'ailleurs qualifiées pour certains d'entre eux de « *dispositions atypiques* »⁹² et pour d'autres mettant en exergue la place de Dieu dans les constitutions africaines⁹³. Quelques illustrations peuvent édifier : on pense, « *pour le juge tanzanien, de la présomption de constitutionalité, béninois, du consensus national (ou des options fondamentales), nigérien, du serment supra constitutionnel et malgache, de l'ordonnance transitionnelle* »⁹⁴.

Pour autant, il semble que la thèse de la réalité du mimétisme, à un certain degré, est susceptible de l'emporter. Et pour cause, les dispositions qu'on pourrait tenir pour originales sont, de loin, minimales comparativement aux éléments résultant de la reproduction du système français. Par ailleurs, certains analystes considèrent que les Etats africains francophones ont hérité d'un même modèle historique de référence ; ils ont, conformément au « *paradigme de la dépendance*

⁸⁹ Voir, par exemple, la constitution togolaise du 14 octobre 1992 remplacée au forceps par une constitution du 6 mai 2024, en son article 104.

⁹⁰ Cf, l'article 61-1 de la constitution française du 4 octobre 1958.

⁹¹ Babacar Gueye a montré comment les Etats africains tentent de se démarquer de l'ancienne métropole et qui manifeste une certaine originalité par rapport à au système français mais qui ont fini par « reprendre le schéma français ». Voir, Gueye (B.), *art. préc.*, p. 156-157.

⁹² Sy (D.), « De quelques dispositions atypiques dans les Constitutions africaines ». In, *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glele*, Sous la direction de Frédéric Joël Aïvo, Edition L'Harmattan, 2014, p. 273-274.

⁹³ Karagiannis (S.), « Dieu dans les préambules. L'invocation du divin en droit constitutionnel comparé », *RDP*, 2017, n°3, p. 625 & s.

⁹⁴ Cité par Sobze (S. F.), « Emergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique Subsaharienne », *Revue Constitution et consolidation de l'Etat de droit, de la démocratie et des libertés fondamentales en Afrique (RCC)*, 2022, n° 7, p. 14 & s.

»⁹⁵, confirmé par les juridictions africaines elles-mêmes⁹⁶, tendance à reproduire le droit de l'ancienne métropole. La réalité du mimétisme est donc plus forte, d'autant nombre d'éléments du système juridique des Etats africains rappellent ce mimétisme. Cette fois, il est d'ordre juridictionnel. Ce nouveau phénomène paraît être la continuité de la thèse du mimétisme constitutionnel ; il en est une conséquence logique. Ainsi, il semble qu'au mimétisme constitutionnel, succède, comme dans une sorte de prolongement du procès, un mimétisme juridictionnel. Les similitudes entre certaines décisions des juges français et celles des juges africains interrogent frontalement sur la question du mimétisme. En réalité, le système juridique dont les règles et mécanismes ont été reproduits dans un autre système devrait logiquement fournir les outils d'application de ces règles et mécanismes juridiques. A partir du moment où les Etats africains francophones ont notamment fait l'objet d'un procès en mimétisme constitutionnel, le fait de reproduire les décisions françaises devient sinon une obligation, du moins une nécessité.

Au total, la démarche du juge visant à recourir aux décisions étrangères dans la motivation de leurs propres décisions peut reposer sur une démarche par laquelle le juge entend légitimer son office. Il reste que, dans le contexte africain et au regard des termes dans lesquels cette démarche s'inscrit, il est permis de douter d'une volonté de légitimation. La dimension mimétique de cette démarche du juge semble plus l'emporter. Quoi qu'il en soit, de ces deux points de vue, si la motivation ou l'ambition du juge ne souffre pas de critique en tant que telle, les modalités suivant lesquelles il inscrit cette démarche sont sujettes à discussion, la portée de sa démarche est clairement discutable.

II- UNE METHODE A REBOURS DE L'AUTONOMIE DECISIONNELLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La portée légitimatrice du droit comparé est fondée et peut même s'avérer méritoire. Mais, c'est aussi un facteur de risque pour le juge africain. A force de se référer à la jurisprudence étrangère, elle s'expose au risque de n'en avoir pas une qui lui soit propre, hypothéquant ainsi l'autonomie décisionnelle de la magistrature constitutionnelle africaine vis-à-vis de son homologue étranger. Dans ces conditions, si le juge s'adonne complète à cette pratique sans s'être défini quelques modalités, sa décision risque d'être le réceptacle des paradoxes que renferme

⁹⁵ du Bois de Gaudusson (J.), « La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », *LPA* 4 juin 2008

⁹⁶ Consulter les fiches questionnaire produites, à l'occasion du congrès de l'AHJUCAF, par le Mali, le Sénégal, le Niger, le Tchad, etc. Voir,

nécessairement la réception de la jurisprudence étrangère (A). En outre, on est frappé par la propension de ce juge constitutionnel à se référer immodérément aux décisions juridictionnelles étrangères (B).

A- Une autonomie décisionnelle empreinte des paradoxes du droit comparé

Page | 894

Une coupe transversale dans la méthode du droit comparé révèle inéluctablement que celle-ci débouche, par nature, sur une contradiction. Ainsi, les « *juges semblent conscients que la citation de précédents étrangers est une pratique risquée [...] certains juges qui invitent à la prudence* »⁹⁷. Une subtilité doit être de mise dans l'usage de la jurisprudence étrangère pour surmonter ces paradoxes. L'observation de la pratique en Afrique ne semble cependant pas prendre en compte cette dimension de la méthode. Concrètement, la démarche aboutit à faire interpréter une constitution par un argument étranger à son adoption (1) et débouche sur l'application à un système juridique d'une décision conçue pour un autre (2).

1- L'interprétation d'une constitution par un argument étranger à son adoption

Il est vrai que le recours au droit étranger peut paraître paradoxal en ceci que le contexte et l'histoire constitutionnels ne sont pas les mêmes. Il est même théoriquement aberrant qu'une décision étrangère serve d'élément d'interprétation de la règle constitutionnelle. Qu'importe finalement ! Néanmoins, fort de ce qu'une décision étrangère est utilisée pour interpréter un texte constitutionnel local, cela comporte « *un certain nombre de contraintes (qui) pèsent aussi sur la recherche (d'un précédent étranger). Le juge doit en être conscient et les intégrer dans sa démarche* »⁹⁸.

Et pour cause, le litige constitutionnel dont le juge constitutionnel est appelé à connaître est normalement lié à la constitution. Pour trancher un tel litige, le juge est nécessairement conduit à livrer une interprétation de la constitution. Ce faisant, en recourant au droit étranger, cela donnerait à penser que le précédent sollicité faisait partie de l'ordre constitutionnel. Or, les règles et les contextes ne sont pas les mêmes, bien que cela puisse relever d'un patrimoine constitutionnel commun diffus ou latent dont le juge constitutionnel d'ailleurs peut s'inspirer. Il reste que cette thèse a ses limites. Pour mieux cerner le paradoxe, il est loisible de considérer l'hypothèse extrême

⁹⁷ Ponthoreau (M.-C.), « La globalisation du droit constitutionnel en question(s) ». In, *Espaces du service public...*, op. cit., p. 558.

⁹⁸ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », art. préc., p. 97.

où la décision aurait été prise après que l'interprète se soit appuyé sur ce qu'on qualifie de « travaux préparatoires »⁹⁹.

Il arrive en effet que le juge ne puisse prendre de décision qu'en recourant aux travaux préparatoires pour interpréter la règle qu'il a à appliquer. Il est indéniable que, comme le souligne Léa Navel, « les travaux préparatoires semblent revêtir une place peu importante, voire insignifiante, dans la jurisprudence. Mais cette insignifiance n'est qu'apparence. Au-delà se cache une réalité plus nuancée. Les travaux préparatoires peuvent aussi être d'une importance significative dans le processus interprétatif »¹⁰⁰. Sans que l'on cherche à s'intéresser à la normativité des travaux préparatoires, il faut reconnaître qu'on assiste à un recours croissant auxdits travaux. Peu importe le juge, qu'il soit administratif¹⁰¹ ou judiciaire¹⁰² ; peu importe également qu'il soit externe, comme en témoigne la démarche de la Cour européenne de justice, « dans l'interprétation constitutionnelle, le recours aux données matérielles et aux faits revêt également une importance particulière pour une autre raison »¹⁰³. C'est dire que les travaux préparatoires sont devenus comme un instrument d'interprétation, car, « bien qu'ils aient eux-mêmes une valeur purement subsidiaire d'interprétation, (ils) peuvent certes fournir des éléments utiles à l'identification du sens régulateur de certaines dispositions normatives et de la logique qui les justifie »¹⁰⁴.

Ce faisant, en recourant à une décision étrangère prise sur la base des travaux préparatoires, cela revient dans une certaine mesure à dire qu'on étend l'effet de ces travaux préparatoires au contexte local d'importation de la décision et qu'on les incorporait dans le corpus normatif local. Il y a donc transfert des travaux préparatoires. Du coup, la question légitime est de savoir si le juge

⁹⁹ Selon le lexique de droit constitutionnel, par « Travaux préparatoires », **il faut entendre un** « ensemble des documents publiés au Journal officiel et retraçant les différentes phases par lesquelles une loi ou une constitution a été élaborée par une assemblée. Par extension, les documents relatifs à l'élaboration de la Constitution de 1958 ont été publiés sous ce titre ». Voir, Avril (P.) et Gicquel (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2024, p. 118-120.

¹⁰⁰ Navel (L.), « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2016, n°5, p. 1547.

¹⁰¹ L'expression est bien connue : « il résulte de la combinaison de ces dispositions, éclairées par les travaux préparatoires de la loi... » ; « comme il ressort de l'arrêt de Section du contentieux du Conseil d'Etat français en date du 05 décembre 2011 », ou alors, « ces dispositions, interprétées à la lumière des travaux préparatoires de la loi », Voir, *AIJC*, 2022, *Economica*, PUAM

¹⁰² Le juge judiciaire belge précise : « Cassation, 16 avril 1980. N° 581 : Que, sans doute, les travaux préparatoires de cette loi indiquent que... ». Voir dans ce sens, Gérard (P.) « Limites du recours aux travaux préparatoires dans l'application de la loi », p. 215 & s.

¹⁰³ Luciani (M.), « Itinéraires constitutionnels de la mémoire », Table ronde : constitution, histoire et mémoire, *AIJC*, 2014, p. 515.

¹⁰⁴ Cass civ. Sect trav. ; 3 mars 2022, n°7053, *AIJC*, 2022, *Economica*, PUAM

national peut importer aussi lesdits travaux préparatoires, ce qui est techniquement impossible. Pour autant, la décision étant éclairée par les travaux préparatoires, elle fait corps avec eux. Dès lors, importer la seule décision n'aurait pas de sens. Dans le même temps, importer la décision avec sa source d'inspiration, à savoir les travaux préparatoires, ce serait certainement aberrant, car le contexte d'émergence de la décision et le contexte d'importation de la décision ne sont résolument pas les mêmes.

C'est à ces paradoxes que l'on est confronté chaque fois que se pose la question de recours aux décisions étrangères dans la motivation des décisions des juges constitutionnels. Cela aboutit à interpréter une constitution avec un argument qui lui est étranger, totalement étranger à son adoption. Cependant, c'est l'exercice auquel se livrent les juridictions constitutionnelles africaines. Un des exemples marquants reste une décision du Conseil Constitutionnel sénégalais de 2007¹⁰⁵. Dans cette décision, en effet, la haute juridiction sénégalaise en matière constitutionnelle, se réfère explicitement et intégralement à la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789. Le Conseil a commencé à rappeler les dispositions de la Constitution sénégalaise et, dans cette foulée, il s'est référé à la DDHC. On penserait que c'est évidemment un texte sénégalais, alors qu'il s'agit bien de la déclaration française.

La différence entre cette pratique, discutable, des juges africains avec celle du juge japonais par exemple, c'est que quand ce dernier se référait dans une décision, à cette même déclaration, il en a précisé la source, marquant l'idée que le juge ne reproduit pas le droit étranger mais il s'en inspire¹⁰⁶. En se plaçant sur le terrain de l'application pure, on conviendra du même paradoxe, à savoir que l'importation d'une jurisprudence étrangère oblige à appliquer à un autre une décision issue d'un système juridique donné et conçue pour ce système.

2- L'application à un système juridique d'une décision conçue pour un autre

Selon Zweigert, « *tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérées indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique...* »¹⁰⁷. Les cultures et les valeurs ne sont pas les mêmes pour qu'un

¹⁰⁵ Il s'agit de la Décision n° 97/2007, Affaire n° 1/C/2007 relative à la Parité sur les listes de candidats aux législatives, Voir, Fall (I. M.), *Op. cit.*, p. 523 & s.

¹⁰⁶ Voir, dans ce sens, Yamamoto (H.), « Une réception du constitutionnalisme : le cas du Japon ». In, *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Textes rassemblés par Jean-Claude Collard et Yves Jégouzo, Economica, Paris, 2001, p. 313.

¹⁰⁷ Zweigert (K.), Cité par Ponthoreau (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s)...*, *op. cit.*, p. 46.

argument utilisé dans un Etat se justifie automatiquement dans toute autre société. Cette démarche comparatiste a logiquement vocation à être utilisée dans une société qui partage les mêmes valeurs que dans celle où la décision a été prise. Il paraît, de ce point de vue, peu compréhensible qu'un argument utilisé dans une société juridique donnée puisse justifier une décision dans une autre société juridique dont elle ne partage pas les mêmes valeurs.

On verra que la démarche prospère assez amplement dans les sociétés de la Common Law dont c'est à peu près le propre que de s'ouvrir à des arguments qui lui sont étrangers. La souplesse de ces règles y contribue largement. Fort justement, la décision sénégalaise précitée¹⁰⁸ est une reproduction de la décision du Conseil constitutionnel rendue dans le contexte français pour un litige en France et qui a naturellement fait une application du droit français¹⁰⁹. La motivation adoptée par le juge qui a rendu la décision importée a certainement été développée pour non seulement justifier sa décision mais également la légitimer au regard des destinataires de sa décision. A partir du moment où le juge importe cette décision sans trop de ménagement, il est permis de douter de ce que la légitimation que cette motivation lui aurait assurée soit la même, vis-à-vis du pays d'origine.

C'est normalement dans la mesure où cela est utile ou nécessaire que le juge doit réaliser son importation, à la manière dont la juridiction britannique le fait. En effet, selon Lord Bingham of Cornhill, « *les cours britanniques ont toujours accepté de citer, lorsqu'elle était pertinente, la jurisprudence d'autres pays* »¹¹⁰. Le juge une fois alerté sur l'existence d'une décision d'une juridiction doit prendre de recul par rapport à cette jurisprudence, l'examiner, en juger la pertinence avant de l'utiliser. Le juge doit prendre conscience du « *relativisme culturel* »¹¹¹ d'autant que, à la base, même au sein d'une communauté nationale, les cultures peuvent varier en ceci que « *les cultures juridiques ne sont ni homogènes, ni immuables* »¹¹². Ce relativisme culturel lui permet de comprendre que la décision étrangère peut être une opportunité ; mais il doit l'adapter au contexte et surtout au cas auquel il va l'appliquer. Au fond « *la manière particulière par laquelle les valeurs, la pratique et les concepts sont intégrés dans l'activité des institutions juridiques et dans*

¹⁰⁸ Décision n° 97/2007, *Ibidem*.

¹⁰⁹ Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux*, JORF, n°16, 20 janvier 1999.

¹¹⁰ Bingham of Cornhill (L.), *art. préc.*

¹¹¹ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *art. préc.*

¹¹² Bell (J.), « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe ». Cité par, Ponthoreau (M.-C.), *Ibidem*.

l'interprétation des textes juridiques »¹¹³. Parfois, il faut que le juge mette à profit la démarche « *conséquentialiste* »¹¹⁴ avant de se déterminer à importer une décision étrangère, en évaluant l'impact que cette importation pourrait avoir sur le système juridique national, sur les droits protégés, etc. Il faut qu'il tienne compte de la culture juridique du pays d'importation, ainsi que sa propre culture juridique. Or, tel ne semble pas être le cas des juges constitutionnels africains. Dans le même temps, les notions de tradition, de valeur ou de culture juridiques ne doivent pas devenir « *un énorme bouillon gris dans lequel tout et n'importe quoi peuvent être jetés* » et que finalement cela serve d'« *alibi pour résister* »¹¹⁵ aux décisions intéressantes pour renforcer l'argumentation du juge.

En tout état de cause, la référence à la décision d'une juridiction étrangère est sujette à discussion dès lors que le juge constitutionnel ne prend pas de recul par rapport aux précédents étrangers. En considérant que ce risque est presque qu'automatique, on se convaincra à l'idée que le plus grave sera sans doute lorsqu'il ne se montre pas sélectif quant à l'usage d'une jurisprudence étrangère déterminée. Cette critique sera remise au goût du jour quand on s'aperçoit que le juge reproduit intégralement la décision d'une juridiction étrangère. Dans ces conditions, il est permis de douter de ce que le juge constitutionnel en Afrique cherche vraiment à s'inscrire dans une démarche comparatiste.

On pourrait légitimement se demander s'il n'y a pas là la preuve d'une certaine paresse du juge constitutionnel en Afrique, en termes de construction, c'est qui semble une meilleure justification de cette propension du juge constitutionnel en Afrique à une sorte de recours immodéré aux décisions étrangères.

B- Une autonomie décisionnelle obérée par un recours immodéré à la jurisprudence étrangère

La réception de la décision étrangère dans le contentieux constitutionnel en vue de motiver les décisions suscite beaucoup de réserves, car les modalités suivant lesquelles le recours est fait semblent donner l'image d'un juge constitutionnel très peu capable d'asseoir son propre

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Hourquebie (F.), « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les cahiers de la justice*, 2014, p. 199 ; *Id.*, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law ». In, *La motivation des décisions des Cours suprêmes et constitutionnelles*, Sous la direction de Fabrice Hourquebie et Marie-Claire Ponthoreau, Bruylant, 2012, pp. 25-46.

¹¹⁵ Ponthoreau (M.-C.), « Trois interprétations... », *Ibidem*.

raisonnement, suscitant des interrogations quant à sa capacité à se détacher de son homologue étranger, bref, à faire preuve d'indépendance. On l'a vu dans les cas où le juge fait référence aux jugements étrangers, c'est normalement avec une sélectivité. Le recours aux précédents étrangers doit, pour être acceptable, être d'un usage limité. On comprend alors toute l'impertinence d'un usage à la fois généralisé (1) et intensif (2), auquel semble s'adonner les juges constitutionnels en Afrique.

1- L'impertinence d'un usage généralisé de l'argument de droit comparé

La pertinence de l'argument du droit comparé, en soi, ne fait l'ombre d'aucun doute. C'est la portée du recours à cet argument qui semble plus discutable. La généralisation de l'argument du droit comparé suscite beaucoup de réserves. En analysant la pratique juridictionnelle africaine, il ne semble pas y avoir des domaines dont les caractéristiques incitent sinon forcent à l'emprunt. La démarche du droit comparé a, en effet, des domaines favoris, dans lesquels son usage est largement compréhensible. Cela implique que la validité d'une telle démarche doit prioritairement être appréciée au regard de certains domaines où elle doit être cantonnée. On peut tout aussi comprendre l'intérêt pour le juge de se référer au droit étranger quand il est confronté à certaines thématiques qui imposeraient presque mécaniquement le recours aux décisions étrangères. Ces domaines peuvent avoir en commun d'être portés par des valeurs universelles, universalisantes ou autres. Il importe dès lors de déterminer quels sont ces domaines qui véhiculent de telles valeurs.

L'un des domaines par excellence où le juge peut être confronté à certaines thématiques qui imposeraient presque mécaniquement le recours aux décisions étrangères reste sans doute prioritairement celui des droits de l'homme. Il est vrai que les instruments juridiques internationaux de promotion et/ou de protection des droits de l'homme ne reposent pas sur une conception univoque des droits de l'homme. Si l'on considère l'exemple le plus marquant de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), il est clair qu'il y avait, dans le processus de son élaboration, une opposition principale entre la conception individualiste et la conception collectiviste des droits de l'homme¹¹⁶. Pour autant, la Déclaration est, elle-même, présentée comme le résultat d'un compromis entre les deux conceptions. Quoi qu'il en soit, la thématique pure des droits de l'homme semble au moins de portée universelle et, transcender les différentes conceptions qui la soutiennent. Par suite, les décisions juridictionnelles à ce sujet peuvent légitimer

¹¹⁶ Lebreton (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, Paris, 2005, p. 30 & s.

tout recours au droit comparé pour mieux appréhender les questions que donnent à trancher les litiges qui peuvent être soumis à leur sujet.

Un autre domaine ouvert ou attractif d'une telle démarche renvoie au cas où une juridiction constitutionnelle est appelée à se prononcer sur une question qui revêt une importance juridique commune. C'est un peu le cas dans le cadre des espaces d'intégrations régionales¹¹⁷. Dans ce contexte, le droit applicable étant au moins harmonisé, sinon uniformisé par endroits, et que le juge national étant le juge de droit commun du droit communautaire, le recours à une jurisprudence au sein de cet espace d'intégration sera même souhaitable. Fort justement, le juge applique presque le même droit s'il est harmonisé et exactement le même droit s'il est uniformisé.

Page | 900

En dehors de ces quelques domaines, lorsque le recours au droit étranger ne repose sur aucune trame de difficulté, ne manifeste aucune idéologie, ni aucune logique dans l'emprunt, c'est-à-dire quand un tel recours est systématique, cela devient effectivement aberrant. Ainsi qu'il a déjà été souligné, ce n'est plus l'emprunt au droit étranger en lui-même qui est critiqué ici mais sa généralisation, le fait que presque dans tous les domaines, ces emprunts sont réalisés. Il y a des emprunts passerelles, et cela ne saurait être condamné. En revanche, le fait qu'il ne soit pas perceptible dans cette démarche une volonté de se forger soi-même sa propre jurisprudence, même si c'est à partir des emprunts. Alors que, comme le précise M. Jouannet, « *la motivation apparaît aujourd'hui comme étant la traduction d'une sorte de conjonction contre-nature entre un besoin de logique formelle et celui d'une plus grande liberté de rédaction, entre une volonté du juge de faire progresser le droit et la justice et celle de s'affirmer comme un pouvoir qui compte face aux autres juridictions et aux différents pouvoirs internationaux* »¹¹⁸.

2- L'impertinence d'un usage intensif de l'argument de droit comparé

L'expérience des juridictions semble montrer que l'emprunt a souvent assez modérément ; elle n'était pas affichée comme une idéologie. C'est certainement sur cet aspect que la question apparaît comme nouvelle. Jusqu'à présent, il y a des juridictions qui empruntent toujours discrètement et n'arborent pas les habits d'emprunteur mais les références sont bien présentes au moins dans les dossiers d'instructions des affaires, comme le révèle René Barrué-Belou à propos

¹¹⁷ Maus (D.), *art. préc.*, p. 683 & s.

¹¹⁸ Jouannet (M.), « La motivation ou le mystère de la boîte noire ». In, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Sous la direction d'Hélène Ruiz Fabri et de Jean-Marc Sorel, Pedone, 2008, pp. 251 et s., spéc. 252.

du Conseil constitutionnel français¹¹⁹. Il explique que ces références exercent une influence parfois décisive sur la décision, au point même d'apparaître comme des actes détachables de la décision juridictionnelle¹²⁰. Quand le désir ou le besoin prend un juge d'emprunter à un autre, il semble qu'il doit savoir emprunter. Ce qui est donc impertinent, c'est le degré de l'emprunt, c'est-à-dire l'intensité du recours à la décision étrangère.

En effet, il est possible de s'inspirer d'une décision ; cela peut être légitime. En revanche, le fait de citer carrément une décision étrangère dans le corps de la motivation et donc le fait que la décision étrangère soit les motifs de cette décision constitutionnelle n'est pas admissible. Pour reprendre le doyen Vedel, « *que le droit comparé soit invoqué au secours de la supra-constitutionnalité ne doit pas ébranler la conviction du juge constitutionnel* »¹²¹. Il n'est pas établi, de façon absolue, que les faits soient exactement les mêmes. Une décision constitutionnelle est avant tout une solution à un cas constitutionnel bien déterminé. Il n'est pas davantage sûr que même dans l'environnement du droit où la décision a été prise, la même décision soit reproduite. En effet, il est courant que le juge ne reproduise pas toujours exactement ses propres décisions de principe. Ce qui justifie qu'on parle de l'application d'un principe posé dans un arrêt antérieur, c'est le fait que la substance du principe posé par le juge soit reprise, ce n'est pas forcément la copie conforme des termes de l'arrêt de principe. *A fortiori*, dans un environnement totalement différent, par une juridiction différente, une telle démarche se comprend largement moins. C'est pourquoi le doyen Vedel conseille de « *se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps* »¹²².

La notion d'indépendance des législations¹²³, notion fondamentale de préservation de l'autonomie décisionnelle, notamment des juridictions, en serait largement affectée.

Le silence du droit national sur une question donnée pourrait justifier le recours à une décision étrangère, quand bien même cela ne serait pas strictement nécessaire ; cela peut même

¹¹⁹ Voir, dans ce sens, BARRUE-BELOU (R.), « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *RFDC*, 106, 2016, p. 259 & s.

¹²⁰ *Ibidem* ; ég. JACQUELOT (F.), *art. préc.*, p. 8 & s.

¹²¹ Cité par Ponthoreau (M.-C.), « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques ». In, *L'interprétation constitutionnelle, op. cit.*, p. 168.

¹²² Cité par, Ponthoreau (M.-C.), « Le recours à l'argument de droit comparé », *art. préc.*, p. 168.

¹²³ Van Lang (A.), Gondouin (G.) et Inserguet-Brisset (V.), *op. cit.*, p. 210-211.

pousser le juge à une ingénierie sans précédent¹²⁴. Néanmoins, même dans le cas du silence, si le juge se détermine à emprunter, il reste que cet emprunt doit être opéré en guise de documentation et donc de source d'inspiration et non comme une vérité absolue et irréfutable d'évangile juridique. De plus, le fait que l'emprunt ne soit pas tout à fait diversifié, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs¹²⁵, renforce la conviction que la démarche du juge constitutionnel africain, en tout cas dans les cas où il emprunte, n'est pas sous-tendue par la recherche d'une source d'inspiration et donc par l'argument de droit comparé. En effet, l'emprunt semble stéréotypé et se réaliser à l'égard des seules juridictions françaises. Au fond, l'idée soutenue ici consiste à dire que si l'on tente de justifier cette démarche du juge africain par le dialogue des juges, c'est une façon assez généreuse ou assez clémente de considérer le problème de la référence au droit étranger. L'analyse minutieuse de la situation oblige à opiner dans un tout autre sens. Du coup, fondamentalement, n'y a-t-il pas abdication de la part du juge africain ? Ainsi que le souligne avec force un auteur, « *(en toutes hypothèses, la réception des solutions étrangères repose, en dernière instance, sur une démarche finaliste. Il faut que le recours au précédent apporte une valeur ajoutée à la décision ; ce qui posera, inévitablement, la question de l'autorité juridique du précédent étranger auquel le juge recourt (un argument à l'autorité simplement informative ou plus persuasive ?)* »¹²⁶.

Il faut encore solliciter la décision du Conseil constitutionnel sénégalais pour réaliser qu'il s'agit d'une reproduction de la décision de son homologue français. Il est vrai que Ismaïla Madior Fall considèrerait que le juge s'est inspiré « *de la jurisprudence française* »¹²⁷ et il est également vrai que la décision ne reprend pas mécaniquement la syntaxe de la décision en ce sens que le passage est travaillé en subissant quelques expressions coupées. Cependant, il n'y a aucun doute sur le fait qu'il s'agit d'une reproduction presque mot pour mot. Le fond de la décision sénégalaise reste identique au fond de la décision française, les modifications n'étant intervenues que sur des aspects mineurs de la décision. A titre d'exemple, au lieu de l'expression « *la règle (...) est*

¹²⁴ La naissance et l'évolution du droit administratif français permettent de comprendre cette assertion. En effet, on se souvient des exploits du juge administratif français face à l'insuffisance, voire parfois l'absence des textes. Il a dû s'enfermer dans l'ordre juridique français pour y trouver les éléments sur lesquels il a édifié tout ce droit. Son caractère prétorien subsiste encore aujourd'hui, car malgré le foisonnement des textes qui tendent à imprimer à ce droit un caractère écrit ou en tout cas de plus en plus écrit, la place de la jurisprudence semble irréversible comme elle faisant partie de l'ADN même de ce droit administratif. Et dire que, *a fortiori*, nos Etats, n'étant pas aujourd'hui dans une telle situation de quasi-vide juridique, n'auraient pas d'excuses à recourir automatiquement et massivement au droit comparé, sans chercher à créer lui-même.

¹²⁵ Dargent (F.), *art. préc.*, p. 1347 & s.

¹²⁶ Hourquebie (F.), « La réception des décisions... », *art. préc.*, p.74.

¹²⁷ Fall (I. M.), *op. cit.*, p. 524.

contraire aux principes constitutionnels »¹²⁸ utilisée dans la décision française, la décision sénégalaise laisse lire « *la loi (...) est contraire à la Constitution* ». Pour le reste, il y a une forte identité entre les deux décisions.

On peut également solliciter l'avis donné par la Cour constitutionnelle du Togo sur saisine du Premier ministre à propos du projet d'ordonnance relative à la présentation d'une preuve de vaccination contre la COVID-19 pour accéder aux bâtiments publics. Il est vrai que les avis ne sont pas des décisions mais ils n'en comportent pas moins une influence normative¹²⁹. Quoi qu'il en soit, cela permet d'apprécier la posture du juge par rapport au problème analysé dans la présente réflexion. Ce faisant, dans cet avis, la Cour argumente « *qu'il est de jurisprudence établie que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » »¹³⁰. Comme on peut le voir, la Cour reprend la décision étrangère entre guillemets, un peu comme si son titre de compétence l'obligeait à démontrer qu'elle a cité une jurisprudence étrangère et qu'elle n'a pas forgé elle-même les motifs en question. Pire, c'est qu'il s'agit de la jurisprudence d'une juridiction administrative¹³¹.

Conclusion

La présente réflexion a permis de faire une appréciation critique de la pratique par les juridictions constitutionnelles africaines du recours aux décisions de leurs homologues étrangères. Il est apparu que ce recours en lui-même se justifie et que d'ailleurs la pratique s'élargit sans cesse. Babacar Gueye explique que le fait que les juridictions constitutionnelles africaines soient dans une phase de construction de leur système, ce recours devient presque incontournable. Au fond, la pratique a toujours existé mais sous de manière inaperçue. Les juridictions constitutionnelles africaines ne sont donc pas les seules à s'adosser à une jurisprudence étrangère.

Il est vrai que la compétence accordée aux juridictions constitutionnelles en Afrique ne les prédestine pas à devoir rendre régulièrement des décisions. L'effervescence n'est donc pas assurée

¹²⁸ Voir, Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers..., préc.*

¹²⁹ Mel (A.), « La compétence générale du Conseil constitutionnel en matière consultative », *RJP*, 2010, vol. 64/4, pp. 410-442 ; Monebou (C.), « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone : les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *RIDC*, vol. 69 n°1, 2017, pp. 177-210.

¹³⁰ Voir, AVIS N° AV - 001/21 du 30 Septembre 2021.

¹³¹ Voir, CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274 ; voir, aussi, Ricci (J.-C.), *Droit administratif. Mémento de la jurisprudence*, 11^e éd. Hachette Supérieur, Coll. « Les fondamentaux Droit », 2016, p. 91.

et n'est pas la même partout. L'expérience de la Cour constitutionnelle béninoise permet de le comprendre. Au regard des compétences assez largement définies, que Gille Badet qualifie d'« *attributions originales* »¹³² la est régulièrement sollicitée. Non seulement, la cour bénéficie d'une compétence d'autosaisine, il est vrai limitée ; en plus, les citoyens peuvent saisir par voie d'action le juge constitutionnel, également compétent pour connaître des litiges en matière administrative, faisant office d'un juge administratif, bien qu'il existe une Cour suprême compétente en matière administrative. Dans les autres pays, la définition des compétences de manière quelque peu avare du juge constitutionnel peut être déformant, pouvant donner l'impression que le problème sous étude était mineur. Or, si on fait un rapport de proportion, même empiriquement, on s'apercevra de son ampleur.

Quand on dit alors que le juge constitutionnel en Afrique cite les jurisprudences étrangères, il s'agit-là en réalité d'un euphémisme. Sur un autre plan, on risque d'accuser ce juge constitutionnel de désinvolture, qui manque d'initiative ou qui ne veut pas s'assumer, alors qu'il est au sommet de l'ordre juridique et qu'il est censé assurer une bonne régulation des institutions de la République. Il est vrai qu'il serait dommage que le juge constitutionnel africain s'enferme sur lui-même dans un monde de plus en plus ouvert et qu'il ne puisse pas tirer parti de cette « *communauté internationale des juges (...) en voie de constitution (et dont la) dynamique est irréversible* »¹³³. Cependant, un recours immodéré à la jurisprudence étrangère serait une hérésie. Pourtant, il n'est pas rare de rencontrer de ces décisions qui apparaissent comme un clonage parfait ou subtil de la jurisprudence étrangère. Cette situation rejaillit forcément sur l'autonomie décisionnelle du juge constitutionnel, jetant un doute sur sa capacité à assurer l'une des plus fondamentales de sa mission de garde de la constitution¹³⁴ si lui-même se cherche, s'il doit dépendre de l'argumentation des autres tout le temps. L'Afrique a besoin de juges activistes dans le bon sens du terme, non pas arbitraires, car un juge faible refusera toujours de prendre ses responsabilités, comme ce fut le cas au Togo en 2024 où la Cour constitutionnelle s'est déclarée

¹³² Badet (G.), *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Friedrich Erbert Shiftung, Cotonou, 2013, 481p.

¹³³ Canivet (G.), « Dialogue trans-judiciaire... », *art. préc.*

¹³⁴ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 35, pp. 197-257. Fromont (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, Paris, 2013, 512p. Gusy (Ch.), « Juge constitutionnel et gardien de la Constitution ». In, *La notion de justice constitutionnelle...*, *idem.*, pp. 161-172. Abdourahmane (B. I.), *Les Cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique*, Thèse de l'Université de Bordeaux, Bordeaux, 2002. Kokoroko (K. D.), « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, 2007 ; Mborantsuo (M.-M.), *La contribution des cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Economica, Paris, 2007.

incompétente sur des questions qui relèvent pourtant de son office¹³⁵ et qui touchent à une question nodale du constitutionnalisme africain¹³⁶. C'est incontestablement un déni de justice !

La jurisprudence étrangère, fût-elle, d'un système stabilisé n'est pas une parole d'évangile. Chaque juge constitutionnel ne doit admettre de jurisprudence étrangère que quand cela s'avère pertinent. La marge de manœuvre que le juge manifeste à l'égard des influences extérieures constitue, au fond, le curseur à l'aune duquel on peut apprécier sa capacité à gérer les conflits les plus complexes. La décision d'une juridiction étrangère ne doit pas exercer une influence décisive ou déterminante sur le juge, contrairement à ce que soutient Lord Bingham of Cornhill¹³⁷. Parfois, le juge peut, tout en s'inspirant d'une décision étrangère se conforter dans un sens opposé. Si, après avoir consulté la jurisprudence étrangère, le juge est malgré tout convaincu de sa décision, il devrait pouvoir s'en tenir à cela. L'existence de cette décision étrangère lui aura permis, à tout le moins, de mieux se justifier, de mieux argumenter et donc de légitimer son office de manière assez appréciable. Ainsi, un juge qui sait se départir de ces influences est certainement un juge en mesure de se montrer à la hauteur de sa mission de régulation du bon fonctionnement des institutions de la République.

Il ne s'agit pas toutefois d'inciter le juge à un entêtement stérile qui débouche sur des décisions « *élaborées en autarcie, par des instances confinées dans leur propre système de droit et qui se prononcent selon les procédures, les raisonnements qu'elles isolent et se réservent pour l'application d'un droit autosuffisant, selon des processus fermés, par des juges narcissiques ou introvertis, imperméables à tout effet exogène* »¹³⁸.

¹³⁵ La Cour a été saisie d'un recours tendant à ce qu'elle se prononce sur le remplacement de la constitution de 1992, sans qu'il y ait eu un référendum pourtant prescrit par l'article 59 en cas de modification du mode de désignation du président de la République. La constitution de la V^e République remplace le suffrage universel direct par une désignation parlementaire. Le mode de désignation a manifestement changé. Saisie par le président d'un groupe parlementaire sur le sens de cet article, la Cour a trouvé moyen pour se déclarer incompétente. Si une Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour interpréter un article de la constitution, quelle autre institution de la République serait-elle compétente ? Lire, avec intérêt, Adoua-Mbongo (A. S.), « Le juge constitutionnel africain et le silence de la constitution », *Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques*, n° spécial Janvier 2021, pp. 70-105.

¹³⁶ Ntolo Nzeko (A. D.), « Les enjeux de l'instauration du référendum obligatoire dans les systèmes constitutionnels africains », *RDP*, 2020, n°3, p. 743 & s.

¹³⁷ Il disait en effet que « si une décision rendue dans notre pays heurte le sens premier de la justice et s'il ressort de la consultation de la jurisprudence étrangère que la plupart des cours adopteraient une solution différente mais plus acceptable, quelle que soit la tradition à laquelle elle appartient, cela devrait nous commander une révision de notre position. Dans un monde qui chancelle, il y a une vertu à adopter des solutions identiques quelle que soit la diversité des chemins par lesquels on y arrive ». Voir, Bingham of Cornhill (L.), cité par Canivet (G.), « Les influences croisées... », *art. préc.*, p. 799.

¹³⁸ Canivet (G.), « Les influences croisées... », *art. préc.*

R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

